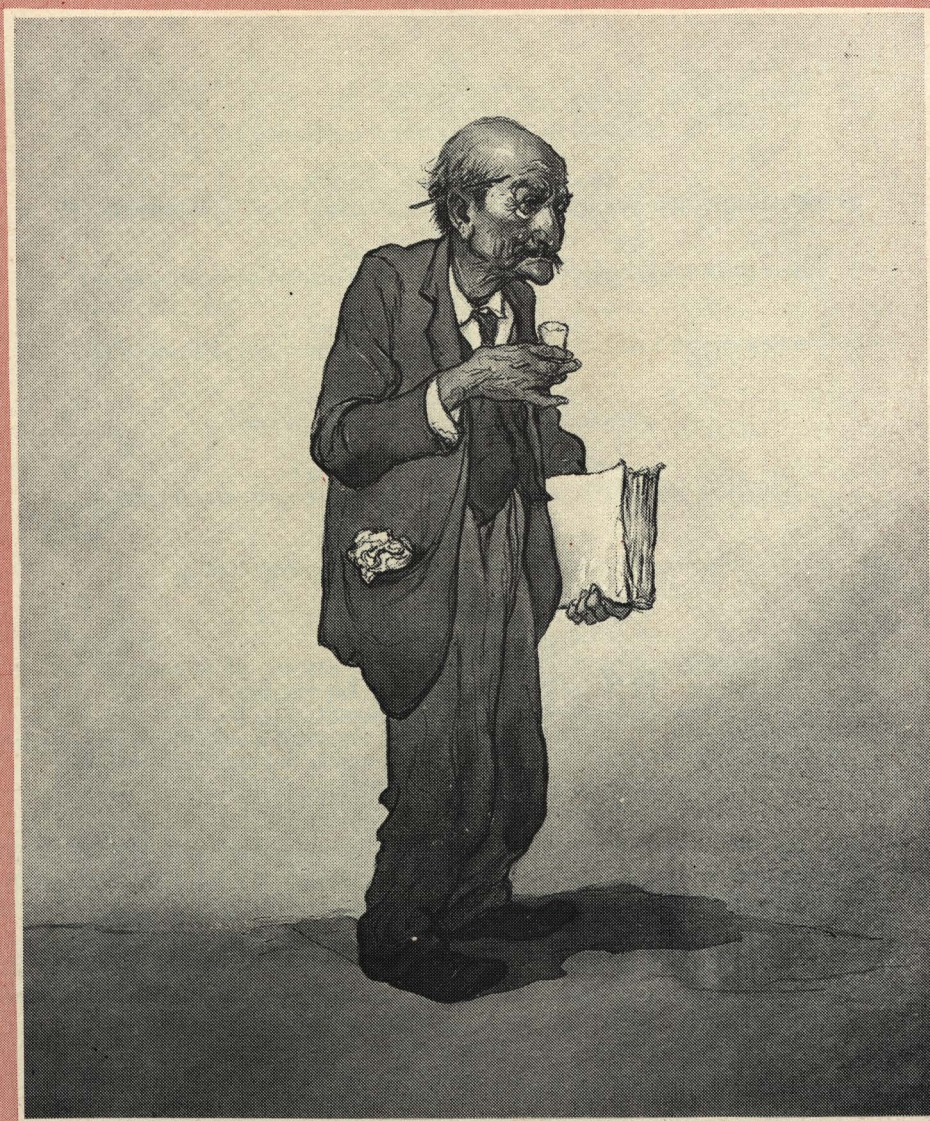


THĒMIS

Revista de Derecho



Fernando de Trazegnies
Roberto Mac Lean • Oscar Ermida
Alberto Bustamante • Luis Hernández
Felipe Osterling • Guillermo Lohmann
Roberto Dañino • Alfonso Benavides
Entrevista a Andrés Townsend

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, Mariana Negri Mendiola, Antonio Pinilla Cisneros. *Comité Consultivo:* Carlos Cárdenas Quirós, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Domingo García Belaúnde, Alfredo Ostojá López Alfaro. *Comité de Redacción:* Alfredo Bullard G., Fernando Cantuarias S., Inés Elías D., Nicolás Lerner V. M., Milagros Muñoz B., César Parodi M., María Teresa Quiñones A., Juan José Ruda S. *Diagramación e impresión:* publiART.

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

Carátula: Teodoro Núñez Ureta
“El escribano de los buenos tiempos”

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

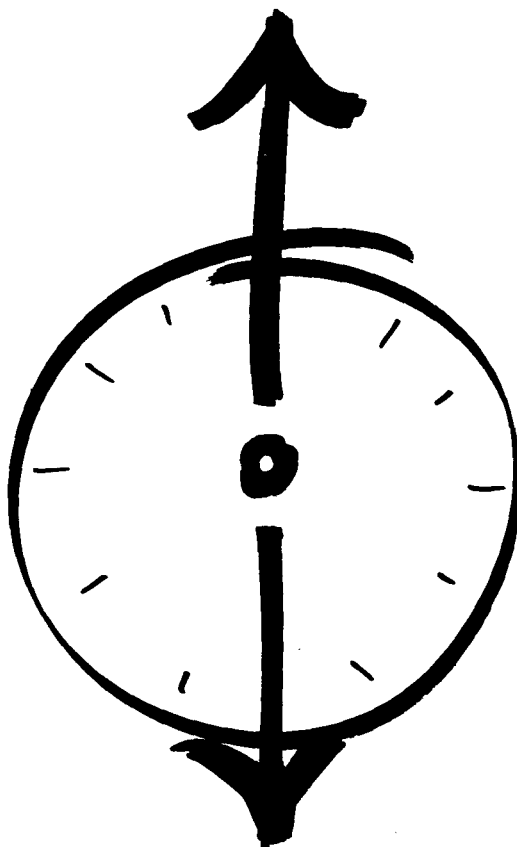
THĒMIS

Revista de Derecho

INDICE

3	Presentación
5	Entrevista a Andrés Townsend Ezcurra
11	Roberto Mac Lean Ugarteche
15	“El otro sendero” y el Derecho. Una perspectiva desde la generación del 50
21	Oscar Firmida Uriarte
29	Las relaciones de trabajo en América Latina: Problemas y tendencias
31	Luís Hernández Berenguel
33	El procedimiento contencioso tributario y la facultad de reexamen
38	Alberto Bustamante Belaunde
43	Instituciones para un gobierno abierto
49	Carmela Hernández Martínez
55	Las presunciones y ficciones en el Derecho Tributario peruano
61	Gonzalo Jara Flórez
67	¿Son las personas jurídicas sujetos de sanción penal?
74	ACTUALIDAD: DEUDA EXTERNA
83	Roberto Darino Zapata
85	Inversión Extranjera: La tentación pendular y otras opciones
91	Fernando O'Phelan Pérez
97	Aproximación jurídica al deterioro de las relaciones entre el Perú y el Banco Mundial
103	Italo Muñoz Bazán
109	La conversión de la deuda externa en inversión
115	COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL
121	Fernando de Trazegnies Granda
127	La difamación y la calumnia en el Código Civil de 1984
133	Felipe Osterling Parodi
139	Mora del deudor
145	Guillermo Lohmann Luca de Tena
151	Ensayo sobre el error en los testamentos (segunda parte)
157	Alfonso Benavides de la Puente
163	La forma en los contratos nominados del Código Civil de 1984
169	Cosme Nalvarte Ruíz
175	Aspectos sociales de la contratación privada en el Código Civil de 1984
181	Edgardo Mosquera Medina
187	La venta del bien ajeno en el Código Civil peruano
193	JURISPRUDENCIA COMENTADA
199	Derecho de Alimentos a favor del hijo alimentista
205	RESEÑA DE TESIS
211	Especialidad y extensión de la hipoteca / Venta de bien ajeno / La tenencia de la tierra en la comunidad campesina de Simirís / Los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1984 / El modelo de utilidad.

Tener el mejor horario bancario no nos basta.



También le ofrecemos el mejor servicio bancario.

Ninguna de nuestras oficinas cierra al mediodía. Todas atienden corrido hasta las 6 de la tarde. Y todas, también, abren los sábados.

Pero, no nos basta ofrecerle el mejor horario. Siempre estamos trabajando para ofrecerle los mejores servicios: Sucursales, Agencias y Cajeros Automáticos de Lima y Provincias interconectadas electrónicamente para que usted realice cualquier operación en forma simultánea, al instante, sin consulta y sin costo alguno.

Venga al Banco Latino. Todo es más rápido. Todo es más eficiente y rentable. Todo es cordialmente latino.



Banco Latino

Donde usted exige.



Presentación

El interés demostrado por diversas personas e instituciones ha servido de estímulo para, de acuerdo a lo prometido, sacar a la luz el octavo número de *Thémis*, que hoy se encuentra en sus manos. Dicho interés y el permanente apoyo recibido nos alientan, además, a mantener la línea de respeto, pluralismo y calidad, que caracteriza a nuestra publicación.

En esta ocasión, ofrecemos, dentro de la sección de Actualidad, un tratamiento jurídico del problema de la deuda externa. Este asunto, de particular significación, requiere, en vistas a su cabal comprensión, de una aproximación desde la perspectiva del Derecho, que ha estado a cargo de tres estudiosos de la materia.

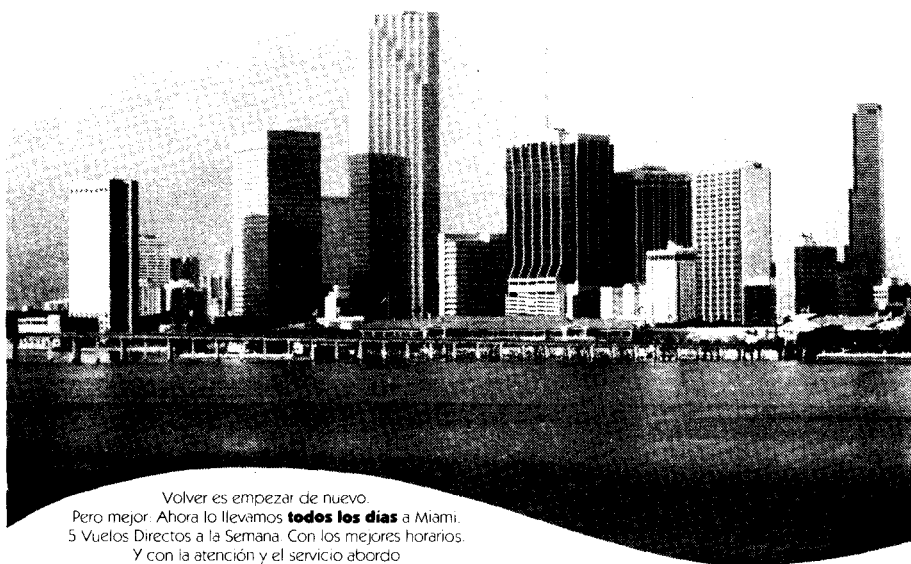
Asimismo, presentamos una entrevista al Dr. Andrés Townsend Ezcurra, Secretario General del Parlamento Latinoamericano, con lo que nos sumamos a las iniciativas orientadas a insistir en la necesidad de la integración de las Repúblicas hermanas del continente.

Mención aparte han de tener los “Comentarios al Código Civil”, la “Jurisprudencia Comentada”, las “Reseñas de Tesis” y las colaboraciones de distinguidos especialistas. Todo ésto, junto con lo ya referido, permite a nuestros lectores ampliar sus horizontes en cuestiones de gran importancia.

Finalmente, al dejar la Facultad, quienes tenemos la responsabilidad de la conducción de la revista, debemos dar paso a una nueva generación. Esta última nos merece la confianza suficiente como para poder asegurar, con renovados bríos, la continuidad de la labor emprendida.

Pando, Septiembre de 1987
El Comité Directivo

Volvemos por la puerta grande



Volver es empezar de nuevo.
Pero mejor. Ahora lo llevamos **todos los días** a Miami.
5 Vuelos Directos a la Semana. Con los mejores horarios.
Y con la atención y el servicio abordo
de nuestra gente, la gente de NUESTRAMERICA.

Consulte a su Agencia de Viajes.

MIAMI

Somos Peru



AeroPeru

Somos NUESTRAMERICA

Entrevista a Andrés Townsend Ezcurra

El Senador Andrés Townsend Ezcurra está ligado desde los orígenes de esta Organización con el Parlamento Latinoamericano. Fue autor de la moción aprobada por la Cámara de Diputados del Perú en el año 1964, por la cual se decidió convocar a una reunión de parlamentarios con el fin de promover y canalizar el movimiento latinoamericano hacia la integración. Aceptada la iniciativa por la colegisladora se comunicó esta a todos los parlamentos nacionales los cuales decidieron fundar, por consenso, el Parlamento Latinoamericano, en diciembre de ese mismo año.

Townsend Ezcurra ha desempeñado la secretaría general de esta organización a través de sucesivas y honrosas reelecciones. En el campo internacional debe anotarse que se debió a este legislador peruano la inclusión del Derecho de Huelga en el Pacto de Derechos Humanos en el campo económico y social, probablemente la única iniciativa latinoamericana que haya alcanzado este nivel de aceptación. Participó en la Asamblea Constituyente presidiendo la Comisión de Estado, Territorio, Nación e Integración. Redactó los artículos correspondientes a la doble nacionalidad para los latinoamericanos, el que establece la separación armoniosa entre la Iglesia y el Estado y el que reconoce con rango constitucional a los idiomas Quechua y Aymara como idiomas nacionales. Fue diputado por Lambayeque en dos períodos, proponente de la obra de Tinajones y redactó, conjuntamente con el doctor Ramírez del Villar, el preámbulo de la Carta Magna.

Thémis: ¿Qué motivó a los constituyentes del '79 a incluir la idea de una comunidad latinoamericana de naciones en el art. 100, cuya autoría se le atribuye?

Dr. A. Townsend: La definición netamente integracionista que condensa el art. 100 de la carta fundamental vigente, tuvo motivaciones geopolíticas, tradicionales e históricas. El Perú ha exhibido una larga trayectoria de antecedentes favorables a lo que ahora llamamos integración y que hace un siglo o siglo y medio se llamaba confederación o unión hispanoamericana, cuando no unión o confederación latinoamericana. Recuérdese que fue de Lima, el 7 de Diciembre de 1824, en vísperas de la batalla final de Ayacucho, el libertador Simón Bolívar, en ejercicio del mando dictatorial en el Perú, y en una famosa circular que refrenda su ministro de Relaciones Exteriores y ministro Universal del gobierno, el gran prócer liberal, don José Faustino Sánchez Carrión, convocó a todos los gobiernos independientes de las antiguas colonias españolas para que concurrieran al Itsmo de Panamá, en un plazo relativamente breve, con el fin de echar las bases de una confederación latinoamericana. Surge del gobierno del Perú, presidido entonces por Bolívar, en una feliz identificación de propósitos entre Libertador y país libertado, la iniciativa concreta de una Confederación Latinoamericana empresa que debió de ser la culminación y remate de la guerra de la independencia. Cuando, según términos también bolivarianos, del "pacto implícito" que habían acordado las colonias al sublevarse, debía pasarse al pacto explícito y formal de la confederación

o, como se decía en el lenguaje de la época, de la anfictionia.

El Perú luego, a lo largo del siglo XIX, se mantuvo con una fidelidad digna de elogio al ideal bolivariano o federativo. En 1847 se celebra en Lima el Primer Congreso de Países Latinoamericanos, posterior al Congreso de Panamá. En 1864 se reúne, aquí mismo el Segundo Congreso de Países Latinoamericanos motivado por la amenaza de la reconquista española que empezaba por las islas de Chincha. Y en el intervalo, en 1856, la diplomacia peruana, sumada a otras diplomacias de países vecinos, como Ecuador y Chile, promovió la firma de dos tratados, el Tratado de Santiago del 56 y el de Washington de la misma época, a través de los cuales se quiso reconstruir la unidad para entonces perdida.

Sobreviene luego el difícil período de las que podríamos llamar ahora, Guerras Civiles, las guerras de Paraguay o Triple Alianza y la Guerra del Pacífico, que erizan de desconfianza, recelos y odios las relaciones entre los países fraterno, llamados a constituir la unidad superior de la Confederación Latinoamericana. El Perú, no participa en las iniciativas que en ese entonces se dan y que son, por cierto, pocas. Pero en 1919 y 20, el movimiento juvenil de la reforma universitaria, acaudillada por Víctor Raúl Haya de la Torre, revive el ideal bolivariano y es de fundación peruana la de un movimiento continental, la Alianza Popular Revolucionaria Americana que, originada en México en 1924, coloca como uno de los puntos fun-

damentales de su programa la unidad económica, política y cultural de América Latina.

Es sabido de la larga y difícil lucha de este ideal por imponerse y, por lo menos, ser acatado y respetado por las instituciones nacionales del Perú. La reacción contra quienes habían propuesto este ideario y esta bandera llegó a extremos de intolerancia que hoy sorprenden y que están condensados en el famoso artículo 51 de la Constitución de 1933, mediante el cual se priva de la ciudadanía peruana a aquellos que profesen el ideal de la unidad latinoamericana, artículo y principio —si pudiéramos llamarlo así— que tuvo un blanco que fue definido posteriormente por los jurados electorales de la época: el partido que había fundado y que dirigía Haya de la Torre.

Cuando pasan muchos años y en 1979 se reúne por fin la nueva Constituyente, de espíritu abierto y dirección hacia el futuro, flotaba en el ambiente la necesidad de reivindicar este principio que en la anterior Constitución había llevado incluso a la proscripción de un gran movimiento popular. Me tocó entonces, como miembro de la célula parlamentaria aprista, en esa época, postular esta idea. Fue consultada a Haya de la Torre, que como se sabe era el presidente de la Asamblea Constituyente y desde luego el líder del partido mayoritario, Haya le dio su aprobación inmediata y explícita; tanto que la redacción original, que yo sometí a su consideración, fue aprobada sin mayor modificación y a sido esta la que, resistiendo al debate de las comisiones y el debate del plenario de la Constituyente, llegó a ser el art. 100 sobre cuyo contenido usted me está preguntando. Estas serían las motivaciones histórico—sociales y tradicionales.

Pero hay que agregar en esos años, en los años setenta, las motivaciones de índole geopolíticas y económicas. Después de la Segunda Guerra Mundial el examen de los organismos internacionales, vinculados a las Naciones Unidas, particularmente de CEPAL, había convencido a quienes quisieran leer estos conceptos en profundidad, que el desarrollo en América Latina resultaba improbable o utópico sino se creaba un vasto espacio económico para desarrollar en su seno las industrias, cuya implantación y desarrollo, garantizarían la modernidad y la mayor justicia en la distribución de riquezas en nuestros países latinoamericanos. De este modo lo que había sido un ideal histórico y después una ilusión de juventud se convirtió en un principio de necesidad económica realizable y práctica. El artículo 100 de nuestra carta fundamental tiene, pues, esos propósitos claros. Por un lado cumplir con un viejo designio histórico, con una antigua ambición nacional, con un objetivo del Estado peruano desde el momento mismo en que este fue fundado y, por otro, ayudar a la creación de un nuevo y vasto espacio económico que permita el desarrollo. Se ha dicho —con bastante exactitud— que no hay integración sin desarrollo ni podría haber desarrollo sin integración, se trata de exigencias que se complemen-

tan y se completan.

Thémis: ¿En qué medida la política exterior del Perú está cumpliendo con ese mandato constitucional?

Dr. A. Townsend: La política exterior del Perú, bajo el actual gobierno, ha hecho considerables esfuerzos por cumplir con el mandato de la Constitución. Es de recordar que el artículo 100 indica que el Perú “promueve” es decir orienta, impulsa, acelera el proceso de integración latinoamericana, no solamente adhiere o respalda (lo que sería una función pasiva), sino promueve, es decir, debe ponerse a la vanguardia, por lo tanto, eso se traduce para este gobierno y para cualquier gobierno del Perú, cuando rige la Constitución que ahora nos gobierna, que la variante de la integración no es una entre muchas: Es norma por esencia de nuestra política exterior dentro del hemisferio. Este gobierno, por boca del presidente García, en diversos pronunciamientos oficiales y sucesivos, tanto dentro del Perú como fuera de él, ha hecho hincapié en esta vocación integracionista de nuestra patria y me satisface comprobarlo así. Por ejemplo ahora, la Cancillería peruana está inmersa en un proceso de integración política, quizá aun no muy bien perfilado, a través de reuniones del llamado “Grupo de los Ocho” que se reunió hace poco en Bariloche, Argentina, y que ahora está reunido en Brasilia y en Sao Paulo. El apoyo resuelto que ha venido dando el gobierno del Perú a esta iniciativa como a otras que se refieren a una intervención pacificadora, a través del Grupo de Contadora y del Grupo de Apoyo de los problemas tan delicados, y hoy por fortuna en vías de mejorar, como son los de América Central, indican que efectivamente la norma integracionista, la obligación impuesta al Estado peruano por el artículo 100, está siendo acatada y practicada por el gobierno actual.

Thémis: En la lucha por la independencia se insistió a cerca de una unión de nuestros pueblos orientada a hacer frente a potencias extracontinentales. ¿Podría tomarse el problema de la deuda como un acicate para concertar esfuerzos en temas como ese?

Dr. A. Townsend: Desde luego que sí, y en buena manera el problema de la deuda, tan agudizado desde hace cuatro o cinco años, ha servido sin duda para los recientes procesos de mayor aproximación que se han venido realizando en el hemisferio. La deuda se contrae independientemente, cada país se hace de sus grandes obligaciones y cada país trata de resolverlas separadamente, pero sin duda, la fórmula lógica, la fórmula sabia, la fórmula racional, hubiera sido que todos los países convinieran en ciertos términos comunes para discutirlos con los países acreedores que, ellos si, actúan coordinadamente en las reuniones de grandes países industriales y presentan un sólido frente de países prestatarios frente al debilitado de los países deudores. La deuda sirvió o ha servido, en estos últimos años, para muchas movilizaciones

latinoamericanas que la toman como motivo inductor. Infortunadamente no ha predominado la tendencia, que insisto en considerar lógica y racional, de la unión de los países deudores, no digo para rechazar o desconocer la deuda externa, sino para conseguir mediante este sistema de aplicación de fuerzas mejores condiciones de pago de los países acreedores.

Thémis: La poca operatividad del sistema interamericano evidenciada en situaciones como la guerra de las Malvinas, la crisis centroamericana y la ausencia de Cuba reafirma la necesidad de canalizar la integración a nivel latinoamericano. ¿De qué manera el Parlamento Latinoamericano representa una opción en ese sentido?

Dr. A. Townsend: La enumeración de las fallas que han desprestigiado y desmoralizado al sistema interamericano es justa. El sistema ha probado ser incapaz de atender a los desafíos del tiempo actual, no ha podido responder al gran desafío, permanente desafío, de la desigualdad entre el desarrollo de América del Norte y la América Latina o América del Sur, incluido en este concepto extensivo México y Centro América. En el caso de las Malvinas la decisión fue todavía peor, porque el sistema interamericano reposa sobre un instrumento militar el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca cuyas estipulaciones señalan que el ataque a un país miembro del TIAR debe ser considerado como un ataque a los demás países y cuando Gran Bretaña desplegó una fuerza ofensiva poderosísima, con ayuda técnica y militar de los Estados Unidos, este país en vez de abstenerse de semejante colaboración se la brindó completa y, tras algunos intentos, bastantes desganados, de mediar, finalmente respaldó el desembarco inglés en Las Malvinas lo cual en sí mismo es una negación de la doctrina de Monroe que tanto tiempo ha pretendido ser una columna central del pensamiento internacional de los Estados Unidos. La crisis centroamericana que acaba, a mi juicio, de entrar a una fase constructiva, inesperada y magnífica, puede servir como testimonio de lo contrario, es decir, testimonio de que una actividad exclusivamente latinoamericana puede suplir la ausencia, los defectos o los errores de una mal llamada política interamericana.

Thémis: El Parlamento Latinoamericano, fundado a iniciativa del Congreso peruano, en diciembre de 1964, aún no ha sido debidamente institucionalizado. En su calidad de Secretario General de dicho organismo, ¿Cómo explica usted esa "tardanza"?

Dr. A. Townsend: Efectivamente, desde los inicios de su tarea el Parlamento Latinoamericano aspiró a ser consagrado a través de un instrumento internacional. Era lo lógico y lo debido. Cuando el Parlamento Andino se fundó muchos años después en la ciudad de La Paz, quedó determinada su institucionalización la misma que demoró pocos años en realizarse pero desde entonces el Parlamento Andino ha venido funcionando como un instrumento de integración políti-

ca reconocido por un pacto internacional.

El Parlamento Latinoamericano en sucesivas asambleas ordinarias, elaboró un tratado que consagra su institucionalización el mismo que ha sido sometido al conocimiento de los gobiernos nuestros países. También el propio Parlamento en una sesión especial de su Comisión de Reglamento, Estatuto y Presupuesto celebrada en Curazao revisó las reglas fundamentales de este proyecto de instrumento internacional.

Actualmente se ha experimentado un avance considerable que espero compense las inusitadas demoras que en realidad han venido retrasando la aprobación de su texto. El grupo llamado de los ocho que ha celebrado reuniones en Bariloche primero y hace pocos días en Brasilia aprobaron por unanimidad que una reunión de peritos o técnicos de las cancillerías se realice en la ciudad de Cartagena de Indias en Colombia, durante el mes de Setiembre y en ese mes dichos técnicos o asesores jurídicos revisarían finalmente el cuadro institucional del Parlamento y coincidirán finalmente en el texto que debe ser sometido a una conferencia de plenipotenciarios, que a su vez firmaría el Tratado.

Desde luego confío en que este cronograma se desarrolle sin dificultades y que para fines del presente año se reúna la conferencia de plenipotenciarios y con ello el Parlamento por el que tanto hemos bregado desde el llano y desde el plano de la espontaneidad y de la presencia voluntarista, se convierta en un instrumento internacionalmente respetado.

Thémis: La existencia a nivel regional de países como el Brasil de impecable actuación en el proceso integrador pero con clara vocación hegemónica ¿provoca que la integración sea vista con cierta desconfianza por las otras naciones?

Dr. A. Townsend: Creo que la pregunta se basa en un supuesto discutido: que un país como el Brasil, supongo que por su vastedad territorial y sus ingentes recursos, tenga "una clara vocación hegemónica" es un prejuicio. Conozco Brasil, he estado muchas veces allí y he tenido oportunidad de hablar sobre el destino futuro de América Latina con algunos de sus hombres más representativos. Mi impresión es muy clara: el Brasil tiene ya con su extensión territorial y con su creciente población suficientes problemas como para estar buscando otros del mismo estilo. El Brasil además está dando pruebas de su capacidad para adecuarse al ritmo de la integración y debemos reconocerla que el presidente Sarney, con el presidente Alfonsín, al firmar sin grandes bombos y sin ningún platillo el tratado de complementación económica en Buenos Aires ratificado después en Brasilia, ha dado muestras de una voluntad integradora que debería ser un modelo para países más pequeños que sin embargo se encasillan en su desconfianza supuestamente nacionalista para no ingresar resueltamente en un proceso que a todos nos interesa.

Thémis: En su último libro acerca del Parlamento Latinoamericano, afirma que el reciente acuerdo entre Argentina, Brasil y Uruguay al echar las bases de una integración regional, ha venido a dar un gran impulso a la unidad de nuestros pueblos. ¿No considera que este acuerdo podría dar lugar a un fenómeno inverso, es decir, el propiciar entendimientos bilaterales o regionales, pero no de latinoamérica en su conjunto?

Dr. A. Townsend: Desde luego peligros de ese tipo existen, por eso la premisa básica del Parlamento Latinoamericano es luchar contra la desintegración de América, tan dolorosamente afirmada desde la independencia. Esta desintegración sólo puede ser superada por una integración democrática en la que participen todos los países de América Latina: chicos, grandes o medianos. La experiencia por demás nos viene enseñando, que conviene avanzar, hasta cierto punto, en el ámbito subregional. El bloque de Cartagena o Pacto Andino, nació precisamente para equilibrar fuerzas con los grandes países del área y la ambición de los andinos ha sido siempre llegar a exhibir cifras que permitan comparar a su conjunto con cualquiera de los tres grandes: con México, con Brasil o con Argentina. Desde luego que si la integración no la hacemos todos, es evidente que la iniciativa va a partir de algunos que sí la quieren y la quieren con seriedad como es el caso de Argentina y Brasil y de Uruguay con el reciente acuerdo.

A propósito de Uruguay piense usted que desde un punto de vista estrictamente uruguayo parecería que la suma de estos dos gigantes vecinos ahogaría al pequeño Uruguay y lo dejaría desamparado frente a una concertación gigantesca. La verdad es que los uruguayos han leído la lección de los tiempos, han entendido la lección del futuro y comprenden que pueden obtener mucho más integrándose dentro de una unidad muy superior en su tamaño geográfico y en su tamaño económico, que manteniendo su altiva y respetable soberanía nacional. Yo creo que ha todos los demás, a los andinos por un lado, a los centroamericanos por otro, quizás en una postrera instancia a los del Caribe, habrá de ser claro que es preciso bregar por una América Latina unida, una América **Latina** no un sub bloque de países, no dos grandes países, ni tres grandes países. Considero que a los encuentros y entendimientos bilaterales o regionales hay que seguirlos estudiando y tramitando pero siempre teniendo en cuenta, tomándolos como pasos, escalones o aproximaciones al gran ideal de la unidad del continente.

Thémis: ¿Qué analogías o diferencias encuentra usted entre el proceso de integración que dio lugar a la Comunidad Europea y el proceso latinoamericano?

Dr. A. Townsend: Las hay bastante claras. En primer término la Comunidad Europea es la culminación en los países que ahora forman esta gran co-

munidad. Amaneció esta conciencia común en las trincheras al terminar la guerra, cuando los ex combatientes contra el nazi-fascismo entendieron que su batalla era común y que la paz debería ser lograda también por el esfuerzo común y mantenida por la decisión común. Espontáneamente, los viejos combatientes, los que no querían pasar por otro horror, otra catástrofe, por otro flagelo, como lo llaman en la carta de las Naciones Unidas, como la guerra que castigó a Europa los años 39 al 45, necesitaban superar los viejos nacionalismos, los celos y recelos e ir hacia el establecimiento de una unidad económica-social provista de instrumentos políticos de control y de gobierno. Empezó así lo que aquí ha faltado defecto que nosotros en el Parlamento Latinoamericano hemos querido enmendar: una gran movilización de confianza, un llamado al sentido realista, humano y democrático de los europeos para comprender que de seguir viviendo las viejas pasiones que venían desde la Edad Media, los antiguos odios y las disidencias insuperables de fronteras, Europa en breve tiempo podría ser reducida nuevamente al conflicto bélico y a la mutua destrucción esta vez, probablemente con armas atómicas. Algunos estadistas previsores comenzaron a promover reuniones de políticos, reuniones de dirigentes de opinión, dirigentes científicos y populares con el propósito de implantar en ellos la semilla del ideal integracionista o unitivo de Europa, por lo cual tanto habían luchado otros precursores desde el siglo XVII. Este movimiento contagió a grandes masas de la opinión pública europea e influyó también donde era importante que influyera, es decir, en los medios dirigentes de la vida política europea. Comienzan así experimentarse las reuniones de los partidos políticos, luego las reuniones de los parlamentarios y finalmente se llega al Tratado de Roma por el cual se crea un Parlamento Europeo representativo de todos los sectores políticos de la vieja Europa. Esta marea ascendente de opinión llegó a contagiar la opinión pública del viejo continente y líderes políticos de toda tendencia, desde los conservadores ingleses, como el propio Churchill a la cabeza que pronunció un discurso famoso, hasta los dirigentes de los partidos socialistas y demócratas cristianos de Europa, todos los cuales convinieron en la necesidad de una integración europea. De este modo se llegó en 1960 a la firma del tratado de Roma. Este Tratado de Roma es el remate, la cúpula y la resultante de todos los esfuerzos precursores y de todas las elaboraciones teóricas y prácticas realizadas por los europeos en el período fecundo de la post-guerra. De este modo la integración europea en su fase política y comunitaria, es el remate, no el comienzo, de la integración propiamente dicha. En cambio, yo diría que esta es la diferencia esencial entre el proceso de nuestros países aun inconcluso y el proceso ya triunfal y victorioso de Europa. Se llegó al tratado de integración, como la culminación de una conciencia ya difundida y abrumadoramente dominante entre los dirigentes políticos. En cambio en América Latina, donde siempre hemos sido muy dados a copiar e imitar, se descubrió

hacia 1950, que la integración era la palabra del día y decidieron acoplarse a esta moda y así como antes habíamos copiado las rivalidades nacionalista o imperialistas y cada país se creía una Inglaterra, una Alemania, una Francia, ahora quisimos copiar directamente y sin revisarlo el modelo de la constitución comunitaria europea que se consagra en el Tratado de Montevideo.

Básicamente, creo que, distingue al movimiento de integración europeo del movimiento de integración latinoamericano, el hecho de haber sido precedida al primero, la integración europea, por un vasto y profundo movimiento de opinión que culminó en un reclamo bien orientado e institucionalizado de una comunidad. En cambio nosotros quisimos copiar por lo que fue final en Europa, es decir, comenzar por la comunidad o por la asociación latinoamericana de libre comercio que en realidad debería ser el fruto, la culminación y el remate de un proceso que no llegó a darse, ni de lejos, en la intensidad y amplitud que experimentó el proceso europeo.

Ahora estamos tratando de reconquistar el terreno perdido y esfuerzo muy patente de esta convicción la de el Parlamento Latinoamericano. El año 1964, al comprobar en el Perú y en otros países, que los procesos de integración económica, como la ALALC de la época, estaban prácticamente congelados, pudo verse que esto ocurra así por falta de un impulso político y de una conciencia popular. Quienes entonces propusimos la fundación del Parlamento Latinoamericano, aquí en el Perú, razonamos que esta conciencia política debería nacer y expresarse a través de los órganos efectivos y genuinos y de expresión de la voluntad política del pueblo que son los partidos. Los partidos en una democracia normalmente están representados en los parlamentos, de modo que convocando una asamblea de parlamentos, a un parlamento de parlamentos, encontraríamos la manera, el canal, el camino de ponernos en comunicación directa con las grandes corrientes de la opinión pública, con los grandes partidos que gobiernan, han gobernado o gobernarán los diversos países de América y los adiestramos en la capacidad de ingresar al fenómeno comunitario y hacer de nuestras divididas repúblicas una sola y poderosa federación o nación continental.

Thémis: Cree usted que la incorporación de España y Portugal a la Comunidad Europea puede significar un mayor acercamiento entre Europa y América Latina?

Dr. A. Townsend: Desde luego, Portugal, a través del Brasil y España a través de los demás países, tienen con nosotros lazos de cultura e historia de una intensidad que no reconoce paralelo. Su alejamiento durante tantos años de la Comunidad Europea dejó incompleta a Europa y nos dejó a nosotros privados de dos interlocutores sumamente valiosos. Esto no significa, que aun en los años que tuvimos relaciones

con Europa y cuando no estaban aún Portugal y España, fuera difícil o imposible la relación. La hubo y durante esos años se realizaron nueve asambleas intercontinentales entre Europa y América Latina. Pero desde la presencia de estos dos países que tienen idiomas comunes a los nuestros y una formación cultural en gran medida similar, las relaciones con Europa serán seguramente más fáciles, mejor lubricadas y cargadas de sentimiento, que me atrevería a llamar fraternal.

Thémis: En el proyecto de Comunidad Económica Latinoamericana, aprobado por el Parlamento Latinoamericano en Agosto de 1971, se hace referencia a la búsqueda de un régimen común en materias tales como seguridad social, inversiones extranjeras y aranceles, entre otras. Hasta qué punto este proyecto resulta viable en un momento en que la Decisión 24 del Pacto Andino está siendo revisada?

Dr. A. Townsend: Conviene diferenciar el Pacto Subregional Andino del Pacto Regional Latinoamericano. El Pacto Andino tiene vacíos que llenar y tuercas que reajustar, nuestro Parlamento Latinoamericano en su perspectiva comunitaria grande está inaugurando su iniciativa y definiendo sus principios, el proyecto de comunidad al que ud. alude que es efectivamente más el completo que se ha presentado hasta ahora a la consideración de los técnicos y de la opinión pública latinoamericana, tiene que prever la legislación sobre los temas que ud. señala. La Decisión 24 del Pacto Andino se refiere a un tema económico, el de las inversiones extranjeras y la forma y monto como estas puedan remesar sus utilidades a los países de origen. Yo creo que se ha exagerado el problema. Lo que importa es comenzar, crear la comunidad, dotarla de los órganos propios y examinar luego los problemas que derivan para ella. Es preciso que tengamos bien claro el concepto ya apuntado que si buscamos el desarrollo este será utópico, imposible o fugaz, si no logramos alcanzar las metas de la integración y que la integración, a su vez, para dar todos sus frutos, necesita impulsar el desarrollo. No hay desarrollo sin integración ni integración sin desarrollo.

Thémis: Finalmente, ¿Quisiera Ud. Dr. Townsend, decirnos algo más sobre el tema?

Dr. A. Townsend: Si por cierto, querría decir a quienes me lean que la obra titánica de crear, a fines del siglo XX, una mancomunidad latinoamericana, una comunidad latinoamericana, como la llama nuestra Constitución en su artículo 100, es de esos proyectos históricos que comprometen a varias generaciones y justifican la lucha de varios millones de hombres y mujeres dedicados a servirla. Para un joven, sobre todo para un joven vinculado a los temas del Derecho, del derecho comunitario, de la economía de los mercados comunes, el tema de la integración comunitaria latinoamericana es de una fascinante atracción. Advierto que, año a año, en los centros universi-

ción. Advierto que, año a año, en los centros universitarios de nuestra América, están apareciendo vocaciones juveniles que aspiran a incorporarse, activa y conscientemente, al proyecto de la integración. Yo diría que si en el terreno técnico hemos avanzado muchísimo seguimos como siempre, retrasados en el campo político y que para suplir esa deficiencia, para corregir esos vacíos, para llenar de buenas razones, el lugar donde sólo existió el entusiasmo, actúa el Parlamento Latinoamericano. Es una experiencia única y la Asamblea que, en América Latina, reúne a los hombres de todas las tendencias, derecha y izquierda, y centro, en todas sus variantes y en todos sus matices, unidos todos en la idea común de la integración. Se debe producir y se está produciendo algo similar a lo que ocurrió cuando en la época de la Independencia. A favor de la libertad nacional de nuestros países se definieron hombres de todos los grupos y de todas las escuelas. Todos creían en la independencia con formas ideológicas o políticas diferentes pero concidentes todos en una misma idea común: los pueblos de América Latina deberían gobernarse por sí mismos, deberían estar sujetos a esa "voluntad general" de la que habló San Martín, citando a Rousseau, cuando declaró la independencia del Perú. En nuestro tiempo, el gran

tema común, el gran ideal supra partidario y supra nacional es crear un gigante semejante al de Homero, como decía Bolívar, que pasmaría el mundo de una sola ojeada, un gigante de veinte millones de kilómetros cuadrados en donde existen todas las riquezas imaginables de la tierra, con más de 400 millones de habitantes y de habitantes que contribuyen a la humanidad contemporánea con un aporte multicolor, pluriracista, igualitario, un conjunto de hombres y mujeres que hablan dos idiomas hermanos y fácilmente inteligibles entre sí, que viven, dentro de una misma tradición cultural y religiosa y que se sienten, en buena medida partícipes de una misma tradición (histórica) y de una misma ambición justificada. Por eso creo que el joven peruano, el joven latinoamericano de estos finales del siglo XX, debería pensar intensamente sobre su puesto y su deber en un mundo que le da a elegir entre seguir en la división y el vasallaje impuesto por las grandes potencias o de crear una propia potencia nativa capaz de emanciparnos de todos los yugos acelerar nuestro progreso y garantizar nuestro desarrollo y nuestra justicia social.



“El otro sendero” y el Derecho

Una perspectiva desde la generación del 50

Roberto Mac Lean

Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA y Catedrático en la maestría de Derecho Internacional Económico de la PUC.

Nunca, desde nuestra independencia, hemos vivido en el Perú una crisis tan profunda de vigencia social de la ley como la que atravesamos hoy. Nunca antes tanta gente honesta y trabajadora, con la que realizamos los más diversos tipos de transacciones, ya sea al subir a un ómnibus o al comprar una lata de conservas, ha desobedecido la ley y vivido pacíficamente al margen de ella. Casi la mitad de las viviendas de Lima está al margen del Código Civil y de los Registros Públicos; un porcentaje semejante del transporte colectivo se desarrolla pacíficamente fuera de lo dispuesto en las numerosas normas que existen al respecto. Seis de cada diez horas que se trabajan en el Perú no se regulan por las leyes vigentes. Y es que, no obstante que la Constitución Política del Perú entró en vigencia apenas en 1980 y el nuevo Código Civil en 1984, nunca antes el prestigio social de la ley y de la administración de justicia ha sido tan bajo en nuestro país. Como anotó José Matos Mar, en su “Desborde Popular y Crisis del Estado”, “Las transformaciones sufridas por el Perú desde la década de 1960 han repercutido recién en forma poderosa sobre el balance y equilibrio de las relaciones entre el mundo de la oficialidad y el de las mayorías”. Curiosamente, desde 1950 se ha vivido, quizás, la etapa más prolífica en materia de promulgación de los más diversos dispositivos legales, Constitución, Códigos, leyes orgánicas, decretos leyes, decretos legislativos, decretos supremos y otros.

Es evidente que algo anda mal en el ordenamiento legal y algo con raíces más profundas y serias que lo que pueda aparecer de un examen superficial. Intentemos un ejercicio de aproximación al problema para tratar de descubrir qué elementos entran en juego y dónde los juristas hemos fallado en señalar la naturaleza del problema. El punto de partida tiene que ser el evidente divorcio que existe en nuestro país entre la ley y la realidad. Para cualquier persona que entra en contacto con nuestro sistema legal se hace pronto manifiesto las contradicciones entre estos dos elementos. Es cierto que por definición toda norma, en su carácter generalizador, constituye una agresión a las situaciones individuales. Las leyes llevan en sí la larva de una injusticia en contra del individuo al tra-

tar de medir con un sólo rasero la infinidad de situaciones individuales.

Esto ha sido objeto de varios históricos debates a lo largo de la evolución del Derecho. Primero, cuando el Derecho Romano, racionalista y legislado, estuvo en oposición a los derechos de carácter casuista de los pueblos germánicos invasores. Segundo, en la oposición en Gran Bretaña entre el Derecho Canónico y el Derecho Común o “Common Law” que se desarrolla caso a caso, elabora sus principios en forma inductiva y se basa más en la experiencia que en la lógica. Y, en tercer lugar, el debate surgido a raíz del movimiento de fines del siglo dieciocho y comienzos del diecinueve a raíz de los intentos por codificar el Derecho que encontró su mejor expresión en el Código Napoleón y en el movimiento liderado por Savigny de volver a buscar una normatividad social espontánea a través de la costumbre.

Pero aparte de la agresión a la individualidad que supone toda norma, la situación se agrava cuando las normas son dictadas con una defectuosa percepción de la realidad, ya sea por proteger intereses de grupo o, como es más frecuente, por ignorancia de las características de nuestra sociedad. Si examinamos las fuentes de buena parte de nuestra legislación, encontramos que los elementos de juicio que han tenido a su disposición los legisladores son en gran parte de los casos, un modelo extranjero o un código extranjero o un autor extranjero, más que información empírica o un análisis de los conflictos reales de intereses que están en pugna. Porque, en realidad, el derecho no es sino la transacción en un momento o un lugar determinados entre diversos intereses que colisionan. La ley antimonopolio de los Estados Unidos, por citar un ejemplo, refleja la transacción entre los intereses que estaban en pugna en los Estados Unidos a fines del siglo diecinueve y sólo será aplicable como modelo en el Perú en la medida en que el conflicto se de en los mismos términos. Otro tanto ocurre con el Código Civil Italiano o la Ley Electoral Británica.

Un segundo aspecto crítico es que aún estas le-

yes, que reflejan una transacción de intereses en conflicto, sólo cobran una cabal significación dentro del contexto de un sistema legal determinado que paralelamente a la norma que se dicta tiene una serie de mecanismos administrativos, judiciales y constitucionales para hacerla efectiva. El termómetro pues, para evaluar una ley, no es ni su racionalidad, ni su precisión lingüística, ni su unidad sistemática, sino su vigencia social. Una ley que no se cumple es un dispendio social tan grande como construir un edificio de departamentos y amoblarlo para que la gente no lo ocupe y siga viviendo en precarias viviendas alrededor. Y un poco es eso lo que está pasando en el Perú de hoy donde cada vez la proporción de habitantes que obedece a las leyes es menor.

¿Cómo hemos llegado a esta situación? Para entender cómo se ha legislado y se legisla hoy, es necesario dar una mirada introspectiva a la visión que tenemos del Derecho; y para ello es necesario examinar cómo se estudia el Derecho en el Perú.

Para quienes estudiamos Derecho en la década de 1950 —que es cuando se produjo el aluvional desarrollo del llamado mundo informal— nuestro contacto con la ciencia jurídica se produjo a través de una constelación de juristas de extraordinaria calidad que fueron nuestros maestros y que es difícil que se den las circunstancias para que se vuelva a producir. Para citar solo algunos nombres puedo mencionar a José León Barandiarán, Jorge Eugenio Castañeda, Manuel G. Abastos, Raúl Ferrero Rebagliati, Andrés León Montalván, y me detengo en esos nombres para no hacer la lista interminable. Guardábamos por ellos una admiración reverente y sincera que no se ha disipado con los años. Pero junto al afecto por ellos, en los momentos de estudio y reflexión nos quedaba en la boca el sabor de una sabiduría que no saciaba nuestras inquietudes y que nos servía de muy poco cuando tratábamos de dar una explicación a lo que pasaba a nuestro alrededor. No hay nada mejor para ilustrar esto como describir lo que nos ocurrió, años más tarde, cuando se produjo un golpe de Estado en el Perú y un grupo de nosotros fuimos a la biblioteca de Derecho para buscar lo que se había escrito sobre los problemas legales de los gobiernos de facto, y nos encontramos que, en más de un siglo de literatura de Derecho Constitucional, ni una sola vez los juristas habían tratado de explicar o estudiar el fenómeno.

Los códigos distinguían entre hijos legítimos e ilegítimos y creaban notorias diferencias entre unos y otros a pesar que más de la mitad del país resultaba perjudicada con esta discriminación. Mientras tanto nuestros juristas citaban a Ulpiano, Bartolo, Pottier y Planiol. Sabíamos lo que decían las leyes de Francia y Italia pero nadie nos explicaba cómo y porqué habían nacido esas leyes. Había que leer a Planiol y más que leerlo, estudiarlo para tomar conciencia que sus opiniones no estaban basadas en procesos apriorísticos sino, en su mayor parte, en la experiencia real de los tribunales franceses de su época. Es decir que sus ver-

dades son verdades para una época y un lugar determinados y que, independientemente del valor permanente y universal que pudieran tener, eran en forma primordial la reacción frente al estímulo de un problema concreto.

Al terminar nuestros estudios, muchos de nuestra generación tratamos de encontrar una respuesta en el aprendizaje en universidades del extranjero. Mientras que en las generaciones anteriores se podían contar con una mano los abogados con estudios en el extranjero, para la generación del cincuenta se abrieron una serie de posibilidades con las becas ofrecidas por instituciones privadas o gobiernos extranjeros. Todos volvimos con la respuesta que era necesario buscar las soluciones, no en las razones imprecisas, e incluso a veces impredecibles, del llamado Derecho Natural ni en la lógica pura y formal de los positivistas, sino en la experiencia de nuestra sociedad y en la historia de nuestro país. Muchos nos sentimos impulsados a buscar métodos sociológicos y tratar de adaptarlos al derecho; y abandonando el deslumbramiento por Kelsen nos entregamos a los planteamientos realistas de Dicey, Ginsberg, Holmes, Pound, Ross, Lundstedt y Olivecrona. El derecho no es sino una transacción entre los intereses en conflicto en una sociedad en un tiempo y lugar determinados: entre propietarios e inquilinos, empleadores y trabajadores, transportistas y usuarios. No los intereses en conflicto en París, Londres, Madrid o Berlín sino los intereses en conflicto en el Perú en el siglo veinte.

Cuando algunos de nosotros comenzamos a escribir nuestros primeros libros y a realizar un esfuerzo por buscar las fuentes de información y doctrinarias peruanas, encontramos que, por lo menos en algunos campos, la información oficial era inaccesible y, en otros, simplemente inexistente. Esos libros si bien tenían la intención de hurgar en la realidad peruana se habían quedado cortos en los logros científicos que nos habíamos señalado. Mis dos primeros libros sobre “Las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado” y “Las Sentencias Extranjeras”, si bien recibieron varios premios nacionales fueron en realidad un intento frustrado por llegar a la raíz social y económica de los problemas que trataban.

En la década del sesenta, Jorge Avendaño Valdez, entonces Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, propició y dio organización a lo que ha sido el movimiento colectivo intelectual más importante en el campo de las ciencias jurídicas en el Perú de las últimas décadas: un esfuerzo por ver cómo funciona el Derecho en la realidad, el Derecho como instrumento social, y la conducta jurídica como una reacción condicionada en los términos de los experimentos pavlovianos. Muchos discutimos, enseñamos e investigamos con métodos recogidos en los seminarios o en las bibliotecas de la Universidad de Wisconsin, alrededor del concepto de “Law in Action” o el “Derecho en su Contexto Social”. Los resultados de este movimiento, mirados a la distancia, hablan por sí mis-

mos: Javier de Belaunde fue el primero en el Perú en lanzarse a estudiar temas como los aspectos legales de los gobiernos de facto. El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica, bajo la dirección de Héctor Cornejo Chávez, descubrió aspectos inéditos en el Derecho de Familia en el Perú; Domingo García Belaunde publicó su acusosa investigación sobre el Habeas Corpus, basada casi exclusivamente en el estudio de la jurisprudencia y doctrina peruanas; Luis Pásara produjo los que a mi juicio son los más lúcidos y maduros estudios de este movimiento: "Para Estudiar la Justicia" y "Jueces, Justicia y Poder en el Perú"; Eduardo Ferrero Costa su trabajo sobre el Derecho del Mar; mi modesta contribución fue un corto artículo sobre la Inversión Extranjera en el Perú.

La crema de una generación de juristas como Fernando de Trazgenies, Lorenzo Zolezzi, Marcial Rubio, Alfredo Ostoja entre muchos más, no se contentó con saber eruditamente sino que se esforzó por entender y dar sentido a la función social de la ley en el país. El aporte del Derecho a la solución de los problemas peruanos fue el llamado y el desafío que muchos sentimos en esos años.

Pero, como fue evidente desde un principio, esta era una labor no sólo de juristas sino de economistas, sociólogos y politicólogos con carácter interdisciplinario. Los estudiosos deben trabajar conjuntamente para ver al país tal como en realidad es, antes de pretender encaminarlo hacia lo que, por nuestras personales preferencias, pretendemos que sea. Hay que sumergirse en la información económica y social antes de tratar de mejorar la realidad. Y esto fue lo que —al margen de las discrepancias políticas que el momento concitó— se propuso el grupo de juristas que llegaron a la Corte Suprema de la República en la década de 1970. Al crearse en la Corte la Comisión de Reforma Judicial, ésta emprendió el primer estudio serio que se haya hecho sobre la Administración de Justicia en el Perú, basado en datos concretos. Dentro de la misma tónica, muchos de los fallos redactados por César Polack, Guillermo García Montufar o José Ignacio Tello, por mencionar sólo unos pocos, pueden figurar entre los mejores ejemplos del pensamiento jurídico creativo en el Perú, que ha sido el esfuerzo más serio por utilizar las inadecuadas herramientas legales disponibles para aproximarse a nuestra heterogénea realidad. La misión del Derecho no se concibió entonces como una conceptualización abstracta o formalista, sino como un compromiso total para alcanzar el equilibrio social. Todo ello me motivó y sirvió de inspiración para escribir un trabajo sobre "Razonamiento Judicial y Realidad Social en el Perú" aparecido en la Revista de Jurisprudencia Peruana, y luego traducido en el "American Journal of Comparative Law"; y otro, aparecido circunstancialmente en la "Louisiana Law Review" y traducido en la Revista del Foro, sobre "Discreción Judicial", artículos que trataron de reflejar la naturaleza de la tarea que intentábamos realizar.

Desde la perspectiva de la Corte Suprema, las

contradicciones entre Derecho y realidad se veían más agudas; con el agravante que si bien el jurista académico o el abogado en el patrocinio de un cliente pueden postergar o liberarse del problema, el juez es el único personaje en este drama que no puede evitar dar una respuesta a la confrontación y encontrar una solución. Conscientes de estas contradicciones, y preocupados por el deterioro y la pérdida del prestigio social de la ley y la administración de justicia en el Perú, ante las dificultades de aplicar leyes generales a una realidad tan heterogénea, los que integrábamos la Corte Suprema en los últimos años de la década del setenta, presentamos una sugerencia a la Asamblea Constituyente a fin de que se otorgara a la Corte Suprema la facultad de fallar en equidad y creando excepciones a las leyes generales, siempre que se contara con el voto unánime de una sala de la Corte Suprema y se fundamentara las razones de este fallo, que además se convertiría en un fallo obligatorio en el futuro para todos los tribunales inferiores. No obstante recibir algunos buenos comentarios, la sugerencia no fue aceptada. En cierta forma un Director de Ministerio goza de mayor discreción que un juez.

Al mismo tiempo, hacia fines de los años 70, un equipo de economistas y sociólogos bajo la dirección de Hernando de Soto comenzaba una investigación en gran escala sobre la realidad de la vida urbana en el Perú, la de los llamados marginales o informales. Tras años de paciente investigación, los primeros resultados revelaron que la causa de muchos de los problemas sociales que atraviesa el Perú, se deben a la forma ineficiente como el Derecho peruano regula nuestras relaciones sociales mas importantes. Hernando de Soto reclutó, entonces, a un equipo de abogados para trabajar dentro de los mismos lineamientos que se había estado tratando de trabajar desde la década del cincuenta con la importante adición del factor económico, que había sido el resultado de la contribución de Posner y sus seguidores que habían estudiado la estrecha relación entre el Derecho y la economía. Fruto de estos estudios e investigaciones es el libro "El Otro Sendero" que en mi opinión es el ensayo más importante que se ha escrito para interpretar la realidad urbana en el Perú, y cuya lectura es indispensable para la comprensión del fenómeno legal de nuestro país.

Hernando de Soto y el equipo del Instituto Libertad y Democracia, siguiendo y ampliando la línea de búsqueda emprendida por los hombres de Derecho en las décadas de 1950, 1960 y 1970, han llevado sus investigaciones hasta desarrollos sorprendentes y proponen no sólo una óptica mas ajustada para enfocar el problema desde sus raíces, sino que han elaborado herramientas que vale la pena poner a prueba. Siempre se podrá mejorar cualquier norma legal. Pero, de lo que se trata es, antes que de producir leyes conceptual y formalmente acabadas de acuerdo a los mejores modelos ideales, de elaborar leyes que sean socialmente eficientes, que reflejen la opinión pública imperante en un lugar y tiempo determinados y que, por lo tanto, tengan vigencia social. Esa es la esencia de la

democracia. Su trabajo nos ofrece la abrumadora evidencia, más que cualquier libro de filosofía jurídica, de las trágicas consecuencias de legislar al margen de la realidad.

El libro tiene tres partes, la primera que consiste propiamente en el trabajo de investigación de campo y que es la constatación de una realidad que muchos todavía se niegan a aceptar en su empecinamiento por vernos como lo que no somos. Se ha trabajado palmo a palmo, para obtener una información de otra forma inaccesible. La segunda parte contiene una interpretación de las causas del fenómeno, cuyo diagnóstico es

de origen legal. La tercera, finalmente, tiene una propuesta para el futuro, que ningún peruano serio y responsable puede dejar de considerar. La lectura de "El Otro Sendero" debería ser requisito obligatorio para todos los estudiantes de Derecho del país, pues la realidad que pone ante nuestros ojos puede y debe despertar muchas discusiones y controversias. Ya que, si bien en cierta forma cierra la etapa de búsqueda que se inició con la generación del cincuenta, al mismo tiempo, no cabe duda, señala el camino por el que, en una dirección u otra, se tendrá que transitar en la tarea científica y política de la siguiente generación.

LIBRERIA
 **EL VIRREY**

Las relaciones de trabajo en América Latina: Problemas y tendencias actuales

Oscar Ermida Uriarte*

Consejero Regional de la OIT y Catedrático de Derecho Colectivo del Trabajo en la facultad de Derecho de la PUC.

El propósito de este breve trabajo es el de determinar cuáles son las principales cuestiones y tendencias que se han planteado en los años más recientes en América Latina, en el ámbito de las relaciones de trabajo.

No se pretende hacer un análisis exhaustivo de ninguno de tales asuntos, sino simplemente detectar qué nuevos problemas o tendencias se han planteado o cuáles se han reafirmado notoriamente. Para ello se adopta un enfoque comparativo y panorámico, con la intención de brindar un "vistazo" muy general y rápido que, al mismo tiempo, sugiera temas a desarrollar en trabajos de investigación concretos y profundos, si fuera posible, primero nacionales y luego de derecho comparado.

1. EL CONTEXTO

En general, y a pesar de importantes diferencias entre algunos de los países que la componen, América Latina se encuentra afectada por una situación económica y social particularmente difícil: marcado subdesarrollo, bajo nivel de vida, dependencia económica, retraso tecnológico, pesada deuda externa, todo lo cual repercute en sus estructuras políticas y sociales, incluidas las relaciones laborales.

En este sentido, el contexto latinoamericano no habría registrado cambios importantes en los últimos dos o tres años sino, más bien, una acentuación de las tendencias preexistentes. Algunas de las pocas "novedades" que se podrían registrar serían: a) la **democratización** de la estructura y prácticas políticas de algunos países de la región (Argentina, Brasil, Uruguay), lo cual, obviamente, incide en el sistema de relaciones de trabajo; b) la **consideración política del problema de la deuda externa** y cierta tendencia a considerar como dependientes de aquella variable a todos los resortes del sistema social; c) la **persistencia de la infla-**

ción y el desempleo, acompañada, consecuentemente, de cierta inclinación a considerarlos fenómenos normales, y d) la **persistencia y desarrollo del denominado "sector informal de la economía"**.

Pero resulta discutible que estas "nuevas" tendencias del contexto sean más importantes que los caracteres "permanentes" de los sistemas latinoamericanos. En todo caso, el impacto de aquellas en las relaciones laborales sólo parece evidente en el caso de la **redemocratización del sistema político de algunos países**, que ha permitido un reestablecimiento mayor o menor —según los casos— de la libertad sindical y de cierto grado de autonomía en las relaciones colectivas. El único efecto evidente de las demás tendencias nuevas del contexto latinoamericano sería el de mantener la "politización" e "ideologización" de algunos componentes del sistema de relaciones colectivas, dado que aquellas tendencias nuevas tienen carácter directamente político o, por lo menos, macroeconómico.

Finalmente, estas líneas introductorias y pretendidamente generales deben relativizarse aún más, a partir de la duda acerca de si América Latina es, realmente, una unidad autoidentificada. El debate sobre la unidad o diversidad de América Latina está aún abierto, especialmente en atención a ciertas diferencias culturales que se dan a pesar de la identidad del subdesarrollo económico.

2. LOS ACTORES Y LOS MODELOS DE RELACIONES COLECTIVAS

a) La **intervención del Estado: "reglamentarismo" vs. "autonomismo"**.

En América Latina predomina un modelo de relaciones de trabajo nítidamente "reglamentarista", que privilegia la intervención del Estado. Con la excepción de Uruguay (que registra una intervención "reglamen-

(*) No obstante la vinculación del autor con la OIT de la que es Consejero Regional, este artículo expresa sus opiniones personales sin comprometer a la organización mencionada.

tarista" del Estado en materias de derecho individual del trabajo junto a un apreciable abstencionismo estatal en materias de derecho colectivo del trabajo), en los demás países el Estado interviene activamente no sólo como legislador y autoridad de aplicación, sino actuando e incidiendo directamente en cuestiones sindicales, en la negociación colectiva y en los conflictos colectivos de trabajo.

Este intervencionismo estatal, que se remonta en sus orígenes a una tradición reglamentaria o legislativa que procura preverlo todo en la ley escrita, se ha mantenido, entre otras razones, por la preocupación de los gobiernos por sujetar o controlar la actuación de sectores sindicales generalmente opositores y conflictivos, y por la propia inmadurez o insuficiente desarrollo del movimiento sindical, carente, a menudo, del poder necesario para ejercer por sí solo la "autotutela" y "autorregulación" de los intereses y derechos de los trabajadores.

Correspondería anotar, al respecto, una realidad y una probabilidad: (1) Existe en América Latina una tensión, una brecha importante entre ley y realidad: la preocupación "reglamentarista" no ha logrado dominar efectivamente la realidad social, con el resultado de que las relaciones de trabajo que se registran en los hechos no siempre coinciden con las descritas en las normas; (2) Tal vez exista, verdaderamente, lo que se ha dado en llamar "tendencia al comportamiento autónomo" de los sectores sociales, lo cual dependerá, en definitiva, del grado de democratización política, de reconocimiento de la libertad sindical, y de desarrollo y reestructuración del movimiento sindical.

b) Los sindicatos

No parece haber "nuevos" problemas para los sindicatos en Latinoamérica. Además de los problemas clásicos (intervencionismo estatal, escaso desarrollo, atomización debida, entre otras razones, a su "ideologización"), la cuestión que hoy parece ser más actual (no tanto nueva), es la de la **estructura sindical**.

Salvo en Argentina, Brasil y Uruguay, predominan los sindicatos por empresa y se registra una desunión del movimiento sindical global en varias centrales enfrentadas entre sí. Pero en varios países se ha notado una preocupación por coordinar las actividades de estas centrales sindicales (Ecuador) y por evolucionar hacia una estructura sindical por actividad (Venezuela), presumiblemente más apropiada para países en los que predominan la pequeña y mediana empresa.

La tasa de sindicalización sigue siendo baja, pero se registran importantes diferencias entre los países latinoamericanos en cuanto al poder de convocatoria de sus respectivos sindicatos, lo cual lleva a la conclusión de que, por lo menos en esta región, la tasa de afiliación no es un buen índice de la representatividad del sindicato.

c) Las tentativas de concertación social

En los últimos años, América Latina ha registrado numerosos intentos de concertación social, casi todos ellos fracasados hasta el momento. Sin embargo, el tema continúa en el tapete, por lo cual tal vez sea interesante intentar una búsqueda de las causas que, hasta la fecha, han impedido la concreción de pactos sociales exitosos en el subcontinente. **En primer término**, parecería que la mayor parte de los países carecen de un movimiento sindical lo suficientemente fuerte, unido y representativo como para ser una parte adecuada a un pacto social nacional macroeconómico (asimismo, las organizaciones empresariales de algunos de los países de la región carecen, también, de la suficiente representatividad a nivel nacional). **En segundo término**, da la impresión de que las sociedades latinoamericanas son excesivamente conflictivas debido, en parte, a un grado de riqueza que dificulta las concesiones recíprocas. **Y en tercer término**, tal vez también falte, a todos los niveles, el grado de eficacia necesaria para proyectar primero, y ejecutar después, una planificación concertada.

d) ¿Flexibilización?

La "flexibilización" del derecho del trabajo es un concepto de moda, más en el mundo industrializado que en Latinoamérica. En realidad, el nivel de las condiciones de vida de los trabajadores de la región es aún demasiado bajo para pensar que es posible recurrir a la flexibilización o desregulación, como una forma de combatir la crisis y aún el desempleo.

Problemas diferentes, y estos sí reales en el contexto regional, que a veces pueden confundirse con la cuestión de la flexibilidad, son el de **disminuir la intervención del Estado en las relaciones colectivas favoreciendo la autonomía de las partes sociales**, y el de **atender el crecimiento del sector informal de la economía y del desempleo**. Pero es por demás discutible que la realidad latinoamericana permita que la protección de los trabajadores "marginales" se efectúe por la vía de la "flexibilización" o "desregulación" de la protección de los trabajadores "formales".

De hecho, hasta el momento son muy pocos los países latinoamericanos que han realizado alguna experiencia flexibilizadora (Panamá), y hasta se registra un caso en sentido contrario, en el que se refuerza un régimen legal preexistente de protección de la estabilidad en el empleo (Perú).

No obstante, queda la duda de si la resistencia a la flexibilización en América Latina responde a la realidad recién mencionada y a ciertos principios (el derecho del trabajo es y debe seguir siendo protector del trabajador con independencia del costo de dicha protección, la situación de los trabajadores independientes, no sometidos a subordinación jurídica o dependencia, así como la de los desocupados, etc., no cae en el ámbito de competencia del derecho laboral, sino en la de la seguridad social, de la política social, de la economía, etc.), o si, por el contrario, responde a otra

realidad más dolorosa: ¿es que tal vez en algunos países de América Latina la flexibilización se produce de hecho, a través de un cierto grado de incumplimiento puro y simple de las normas?

De todos modos, parecería prevalecer la tendencia a buscar las soluciones para los sectores informales, desocupados y sub-empleados, a través de las políticas de empleo y de la promoción de la organización de tales grupos, sin "desregular", para ello, la protección "tradicional" de los sectores estructurados.

Dicha búsqueda de formas organizativas (sindicales o "para-sindicales", cooperativas, etc.) de los sectores informales urbanos, tiene un correlato en el sector rural, ya que en varios países de América Latina existen importantes núcleos de trabajadores agrarios atípicos, y en muchos otros casos los instrumentos clásicos del derecho laboral se han revelado como menos eficaces o más difícilmente aplicables que en el sector urbano. En ese procurar fórmulas para la organización de los trabajadores agrarios, además del intento de formación de "ligas agrarias" o "asociaciones de campesinos" que rebasan el ámbito de los trabajadores sujetos a una relación de dependencia, en algunos países de América Latina se ensayan, también, formas de organización cooperativa o comunitaria.

Estas líneas de acción, constituyen esbozos de respuesta no sólo a las necesidades de sectores agrarios, sino también de algunos sectores urbanos informales o marginados. Pero, en verdad, estos ensayos son, por el momento, incipientes y no generalizados.

3. LA NEGOCIACION COLECTIVA Y LA PARTICIPACION

a) Caracteres generales de la negociación colectiva en América Latina.

La negociación colectiva tiene un grado de desarrollo relativo en América Latina, dado el modelo intervencionista prevaleciente, según lo expuesto¹.

Asimismo, dada la estructura sindical predominante², prevalece la negociación colectiva por empresa, excepto en Argentina, Brasil y Uruguay. No obstante, se aprecia cierta preocupación por evolucionar hacia la negociación colectiva por ramas de actividad (p. ej., en Colombia).

En cuanto al procedimiento de la negociación colectiva, se registra un grado de intervención estatal importante, aunque variado, respecto del cual Uruguay y Perú parecen ser los extremos. Mientras en aquel país no existe reglamentación estatal que fije

procedimiento alguno al cual las partes deban someterse, en el Perú, en cambio, la legislación establece todo un trámite formal y rígido, que hace que el procedimiento de negociación colectiva se aparezca a un trámite judicial o administrativo dirigido por el Estado.

Por otra parte, ya han sido mencionadas las dificultades que han impedido las negociaciones tripartitas de nivel nacional³.

Con referencia al objeto de la negociación colectiva, se tiende a admitir su amplitud, aunque las políticas gubernamentales que hacen del salario uno de los elementos de la política inflacionaria, restringen, a menudo, la autonomía de las partes en esa materia. Precisamente, el enfrentamiento entre esta preocupación del Estado por manejar la cuestión salarial y la pretensión de las partes sociales de regular autónomamente el tema, han dado lugar, en algunos países de la región, a **mecanismos atípicos** de negociación colectiva utilizados exclusivamente para la fijación de salarios.

b) Formas atípicas de negociación colectiva para la fijación de salarios.

En varios países de la región se ha desarrollado o consolidado, según los casos, la fijación de salarios a través de órganos de composición tripartita, denominados "consejos de salarios", "comisiones de salarios" o "juntas de salarios". Tales organismos pueden ser más o menos descentralizados (desde un solo órgano tripartito, como en Panamá y Colombia, hasta numerosos consejos o comisiones, cada uno con competencia en determinado sector de la economía, como en el Ecuador y Uruguay), y dotados de mayor o menor poder de decisión (desde la facultad de fijar directamente los salarios, como en México, hasta la de producir solamente una recomendación).

Este mecanismo de fijación salarial, vigente actualmente en varios países, entre los que podemos mencionar a México, República Dominicana, Panamá, Colombia, Ecuador y Venezuela, ostenta un doble carácter "transaccional" o "intermedio", que podría ser adecuado a la problemática regional. En **primer lugar**, permite un cierto grado de participación obrero—patronal, a través de una negociación colectiva "**sui generis**", sin que el Estado renuncie de plano a intervenir en la fijación de los salarios. En **segundo lugar**, en una realidad que muestra, por una parte, a un Estado altamente interventor y, por otra parte, a un movimiento sindical aún relativamente débil como para asumir plenamente su función de "autotutela", estos mecanismos tripartitos podrían ser vistos como una etapa intermedia en la evolución de la fijación sa-

1. Supra, punto 1, a)

2. Supra, punto 1, b)

3. Supra, punto 1, c)

larial unilateral por el Estado a su fijación autónoma a través de la negociación colectiva pura (más aún el movimiento sindical de algunos países ve la negociación en el seno de los consejos de salarios, como un "training" de sus miembros para la negociación colectiva típica y para la actividad gremial en general).

c) Participación de los trabajadores en la empresa

En general, la participación de los trabajadores en la administración de la empresa está muy poco desarrollada en América Latina. La concepción tradicional de la empresa por parte del empleador, una cierta despreocupación del Gobierno por el tema, y la posición clasista o conflictiva del movimiento sindical sumada a su escaso desarrollo y fortaleza, han relegado las experiencias de participación a un segundo plano. Tal vez la única excepción significativa haya sido el Perú, país en el cual se intentó, durante la década del 70, realizar algunas experiencias "participativas" originales, cuya revitalización está actualmente en debate.

4. EL SECTOR PUBLICO

La problemática de las relaciones de trabajo en el sector público es hoy, y desde hace algún tiempo, un tema de sostenida actualidad. Influyen en ello la considerable presencia del Estado en la actividad económica de muchos países del área y su condición —por consiguiente— de importante empleador, tanto como una tasa de sindicalización relativamente elevada de los trabajadores estatales, y un grado de conflictividad también apreciable en dicho sector.

Con diferencias más o menos notorias de país a país, se puede afirmar que en América Latina se registra una **tendencia** a la extensión de las normas laborales a los trabajadores públicos. La mayor resistencia a tal aproximación del régimen de tales trabajadores al de los privados se registra, precisamente, en el área de las relaciones colectivas de trabajo, a pesar de lo cual puede preverse una evolución en el sentido de ir reconociendo a los trabajadores del Estado los derechos de sindicalización y de negociación colectiva, en los términos de los convenios internacionales del trabajo números 87, 98, 151 y 154, así como el derecho de huelga.

En este marco, los institutos que plantean mayores particularidades son la negociación colectiva y la huelga.

Las dificultades alegadas para reconocer plenamente el derecho de negociación colectiva a los trabajadores estatales se relacionan con la circunstancia de que tanto los salarios como otras prestaciones de los servidores del Estado son objeto de ley presupuestal, razón por la cual se dice que mal podría el Poder Ejecutivo o la entidad administrativa empleadora negociar con el sindicato materias que son competencia del Poder Legislativo. A pesar de ello, en la práctica se registran negociaciones colectivas **de facto** y formas

atípicas de negociación "**preparatoria**" de las decisiones que, más tarde, son formalizadas unilateralmente por el órgano estatal competente.

La irrupción y el posible desarrollo de la negociación colectiva en el sector público ya ha planteado —y seguirá generando— debates acerca de la conveniencia o inconveniencia de la centralización o coordinación de toda la negociación colectiva pública por parte de un determinado órgano del Estado, así como ha llamado la atención sobre la importancia de mecanismos esenciales (la debida información) o coadyuvantes (formas de participación) a la negociación colectiva en el sector público.

El problema de la huelga de los trabajadores estatales es uno de los casos típicos de fricción entre el derecho y la realidad latinoamericanos. Mientras la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de América Latina prohíben o restringen el ejercicio de la huelga en el sector público, ésta es una realidad para los trabajadores del Estado en casi toda la región. Sea como fuere, una tendencia probable a mediano plazo puede ser la de marchar hacia el reconocimiento del derecho de huelga de los trabajadores al servicio del Estado (exceptuados aquellos que desempeñan cargos de gobierno) y al análisis de mecanismos que permitan la continuidad de los **servicios esenciales**.

Este último problema —la continuidad de los servicios esenciales— no coincide necesariamente con el de la titularidad del derecho de huelga por parte de los empleados y obreros del Estado, dado que los servicios esenciales pueden ser prestados tanto por organismos públicos como por empresas privadas. Por consiguiente, puede preverse una evolución totalmente independiente del reconocimiento del derecho de huelga de los trabajadores del Estado, por una parte, y de la búsqueda de formas de ejercicio de la huelga en los servicios esenciales que permitan una razonable continuidad de los mismos, por la otra.

5. CONCLUSIONES

a) El presente y las perspectivas inmediatas

Las limitaciones propias de todo enfoque internacional genérico, se agravan en nuestro caso, (1) por las dudas que sobrevienen acerca de la viabilidad de presentar a la América Latina como una realidad única en materia de relaciones de trabajo, y (2) por la muy notoria dependencia que, en la región, sufren las estructuras y dinámicas sociales de los vaivenes político-económicos.

A reserva del relativismo impuesto por tales variables a cualquier hipótesis que se proponga, podríamos resumir el panorama actual y las perspectivas inmediatas de los sistemas de relaciones profesionales latinoamericanas en torno a las siguientes constataciones:

(1) Las "novedades" registradas recientemente en

el contexto son la **democratización** de la estructura y la práctica políticas, el énfasis en la consideración política del problema de la **deuda externa** y en la influencia asignada a esta cuestión sobre el conjunto de la problemática social, la persistencia de la **inflación** y el **desempleo** y el crecimiento del denominado **sector informal**, siendo la primera de ellas la que ha tenido, hasta el presente, un impacto más directo e inmediato en los sistemas de relaciones laborales.

No está claro cuáles pueden ser los cambios que eventualmente pudieran ser provocados por las demás circunstancias, salvo la de mantener cierta ideologización o politización de las concepciones y actitudes de los actores.

(2) En los sistemas de relaciones colectivas latinoamericanas predomina un modelo "intervencionista" que privilegia la ingerencia estatal y las soluciones heterónomas. No obstante, la persistencia de la brecha entre la reglamentación y la realidad en sede de derecho colectivo y la tendencia a la democratización de algunos estados, podría favorecer una tendencia a la autonomía colectiva.

(3) La necesidad de reducir la atomización sindical y de cambiar la estructura de algunas organizaciones, parecen ser los principales problemas actuales de los sindicatos, fuera de los clásicos (intervencionismo estatal, escaso desarrollo, etc.), y de los que parecen anunciarse en el futuro⁴.

(4) La concertación social, que sigue siendo vista como necesaria o conveniente, enfrenta serias dificultades en la región, vinculadas con la representatividad y estructura del movimiento sindical, la radicalización de algunas posiciones y, tal vez, cierto grado de ineficacia.

(5) El debate sobre la flexibilización del derecho del trabajo no ha llegado a concretar dicho concepto en la práctica sino excepcionalmente, registrándose, inclusive, experiencias en sentido contrario.

(6) No obstante, el crecimiento del sector informal y la persistencia de la insuficiente (¿inexistente?) penetración del derecho del trabajo en vastos sectores del ámbito rural, llaman a la búsqueda de nuevas formas organizativas y de protección de dichos "trabajadores independientes" y afines.

(7) El grado de intervencionismo estatal y el tipo de estructura sindical prevalecientes, han determinado un grado de desarrollo relativamente bajo de la negociación colectiva en la mayor parte de los países latinoamericanos.

(8) Los consejos, juntas o comisiones tripartistas,

son en algunos países de la región —y pueden llegar a serlo, en otros—, un mercado interesante de fijación de salarios y otras condiciones de trabajo, que impliquen un primer paso desde la heteronomía estatal hacia la autonomía colectiva.

(9) Existe una tendencia a la extensión de las normas laborales a las relaciones de trabajo con el Estado, siendo de particular interés, al respecto, la problemática que plantean la negociación colectiva y la huelga.

Sobre esta última, parece importante la distinción entre huelga de trabajadores del Estado y huelga en los servicios esenciales, órbitas que, obviamente, no tienen por qué coincidir.

b) El futuro

A más largo plazo, existen otros problemas que pueden avizorarse en el horizonte de las relaciones de trabajo latinoamericanas: los que pueden originarse como consecuencia del **avance tecnológico** y de la **terciarización** del mercado de trabajo.

Estos hechos "por venir" a América Latina, son ya realidades palpables y preocupantes en los países desarrollados, a tal punto que es válido preguntarse si la clásica expresión de "sociedades industrializadas", utilizada para identificarlos, pertenece ya al pasado, debiendo ser sustituida por otra, como podría ser la de "sociedades terciarizadas", "automatizadas", "de servicios", "burocráticas", etc.

La avanzada **tecnologización** lleva a un primerísimo plano los problemas del **empleo** y de la **formación profesional** (especialmente en lo relacionado con la "reformación profesional", readaptación, reciclaje, etc.).

Asimismo, junto con la **terciarización** que es, en buena parte, su consecuencia, plantea una cuestión de particular interés para los trabajadores, cual es el de la real o supuesta **crisis del sindicato**. En efecto, el desempleo, la informalidad, la reducción del número de obreros industriales en relación con el de "empleados de oficina" y técnicos, el ingreso de un mayor número de mujeres al mercado de trabajo (sea porque las nuevas plazas son más apropiadas a sus condiciones físicas y su circunstancia social, sea porque deben "salir a trabajar" debido a las necesidades familiares, o sea porque las nuevas pautas culturales las impulsan a hacerlo), son todas realidades que pueden llegar a debilitar al sindicato y/o modificar notoriamente la composición de sus afiliados, y probablemente las concepciones y preocupaciones prioritarias de estos últimos. Parecería que a la ya pesada carga del movimiento sindical de los países latinoamericanos, se sumarán, en lo inmediato, la preocupación por abarcar o coordinarse con el sector informal, y en lo mediano,

4. Infra, punto 5, b)

la necesidad de enfrentar la desocupación tecnológica y, junto a ella, el cambio de la estructura de sus bases.

c) La responsabilidad de los académicos

No podemos finalizar estas líneas sin hacer referencia a la responsabilidad que cabe a los académicos —especialmente a los laboristas— latinoamericanos.

En efecto, la inestabilidad política de los países de la región hace que los grandes lineamientos de gobierno sufran frecuentes cambios, los cuales son, a veces, también radicales. Asimismo, la debilidad y la atomización del Movimiento Sindical de muchos países de América Latina no permiten que éste sea un protagonista absolutamente determinante (en otras palabras, no siempre se comporta como una variable autónoma y permanente). Por su parte, el empresariado, si bien generalmente poderoso —aunque con diverso peso en los distintos países—, tampoco está siempre suficientemente organizado, ni siempre ejerce una influencia adecuada a sus potencialidades sobre el desarrollo de los sistemas de relaciones de trabajo, salvo en el momento del conflicto o cuando éste es inmi-

nente (y a veces, ya inevitable).

En ese marco, los académicos constituyen, en varios países latinoamericanos, la única corriente de opinión permanente, estable de producción continua, y con pretensión de objetividad. El papel fundamental que en algunos países de la región han desempeñado o desempeñan la doctrina (México, Uruguay, Venezuela) y la jurisprudencia (Argentina), “creando” o induciendo el derecho aplicado y las prácticas laborales, es particularmente significativo. Por consiguiente, la responsabilidad del investigador y el docente en este sector del conocimiento, desborda la que tradicionalmente se atribuye a los teóricos.

Es precisamente a ese verdadero poder, que va dirigido este muy modesto aporte, que no agrega nada nuevo a lo que todos sabemos, sino que simplemente pretende “poner sobre la mesa” los problemas presentes y sus eventuales tendencias a efectos de incitar al debate y a la producción científica sobre ellos, en el entendido de que, en América Latina, esto no será solamente un ejercicio teórico, sino que tiene serias posibilidades de influir sobre la realidad.

Oleoficio Lima S.A.



ACEITE: “DELEITE” EN LATAS
ACEITE: “OLSA” EN LATAS
MANTECA: “CHANCHO DORADO”
GENOVESA”
“INDUSTRIAL”
“DOÑA PEPA”

AV. MIGUEL GRAU 685
SAN MARTÍN DE PORRES
A. P. 4394

☎ 81-5201

El procedimiento contencioso tributario y la facultad de reexamen

Luis Hernández Berenguel

Catedrático de Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la PUC

Las controversias que se suscitan entre los sujetos pasivos y el Estado, o entre terceros y el Estado, como consecuencia de la aplicación de las normas tributarias, se resuelven haciendo uso del procedimiento contencioso tributario. El Código Tributario ecuatoriano, al referirse a la jurisdicción contencioso tributaria, señala en su artículo 218 que ésta consiste "en la potestad pública de conocer y resolver las controversias que se suscitan entre las Administraciones Tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros, por actos que determinen obligaciones tributarias o establezcan responsabilidades en las mismas o por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de Leyes, Reglamentos o Resoluciones de carácter tributario".

Nuestro Código Tributario, en su Libro Tercero denominado "De las Reclamaciones y Recursos", trata esta cuestión en dos Títulos. El primero, reservado al procedimiento administrativo, y el segundo al procedimiento ante el Poder Judicial. No se utiliza la expresión "procedimiento contencioso tributario".

Desde el punto de vista doctrinario, se ha discutido mucho respecto de las características que debe tener dicho procedimiento y de la naturaleza de los órganos encargados de resolver las controversias. Igualmente, tales aspectos han sido materia de amplios debates en congresos y conferencias internacionales.

En las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebrados en 1957 en la ciudad de Montevideo, respecto del "proceso administrativo" se emitió resolución en favor de la creación de tribunales en lo contencioso administrativo, que estuvieran organizados en forma independiente del Poder Ejecutivo y que pudieran anular o reformar los actos administrativos definitivos o ejecutorios de la Administración dictados con violación de una regla de derecho o con desviación del poder, con facultades para condenar la reparación del daño causado. Se recomendó el ejercicio de la acción por cualquier persona titular de un interés personal, directo y actual, afectado por el

acto administrativo. Se estableció que la Administración debía resolver los recursos administrativos dentro de plazos breves y perentorios y se recomendó que el silencio administrativo debía entenderse como desestimación del recurso.

En las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, realizadas en 1958 en la ciudad de México, al tratar específicamente el tema del proceso contencioso tributario, se concluyó que la Administración debía tener la oportunidad de revisar (rever) sus resoluciones mediante un recurso previo a la fase contenciosa, pero al mismo tiempo se expresó que los tribunales de lo contencioso tributario debían gozar de independencia con respecto al Poder Ejecutivo y de no estar ubicados dentro del Poder Judicial, esa independencia debía ser la misma que se asegura a los órganos de este poder. Se consideró de necesidad que el procedimiento fuera sencillo y rápido y que asegurara que las causas fueran resueltas dentro de los plazos fijados por la ley, que primara el respeto al principio de igualdad de las partes y que los tribunales estuvieran investidos de los poderes necesarios para establecer la verdad de los hechos y aplicar el derecho, independientemente de lo alegado y probado por las partes.

En las Séptimas Jornadas Luso-Hispanoamericanas de Estudios Tributarios, celebradas en el año 1976 en la ciudad de Pamplona, se recomienda que los órganos jurisdiccionales competentes para decidir los conflictos tributarios deben funcionar dentro del Poder Judicial y, en todo caso, fuera del ámbito del Poder Ejecutivo. Agrega la resolución adoptada en dichas Jornadas, que en los países en que existan órganos jurisdiccionales dentro del Poder Ejecutivo, su estructura y funcionamiento deben ser organizados sobre la base de su independencia respecto de la Administración activa y de forma que contra sus fallos pueda recurrirse, sin restricciones, al Poder Judicial.

Para los efectos del presente trabajo, adquiere im-

portancia singular que las Jornadas de Pamplona recomiendan, de un lado, la igualdad de garantías de alegación y prueba para ambas partes y, de otro lado, el derecho del interesado a interponer recursos o decidir acciones sin estar condicionado al pago previo de la obligación impugnada ni a ningún otro requisito que no tenga relación directa con el objeto del recurso o acción que se deduce.

Valdez Costa¹, al efectuar un enfoque del panorama general de la legislación latinoamericana, se refiere al Perú clasificándolo en un primer grupo, en razón de las características y ubicación de los órganos especializados para la solución de las controversias tributarias. Señala que este primer grupo "está constituido por aquellos países que cuentan con tribunales fiscales administrativos, a los cuales, las normas que los crean, atribuyen carácter jurisdiccional y consecuentemente les reconocen un grado de independencia variable respecto de la Administración activa".

Como se sabe, en nuestro país el procedimiento contencioso tributario administrativo se inicia con la interposición del recurso de reclamación, resolviendo en primera instancia el órgano administrador del tributo y en última instancia el Tribunal Fiscal o el Tribunal de Aduanas, según que la controversia verse sobre tributos internos o sobre tributos aduaneros, respectivamente. En esencia, dicho procedimiento es de doble instancia, aún cuando excepcionalmente se convierte en un procedimiento de triple instancia. En efecto, tratándose de tributos internos, ello ocurre cuando el órgano encargado de resolver en primera instancia está sometido a jerarquía, esto es que depende de un superior jerárquico que actúa en segunda instancia, de forma tal que el Tribunal Fiscal queda encargado de resolver la controversia en tercera y última instancia administrativa. Tratándose de tributos aduaneros, el procedimiento se convierte en uno de triple instancia, cuando en primera instancia la Aduana respectiva resuelve en favor del interesado, en cuyo caso la resolución es elevada en consulta ante la Dirección General de Aduanas, la que resuelve en segunda instancia, pudiendo recurrir finalmente el interesado, en tercera instancia, al Tribunal de Aduanas. También las controversias sobre tributos aduaneros se resuelven en tres instancias administrativas, actuando la Dirección General de Aduanas en segunda instancia y el Tribunal de Aduanas en tercera y última instancia, cuando la Aduana no resuelve en primera instancia dentro del plazo de ley y el interesado considera, en vista del silencio administrativo, desestimada su solicitud y recurrir al superior jerárquico.

De otro lado, en nuestro sistema es posible recurrir al Poder Judicial mediante la interposición de un recurso de revisión, dentro del término de treinta días

útiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución recurrida y previo pago o afianzamiento de la deuda que se impugna. Sin embargo, mientras que para interponer el recurso de revisión de resoluciones del Tribunal Fiscal es necesario que la deuda tributaria objetada exceda de dos unidades impositivas tributarias (más de I/. 20,200 en 1987) o que el monto de las observaciones impugnadas exceda de tres unidades impositivas tributarias (más de I/. 30,300 en 1987), cuando el citado recurso se interpone respecto de resoluciones del Tribunal de Aduanas se requiere que el monto del adeudo impugnado exceda de dos unidades impositivas tributarias o que la materia cuestionada verse sobre la naturaleza del derecho. En todos los casos, el recurso de revisión se interpone ante la Corte Suprema de la República.

Ahora bien, el artículo 66 del Código Tributario concede a la Administración Tributaria la posibilidad de revocar, modificar o sustituir sus actos, después de la notificación del acto que es impugnado, cuando este último ha sido objeto del procedimiento de reclamación previsto en el Capítulo IV del Libro Tercero de dicho Código, con arreglo a lo que dispone el inciso 2) del citado artículo. El procedimiento de reclamación se inicia con la interposición del recurso de reclamación. Es preciso concordar dicha norma con el artículo 120 del Código Tributario, según el cual "la autoridad competente para resolver está facultada para hacer un nuevo examen completo de los aspectos del asunto controvertido, hayan sido o no planteados por los interesados, llevando a efecto, cuando sea pertinente, nuevas comprobaciones".

Este derecho de la Administración Tributaria es conocido bajo el nombre de "facultad de reexamen" y le permite realizar un nuevo proceso de determinación de la obligación tributaria, pudiendo detectar como consecuencia de ello situaciones que no pudo observar en el proceso de determinación que derivó en el acto que ha motivado el recurso de reclamación. Es importante destacar que esta facultad de reexamen constituye un derecho de "la autoridad competente para resolver" y, por lo tanto, puede ser ejercida por el órgano encargado de pronunciarse en cualquiera de las instancias del procedimiento contencioso tributario administrativo. No es objeto del presente trabajo referirse a los otros casos en que la Administración Tributaria puede realizar nuevamente el proceso de determinación de la obligación tributaria ni a los casos de giros provisionales ni de resoluciones de acotación parciales.

La llamada "facultad de reexamen" es pues una determinación suplementaria, en tanto que ha habido ya un proceso previo, realizado por la Administración, de determinación de la obligación tributaria. Es

1. Ramón Valdez Costa: "El Contencioso Tributario en América Latina", Separata de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Montevideo 1982.

te proceso previo puede haber estado precedido de una determinación hecha por el sujeto pasivo o puede haber sido la primera determinación, según que la ley establezca que, inicialmente, la obligación debe ser determinada por el sujeto pasivo o por el órgano administrador del tributo. No está demás señalar que la determinación suplementaria sólo debe proceder en casos excepcionales.

En el sistema peruano ocurre que el interesado ha interpuesto recurso de reclamación y el órgano administrador considera conveniente ejercer la facultad de reexamen, y al reexaminar encuentra una mayor deuda tributaria. La autoridad competente para resolver incluye en su resolución de primera instancia los nuevos aspectos que ha detectado en virtud del ejercicio de la facultad de reexamen. Por esta razón, el interesado no está en aptitud de interponer recurso de reclamación contra el acto de la Administración que incluye los nuevos aspectos y se ve forzado a interponer el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal o ante el Tribunal de Aduanas o el recurso jerárquico si éste correspondiera. El interesado ha perdido, en lo que se refiere a los nuevos aspectos detectados, el derecho a una de las instancias.

La cosa puede ser más grave. Estando el procedimiento contencioso tributario administrativo en la última instancia, el Tribunal Fiscal o el Tribunal de Aduanas, según el caso, pueden ejercer la facultad de reexamen y detectar aspectos nuevos que incrementan la deuda tributaria e incluirlos en la resolución que pone fin al procedimiento administrativo. Recordemos que ambos Tribunales tienen la facultad de reexamen, en cuanto ésta se concede a la autoridad competente para resolver. En esta hipótesis, tampoco contarán los aspectos nuevos en acto separado de la resolución que decide la controversia y por lo tanto, el interesado está formalmente impedido de ejercer su derecho a la impugnación de los nuevos aspectos, habiéndosele prohibido el acceso al procedimiento contencioso tributario administrativo. En otras palabras, en ningún momento de dicho procedimiento, el interesado tuvo la oportunidad de impugnar los nuevos aspectos detectados en el ejercicio de la facultad de reexamen, a pesar de que estos últimos pueden aumentar la deuda tributaria hasta límites insospechados. Es cierto que el interesado puede hacer uso del recurso de revisión ante la Corte Suprema, pero es bueno recordar que el procedimiento ante el Poder Judicial no admite la actuación de pruebas y sólo concede al interesado el derecho a que su abogado haga uso de la palabra y a formular un alegato escrito. En buena cuenta, su capacidad de defensa frente al incremento de la deuda tributaria originado por el ejercicio en última instancia administrativa de la facultad de reexamen, queda reducido al uso de la palabra y al alegato escrito.

Aún en el caso que los nuevos aspectos detectados como consecuencia de la facultad de reexamen, provengan del ejercicio de esta facultad en la primera instancia, caso en el cual en la última instancia administrativa, si el procedimiento es de doble instancia, o en las dos instancias restantes, si el procedimiento es de triple instancia, el interesado puede hacer valer su derecho de impugnación, la realidad es que no solamente se ha perdido el derecho a una instancia sino que, además, el término probatorio únicamente procede en la primera instancia, salvo que se trate de prueba instrumental que es admitida en cualquier etapa del procedimiento, conforme lo ha establecido la jurisprudencia.

El artículo 132 del Código Tributario peruano no da solución al problema pues, en lo que al tema se refiere, en el primer párrafo se limita a permitir que en el recurso de apelación el interesado discuta los nuevos aspectos incorporados en la resolución de la reclamación.

El Código Tributario chileno contiene una buena solución al respecto. En su artículo 134 reconoce la facultad de reexamen cuando el procedimiento contencioso se encuentra en primera instancia y quien debe resolver es la Dirección Regional. En tanto no se produzca el fallo de primera instancia, la Dirección Regional puede disponer que "se practiquen nuevas liquidaciones en relación al mismo impuesto que hubiere dado origen a la reclamación", pero agrega que estas liquidaciones "serán reclamables separadamente de conformidad a las reglas generales, sin perjuicio de la acumulación de autos que fuera procedente en conformidad a las normas del Código de Procedimiento Civil".

En esta forma, el interesado conserva todos sus derechos respecto de las cuestiones incluidas en las nuevas liquidaciones y, por lo tanto, le asiste la facultad de reclamar de ellas y de actuar las mismas pruebas de que pudo hacer uso cuando inició el procedimiento contencioso que ha dado origen al ejercicio de la facultad de reexamen y a las nuevas liquidaciones. Las partes están en un plano de igualdad, pues la Administración Tributaria tiene derecho a la determinación suplementaria y el interesado tiene el derecho a considerar la nueva liquidación como impugnabile conservando todas las garantías que le ofrecía la ley cuando reclamó de la liquidación original.

Matamala² comenta, entre otros sistemas tributarios, el holandés. En este sistema cabe la figura de la transacción, no permitida en el sistema tributario peruano, entre el interesado y la Administración Tributaria, la misma que puede darse en la fase de control o en la fase administrativa del procedimiento contencioso fiscal, jugando un papel importante y deci-

2. Angel Matamala Palacio: "El Sistema Tributario Español en relación con el Mercado Común", Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1978.

sivo la figura del Inspector. Hacemos mención del sistema tributario holandés por cuanto en él también es posible que en el procedimiento la Administración Tributaria reexamine la situación y haga una determinación suplementaria, pero ésta tiene otra connotación habida cuenta de la posibilidad de la transacción.

Otro aspecto que deseamos comentar es el relativo a las personas que en nuestro sistema pueden interponer recurso de reclamación, iniciando el procedimiento contencioso tributario. Nuestro Código Tributario concede ese derecho únicamente a los contribuyentes y a los responsables, mediante la norma contenida en el artículo 116, y erróneamente en el inciso 1 del artículo 112, relativo a las atribuciones del Tribunal Fiscal, dice que éste puede conocer y resolver en última instancia administrativa "las reclamaciones que formulen los contribuyentes". Valdez Costa³ cita la sentencia del Tribunal en lo Contencioso Administrativo del Uruguay, expedida el 26 de mayo de 1980, relativa a la procedencia formal de una acción en la medida en que los actores "... tienen un interés directo, personal y legítimo en el caso". El Código Tributario uruguayo se limita a señalar en su artículo 85 que "son aplicables a los procesos tributarios las normas del derecho procesal común y del contencioso administrativo, con las excepciones establecidas en este Capítulo". En cambio, el Código Tributario chileno, por citar un ejemplo que sería deseable seguir, en su artículo 124 permite que pueda reclamar toda persona "que invoque un interés actual comprometido".

Pérez de Ayala y González⁴, al comentar sobre el artículo 166 de la Ley General Tributaria española, definen la legitimación activa como la capacidad para ser parte en un proceso determinado y precisan como condición la existencia de "un interés legítimo, perso-

nal y directo, que es afectado por un acto administrativo; y para cuya protección y defensa es obligado conceder al sujeto interesado la legitimación para impugnarlo".

Dejamos para otro tema el problema relativo a la distinción entre lo contencioso—fiscal y lo contencioso—administrativo a que aluden De Juano⁵ y muchos otros autores, pues el objeto del presente trabajo no es efectuar un análisis exhaustivo del procedimiento contencioso tributario, que adopta diversas modalidades en los sistemas tributarios de los países, sino destacar la existencia en nuestro sistema de dos aspectos muy puntuales que a nuestro juicio deben ser objeto de la modificación de las normas pertinentes del Código Tributario peruano. Dichos aspectos son, como fluye de lo expuesto anteriormente: (a) el recorte de los derechos de quien ha interpuesto una reclamación, cuando la Administración hace uso de la facultad de reexamen; y, (b) la limitación existente en cuanto a las personas que pueden interponer reclamación.

En cuanto al primer aspecto, se hace necesario modificar el inciso 2 del artículo 66 y el artículo 120 del Código Tributario peruano, adoptando una posición análoga a la que, como hemos visto, existe en el Código Tributario de Chile, para impedir el recorte de los derechos del recurrente. En lo que se refiere al segundo aspecto, se hace necesario modificar el artículo 116 del Código Tributario peruano, y concordantemente el inciso 1 del artículo 112, para permitir que el recurso de reclamación no solamente pueda ser interpuesto por los contribuyentes y por los responsables, sino también por todo aquél que tenga un interés legítimo, personal y directo como lo señalan Pérez de Ayala y González⁶ o un interés actual comprometido, como lo dispone el Código Tributario chileno.

-
3. Ramón Valdez Costa: "Código Tributario de la República Oriental del Uruguay, concordado y anotado", Ediciones Jurídicas Amaio M. Fernández, Montevideo, 1983.
 4. José Luis Pérez de Ayala y Eusebio González: "Curso de Derecho Tributario", Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1979, t. II.
 5. Manuel De Juano: "Curso de Finanzas y Derecho Tributario", Ediciones Molachino, Rosario, 1969.
 6. José Luis Pérez de Ayala y Eusebio González.

Instituciones para un gobierno abierto

Alberto Bustamante Belaunde (*)

Catedrático de Derecho Administrativo en la facultad de Derecho de la PUC.

Excesivamente preocupados por los detalles reglamentistas y por los numerosos y complicados regímenes de organización y de personal que coexisten en las dependencias del Estado, muchos de los que trabajan y escriben en el Perú sobre Derecho Administrativo difunden una imagen pobre y limitada de esta disciplina¹.

Muy a menudo asociada con la ineficiencia cotidiana de ese "ogro filantrópico" —como definió alguna vez Octavio Paz al Estado—; identificada con la falta de racionalidad que caracteriza en países como el nuestro a la mayoría de los funcionarios públicos; emparentada con un crecimiento burocrático improductivo y deficitario que además no se refleja en los servicios que efectivamente debería prestar el Estado a los ciudadanos; en general, la imagen pública del Derecho Administrativo está más cerca de la muralla arbitraria de los papeles que nos hacen sucumbir día a día que de un conjunto de instrumentos capaces de transformar las características básicas de nuestra institucionalidad democrática. Observadores extranjeros de nuestra realidad institucional han comentado recientemente, sin embargo, que algunas estrategias de reforma institucional —y se refieren de modo más específico a las propuestas por el Instituto Libertad y Democracia (ILD)— importan "un nuevo cuerpo jurídico administrativo, diseñado con el objeto de terminar con los abusos del poder regulatorio y estimular la participación del público en la política regulatoria"².

Lo que estas líneas pretenden es, precisamente, dar cuenta de uno de los esfuerzos que —obviamente desde fuera del Estado— apuntan a que el Derecho Administrativo pueda transitar de su actual condición de gran glosario para uso exclusivo de eruditos y burocratas "con experiencia" a su verdadera vocación de escultor concreto del comportamiento democrático del Estado³.

Las líneas que siguen están divididas en tres partes: 1) Una descripción general del panorama histórico-jurídico de las relaciones entre los poderes del Estado, que permitirá apreciar el peso de la herencia colonial y su resultado actual más saltante: el presidencialismo; 2) Una reflexión crítica en torno a las características más significativas de una estructura gubernamental cerrada como la nuestra, y 3) La postulación, en sus rasgos básicos, de un conjunto de mecanismos viables de organización institucional que deberían hacer posible, en lo más directo y cotidiano, una verdadera democracia que trascienda el marco meramente electoral⁴.

1. EL PRESIDENCIALISMO EN EL PERU

No es aventurado señalar que el presidencialismo en el Perú fue la única forma republicana capaz de suceder exitosamente a la administración colonial y, en lo concreto, al régimen virreinal. Probablemente causante de más de uno de los numerosos quiebres que

* El autor de estas líneas es responsable de los asuntos legales del Instituto Libertad y Democracia (ILD), lo que de ninguna manera compromete la opinión de esta institución.

1. El Derecho Administrativo en el Perú, dejando de lado excepciones muy honrosas y enaltecedoras, está asociado al reglamentismo contradictorio de los cientos de regímenes de los que gozan (?) algunos pensionistas. En sus versiones más sofisticadas, las concepciones "sistémicas" han inundado injustificadamente el mercado editorial sobre el tema y, lo que es peor, han generado nociones que son intensamente "aplicadas", aún sin ser entendidas, por la propia administración pública.
2. Schuck, Peter, and Litan, Robert E.: "Regulatory Reform in the Third World: The Case of Peru". En: *Yale Journal on Regulation*, Volume 4, Number 1, Fall 1986, p. 53.
3. El Derecho Administrativo no debe limitarse a recopilar o explicar la frondosa normatividad administrativa ya vigente. Debemos exigir a los administrativistas que diseñen instituciones y fórmulas que hagan posible la democratización del Estado, en ese terreno inmenso y para muchos desconocido que es el Derecho Administrativo.
4. El Perú es una República "democrática", en el sentido de que elige a sus gobernantes. Tal dimensión de la democracia, sin embargo, no deja de ser estrecha. Entre otras razones, porque no llega a impedir, por sí sola, que el gobernante, una vez elegido, pueda actuar con gran discrecionalidad e, inclusive, arbitrariedad.

exhibe el interrumpido curso de la historia de la democracia peruana, se ha intentado, en más de uno de la decena de ensayos constitucionales por los que hemos atravesado como República, amenguar sus efectos perniciosos. Debe recordarse, a ese respecto, y como una simple aunque ilustrativa anécdota, la intensa polémica que desató, recién en los primeros años de la década del sesenta, la afirmación radical que Víctor Raúl Haya de la Torre formulara en el sentido de que el Parlamento era el primer poder del Estado. En ciertos comentarios fue tratado casi como si hubiese incorporado forzosamente una reflexión "europeizante" e inconsecuente con la tradición política criolla.

El presidencialismo peruano parece ser un fenómeno mucho más cercano a la cultura política tradicional de las mayorías que a la mayor o menor sujeción formal que el conjunto de la sociedad civil haya mostrado históricamente hacia los textos constitucionales, porque ninguno de éstos ha conseguido amenguar, aligerar o modificar sustancialmente los efectos de la excesiva concentración del poder en manos del Presidente de la República. Para colmo de males, nuestra última Constitución, la que se encuentra vigente desde 1980, confirió al Presidente la atribución de dictar medidas extraordinarias de carácter económico y financiero, con cargo de dar cuenta al Congreso. En los dos gobiernos sucesivos que han invocado esta prerrogativa constitucional, se ha hecho evidente que el texto de la norma ha sido útil y capaz como para modificar leyes, derogar algunos artículos del Código Civil y hasta para generar empleo temporal en favor de los descoupados, aunque en contra de una disposición taxativa del Congreso aprobada pocas semanas antes, la Ley de Estabilidad Laboral.

La dimensión cuantitativa de la concentración del poder en el Presidente de la República no es menos impresionante: según datos estadísticos elaborados en el ILD, desde 1947 en adelante el Poder Ejecutivo o sus dependencias han dictado un promedio anual de más del 98 o/o de las normas generales y particulares dictadas por el Gobierno Central, esto es, por el Congreso y por el Ejecutivo⁵.

La dimensión cuantitativa del análisis sería obviamente insuficiente si no estuviera acompañada de constataciones en el orden cualitativo. El Poder Ejecutivo no sólo tiene "más dimensión decisoria —lo que daría cuenta de un fenómeno estrictamente observable por la vía de las cifras—, sino que tiene "mayor" capacidad decisoria, lo que se expresa en la circunstancia de que sea el Poder que emite la masa re-

gulatoria que afecta más directa y cotidianamente a los particulares y, especialmente, a los agentes económicos⁶.

Desde que se puso en práctica y se sofisticó luego el esquema de división de los poderes, todos los países, salvo algunas repúblicas atrasadas, entre ellas el Perú, diseñaron mecanismos de control y fiscalización de la gestión del Presidente o del Jefe de Gobierno, de manera de no hacer permanecer, bajo ningún motivo o pretexto, la figura institucional del "Príncipe" contra el que habían insurgido las democracias avanzadas de Occidente entre los Siglos XVII y XIX. Sin duda, los Parlamentos europeos y el norteamericano jugaron un papel no por diverso menos fundamental en definir los alcances y los límites de los gobiernos y de los Poderes Ejecutivos.

Independientemente de lo que haya podido ocurrir con el constitucionalismo peruano en términos del dilema parlamentarismo/presidencialismo, la cultura política nacional parece haber estado más cerca del segundo, y ciertamente los golpes de Estado no han sido factores ausentes en la explicación de esa tendencia. En cualquier caso, lo que parecería a todas luces por riguroso, y hasta anti-histórico, es reducir un problema delicado de diseño institucional a un aparente dilema cuyos únicos componentes sean el presidencialismo y, alternativamente, el parlamentarismo. El reduccionismo se hace visible, justamente, cuando se constata que los esquemas institucionales diseñados en las democracias avanzadas de Occidente, a efectos de impedir la pervivencia de un "Príncipe" al que querían guillotinar para siempre, fueron mucho más complejos, como que fueron más allá del solo fortalecimiento o perfeccionamiento del aparato de fiscalización exclusivamente parlamentario.

2. CARACTERÍSTICAS DEL PRESIDENCIALISMO

El presidencialismo no consiste, solamente, en la excesiva concentración del poder en manos de un alto dignatario del Estado llamado "Presidente de la República". Para intentar una definición más bien ubicada en la Ciencia Política, el presidencialismo vendría a ser un tipo específico de ejercicio de poder frecuente en las repúblicas en donde el mercantilismo⁷ ha logrado todavía sobrevivir.

Las características más importantes del presidencialismo son las siguientes: a) Es muy escaso, si no inexistente, el acceso de la sociedad civil a la informa-

5. Ello significa que en esa cuenta no han sido incluidas las normas municipales ni tampoco las emitidas por las CORDES, anticipos de las futuras normas regionales.

6. De hecho, las 27,400 normas que emite el Poder Ejecutivo como promedio anual desde 1947 no son sólo normas generales, es decir, aquellas destinadas a un número indeterminado de sujetos incluidos en el supuesto genérico de la norma. También están consideradas las resoluciones particulares o "actos administrativos", que interpretan la ley y los reglamentos y constituyen el vehículo, en los hechos, de significativas transferencias de rentas e instrumentos de redistribución mercantilista.

7. Para una definición de "mercantilismo" que incorpore elementos no sólo conceptuales sino históricos, ver: De Soto, Hernando (con la colaboración de E. Ghersi y M. Ghibellini): "El otro sendero", Editorial El Barranco, Lima, 1986.

ción que controla el Estado o, de cualquier manera, sirve de base a las decisiones gubernamentales; b) Es también escaso, si no inexistente, el acceso de la sociedad al o a los procesos de toma de decisiones gubernamentales, la mayor parte de las cuales, claro está, se emite en el ámbito administrativo que directa o indirectamente se encuentra sujeto al Presidente de la República; c) Los organismos constitucionalmente dotados de las atribuciones necesarias para fiscalizar y revisar la actuación administrativa del Poder Ejecutivo no han cumplido ni podrán cumplir eficientemente, en razón de su eficiente diseño, con sus funciones.

Analicemos separadamente cada una de estas graves consecuencias que tiene todo ello en el futuro de la democracia peruana:

a) Escaso acceso a la información política:

En el contexto de los gobiernos virreinales, poco importa lo que conozca el vulgo sobre la racionalidad de las decisiones gubernamentales. Lo que importa es que todos las acaten. No deja de constituir un extraordinario valor de la democracia, en ese sentido, abrir los canales de acceso a la información que posee el Estado, que es una información que debieran tener en sus manos, en principio, todos los peruanos, para su discusión y crítica democrática. Es por eso que el libre acceso de los ciudadanos a la información pública constituye el primer paso hacia la democratización real del país.

El administrativista norteamericano Jerry Mashaw, inmediatamente antes de citar la célebre frase de Madison ("la democracia sin una opinión pública informada puede ser sólo el preludio de una tragedia o de una farsa"), sostiene que "en un Estado democrático se asume que los funcionarios sean responsables⁸ ante los ciudadanos por su actuación. Esta responsabilidad es llevada a cabo en primera instancia a través de la intervención continua de la ciudadanía en los asuntos de Estado. Sin un acceso abierto a la información en la que se basan las políticas o las acciones, la responsabilidad democrática ante el pueblo es imposible"⁹.

Como el mismo Mashaw anota, sin embargo, si el Estado democrático se orienta a la preservación de las libertades individuales y comunitarias, ello implica

que los funcionarios del Estado tienen poderes limitados y que, en consecuencia, deben existir los mecanismos que obliguen a los funcionarios a actuar exclusivamente dentro de la esfera de su competencia tal como esta última se encuentra legalmente definida. Añade Mashaw que cuando el gobierno actúa en secreto no es posible garantizar que los funcionarios hayan actuado dentro de la esfera de sus atribuciones legales y no hayan hecho uso de sus atribuciones para perjudicar a determinados particulares¹⁰. Desde el punto de vista económico, Mashaw nos recuerda que "la reducción de los costos de obtener información útil promueve la eficiencia de todos los segmentos de la sociedad en el progreso material"¹¹.

b) Escasa participación ciudadana en las decisiones gubernamentales:

Después de haberse puesto anteojeras, si no vendas negras, a través de las cuales resulta imposible ver hacia y desde afuera, el Estado monopoliza los procesos de adopción de decisiones, impidiendo la participación, en igualdad de condiciones, de los ciudadanos particulares, de los gremios organizados y de los partidos políticos. El "mercantilismo" —que no es otra cosa que el escenario de fondo de nuestro presidencialismo— es la resultante de la acción de coaliciones redistributivas¹² que han afectado sustancialmente las políticas del Estado en las últimas décadas. Las decisiones de Estado resultan expresar adecuadamente esas coaliciones redistributivas en las que juegan un papel clave los funcionarios del Estado dependientes del Presidente de la República y los "empresarios" privados muy bien acostumbrados a las mañas de un aparato estatal crecientemente redistributivo (entre los que tenían y tienen acceso al poder).

Un ejemplo bastante cercano de la filosofía mercantilista que, sin interrupción, se encuentra en la base del sistema político peruano, lo ofrece un fragmento del reciente Mensaje a la Nación del Presidente de la República del 5 de julio de 1987, en el que invitó a diversas entidades representativas del empresariado (sólo del sector privilegiado del empresariado formal, dicho sea de paso) a formular sus sugerencias sobre política tributaria. Como si otros segmentos o sectores de la sociedad civil fuesen simples convidados de piedra en la formulación de las políticas tributarias de un Estado que todos sabemos incapaz no sólo de go-

8. A efectos de lo sostenido por el autor, "responsables" en español es una traducción tal vez insuficiente de "accountable", es decir, "capaces de rendir cuentas". Es curioso advertir que los virreyes en el Perú, a diferencia de sus sucesores gobernantes republicanos, se encontraban sometidos al denominado "juicio de residencia", lo que ha dado pie a que algunos, como García de Enterría, por ejemplo, traduzcan "accountable" como "residenciables". El concepto de "accountability", por paradójico que parezca, no es tan lejano —a efectos de advertir su distancia del Derecho peruano actual— del concepto de "juicio de residencia" al que estaban sometidas las autoridades virreinales. Lo que significa que, en términos de observación de la conducta del poder, probablemente estábamos mejor en la Colonia que ahora, salvo, claro está, en que no éramos los peruanos, sino los españoles, quienes juzgaban a los gobernantes.

9. Mashaw, Jerry: "The rationale for open government", manuscrito para discusión. Lima, 17.06.86, propiedad intelectual del Instituto Libertad y Democracia (ILD), p. 1. Opúsculo no publicado.

10. Mashaw, p. 1.

11. Mashaw, pp. 1—2.

12. Las "coaliciones redistributivas" no son algo distinto que las alianzas o los acuerdos, de corto, mediano y largo plazo, a que arriban los grupos privados cuyos intereses son beneficiados por la acción redistributiva del Estado.

bernar al conjunto de la sociedad sino también de cobrar impuestos a buena parte de la población económicamente activa.

Lo propio ocurrió en el régimen anterior. La experiencia de la Comisión Nacional de los Derechos Económicos (CODE), culminó en los hechos, cuando, en una sesión del Consejo de Ministros, el entonces titular de la cartera de Industria, Comercio y Turismo sostuvo, ante la mirada aprobatoria y silente del resto de sus colegas de gabinete, que él no tenía por qué consultar un dispositivo atinente a la industria automotriz, porque, en tal caso, le bastaba reunirse con los gerentes de las cuatro o cinco ensambladoras que en ese entonces operaban en el Perú¹³.

3. ESCASA INJERENCIA DE OTRAS INSTITUCIONES DE FISCALIZACIÓN, REVISIÓN Y CONTROL

Quienes creemos que es el constitucionalismo y la sofisticación de sus instituciones los que deben ir modelando el proceso democrático del Perú sentimos, verdaderamente, las ausencias del Poder Judicial, de la Contraloría General de la República, del Tribunal de Garantías Constitucionales, del Ministerio Público y del propio Congreso en funciones institucionales que tienen una importante relación con la democracia: controlar al poder, con independencia y con limpieza.

A saber: el Poder Judicial no es, definitivamente, capaz de juzgar al Estado y éste gana sus controversias valiéndose de su propio poder; jamás le enmienda la plana al Gobierno de turno y le expresa demasiado frecuentemente generosidad y hasta sumisión; la Contraloría sirve sólo para asegurar que nadie haya robado o malversado, lo que no es suficiente porque todos queremos, además, un gobierno eficiente en el que rindan cuentas no sólo los ladrones o malversadores, sino también los ineficientes; el Tribunal de Garantías Constitucionales sirve para algo, pero para bastante poco, porque hasta el momento no ha declarado la inconstitucionalidad de una sola ley y ha casado pocos amparos y habeas corpus. El Ministerio Público jamás ha intentado la inconstitucionalidad de una ley, y su función de "Defensor del Pueblo" ha sido indebida-

mente confundida con la de defensor de la legalidad¹⁴.

El Congreso tampoco es muy consecuente con su atribución de fiscalizar al Ejecutivo. Todos sabemos que desde 1980 en adelante, se ha abusado de la atribución presidencial de dictar normas extraordinarias de carácter económico-financiero "con cargo de dar cuenta al Congreso". Todos sabemos, también, que el Congreso no ha revisado, en esos siete años, ninguno de los Decretos Supremos ilegales e inclusive inconstitucionales que fueron dictados al amparo del inciso 20) del artículo 211 de la Constitución. Esa, sin embargo, es sólo la punta del iceberg, porque también sabemos que las Comisiones Investigadoras del Congreso, en las oportunidades en que han funcionado en ambos regímenes, lo hicieron a partir de directivas políticas y sin producir resultados siquiera dignos de ser tomados en consideración.

De la capacidad que exhiban las instituciones mencionadas al jugar el papel que les han asignado la Constitución y las leyes —y más allá de las modificaciones que merezcan la primera y, sobre todo, las segundas— depende, en realidad, el futuro del Estado de Derecho, que no se alimenta de discursos, gestos ni desplantes, sino de la operación concreta —libre, consecuente y creativa— que puedan demostrar al conjunto de la sociedad civil y de las organizaciones políticas, sociales y económicas de la Nación.

Plantear una agenda que sea capaz de contener, en el curso de un lapso pequeño o largo, las reformas institucionales esbozadas en las líneas precedentes parece ser tarea algo más complicada que, inclusive, la elaboración de un Plan de Gobierno. Debe determinarse de modo preciso la naturaleza de (los) problema (s), examinarse cuidadosamente cómo lo (s) ha tratado el Derecho Peruano, revisarse la legislación comparada y sus posibilidades de adecuación a una realidad como la peruana y, finalmente, rastrear en qué medida las experiencias democráticas propias de la sociedad civil peruana, y especialmente las experiencias democráticas del empresariado popular, pueden servir también, como de hecho están sirviendo ya, para el diseño de las instituciones democráticas del gobierno abierto del futuro.

13. No sólo la declaración no rectificadora de ese Ministro sino la conducta general del Gobierno del Arquitecto Belaunde —que optó por no cumplir con los dispositivos de filtro propuestos por el ILD y aprobados por el Gobierno— determinaron que el primero se negara a seguir vinculado contractualmente con el segundo. La actitud del Ministro expresaba que creía efectivamente en la "concertación", pero que ésta no debía trascender de las esferas previamente establecidas desde la cima del poder y que, entre otras consecuencias, excluían de las conversaciones a los empresarios informales, significativamente muy numerosos y eficientes en el ramo de la industria de partes para vehículos de transporte.

14. Ello ha motivado la aprobación, hasta ahora en la Comisión de Constitución del Senado, de un proyecto de reforma constitucional presentado por el Senador Enrique Bernales, que persigue que el Defensor del Pueblo sea un representante calificado del Parlamento por completo ajeno a la Fiscalía de la Nación. Todo indica que se trataría de la primera reforma constitucional a la Carta Magna aprobada en 1979.

Las presunciones y ficciones en el Derecho Tributario peruano

Carmela Hernández Martínez
Bachiller en Derecho

Las presunciones y ficciones son figuras tan antiguas como las mismas leyes. Se sabe que existían en el Derecho Romano en donde la palabra 'presumido' que viene a ser el participio de 'presumo' es un vocablo que podemos traducir como 'una creencia anticipada'.

Las presunciones y ficciones surgen como instrumentos que brindan seguridad jurídica a los Estados ya que son mecanismos de técnica jurídica a través de los cuales el legislador consigue determinados objetivos como puede ser el desplazamiento del objeto de la prueba (en caso de imposibilidad o dificultad de la prueba directa), la inversión de la carga de la prueba (para garantizar un estado de cosas existente o un status adquirido) a través de las presunciones o se puede también situar a una persona, cosa o hecho en una categoría conscientemente inexacta con el propósito de derivar de ello las consecuencias jurídicas atribuibles a esa categoría: esto último a través de las ficciones.

Se puede ver entonces que lo que se da, tanto con las presunciones como con las ficciones es lo que Geny ha venido en llamar una 'reducción simplificada de los elementos sustanciales del Derecho'¹ que se da, a través de una sustitución de cuantitativo a cualitativo tratándose de presunciones y, eliminando lo artificial de las consideraciones jurídicas en el caso de las ficciones.

En los últimos años ha habido un auge en el uso de presunciones y ficciones a la hora de legislar y, el Derecho Tributario Peruano no ha sido ajeno a esta tendencia. En nuestro ordenamiento tributario se puede notar cierta preferencia por las presunciones relativas, es decir, por aquellas que sí admiten prueba

en contrario. Esto es coherente con un Estado de Derecho porque las presunciones dispensan de probar un hecho desconocido pero esto no implica dar ese hecho por probado ya que, una presunción no es un juicio cierto sino un razonamiento probabilístico porque al utilizar una presunción, estamos aceptando la veracidad de un hecho por la evidencia de otro del que normalmente depende ese hecho no probado.

Lamentablemente, hay veces que el legislador peruano olvida que las presunciones y ficciones deben darse "(...) para evitar entorpecimientos estériles en la determinación tributaria o incluso para evitar la evasión, pero de ninguna manera pueden utilizarse para sobredimensionar artificialmente el alcance del impuesto a través de la inclusión de una operación que quizá potencialmente pudiera generar un ingreso imponible pero que prácticamente pueda no hacerlo"² y establece supuestos como el que encontramos en el Decreto Legislativo 399 cuando, al modificar el artículo 38 de la Ley del Impuesto a la Renta que se ocupa de las deducciones de la renta de primera categoría, luego de haber suprimido la deducción del 25 o/o de la renta bruta (o 50 o/o de la renta ficta), establece la deducción de la depreciación de edificaciones y construcciones, la misma que necesariamente será igual al tres por ciento (3 o/o) del autoavalúo correspondiente al ejercicio gravable y que deberá aplicarse mientras las edificaciones y construcciones resulten utilizables. En nuestra realidad, esta es una disposición que atenta contra la capacidad contributiva del sujeto pasivo ya que, a la hora de legislar, no se ha tenido en cuenta la situación de todos aquellos propietarios que actualmente están con los alquileres congelados.

Podemos decir que en nuestro ordenamiento tri-

1. Mazz, Addy: "La legitimidad constitucional de las presunciones fiscales". Trabajo elaborado para las XII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.
2. Malvitano, Rubén Horacio: "Los intereses presuntos en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos". En Impuestos No. 12, 1983, p. 2314.

butario las presunciones y ficciones se dan para allanar los caminos que pudieran dar pie a la evasión tributaria porque, obviamente el legislador no puede permanecer impasible ante situaciones concretas que demandan soluciones rápidas. Desgraciadamente no contamos con una administración pública eficiente y esto hace que se diluya la posibilidad de conseguir un mayor grado de cumplimiento voluntario y eficiente de la ley por parte de los ciudadanos quienes, según el profesor Garcés Moreano, miran con verdadero horror un sistema que los ecuatorianos dicen que padece de 'tortugismo administrativo', locución que muy bien podría usarse para definir también nuestra Administración Pública.

En el Derecho Comparado se habla de presunciones que establecen la intención de defraudar al fisco y configuran así el hecho imponible. Este es un punto muy delicado que no debería permitirse ya que, la infracción tributaria tiene dos elementos: uno objetivo o material y otro subjetivo o interior, ambos deben darse en los hechos y ninguno presumirse porque al hacerlo se está atentando contra la libertad económica del ciudadano. Particularmente, en nuestro sistema, la Constitución es clara sobre esto al establecer en su artículo 187 la retroactividad benigna en materia tributaria, laboral o penal, porque el Derecho trata siempre de proteger a la parte más débil de la relación y además, según nuestra misma Carta Magna, por tener derecho a la libertad y seguridad personales, todos somos considerados inocentes mientras que se nos haya declarado judicialmente la responsabilidad. Es por todo esto que no compartimos la idea del Profesor Francisco Rodrigues Pardal cuando dice que: "(...) La existencia de presunciones de culpa se fundamenta en la necesidad de una rápida actuación represiva que no siempre es compatible con largas y profundas investigaciones y, por otro lado, también es para prevenir porque la culpa y el dolo son generalmente inherentes a la realización de ciertos actos"³.

Actualmente existe la tendencia a que desaparezcan las presunciones absolutas, es decir, aquellas que no admiten prueba en contrario y esto, por una razón de justicia tributaria ya que una de las bases del Derecho Tributario es precisamente que, frente a un mismo tributo, los sujetos que tengan similar capacidad contributiva soporten similar carga tributaria. Empero, esta regla se ve alterada con el establecimiento de presunciones absolutas porque se llega a un desigual tratamiento de situaciones similares. Por todas estas

consideraciones, los profesores Alfonso Varela y Alberto Faget postulan que, establecer una presunción absoluta realmente implica crear un nuevo tributo en tanto que, establecer una presunción simple o relativa sólo implica liberar a la administración de toda carga probatoria respecto del hecho inferido, permitiendo así al contribuyente probar en contra de la misma y ajustar de tal modo su tributación a la normativa general que regula el impuesto que se le está determinando⁴.

En cuanto a las presunciones delegadas, que vendrían a ser, siguiendo la terminología de Roque García Mullín las presunciones con fuerza de ley consagradas por vía reglamentaria en ejercicio de facultades delegadas al Poder Ejecutivo por ley⁵, estas tienen que ser necesariamente relativas porque, por el Principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución y en el Título Preliminar de nuestro Código Tributario, consagrar una presunción absoluta es materia reservada a la ley, absolutamente indelegable y en consecuencia, una presunción consagrada por vía reglamentaria es relativa o es inconstitucional. Es por esto que, en caso de presentarse una presunción delegada, el intérprete está obligado a concluir que la presunción es simple y que por ello, debe admitir la prueba en contrario. Sin embargo, si llegado el caso, no cabiera duda de que se trata de una presunción absoluta, se tendrá que concluir que la norma que la crea es inconstitucional.

Pensamos que nuestro legislador no debe abusar en el uso de presunciones y ficciones porque éstas son herramientas que sólo deben utilizarse cuando falta información directa e indubitable ya que, por una razón elemental de seguridad jurídica, si uno tiene los elementos que pueden acreditar la existencia de cierta situación, no es lógico que se los presuma porque, como bien decían los romanos: "(...) la presunción tiene lugar cuando la verdad no es posible investigarla de otra forma, pero si puedo investigarla con elementos concretos, la presunción no cabe"⁶.

Por otro lado, a pesar de que hay que reconocer la eficacia y necesidad de una ficción legal que ofrece un medio más fácil y cómodo de llegar a un mismo fin práctico, en realidad ésta: "(...) esquiva las dificultades en lugar de resolverlas y no es más que la solución imperfecta de un problema, y merece como el acto aparente, ser llamada una mentira técnica consagrada por la necesidad"⁷.

3. Rodrigues Pardal, Francisco: "O uso de presuncoes no Direito Tributário". Trabajo elaborado para las XII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, p. 28.

4. Varela, Alfonso y Faget, Alberto: "La prueba del contribuyente en contra de la determinación sobre base presunta. Jornadas", p. 23.

5. Varela, Alfonso, p. 17.

6. Porta, Carlos: "Nuevas presunciones legales en materia de determinación de oficio", En Impuestos No. 11, 1980, p. 1681.

7. Ihering: "Espíritu del Derecho Romano", Madrid, tomo IV, p. 331.

¿Son las personas jurídicas sujetos de sanción penal?*

Gonzalo Jara F.

Alumno del 2do. Ciclo en la Facultad de Derecho de la PUC

La vida en comunidad ha sido desde tiempos remotos característica distintiva del hombre. Desde los primeros incipientes grupos humanos reunidos para perseguir un fin tan vital como la supervivencia y hasta nuestra época actual se ha mantenido invariable una idea: la agrupación de personas alrededor de un fin común.

Con el correr del tiempo y a medida que la sociedad se hacía más compleja nuevas actividades fueron surgiendo. La era del capitalismo significó la primacía de la actividad económica. Y a esta tarea se avocaron los hombres. Hoy, la persona jurídica ha desplazado al hombre del campo económico. Es ella la que tiene un rol preponderante y el derecho no podía ignorarlo.

El tratamiento jurídico que le da el Derecho es distinto al de la persona física. Su naturaleza así lo exige. La suma de individuos unidos entre sí da como resultado —para el Derecho— una persona. De este modo, persona jurídica no es más que la totalidad de varias personas consideradas como unidad.

Cuando la persona jurídica actúa en la sociedad y concretamente en el campo económico crea una serie de relaciones jurídicas. Así, por ejemplo; compra, vende, contrae obligaciones ... pero también causa daños y perjuicios, no cumple con sus obligaciones, defrauda al fisco. Entonces, así como el derecho interviene en su creación y le asignó derechos y deberes ahora debe intervenir para sancionar.

Nos preguntamos que tipo de sanción debe recibir. No olvidemos que su naturaleza es distinta de la persona física y por lo tanto la sanción debe ser acorde con dicha naturaleza.

En el derecho moderno un sector de la doctrina viene sosteniendo la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas. En las líneas siguientes analizaremos esta posibilidad y sus implicancias.

Si bien es cierto que la persona moral es perfectamente diferenciable de las personas físicas que lo conforman, no es menos cierto que su capacidad de obrar es limitada. Su actuación sólo es posible a través de un representante. Por eso toda persona jurídica requiere de por lo menos dos órganos: el que expresa la voluntad de los socios, que es la Asamblea; y el que ejecuta los acuerdos de la Asamblea, que es el Directorio y la Gerencia.

Cuando sus actividades resultan ser contrarias al Derecho o se alejan del fin para el que fue creado, es necesario aplicar una sanción. Para esto existen mecanismos eficaces, medidas de gran efectividad tales como la multa y la disolución.

Cuando se habla de aplicar sanción penal debemos buscar cuál es el sentido práctico que subyace a dicha afirmación ¿Qué es lo que se busca con una sanción de tipo penal? Imposible imaginar la encarceración de una persona jurídica. En consecuencia, la sanción tendría que ser una inhabilitación o una multa. Mas para qué plantear sanciones en términos penales cuando las probables sanciones que se acaban de mencionar, esto es, inhabilitación o multa ya existen en el campo civil.

Por otro lado, hay quienes afirman que una medida de esta naturaleza podría ser intimidatoria. Nos preguntamos entonces si se puede intimidar a una persona colectiva. Es evidente que no. Además el intento por involucrarla en el ámbito penal, desvirtúa no sólo el concepto de ente moral sino también el sentido que subyace al derecho penal. Cuando se aplica la ley penal se trata es necesaria la existencia de un ser libre, conciente, con intención y discernimiento. Un ser capaz de apreciar y juzgar sus actos y los ajenos. Con plena capacidad de conciencia y espontaneidad en la decisión de celebrar cualquier acto. Por eso como bien afirma Jiménez de Asúa: "En todo delito es necesario que el sujeto capte, aunque sea en valoracio-

* Al Dr. Javier de Belaunde por sus enseñanzas.

nes profanas, las circunstancias de hecho en orden al tipo y significado injusto de su conducta. Nadie osará decir que esta operación intelectual puede hacerse por una persona moral, como tampoco podrá afirmarse que las sociedades son capaces de ejecutar actos imprevistos o imprudentes. Las personas jurídicas no pueden obrar con dolo o culpa y por ende no pueden cometer delito. En cuanto a los fines de la pena no puede pensarse en la enmienda del culpable"¹.

No somos partícipes, pues, de la idea —por muy innovadora que parezca— de aplicar una sanción penal. Por eso creemos, que el derecho moderno debe permanecer fiel al principio romano: *Societas delinquere non potest* (la sociedad no puede delinquir). "Una asociación puede comprar y vender pero no delinquir, lo que sólo puede hacerlo una persona física que actúa con libertad"².

No tiene utilidad práctica una sanción penal, más aún cuando existen sanciones efectivas como la multa, o la disolución, sanción esta última que viene a ser algo así como la pena de muerte del ente infractor.

Por otro lado al derecho penal le interesa la res-

ponsabilidad directa, es decir identificar al autor del delito para aplicar la sanción correspondiente. Si el ente moral actúa dolosamente, la pena debe recaer sobre sus ejecutivos que son los que a su nombre toman decisiones y por eso resultan ser los verdaderos responsables. Es mucho más eficaz aplicar sanciones civiles y administrativas al ente moral, y por otro lado, sanción penal a los directivos y a quienes resulten responsables. Corresponde al juez determinar el grado de responsabilidad y las sanciones a aplicar de acuerdo a la ley y a su criterio.

Somos concientes de la gran cantidad de infracciones que se cometen especialmente en el campo de los negocios, pero no nos parece razonable aplicar normas de tipo penal a los entes colectivos puesto esto supondría, además, el tener que tipificar cada posible delito en cumplimiento del principio "*Nullum crimen, sine lege*". Asimismo, no podemos pensar que con innovaciones insólitas vamos a detener las numerosas infracciones en detrimento del estado y la sociedad. Si se quiere evitar el delito utilicemos los medios que hoy existen con mayor eficacia y rigor, en lugar de incurrir en una pretendida exquisitez académica.

1. Citado por Domingo García Rada en "*Sociedad Anónima y Delito*", Ed. Studium, Lima 1985, p. 66.

2. Maggiore, Giuseppe: "*La Ley*", Revista Jurídica Argentina, tomo 31, pág. 985.

Inversión Extranjera

La tentación pendular y otras opciones

Roberto Dañino

Ex Presidente de la Comisión de la Deuda Externa y de la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnología Extranjera (CONITE)

En América Latina en general y en el Perú en especial, no existe aún una política clara y coherente en torno al tratamiento de la inversión extranjera. Ha comenzado sí una incipiente reformulación de posiciones a raíz de la crisis de la deuda.

En efecto, la crisis de la deuda ha tenido entre sus resultados colaterales estimular a la mayoría de los países de la región a revisar su posición en torno a la inversión extranjera, redescubriendo ventajas respecto de esta y re-encontrando nuevos perjuicios en el rol de los préstamos. Más concretamente, al desaparecer o reducirse drásticamente las fuentes tradicionales de financiamiento, se ha suscitado un debate en torno a las posibilidades que tendríamos de reemplazar la contribución de los préstamos, mediante la captación de inversión foránea en volúmenes semejantes, lo que a su vez llevaría a la necesidad de liberalizar las políticas de regulación y control que muchos países de la región todavía mantienen.

Las siguientes palabras reflejan elocuentemente el ánimo en la región:

“Nosotros creemos y necesitamos la presencia de la inversión, el capital y la tecnología extranjera, dentro de reglas justas y nacionalistas. En lo que no creemos es en el mito del crédito comercial como único o imprescindible instrumento para el desarrollo”. (El Peruano, Marzo 15, 1986).

Esta cita corresponde al discurso pronunciado por el Presidente Alan García ante el Congreso de la Argentina y representa una actitud vigente —en diversos grados— en toda América Latina, es decir, el desencanto respecto de los préstamos externos y el renovado optimismo sobre el papel de las inversiones extranjeras.

1. LA TENTACION PENDULAR

En efecto, a raíz de la crisis de la deuda desenca-

denada en 1982, se ha empezado a reformular posiciones en torno a cuál es el balance deseable entre deuda e inversión, como elementos complementarios para nuestro desarrollo económico.

En la década de los cincuenta y hasta mediados de los sesenta, muchos de nuestros países privilegiaron la captación de inversiones extranjeras “como motor del desarrollo económico”. Luego, desde finales de los años sesenta y durante la mayor parte de la década de los setenta, prevaleció una política que favoreció explícitamente la captación de préstamos antes que de inversiones.

El hecho es que durante la década de los setenta la deuda externa de la región creció dramáticamente, mientras que nuestra participación como región en el total mundial de la inversión extranjera directa se redujo sustancialmente.

Frente a esta constatación hay quienes hoy proponen una política de puertas abiertas y casi irrestrictas para la inversión extranjera. Se busca así remediar el haber “reemplazado socios por acreedores” en el pasado reciente, buscando ahora “sustituir acreedores por inversores”.

Se argumenta que la inversión extranjera directa es una forma menos onerosa de obtener recursos externos dado que su servicio está usualmente vinculado a la rentabilidad del proyecto y no a las obligaciones contractuales de un préstamo. Además, se sostiene que la inversión conlleva un elemento de continuidad, dada la importancia de las reinversiones de utilidades. También se afirma que las inversiones no tienen el carácter procíclico de los préstamos, con lo que las primeras podrían reemplazar las fluctuaciones de los segundos.

Esta posición se centra fundamentalmente en la contribución financiera de la inversión y parece rele-

gar aspectos centrales como el tema de la transferencia de tecnología, la expansión de mercados, las estructuras de propiedad, los efectos de la concentración industrial, entre otros. Además, se presupone que los volúmenes de deuda pueden ser reemplazados por volúmenes semejantes de inversión. En estos argumentos se implica también que tal reembolso puede producirse en base al cambio de las normas legales vigentes en el país receptor del capital.

De otro lado, están quienes insisten en mantener incólumes los sistemas de tratamiento legal de las inversiones y tecnologías extranjeras que fueran implantados a comienzos de la década de los setenta. Esta posición omite reconocer que muchos cambios sustanciales respecto del tratamiento de la inversión extranjera se producen —y se han venido produciendo— sin necesidad de cambiar las leyes, dado el amplio margen discrecional e interpretativo que normalmente se delega en las jerarquías burocráticas. A su vez esta última posición se niega a recoger la evolución de las realidades económicas nacionales e internacionales, que bien puede requerir una evolución en la normatividad aplicable.

Respecto de esta confrontación de posiciones resulta ilustrativo el caso del Grupo Andino. En ese contexto discutir el tema de la inversión extranjera prácticamente se convirtió en sinónimo de polemizar en torno a la preservación o la derogación de la Decisión 24 del Pacto Andino. Incluso ahora que esta ha sido sustituida por la Decisión 220, en el Perú continúa la polémica.

En efecto, si bien la Decisión 220 entró en vigencia el 18 de mayo de 1987, fecha en que fuera publicada en la Gaceta Oficial del Pacto Andino (Año IV, No. 20), en el Perú —paradójicamente— la Resolución Conite No. 003-97-EF del 16 de junio, prácticamente ha reestablecido la vigencia de casi toda la Decisión 24.

Encasillar el análisis en tal forma resulta un error porque implica centrar la discusión en un aspecto parcial de la realidad económica internacional. El reto actual consiste así en evitar las reacciones pendulares y más bien en saber capitalizar la experiencia obtenida, es decir, en saber precisar una política concreta en torno al tratamiento de la inversión extranjera, actuando con flexibilidad en función de las actuales realidades económicas.

En todo caso, las realidades vigentes nos llevan a no considerar agotado el tema de la inversión extranjera en torno a la subsistencia o la derogación de la normatividad regional existente.

En efecto, las experiencias recientes en América Latina y en el Perú concretamente indican que ni los incentivos legales ni las políticas regulatorias son en sí misma factor determinante para la inversión de la

evolución de la economía mundial y, luego, de las características de la economía del país receptor.

Asimismo, las decisiones de inversión también dependen del sector económico de actividad al que correspondan las diversas empresas. Así, las industrias de bienes y servicios para mercados internos estarán condicionadas por el tamaño de los mercados, las políticas de sustitución de importaciones, las facilidades de importación de insumos y las fluctuaciones de la demanda interna. Por su parte, las empresas orientadas a la exportación de manufacturas estarán condicionadas por los menores costos de producción y las posibilidades de comercio internacional. A su vez, las empresas vinculadas a la explotación de recursos naturales están fuertemente influenciadas por los precios internacionales.

La falta de dinamismo de las inversiones hacia América Latina, cuyo atractivo ha sido siempre el tamaño del mercado interno, se explicaría así en base a la recesión actual, a la incertidumbre respecto del tema de la deuda y a las consiguientes dificultades para las importaciones y la falta de divisas.

En este contexto, los incentivos a la inversión extranjera —con excepción de la protección ante importaciones competitivas— influyen poco o nada en las decisiones de inversión, particularmente en las destinadas a la producción para el mercado interno.

Los incentivos tributarios, especialmente, no sólo son un factor decisivo para la captación de inversiones, sino que usualmente constituyen un sacrificio fiscal para el tesoro del país receptor, pero en favor no del inversionista sino del fisco del país de origen de la inversión —que es el que termina cobrando los tributos sobre las utilidades generadas por sus nacionales en el exterior, sobre todo cuando las tasas impositivas de los países receptores son inferiores a las del país de origen.

En el Perú, como lo han comprobado diversos estudios, durante la década de los 70, mucho más que la Decisión 24, desalentó a la inversión extranjera el ambiente conflictivo con los Estados Unidos, las expropiaciones de inversiones de ese país, la creación de la Comunidad Laboral, la Ley de Estabilidad Laboral y el agudo intervencionismo estatal, entre otros.

Actualmente, más que por las normas andinas, las inversiones extranjeras en el Perú, están desalentadas por la incertidumbre económica, el intervencionismo estatal, la prohibición de remesar utilidades, dividendos, regalías y pagos de préstamos por dos años, los altísimos impuestos sobre las regalías, así como por los controles de precios, su tratamiento cambiario, la incertidumbre en torno al problema de la deuda externa y los problemas pendientes en el tema del petróleo. Elementos como los anotados tienen pues un impacto mucho mayor que la dación de códigos especiales respecto de la captación de inversiones.

2. LOS FLUJOS PROBABLES

Ahora bien, aún en el caso en que fuera posible captar inversiones sólo mediante la dación de leyes, es necesario tener presente cuáles son las magnitudes verdaderamente en juego. Al efecto debemos recordar que el total de deuda acumulada en América Latina a 1986, ascendía a unos US\$ 380 mil millones de dólares acumulados básicamente durante los últimos doce años. Mientras tanto, el monto acumulado de inversión extranjera es del orden de US\$ 150 mil millones de dólares y para ello se requirió más de treinta años. En otras palabras, esto quiere decir que la inversión acumulada en más del doble de tiempo no alcanza siquiera a la mitad de la deuda contraída. Es más, los flujos anuales de préstamos que han ingresado a América Latina han promediado unos US\$ 25 mil millones, mientras que los flujos de inversión han sido del orden de US\$ 4 mil millones al año. Incluso los montos máximos anuales que hemos captado vía inversión sólo han alcanzado unos US\$ 7 mil millones mientras que los de deuda llegaron a US\$ 50 mil millones.

Las magnitudes que históricamente han estado en juego nos indican así que no es realista que nos entusiasmemos —como a muchos nos ocurrió inicialmente— con la posibilidad de reemplazar los flujos de deuda con inversiones extranjeras. Es más, de las estadísticas empleadas se debe tener presente que una alta proporción de la inversión se produjo vía reinversión de utilidades y no mediante el ingreso de capital fresco.

De otra parte, debemos recordar que cada día una parte mayor del flujo de inversión internacional se dirige —geográficamente— al propio mundo industrializado (hoy día Estados Unidos es el principal país captador de inversiones foráneas) y —sectorialmente— al sector servicios, en cuyos proyectos el aporte de capital es bastante menor que en la minería o la industria, por ejemplo. Además, las nuevas modalidades de contratación internacional —plantas llave en mano, contratos de gerencia, licencias tecnológicas, acuerdos de comercio compensado, contratos de servicios, entre muchas otras— implican un menor aporte de capital que las formas tradicionales de inversión a través del establecimiento de filiales en el país receptor.

No es pues realista esperar que la inversión extranjera reemplace en forma sustancial el aporte que hasta 1982 recibíamos vía préstamos. Ello no quiere decir, sin embargo, que no existan contribuciones importantes que esperar de la inversión extranjera. Además del aporte de capital en cifras relativamente modestas, están el aporte tecnológico y la consiguiente dinamización de factores de producción y el aumento de la productividad, el acceso a mercados externos para productos de manufactura nacional, la transformación industrial de materias primas que de otra forma serían exportadas sin mayor valor agregado, la captación de un flujo turístico mucho mayor al actual, etc.

Estos son sólo algunos de los aportes que sí debemos esperar y deberíamos estimular respecto de la inversión extranjera.

Un mercado en crecimiento, la ausencia de trabas y discriminaciones respecto del empresariado tanto nacional como extranjero, estabilidad y seguridad, resultan los mayores incentivos a la captación de inversiones. En este contexto, concretar el mercado ampliado que originalmente inspiró al Pacto Andino sí podría ser un incentivo decisivo.

3. CONVERSION DE DEUDA EN INVERSION

Un instrumento que puede resultar sumamente útil para la captación de inversión extranjera es el de los esquemas de conversión de deuda en inversión. Estos esquemas, en principio, ofrecen la ventaja de reducir buena parte de lo adeudado, sin gastar divisas, y simultáneamente emplear los fondos en el proceso de reactivación de la economía. Esto último, a su vez, permitiría compensar el posible efecto inflacionario de la emisión monetaria requerida al efecto. Además, si se autoriza que el acreedor original sea sustituido por un inversionista nacional, se promueve la repatriación de capitales, puesto que estos adquirirían la deuda con fondos que de otra forma permanecerían en el exterior.

No obstante, el esquema también conlleva riesgos que es necesario evitar. El más importante es el de la liquidación de empresas nacionales para pagar la deuda o la desnacionalización de muchas de estas que teóricamente podrían terminar en manos de acreedores extranjeros. Para evitarlo, sin embargo, se puede limitar el empleo del esquema —cuando se trate de extranjeros— a la inversión en nuevos proyectos o en ampliaciones de capital. Asimismo, para lograr la permanencia de la inversión en el país se podría limitar su transmisibilidad durante un plazo determinado.

De otro lado, a fin de propiciar la repatriación de capitales, se podría permitir el empleo del sistema por inversionistas nacionales, siempre y cuando estos complementen la inversión con capitales frescos. Es decir, se podría condicionar la redención de la deuda a que por ejemplo se reinvierta una cantidad igual en efectivo. Para estos casos tendría que mantenerse vigente, el beneficio de amnistía cambiaria y tributaria vigente. De esta forma los nacionales que repatrien sus fondos mediante este esquema podran presentar la deuda externa para su pago en moneda nacional sin que se requiere explicar la procedencia de los fondos utilizados para su adquisición y sin que por ello se pueda generar para la persona nacional adquirente de la deuda, obligación tributaria o responsabilidad penal alguna. La porción aportada mediante la conversión de los títulos de deuda en moneda nacional y a su valor nominal, le significaría una ventaja al empresario que los puede adquirir con descuento en el exte-

ALFOMBRAS



FABRICA DE ALFOMBRAS

**EL MAS AMPLIO SURTIDO DE CALIDADES
Y COLORES PARA SU CASA O SU OFICINA**

"33 AÑOS DE EXPERIENCIA"

**SOLICITE PRESUPUESTO
O VISITE NUESTRA SALA DE VENTAS AL PUBLICO**

**LOS NEGOCIOS 433
(SURQUILLO)**

☎ 41-0766 41-0630

rior, pero también le representaría un beneficio al país que vendría a sus empresarios repatriando capitales y reactivando su economía, mientras que la deuda externa se reduciría sin gastar divisas.

Este esquema requiere que el Banco Central de Reserva facilite los recursos monetarios, así como que el gobierno asigne la prioridad de la inversión y supervise su ejecución. Para estos efectos resulta necesario establecer de antemano cuáles son los sectores en los que será posible invertir haciendo uso de los recursos en moneda nacional provenientes de la cancelación de la deuda externa. No sólo se tendría que establecer los sectores económicos en los que podría invertirse mediante esta modalidad, sino también las zonas geográficas en donde se desea promocionar estas inversiones.

Asimismo, si el gobierno optase por cancelar la deuda en moneda nacional con algún descuento respecto de su valor nominal, sería conveniente establecer de antemano cuáles son los porcentajes de descuento. Estos deberían depender de la naturaleza y ubicación de la actividad, en especial de su impacto sobre el empleo y la generación de divisas. Todo ello evitaría la existencia de trámites y análisis subjetivos que demorarían innecesariamente la ejecución de las inversiones.

Al tiempo de establecer los porcentajes de descuento, debe tenerse en cuenta que considerando la actual situación del país la única posibilidad de obtener inversiones es haciendo que el costo de inversión se reduzca de manera atractiva, compensando así el riesgo país. Por ejemplo, las inversiones en agricultura y agroindustria podrían obtener la máxima prioridad, y no sufrir ningún descuento. Igualmente, las actividades de exportación podrían obtener la máxima prioridad y si adicionalmente se llevan a cabo en las zonas prioritarias (frontera, selva y trapecio andino), no deberían sufrir descuento alguno.

Es importante que al tiempo de aprobar los procedimientos a utilizar para la cancelación de la deuda externa, quede claramente establecido que aquellas personas extranjeras que inviertan en el país por esta vía, tendrán el derecho de registrar como inversión extranjera directa las inversiones que realicen con la moneda nacional recibida en cancelación de la deuda externa.

Estos son sólo algunos de los elementos centrales de un esquema que podría resultar de gran utilidad para confrontar, en parte, el problema de la deuda y a la vez, reactivar el aparato productivo nacional, así co-

mo propiciar la repatriación de capitales.

Empero, debe tomarse en cuenta que la redención de la deuda externa mediante su adquisición a valores descontados o mediante la cancelación en moneda del país deudor con el objeto de incentivar las inversiones reproductivas, es algo que está desarrollándose rápidamente en los demás países del continente, en parte de los cuales se están dictando normas que por su complejidad pueden determinar que el inversionista extranjero o acreedor pierda interés. Resulta así necesario tener en cuenta que las reglas que en definitiva se establezcan sean sumamente simples y de la máxima automaticidad posible.

En las circunstancias actuales, este tipo de esquemas, así como la agresiva promoción en el exterior de macro-proyectos específicos, parecen ser las formas más concretas de captar inversiones extranjeras.

4. CONCLUSION

A manera de conclusión quisiera señalar que si bien es deseable un mejor balance entre deuda e inversión, existen en muchos casos expectativas sobredimensionadas respecto del volumen en que es viable captar inversión privada, sea nacional o extranjera. En consecuencia, es necesario ser realistas en cuanto a los montos que es factible captar y comprender que, en el caso del Perú, la principal fuente de los recursos externos que sí es viable obtener provendrá principalmente de las empresas que ya operan en el país. Sin embargo, para materializar esas y otras inversiones será necesario revisar las principales trabas que el empresariado extranjero enfrenta actualmente. Ello no sólo quiere decir reglamentar adecuadamente la Decisión 220, sino re-examinar la conveniencia de mantener la suspensión de remesas, resolver los problemas petroleros vigentes, revisar la tributación aplicable, así como aligerar el sistema de control de precios y —sobre todo— corregir el tratamiento cambiario, entre los principales aspectos. Igualmente es necesario desarrollar fórmulas imaginativas en torno a los sistemas que se vienen empleando para reducir la deuda y destinarla a la inversión reproductiva.

En general, el país necesita articular y precisar una política en torno a la inversión extranjera. Hasta ahora —salvo algunos enunciados generales y prácticas contradictorias— parece no existir una política de inversión extranjera. Definir una política concreta en torno a la inversión extranjera resulta además crucial para el programa económico vigente en el Perú ya que para este el factor inversión privada es vital.

Aproximación jurídica al deterioro de las relaciones entre el Perú y el Banco Mundial

Fernando O'Phelan

Bachiller en Derecho

1. INTRODUCCION

En términos generales analizar jurídicamente el problema del endeudamiento público externo, no sólo debe mostrar las formas abstractas de lo jurídico como expresión de la dinámica socioeconómica concreta del capital, sino que debe perseguir también la reconstrucción exhaustiva del desarrollo de la forma jurídica confrontándola en toda su extensión y articulación con el desarrollo histórico del capital.

La presencia reducida pero importante de los créditos externos provenientes de organismos internacionales hasta el inicio del gobierno militar no llegó a generar la creación de reglas de derecho que finalizará el procedimiento de concertación y aprobación de esas operaciones financieras.

Por el contrario el auge crediticio proveniente de la banca comercial internacional originó el inicio de un marco jurídico-institucional que diera el soporte estatal al fenómeno. En éste período que abarcó hasta la mitad del segundo gobierno de Belaunde tampoco se establecieron reglas especiales respecto a los créditos provenientes de organismos internacionales, salvo lo establecido en las leyes de financiamiento del presupuesto respecto a la preminencia de las reglas establecidas por un organismo internacional frente a las normas internas, en caso de concursos públicos de méritos, precios y licitación.

Al iniciarse para el Perú la crisis de la deuda en 1983 los créditos provenientes del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo se convirtieron en la principal fuente de financiamiento de los proyectos de inversión del gobierno central y las empresas estatales.

Esto sin embargo no originó la mas mínima modificación a la Ley General de Endeudamiento Público Externo (Decreto Legislativo No. 5) cuya esquema parte de considerar a la banca comercial internacional como la principal fuente de financiamiento.

Mientras tanto el mito del pago puntual del servicio de la deuda externa con los organismos internacionales se mantuvo haciendo caso omiso a cualquier punto de vista que señalase las desventajas que tenían estas operaciones.

El 5 de Mayo de 1987 el Banco Mundial suspendió al Perú en sus derechos a recibir desembolsos de las operaciones de crédito suscritas con dicho organismo, ante la decisión del Gobierno de García de incumplir con el pago de su deuda externa con el Banco Mundial.

Esta decisión involucraba tanto a los vencimientos de operaciones de crédito externo que ya habían sido totalmente desembolsadas, así como aquellas en proceso de desembolso.

¿Se estaba iniciando acaso una relación atípica entre el Perú y el Banco Mundial? ¿Hay algún tipo de justificación para ello?

Los países latinoamericanos, en general, no sólo tienen que dedicar buena parte de su esfuerzo negociador al aliviar el servicio de sus deudas con la banca comercial y gobiernos, sino que tiene que atender, además, sus relaciones crediticias con los organismos internacionales.

Y es que los problemas del endeudamiento público externo de los países latinoamericanos han significado para estos organismos la presencia latente de "sujeto de crédito con problemas de deuda, con todos, menos con ellos".

Esta situación ha conducido a dichos organismos a desarrollar mecanismos de condicionalidad contractual en las operaciones de financiamiento en que participan, reflejando allí sus políticas de acción.

El presente trabajo pretende romper el mito económico y jurídico respecto al Banco Mundial, evidenciando la condicionalidad contractual a la que se en-

cuentran sujetos países como el Perú y mostrando las consecuencias que se derivan de incumplir con dicha institución el servicio de la deuda.

2. INFORMACION GENERAL SOBRE EL BANCO MUNDIAL

— El Banco Mundial comprende al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y a sus dos afiliadas Asociación Internacional de Fomento (AIF) y la Corporación Financiera Internacional (CFI).

— El BIRF, fue creado en 1945, y es propiedad de los gobiernos de 150 países. Su capital es suscrito por sus países miembros, y financia sus operaciones crediticias principalmente con recursos provenientes de los empréstitos que obtiene en los mercados mundiales de capital, de sus utilidades no distribuidas y de los reembolsos de sus préstamos. El tipo de interés que cobra por sus préstamos se calcula de acuerdo a una fórmula que tiene en cuenta el costo de sus empréstitos.

— El Convenio Constitutivo del Banco confiere todas las facultades de la organización a su Junta de Gobernadores, que está integrada por un Gobernador de cada país miembro. Con excepción de algunas que le están específicamente reservadas en el Convenio Constitutivo, los Gobernadores del Banco han delegado sus facultades a su Directorio Ejecutivo, cuyos miembros cumplen su cometido a dedicación exclusiva en el Banco. Hay 21 Directores Ejecutivos en el Banco y cada uno selecciona su suplente.

Según lo estipulado por el Convenio Constitutivo, cinco Directores son designados por los cinco miembros que tienen mayor número de acciones de capital social, y los restantes son elegidos por los Gobernadores de los demás países.

— A junio de 1986, el BIRF ha aprobado 2,691 operaciones por un total de \$126,098 MM de las cuales 60 corresponden a Perú por un monto de \$1,700 MM, es decir el 1.3 o/o.

El programa de operaciones crediticias del BIRF para el ejercicio de 1987 es de un nivel entre \$ 13,500 MM y \$ 17,000 MM. Las proyecciones de la institución en los ejercicios 1986-88 han aumentado de \$ 40,000 a \$ 50,000 MM y se contempla un nivel de operaciones de \$ 21,900 MM en 1990.

— El Banco cuenta con un capital suscrito de DEG 58,949 MM y su capital suscrito y pagado de \$ 5,142 MM al 30.06.86. A Estados Unidos le corresponde el 20.98 o/o, a Japón el 6.2 o/o, al Reino Unido 5.92 o/o, Francia 5.56 o/o, Alemania Federal 5.22 o/o, India 3.6 o/o, etc.

Al Perú le corresponde el 0.14 o/o en capital suscrito de DEG 93.8 MM y un capital suscrito y pagado de \$ 11.04 MM.

— El Gobernador para Perú es el Ministro de Economía y su suplente es el Vice-Ministro de Economía.

Los Directores nombrados son 5 que representan a Estados Unidos, Japón, Reino Unido, Francia y República Federal de Alemania, con un porcentaje del total de votos de 20.13 o/o, 5.98 o/o, 5.70 o/o, 5.36 o/o y 5.03 o/o, respectivamente (42.2 o/o en total).

Al Perú, junto con Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay les corresponde el 2.26 o/o de los votos en el BIRF y su Director Ejecutivo es el Sr. Kenneth Coates (Uruguay) y su suplente es el Sr. Félix Alberto Camarasa (Argentina).

3. CLAUSULAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO CON EL BIRF (*) Y SU IMPACTO SOBRE LA SUSPENSION DE DESEMBOLSOS.

Las Condiciones Generales Aplicables a los Convenios de Préstamo y de Garantía (versión al 1o. de enero de 1985), prevé en su Art. VI las figuras de cancelación y suspensión.

Así, en la Sección 6.02 se contempla los casos en que el Banco puede suspender los desembolsos parcial o totalmente.

En efecto, si ocurre y continúa cualquiera de los eventos contemplados en dicha Sección y que se mencionan más adelante, el Banco puede, notificando al Prestatario y al Garante, suspender parcial o totalmente el derecho del Prestatario de efectuar desembolsos de la cuenta del préstamo. Los eventos de incumplimiento principales contemplados son:

— Cuando el Prestatario deja de efectuar un pago de principal, intereses o cualquier otro monto debido al Banco o a la International Development Association.

— Si el Garante deja de efectuar un pago de principal, intereses o cualquier otra suma debida al Banco o a la International Development Association.

— Si el Prestatario o el Garante dejan de cumplir cualquier otra obligación bajo el Convenio de Préstamo o el de Garantía.

— Si el Banco o la International Development Association han suspendido total o parcialmente el derecho del Prestatario o del Garante de efectuar desembolsos bajo otro convenio de préstamo con el Banco o bajo otro "development credit agreement" con la International Development Association debido a una falla del Prestatario o del Garante en cumplir alguna de sus obligaciones bajo tales convenios.

— Si después de la fecha del Convenio de Préstamo ha ocurrido una situación extraordinaria que haga improbable que el proyecto pueda llevarse a cabo, que el Prestatario o el Garante sean capaces de cumplir con sus obligaciones bajo los Convenios de Préstamo y de Garantía.

— Si el Prestatario o el Garante (i) son suspendidos en su membresía del Banco o cesan de ser miembros del Banco o (ii) hayan dejado de ser miembros del Fondo Monetario Internacional.

— Si, después de la fecha del Convenio de Préstamo y antes de la fecha en que dicho Convenio entre en vigencia, ocurre cualquier evento que de al Banco la potestad de suspender el derecho del Prestatario de efectuar desembolsos de la Cuenta del Préstamo, si el Convenio de Préstamo ha entrado en vigencia en la fecha en que tal evento ha ocurrido.

— Si antes de la fecha de entrada en vigencia del Convenio ha ocurrido cualquier cambio material adverso en la condición del Prestatario.

— Si cualquier afirmación hecha por el Prestatario o el Garante en o conforme al Convenio de Préstamo o al de Garantía o, cualquier declaración proporcionada en relación al mismo y en la que haya confiado el Banco al hacer el préstamo, haya sido incorrecta en algún aspecto sustancial.

— Si el Prestatario deviene en incapaz de pagar sus deudas a su vencimiento o, que el Prestatario u otro haya iniciado alguna acción o procedimiento por los que alguno de los activos del Prestatario sean o puedan ser distribuidos entre sus acreedores o, si ocurre que el Garante o cualquier otra autoridad que tenga jurisdicción haya iniciado alguna acción para la disolución del Prestatario o para la suspensión de sus operaciones.

— Si ocurre cualquier otro evento especificado en el Convenio de Préstamo para los efectos de la Sección 6.02 de las Condiciones Generales. La suspensión continuará en tanto subsista el evento que le dio lugar, a menos que el Banco notifique al Prestatario lo contrario; de mantenerse el evento el Banco, de acuerdo a la Sección 6.03, puede cancelar el crédito en los siguientes casos:

a) Si el derecho del Prestatario, de efectuar desembolsos de la Cuenta del préstamo es suspendido por un período continuado de 30 días.

b) Si en cualquier momento el Banco determina, después de consultas con el Prestatario, que un monto del préstamo no será requerido para financiar los costos del proyecto a ser financiados con recursos distintos a los del préstamo,

c) Si en cualquier momento el Banco determina

que la adquisición de un ítem no consistente con los procedimientos establecidos en el Contrato de Préstamo y establece que el monto de gastos respecto de tal ítem puede ser financiado con otras fuentes,

d) Si después de la fecha especificada en el Contrato de Préstamo después de la cual el Banco puede, con aviso al Prestatario, dar por terminado el derecho del Prestatario de desembolsar de la Cuenta del préstamo, un monto del préstamo permanece sin desembolsarse, y

e) Si el Banco ha recibido aviso del Garante en el sentido que dé por terminadas sus obligaciones conforme al Convenio de Garantía, de acuerdo a la Sección 6.07 de las Condiciones Generales; el Banco puede, dando aviso al Prestatario y al Garante, cancelar el derecho del Prestatario de efectuar desembolsos. Una vez dado dicho aviso, tal monto del préstamo será cancelado.

4. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA DECISION DEL GOBIERNO PERUANO DE INCUMPLIR EL SERVICIO DE LA DEUDA PUBLICA EXTERNA CON EL BIRF.

El 05 de mayo de 1987 el BIRF suspendió al Perú en sus Derechos a recibir desembolsos de las Operaciones de Crédito suscritas con dicho organismo, ante la decisión del Gobierno Peruano de incumplir con el pago de su Deuda Externa con el BIRF.

Esta decisión involucró los vencimientos de Operaciones de Crédito Externo que ya han sido totalmente desembolsadas, así como aquellas en proceso de desembolso.

Asimismo debemos señalar que involucra vencimientos entre el 1o. de febrero y el 1o. de mayo de 1987 tanto en yenes japoneses, marcos alemanes, francos suizos, y dólares americanos.

— La decisión peruana no se encontraba plasmada en forma jurídica alguna por lo que en estricto sentido es un acto de Estado o acto de Gobierno.

— El BIRF basó la decisión de suspender los desembolsos de los Créditos en Ejecución, en la Sección 6.02 de las Condiciones Generales aplicables a los Convenios de Préstamo y Garantía con el Banco Mundial (Versión 1o. de Enero de 1985).

En dicha sección como hemos visto, se establece que si ocurre y continúa cualquiera de los eventos contemplados en dicha sección el Banco puede, notificando al Prestatario y al Garante, suspender parcial o totalmente el derecho del Prestatario de efectuar desembolsos de la cuenta del préstamo.

Los eventos a que apela el BIRF para el caso peruano serían los siguientes:

— Cuando el Prestatario deja de efectuar un pago de principal, intereses o cualquier otro monto debido al Banco.

— Si el Garante deja de efectuar un pago de principal, intereses o cualquier otra suma debida al Banco.

— Si el Banco ha suspendido total o parcialmente el derecho del Prestatario o del Garante de efectuar desembolsos bajo otro Convenio de Préstamo con el Banco, debido a una falla del Prestatario o del Garante en cumplir alguna de sus obligaciones bajo tal Convenio.

La decisión de suspender los desembolsos puede dar lugar a dos acciones paralelas:

a) La cancelación de las Operaciones de Crédito después de 30 días en que haya transcurrido la suspensión del derecho del Prestatario de efectuar desembolsos de la cuenta del préstamo (Sección 6.03 de las Condiciones Generales).

b) La aceleración de los vencimientos si se mantiene por un período de 30 días el incumplimiento del pago del principal o intereses o cualquier otro pago regular bajo los Convenios de Préstamo, Convenios de Garantía o bajo cualquier pagaré o instrumento similar vinculado a cualquiera de estos Convenios o bajo cualquier Convenio de Crédito de Desarrollo entre la Asociación de Desarrollo Internacional y el Prestatario (Sección 7.01 Incisos a,b,c y d de las Condiciones Generales).

Cabe anotar que las suspensiones por efecto de otras medidas diferentes al incumplimiento de pago originan la cancelación del Crédito después de 60 días de ocurrido dicho incumplimiento (Sección 7.01 Inciso e de las Condiciones Generales).

Por lo tanto cualquier comunicación al BIRF respecto a la posible creación de un Fondo Interno que sustituya temporalmente la carencia de desembolsos por parte del BIRF debería ser hecha con anterioridad al 05 de junio de 1987; pues a partir de aquella fecha el BIRF se encuentra en condición de cancelar las Operaciones de Crédito al Perú.

Posteriormente a la cancelación de las Operaciones de Crédito por parte del BIRF, de acuerdo al Artículo VI Sección 2a. del Convenio Constitutivo del BIRF una mayoría de los Gobernadores que representan la mayoría de la totalidad de los votos, podría decidir suspender al Perú de la membresía en la Institución.

Si ello ocurriese el Perú cesaría automáticamente de su membresía un año después de la fecha de suspensión. A menos que una decisión de la misma mayoría restituya al Perú sus derechos.

Mientras dure la suspensión de la membresía el

único derecho que puede ejercitar el Perú es el de retirarse, sin eximirle ésta actitud del cumplimiento de sus obligaciones.

— Aunque es vía de suspensión y cese de membresía en el BIRF es poco probable, hay otra vía a la cual el Perú debería prestar mayor atención. Se trata de la actual declaración de inelegibilidad al Perú que permite al FMI poder desafiliarse al Perú como miembro de dicha institución, después de haber transcurrido un plazo razonable para el FMI de persistencia de las circunstancias que provocaron tal declaración.

Esta desafiliación trae como consecuencia la terminación inmediata de la República del Perú como participante en el uso de los Derechos Especiales de Giro (Art. XXIV Sec. 1o. b del Estatuto del FMI).

Solamente la desafiliación de la República del Perú, como miembro del FMI, podría originar consecuencias respecto a los desembolsos de los Convenios de Crédito del Perú con el BIRF.

El BIRF tiene dos posibilidades:

- Cesar al Perú como miembro del BIRF.
- No cesar al Perú como miembro del BIRF.

El cese del Perú como miembro del BIRF se produciría automáticamente en aplicación del art. VI Sec. 3o. del Estatuto del Banco Mundial, es decir después de tres meses de ocurrida la desafiliación del Perú del FMI. A menos que el BIRF decida lo contrario.

El no cese del Perú como miembro del BIRF sólo se produciría, por decisión del propio Banco.

Si el Perú cesa o no como miembro del BIRF, ésta institución puede indistintamente suspender total o parcialmente los desembolsos de los convenios de crédito en aplicación del Art. VI Sec. 6.02 de las Condiciones Generales Aplicables a sus convenios de préstamo y garantía.

Por lo tanto, en el caso de que el Perú deje de ser miembro del FMI, el BIRF puede simultáneamente a dicha medida, suspender total o parcialmente los desembolsos de sus créditos. Suspensión que puede ir acompañada de una aceleración en los vencimientos de acuerdo al Art. VII de las Condiciones Generales.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

a) Las Condiciones y Normas Generales reflejan las políticas del BIRF, pues su aplicación es obligatoria a toda operación de financiamiento que se realiza.

b) Puede señalarse, a partir de lo analizado, que parte de esa política contractual no es necesariamente beneficiosa a los intereses de países latinoamericanos en su calidad de prestatarios, particularmente en el caso peruano por el peso específico que tiene el financiamiento de proyectos de inversión con recursos del BIRF.

c) Debe analizarse en cada país latinoamericano las condiciones específicas y especiales que contenga cada contrato en particular, partiendo del supuesto que tradicionalmente dichas condiciones nunca pueden ir más allá del marco que imponen las Normas y Condiciones Generales. Destruir ese supuesto es una tarea que debe emprenderse.

d) Es necesario que se detecte en cada contrato suscrito por el Perú las condiciones específicas y especiales respecto a posibilidad de incumplimiento.

e) No se trata solamente de corregir o mejorar el flujo de financiamiento externo por parte de estos organismos o de centrar la preocupación en la viabilidad del proyecto que se financia, pues siempre debe to-

marse en cuenta el ropaje jurídico con que se cubre la realidad.

f) Las decisiones de política económica como la suspensión del servicio de la deuda externa al BIRF no sólo ponen en marcha mecanismos contractuales particulares preestablecidos, sino también mecanismos contractuales de carácter general que llegan inclusive a vincularse con las decisiones que otro organismo internacional (caso FMI) tome con un país deudor.

g) Debe continuarse el análisis de los instrumentos jurídicos que regulen las relaciones de dependencia con el capital financiero internacional.



COMPAÑÍA DE SEGUROS

La Fénix Peruana

La conversión de la deuda externa en inversión

Italo Muñoz B.

Egresado de la Facultad de Derecho de la PUC y Bachiller en Economía

Cada vez es mayor el número de países deudores del Tercer Mundo que están poniendo en práctica esquemas de conversión de la deuda en inversión. México y Chile fueron los primeros en establecer este mecanismo. Recientemente Filipinas, Ecuador, Argentina y Brasil han dictado normas sobre esta materia.

Como quiera que México y Chile son los países que tienen más experiencia en este campo y que han podido desarrollar una legislación más completa sobre el procedimiento a seguir, hemos considerado conveniente describir la operatividad de ambos esquemas y señalar cuáles son, a nuestro juicio, los aspectos favorables de uno y otro. Todo ello con la finalidad de extraer ciertos lineamientos que puedan ser aplicados al caso peruano.

Antes de pasar a exponer el mecanismo chileno y el mexicano, explicaremos brevemente en qué consiste la "Conversión de la Deuda Externa en Inversión" o la "Conversión de la Deuda en Acciones" (Debt-Equity Conversion).

Desde hace ya algún tiempo los títulos de la Deuda Externa Latinoamericana se vienen vendiendo en los mercados financieros internacionales. El precio de venta de los mismos depende de la situación económica de cada país deudor y del hecho de que cumpla o no con el servicio de su deuda. Así, en marzo de 1987¹ de acuerdo a un estudio de la firma Shearson Lehman Brothers los pagarés de la deuda externa de los países latinoamericanos se cotizaban de la siguiente forma:

Argentina (64 o/o del valor nominal), Brasil (72 o/o), Chile (68 o/o), Colombia (87 o/o), Ecuador (65 o/o), México (58 o/o) y Perú (17 o/o).

De manera que cualquier inversionista puede adquirir en el mercado secundario un título de la deuda externa de cualquiera de estos países por debajo de su valor nominal. Así un pagaré de la deuda externa peruana con un valor de \$ 100 puede ser comprado a \$ 17.

Este hecho ha dado lugar a que entre las llamadas "Soluciones Heterodoxas" al problema del endeudamiento externo del Tercer Mundo haya surgido la "Conversión de la Deuda Externa en Inversión".

Mediante este mecanismo, el gobierno de un país reconoce determinado porcentaje del valor nominal de los pagarés de su deuda externa (que depende del precio de venta de sus títulos en el mercado secundario) y los convierte, aplicando un determinado tipo de cambio, a moneda nacional. El producto de la redención del pagaré de la deuda externa originalmente expresado y pagadero en dólares debe ser utilizado para invertir en el país deudor. De esta forma se condiciona al pago en moneda nacional a la obligación de aportar ese capital a una sociedad mercantil creada o por crearse.

De particular importancia es el porcentaje del valor nominal del documento que es reconocido por el gobierno; toda vez que la diferencia entre el precio de compra del título y el valor pagado por el gobierno determina la conveniencia o no de la operación para el inversionista.

Así, los papeles de la deuda mexicana cotizados en el mercado secundario al 58 o/o de su valor nominal son, en algunos casos (dependiendo del tipo de inversión a que destinen), admitidos por el gobierno al 95 o/o de su valor. En este caso existe una diferencial del 37 o/o en favor del inversionista.

Pero debe tenerse en cuenta que como el precio de los papeles de la deuda está fluctuando continuamente, el porcentaje del valor nominal del documento reconocido debe ser flexible. De lo contrario el esquema puede convertirse en poco rentable para el inversionista y perder su atractivo. Por ejemplo, sabemos que actualmente el precio de los títulos de la deuda peruana fluctúa entre el 15 y el 17 o/o de su valor nominal. Pero, cuando el Perú ponga en práctica el mecanismo de conversión deben subir las cotizaciones de los pagarés. Por ello, si inicialmente se reconoce el 40

1. Mills, Dominic: "Debt For Equity swaps", En Euromoney Trade and Finance Report, Marzo 1987, p. 22.

o/o del documento; pronto esta cifra puede ser superada por el precio de los papeles en el mercado, con lo que la figura resultará poco rentable.

Asimismo el tipo de cambio utilizado para convertir el porcentaje del valor nominal del documento en moneda extranjera a moneda nacional tiene una consecuencia importante en la rentabilidad de la operación. Cuanto más elevado sea el tipo de cambio aplicado a la conversión, mayor será la cantidad de moneda nacional que el inversionista extranjero disponga para el aporte de capital.

Otro elemento que debe ser destacado es la necesidad que la moneda nacional entregada al inversionista en sustitución del pagaré de la deuda externa sea efectivamente invertida en las actividades autorizadas. El porcentaje del valor nominal del documento reconocido por el gobierno va a depender del sector económico, área geográfica o beneficios que el proyecto vaya a reportarle al país, de manera que debe haber un estricto control del uso que se le da a los fondos.

A continuación expondremos los aspectos más importantes de los mecanismos mexicano y chileno.

1. EL MECANISMO MEXICANO

El convenio de reestructuración de la Deuda del Sector Público mexicano del 29 de agosto de 1985 y el convenio modificadorio del Acuerdo de Reestructuración del 29 de marzo de 1985 establecen, por primera vez en México, la posibilidad de sustituir los pagarés de la deuda externa cubiertos por estos acuerdos por acciones de empresas públicas y privadas mexicanas.

Posteriormente, la Comisión Nacional de Inversión Extranjera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público han publicado un manual operativo en el que se detalla el procedimiento de conversión de la deuda en inversión.

El esquema mexicano presenta seis puntos que merecen especial atención:

a) Deuda Elegible

Los pagarés de la deuda mexicana que pueden ser sustituidos por acciones de una empresa mexicana son únicamente los cubiertos por el Convenio de Reestructuración de la Deuda del Sector Público del 29 de agosto de 1985 y por el convenio modificadorio del Acuerdo de Reestructuración del 29 de marzo de 1985. De manera que el programa de conversión no es aplicable a los créditos con la banca privada no reestructurados en estos dos acuerdos. Tampoco pueden acogerse a este mecanismo los créditos del sector privado mexicano ni los créditos del sector público o privado con proveedores externos de bienes y servicios.

b) Autorizaciones

Toda operación de capitalización debe estar pre-

cedida por un acuerdo entre el deudor del sector público mexicano y el Banco Privado Internacional titular del pagaré. Dicho convenio deberá contar con la autorización del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, la Comisión Nacional de Inversión Extranjera y el Ministerio de Relaciones Exteriores.

c) Procedimiento

El procedimiento de capitalización se inicia con la solicitud que el inversionista extranjero presenta al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través del banco acreedor que le va a vender los pagarés de la deuda mexicana. Luego de evaluada y, en caso de ser aceptada la propuesta, el Ministerio emite un oficio expresando su conformidad con el monto de la inversión, el plazo para aportar los fondos a la empresa capitalizada, la procedencia del papel que va a ser sustituido, y el porcentaje del valor nominal del pagaré de la deuda externa que se va a reconocer en la transacción.

Una vez que ello ha ocurrido, el banco vendedor de los títulos, el inversionista extranjero (que puede ser el propio banco acreedor), la empresa mexicana que va a ser capitalizada, el deudor directo y su aval suscriben un convenio. Dicho acuerdo debe contener las cláusulas necesarias para evidenciar la conversión, la emisión de acciones y los mecanismos de control del destino de los fondos entregados a la empresa capitalizada.

La entrega de los fondos a la empresa capitalizada se realiza a través de una cuenta que se apertura a su nombre en la Tesorería de la Federación. Los encargados de efectuar los pagos son el deudor directo o la propia tesorería en caso el deudor carezca de recursos suficientes y le haya solicitado un crédito para efectos del pago en moneda nacional.

El plazo de pago a la empresa receptora es el negociado entre el inversionista extranjero y las autoridades económicas del país. Dicho plazo es acordado teniendo en cuenta las posibilidades del deudor directo y el calendario de requerimiento de fondos de la empresa capitalizada.

En caso la empresa receptora no haga uso de los recursos depositados a su nombre en la tesorería, se acreditan intereses a su favor, de acuerdo a las tasas vigentes de los certificados de tesorería.

Finalmente en el convenio suscrito por las partes involucradas en la transacción se establecen mecanismos de control del destino de los fondos. En caso de incumplimiento por parte de la empresa receptora en utilizar los recursos de la manera acordada, se suspende el desembolso del saldo de la conversión pendiente de entrega. Asimismo la empresa se hace acreedora a las sanciones del artículo 28 de la ley para promover la inversión mexicana y regular la Inversión Extranjera. Las empresas receptoras podrán ser auditadas, a

petición de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera o del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuando existan indicios de que los fondos están siendo utilizados en inversiones especulativas y no en actividades productivas.

d) Inversiones Elegibles

De acuerdo al manual operativo, en el análisis de los casos de sustitución de deuda pública por inversión se toman en cuenta los mismos criterios utilizados para autorizar y fijar las condiciones de la participación del capital foráneo en la economía mexicana.

Los criterios más importantes tomados en cuenta por la comisión para conceder prioridad al proyecto de sustitución son los siguientes:

- (1) Exportaciones.— Se consideran prioritarios las inversiones que tengan un saldo neto superavitorio en la generación de divisas, es decir que el valor de las exportaciones del proyecto sea mayor que el de sus importaciones.
- (2) Aplicación de recursos.— Se da preferencia a inversiones en activos fijos, nuevas líneas de productos y nuevas actividades productivas.
- (3) Tecnología.— Se priorizan proyectos que utilicen tecnología de punta, en segundo lugar a aquellos con tecnología media y en tercer lugar a los de tecnología saliente.
- (4) Grado de integración nacional.— Se concede preferencia a las inversiones cuyo grado de integración nacional sea superior al de la rama económica. Es decir se otorga prioridad a los proyectos que utilicen mayores componentes e insumos nacionales que el resto de empresas de la misma actividad.
- (5) Estructura actual de capital.— La comisión concede prioridad a la conversión en empresas que tengan un 100 o/o de capital foráneo, posteriormente a empresas con participación extranjera mayoritaria y finalmente a aquellas que por la sustitución de deuda por inversión van a convertirse en empresas con capital foráneo mayoritario.
- (6) Tamaño de la empresa.— Se da preferencia a proyectos en pequeñas y medianas empresas; en segundo lugar se consideran a las grandes empresas.

La prioridad que la Comisión Nacional de Inversión Extranjera conceda al proyecto de inversión de la empresa receptora de los fondos es fundamental para determinar el porcentaje del valor nominal del pagaré de la deuda externa reconocido.

Así, un título de la deuda externa mexicana que va a ser convertido en moneda nacional para invertirse en una empresa que exporta por lo menos el 80 o/o de su producción y que tenga un saldo superavitorio en su balanza de pagos recibe un descuento de 5 o/o sobre su valor nominal. Es decir, el gobierno reconoce el 95 o/o del valor del documento.

Un proyecto de inversión que no genera divisas y que no sea considerado prioritario recibe un descuento de 25 o/o. En este caso se reconoce únicamente el 75 o/o del valor nominal al documento, sin embargo aún en este caso la conversión es rentable para el inversionista pues se ha visto que los títulos mexicanos se negocian al 58 o/o en los mercados financieros internacionales.

A través del reconocimiento de diferentes porcentajes del valor nominal de los títulos, el gobierno cuenta con un instrumento para orientar las inversiones a las actividades y regiones que desee.

De otro lado existen una serie de actividades económicas, que de acuerdo a la ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, continúan reservadas para el estado o para mexicanos o sociedades mexicanas con cláusulas de exclusión de extranjeros. Asimismo, en algunas actividades se autoriza la participación de la inversión extranjera hasta determinados porcentajes del capital social.

e) Repatriación de capitales

La cláusula 5.11 del Convenio de Reestructuración de la deuda del sector público mexicano de agosto de 1985 establece que las acciones que resulten de la conversión de la deuda en inversión, no podrán ser transferidas a "entidad mexicana" alguna antes del 1 de enero de 1998.

Por "entidad mexicana" debe entenderse una persona natural residente en México o una persona jurídica cuyo centro principal de operaciones sea México. De manera que la restricción a la transferencia de acciones dentro del plazo prescrito opera únicamente en cuanto a la venta de los títulos a residentes mexicanos o personas jurídicas que desarrollen la mayor parte de sus operaciones en México. El inversionista extranjero puede transferir libremente las acciones producto de la conversión a otro inversionista extranjero sin necesidad de esperar hasta el 1 de Enero de 1998, siempre que obtenga la autorización respectiva de la Comisión Nacional de Inversión extranjera. A diferencia de la mayor parte de esquemas de conversión, el mecanismo mexicano no prevee limitaciones a la remisión de las utilidades generadas por inversiones realizadas al amparo del programa de sustitución de deuda por inversión.

f) Formas de inversión

El manual operativo publicado por la comisión nacional de inversión extranjera establece siete formas de sustituir deuda por inversión.

- (1) El Banco extranjero cancela la deuda de la entidad del sector público mexicano y ésta emite acciones a nombre del propio banco acreedor.
- (2) Un inversionista extranjero negocia con el acreedor y con una empresa privada la capitalización de esta última con deuda reestructurada del sec-

tor público. La entidad pública deudora efectúa las aportaciones en pesos y con descuento al capital social de la empresa capitalizada y esta última emite acciones a nombre del inversionista extranjero.

- (3) Un inversionista extranjero negocia con el acreedor y con la empresa deudora del sector público pagar la deuda externa de esta última (con o sin descuento) y la entidad deudora emite acciones a nombre del inversionista extranjero.
- (4) Un inversionista extranjero negocia con un acreedor la compra del pagaré de la deuda externa mexicana. El inversionista acuerda con el deudor y el gobierno mexicano que el deudor, a cambio de su deuda, haga el aporte de capital a una nueva empresa, la que emitirá acciones a nombre del inversionista extranjero.
- (5) Un inversionista extranjero negocia con un acreedor y una empresa privada mexicana capitalizar a esta última con deuda reestructurada de una empresa pública. Los recursos en moneda nacional pagados por esta última a cambio de su deuda externa (con o sin descuentos) son utilizados por la empresa privada mexicana para pagar deudas en moneda nacional que tenga con instituciones bancarias y financieras mexicanas. La empresa privada capitalizada debe emitir acciones a nombre del inversionista extranjero.
- (6) Un inversionista extranjero, luego de adquirir los pagarés de la deuda externa mexicana, negocia con dos instituciones privadas mexicanas la entrega de fondos a una de ellas, quedando la otra obligada a emitir las acciones representativas de la inversión a nombre del inversionista extranjero. El aporte del capital lo efectúa el deudor del sector público mexicano a cambio de la cancelación del pagaré representativo de su deuda en poder del inversionista.
- (7) Un inversionista extranjero, luego de adquirir un pagaré de la deuda externa mexicana, negocia con una entidad privada mexicana la capitalización de esta última con deuda reestructurada de una entidad pública mexicana deudora (de preferencia una institución bancaria o financiera) que a su vez es acreedora de la empresa que va a ser capitalizada. La entidad pública a cambio del pagaré representativo en poder del inversionista, cancela el total o parte de la acreencia que tiene con la empresa capitalizada, emite acciones a nombre del inversionista extranjero.

Estas son las siete formas de que dispone un inversionista extranjero para convertir sus pagarés de la deuda externa en acciones de empresas públicas o privadas mexicanas.

2. EL MECANISMO CHILENO

El acuerdo de reestructuración de la Deuda Externa Pública y del sector financiero de 1986 estableció la posibilidad de retirar los créditos cubiertos en

este convenio con la finalidad de utilizarlos para invertirlos en Chile. Posteriormente se modificó el acuerdo de reestructuración de la Deuda Externa y del sector financiero chileno de 1984 y se incluyó en el mismo similares provisiones.

Las disposiciones que regulan el procedimiento de conversión de la deuda en inversión en Chile se encuentran en los capítulos XVIII y XIX del compendio de normas internacionales del Banco Central de Chile. El capítulo XVIII se refiere a las transacciones cuyo producto será utilizado para pagar la deuda en moneda nacional a instituciones financieras chilenas o para adquirir activos a estas mismas entidades. Mientras que, el capítulo XIX cubre las operaciones cuyo destino final es la inversión en el capital social de empresas chilenas (constituidas o por constituirse). Únicamente pueden hacer uso del esquema de conversión de la deuda en inversión, las personas naturales o jurídicas no domiciliadas en Chile.

a) Deuda elegible

Inicialmente los títulos que podían ser utilizados en el procedimiento de conversión eran únicamente los representativos de las obligaciones cubiertas en los Acuerdos de reestructuración de la Deuda Externa del sector público Sector financiero Privado mencionados anteriormente. Sin embargo con posterioridad se han dictado disposiciones que amplían la variedad de instrumentos que pueden ser usados en el programa.

En la actualidad, cualquier título de la deuda externa chilena pagadero en el exterior en moneda extranjera, con un vencimiento superior a 365 días, suscrito en calidad de deudor directo por el Fisco, el Banco Central de Chile, entidades del sector público, instituciones bancarias o financieras autorizadas para operar en Chile pueden ser utilizados en el esquema descrito en los capítulos XVIII y XIX del Compendio de normas de cambios internacionales. También son cubiertas por el programa los pagarés suscritos por personas naturales o jurídicas chilenas, siempre que hayan sido garantizados antes del 1.º de Julio de 1985 por una institución bancaria o financiera autorizada para operar en Chile.

Como se observará el espectro de títulos cubiertos por el mecanismo chileno es bastante más amplio que el establecido en el esquema mexicano.

b) Procedimiento de Conversión

De acuerdo a los capítulos XVIII y XIX del Compendio de Normas de Cambios Internacionales, una vez que el inversionista extranjero ha adquirido el título de la deuda externa en el mercado secundario, se acerca al Banco Central de Chile y conjuntamente con el deudor directo solicitan la autorización de la operación.

Previamente el inversionista debe haber suscrito

un convenio con el deudor directo y su garante mediante el cual establezca que, de ser aceptada la solicitud por el Banco Central de Chile, la deuda externa será pagada en Chile, al contado (con o sin descuento sobre el valor nominal del título) en moneda nacional o que alternativamente será sustituido por títulos pagaderos en moneda nacional, en los plazos que se convengan.

El esquema chileno, a diferencia del mexicano, establece la obligatoriedad de que en la operación intervenga una empresa bancaria autorizada para operar en cambios internacionales. El inversionista debe otorgarle un mandato irrevocable autorizándola y dándole instrucciones para que cobre el adeudo en moneda nacional a la entidad deudora o para que canjee el pagaré en moneda extranjera por uno en moneda nacional emitido por el mismo deudor.

El Banco mandatario podrá recibir el pago del contacto en moneda nacional o nuevos instrumentos redimibles internamente en pesos chilenos. Los nuevos títulos en moneda nacional que reciba podrá endosarlos a una entidad residente en Chile para que ella los destine a los fines autorizados, darlos o recibirlos en pago (en caso la conversión sea para adquirir activos del banco mandatario), venderlos a terceras personas o adquirirlas para sí. Todas las operaciones de endoso deberán ser al contado y en pesos chilenos.

Una vez que el mandatario haya recibido el pago en moneda nacional, directamente del deudor o como resultado de la venta del título emitido por este, deberá utilizar el producto para materializar las inversiones autorizadas por el Banco Central. Mientras la empresa receptora de los fondos no requiera el aporte, el mandatario deberá depositar el dinero recibido en un banco establecido en Chile. Los depósitos constituidos podrán ser girados con la finalidad de aplicar el capital e intereses generados a las inversiones autorizadas.

c) Inversiones elegibles

El mecanismo chileno no señala, como en el caso mexicano, los criterios utilizados por el Banco Central de Chile para autorizar las operaciones de conversión. Únicamente se señala que las solicitudes presentadas pueden ser aceptadas o rechazadas por el Banco Central sin expresión de causa y que este puede condicionar la autorización a que el inversionista se comprometa a realizar una parte de la inversión con un nuevo aporte de divisas convertibles en moneda nacional por un banco chileno autorizado para operar en cambios internacionales.

A grandes rasgos se establece una distinción entre los inversionistas realizadas al amparo del capítulo XVIII y las del capítulo XIX. Las conversiones efectuadas bajo el capítulo XIX puedan destinarse a una inversión (compra de acciones o ampliación de capital o constitución de una nueva empresa) en el sector pú-

blico o privado chileno.

Mientras que el producto de las transacciones cubiertas por el capítulo XVIII debe destinarse el pago de deudas en moneda nacional o compra de algunos activos de empresas bancarias o financieras autorizadas para operar en Chile. El objetivo de las normas del capítulo XVIII es permitir la adquisición de algunos activos de los bancos, no vinculados al giro de sus actividades (como haciendas, minas, empresas industriales, inmuebles), y que estas instituciones han obtenido por procedimientos judiciales seguidos contra sus clientes morosos.

d) Repatriación de Capitales y Remisión de utilidades

El esquema chileno no permite la repatriación de los capitales invertidos al amparo del programa, en un plazo inferior a 10 años contados desde la fecha en que se materialice la inversión. Asimismo, las utilidades generadas por las inversiones realizadas bajo este mecanismo no pueden ser remesadas antes de un plazo de 4 años, contados desde esa misma fecha. A partir del quinto año, las utilidades correspondientes a los cuatro primeros años, pueden remesarse en cuotas anuales inferiores al 25 o/o de cada una de dichas utilidades. Las utilidades que se produzcan desde el quinto año son libremente transferibles al exterior.

3. COMENTARIO FINAL

El análisis del mecanismo chileno y mexicano nos permite elaborar ciertos lineamientos que pueden resultar de aplicación en el caso peruano.

a) Tanto el esquema mexicano como el esquema chileno están limitados a inversionistas extranjeros (en el caso chileno se considera como tal al ciudadano chileno no residente). Pensamos que si bien uno de los objetivos del mecanismo de conversión es promover la inversión extranjera directa en nuestros países, en el caso del Perú puede resultar poco realista esperar sustanciales montos de inversión foránea. Por ese motivo, consideramos que nuestro caso debería incluirse a los inversionistas nacionales entre las personas autorizadas para realizar operaciones de conversión.

b) Consideramos conveniente reconocer, como en el caso mexicano, diferentes porcentajes del valor nominal del título de la deuda externa expresado en dólares, según el tipo de inversión al que se vaya a destinar el producto de su redención en moneda nacional. Esta es una manera que tiene el gobierno de orientar las inversiones hacia los sectores y regiones que le interese desarrollar. Por ejemplo, sería conveniente reconocer un porcentaje superior cuando el producto de la redención del título vaya a ser destinado a inversiones en zonas descentralizadas o actividades de exportación no tradicional o en proyectos de sustitución de importaciones que tengan un grado

elevado de integración nacional. También puede tomarse en cuenta que sean inversiones intensivas en el uso de mano de obra. En fin, pueden utilizarse una gran variedad de criterios de acuerdo a los objetivos de desarrollo económico del país.

c) Nos parece que el procedimiento chileno es más operativo y flexible que el mexicano. Como se recordará en el caso mexicano, la empresa deudora del sector público es la encargada de efectuar los aportes en efectivo a la empresa que va a ser capitalizada.

Ello obliga a que tengan que coincidir el momento en que la empresa deudora pueda desembolsar los fondos con los requerimientos del calendario de inversión de la empresa capitalizada. Así, si la empresa pública deudora no va a disponer de los fondos suficientes hasta dentro de 6 meses y la empresa receptora requiere el aporte de capital inmediatamente van a existir dificultades en la transacción. El esquema chileno, al establecer que el pagaré en moneda extranjera puede ser sustituido por un pagaré en moneda nacional con determinado vencimiento permite que el inversionista extranjero, a través de la transferencia del título puede obtener los recursos necesarios para el aporte de capital antes que la empresa deudora haya pagado deuda alguna. En el caso expuesto, el inversionista podría recibir un pagaré emitido por el deudor con vencimiento a 6 meses y negociarlo inmediatamente, recibiendo por ello dinero que puede ser utilizado para el aporte a la empresa receptora. El deudor no estará obligado a efectuar pago alguno hasta dentro de 6 meses, fecha en la cual tendrá disponibilidad de recursos. En esta oportunidad deberá redimir el título a quien se lo presente.

Como se podrá observar, el mecanismo chileno permite a las partes actuar con menor rigidez y consideramos que en este aspecto debería ser emulado por el mecanismo que se establezca en el Perú.

d) A nuestro juicio debemos evitar establecer un régimen que permita la libre repatriación del capital convertido en inversión (debemos distinguir entre capital convertido y las utilidades generadas posteriormente por la inversión), pues ello podría propiciar que inmediatamente después de efectuado el aporte de capital, el inversionista extranjero decidiera vender sus acciones o reducir el capital social de la empresa capitalizada mediante la devolución de aportes. De ocurrir esto último se estaría utilizando el esquema de conversión para obtener pagos de la deuda externa que de otra manera no se habrían realizado.

Pero consideramos que tampoco debemos caer en el extremo opuesto y prohibir la repatriación de capi-

tales por un plazo excesivamente largo. Es posible, en este punto otorgar cierta flexibilidad al inversionista extranjero sin por ello ocasionar una salida de divisas con efectos nocivos sobre la balanza de pagos.

Creemos que podría crearse un sistema que permita al inversionista repatriar capitales antes de un plazo determinado, digamos 10 años, pero con la condición que se produzca luego de la transferencia de las acciones a un inversionista extranjero o nacional que cancele la operación con divisas que traiga del exterior. De esta forma, la moneda extranjera que es repatriada por el inversionista que deja el país es sustituida por las divisas que el nuevo inversionista, nacional o extranjero, trae al país para adquirir las acciones. Mediante este mecanismo la repatriación de capitales del inversionista original no tiene un efecto perjudicial sobre la balanza de pagos.

e) En cuanto a la remisión de utilidades, nos parece interesante establecer un mecanismo similar al de Filipinas. La legislación Filipina distingue entre las conversiones destinadas a sectores prioritarios (agricultura, exportaciones, salud, vivienda, etc.) y las orientadas hacia otras actividades. Con la finalidad de promover las inversiones en los sectores prioritarios se establece un régimen promocional de remisión de utilidades en estas actividades. Así, las utilidades generadas por las inversiones prioritarias son libremente transferibles, sin necesidad de esperar plazo alguno.

Las utilidades producidas por una inversión en una actividad considerada secundaria pueden remitirse luego de transcurrido 4 años.

Nos parece interesante la posibilidad de utilizar a la remisión de utilidades como una manera de incentivar el flujo de inversiones a determinados sectores o regiones geográficas del país.

Estos son a grandes rasgos los principales lineamientos que hemos podido extraer del análisis de la legislación comparada sobre la materia.

Esperamos que nuestros legisladores luego de sopesar las diferentes alternativas existentes establezcan un sistema ágil y operativo que tenga los suficientes atractivos para incentivar inversiones nacionales y extranjeras de acuerdo a los objetivos del desarrollo nacional.

Debemos recordar que frente a una economía con mercados reducidos y poco integrados como es el caso peruano, el reto consiste en crear un sistema lo suficientemente estable y atractivo para los inversionistas; que al mismo tiempo proteja los intereses del país.

La Difamación y la Calumnia en el Código Civil de 1984

Fernando de Trazegnies G.

Catedrático del curso "Filosofía del Derecho" en la facultad de Derecho de la PUC.

1. LA DIFAMACION

a) Diferencias entre difamación y calumnia.

El Proyecto de la Comisión Reformadora contenía un artículo —que fue una iniciativa del autor de este trabajo, en la segunda versión de su Proyecto ante la Comisión Reformadora— en el que se contemplaban los casos de daños y perjuicios resultantes de la calumnia y de la difamación (art. 2038).

Como es perfectamente conocido, la calumnia es una denuncia ante una autoridad de un hecho punible que no ha sido cometido por el denunciado, con el objeto de perjudicarlo. La difamación, en cambio, consiste en el atentado contra la reputación de una persona, mediante la difusión de una noticia que le atribuye un hecho, una cualidad o una conducta que puede perjudicar su honor o su reputación.

Dentro de la doctrina anglosajona, la responsabilidad extracontractual de la difamación está constituida a su vez por dos instituciones: el libelo (**libel**), que implica una difamación a través de un medio relativamente permanente (tal como un libro, un periódico, una película cinematográfica, un disco, etc.); y la murmuración (**slander**), que implica una difamación a través de un medio pasajero (como la palabra hablada, el gesto, etc.).

Es importante advertir que, a diferencia de la calumnia, la difamación no se limita a la difusión de afirmaciones que implican una falsedad respecto del sujeto difamado; lo que se difunde puede ser cierto, pero tiene el carácter de difamación cuando no existe ninguna razón justificada para dañar el honor o la reputación de una persona revelando circunstancias hasta entonces ocultas. También debe tenerse en cuenta que, si bien generalmente la difamación se produce por la divulgación de una inmoralidad o tacha, no siempre es éste el caso. Así, por ejemplo, el hecho de que una mujer haya sido violada, no es una inmoralidad de la víctima ni un hecho moralmente reproachable de ella; pero la divulgación innecesaria de este hecho,

cuando no era conocido, constituye difamación porque tiene un efecto probable dentro de nuestro medio —aunque sea injustificado— de disminuir la estimación de la gente común por la persona que ha sufrido esa vejación.

b) Devaneos legislativos

El Proyecto de la Comisión Reformadora, publicado en El Peruano, en coordinación con la Comisión Revisora, en Noviembre de 1982, era muy prudente en la formulación de esta responsabilidad.

En su artículo 2038 se establecía que la difamación sólo daba lugar al pago de daños y perjuicios cuando había sido realizada con intención de causar daño o mediando culpa inexcusable. Por consiguiente, la divulgación por razones bien intencionadas de noticias eventualmente dañinas sobre una persona, no daba lugar a indemnización. Además y concordantemente, se había precisado que el demandado podía liberarse de responsabilidad probando que la información era verdadera y que era necesario o conveniente divulgarla.

Curiosamente, en los cambios que se efectuaron en las semanas anteriores a la promulgación del Código, se suprimió toda referencia a la difamación; de manera que el artículo 1982 quedó limitado a los casos de calumnia. En consecuencia, la Sección del Código relativa a la responsabilidad extracontractual no contiene una disposición expresa y explícita —sin perjuicio de la norma genérica del artículo 1969— que proteja el honor y la reputación de las personas.

c) Los derechos de la persona

Para fundamentar de manera más precisa el pedido de una indemnización por haber sido objeto de difamación, es necesario acudir a otro lugar del Código: el título relativo a los Derechos de la Persona.

Es así como, concordando el artículo 5 (que, en realidad, tiene otro propósito, pero que encierra el principio del respeto del honor) con el artículo 1969,

podríamos tratar de obtener una indemnización de quien atenta contra nuestra reputación, ya sea mediante un libro u otra forma permanente, ya sea mediante un rumor o chisme. Y el artículo 17 —concordado con el artículo 1983— nos facilita la posibilidad de demandar a todos los responsables del libelo (escritor, editor, etc.) o de la murmuración (primer difusor y sucesivos transmisores), dado que establece una responsabilidad solidaria entre ellos.

Empero, es evidente que esta sistematización no es la más adecuada. Sin perjuicio de que los derechos de la persona sean establecidos en un Título especial, la reparación de los daños por cualquier tipo de derechos no contractuales debe ser reglada en la Sección correspondiente a la responsabilidad extracontractual. Es en ella que deben establecerse las condiciones específicas en que se considera que la violación de tales derechos ha causado daños reparables; y es también en ella que han debido señalarse los criterios para su reparación.

d) La jurisprudencia nacional

Evidentemente, la norma propuesta para el Código —que no fue incorporada— no tenía por objeto crear tal responsabilidad de daños y perjuicios causados por difamación. Esa responsabilidad ha estado siempre contenida en el principio general de la indemnización por daños y perjuicios, cualquiera que sea su expresión legislativa. Por consiguiente, está presente en el artículo 1969 del actual Código (concordado, como ya se ha dicho, con los derechos de la persona) y estaba presente en el artículo 1136 del Código anterior.

La jurisprudencia nacional ha reconocido la existencia de este tipo de daños en diferentes ejecutorias, tanto en los casos en que la difamación ha sido producida por un particular (utilizando eventualmente un medio de comunicación de masas) como cuando ha sido producida directamente por un medio de comunicación de masas (por acción directa de propalación de una noticia o por omisión en las precauciones razonables para acoger informaciones recibidas de terceros).

El señor Carlos A. Geldres seguía estudios en la ciudad de Trujillo y se le presentaron algunas dificultades en su examen de promoción con la nota del curso de Revisión de Matemáticas, enseñado por el Ingeniero Don Alfonso Chávez Cabrera. Este ingeniero era catedrático de la Universidad de Trujillo. En esas circunstancias, el padre de tal alumno, Don Julio F. Geldres, denunció al profesor ante el Consejo de dicha Universidad, atribuyéndole incorrecciones e irregularidades. Por otra parte, el señor Julio F. Geldres hizo publicaciones en los diarios "El Liberal" y "La Nación" de Trujillo, atribuyendo al ingeniero Chávez "hechos y actitudes en agravio de" su hijo. Realizada la investigación correspondiente, el Consejo se pro-

nunció en favor del mencionado catedrático y desechó las imputaciones del padre del alumno, determinando que el joven Geldres había sido desaprobado por deficiente rendimiento en el examen respectivo.

El Ingeniero Alfonso Chávez demandó judicialmente a Don Julio F. Geldres por daños y perjuicios derivados de tales actos de difamación cometidos por este último, tanto a través de los procedimientos ante el Consejo de la Universidad como a través de los diarios. El Fiscal **García Arrese** consideró fundada la demanda y la Corte Suprema, por resolución de 7 de Julio de 1956, ordenó el pago de una indemnización¹.

Un caso de responsabilidad del propio medio de comunicación (aunque por omisión) se produjo cuando el diario "La Prensa" de Lima publicó una carta, aparentemente firmada por Don Eduardo Bueno Tizón, "en la que se hacían apreciaciones sumamente injuriosas para la dignidad del Poder Judicial". Dicho señor sostuvo que su firma había sido fraguada y demandó a la propietaria del diario, Empresa Periodística S.A., para que le abone una indemnización por los daños y perjuicios causados a su prestigio profesional como abogado, por el hecho de aparecer públicamente como autor de un texto oprobioso para quien lo había escrito.

Acreditado el hecho de que no se trataba de su firma, el Fiscal **Febres** opinó: "Evidentemente que se ha causado daño al actor, quien, en su condición de abogado, ha sufrido detrimento en su honorabilidad y dignidad al adjudicársele la paternidad y responsabilidad de dicha carta" y "Es evidente que Empresa Periodística S.A. ha procedido con ligereza al publicar dicha carta (...) que pone en boca del actor las expresiones que ella contiene". Por resolución de 2 de Abril de 1962, la Corte Suprema ordenó el pago de la indemnización considerando "que el precepto contenido en el artículo 63 de la Constitución del Estado establece responsabilidad del editor por las publicaciones que efectúa; y que aunque en el presente caso dicha responsabilidad deriva de no haber tomado aquel las precauciones necesarias para establecer previamente la autenticidad del documento y la identidad de su autor" y no de una difamación cuyo origen se encuentre en el mismo periódico, existe igualmente responsabilidad.

Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual por daños derivados de difamación, masiva o circunscrita a un determinado grupo de personas, no es una novedad en nuestro medio.

e) Problemas derivados de la falta de regulación de la institución

Lamentablemente, en la actualidad, debido a la

1. Revista de Jurisprudencia Peruana. No. 153, año de 1956, pp. 1217—1218.

supresión de la regla específica sobre daños por difamación propuesta para la Sección de responsabilidad extracontractual del Código, no existe criterio legal para ponderar tal responsabilidad cuando, en ejercicio de la función informativa, resulte conveniente divulgar una noticia aunque afecte la reputación de una persona.

Las posibilidades de exoneración de la responsabilidad que habían sido cuidadosamente estudiadas en el Proyecto de la Comisión Reformadora para proteger a quienes cumplen una misión de información pública —i.e., el periodismo— contra aventureros judiciales e intimidadores de la libertad de expresión, no han sido recogidas por el Código. A falta de explicitación por el legislador, la jurisprudencia tendrá en este campo la delicada tarea de trazar los límites entre el libelo y la necesaria información pública. Para este efecto, podrá guiarse por las consideraciones que se encontraban en el Proyecto de la Comisión Reformadora y que recogen la doctrina comúnmente aceptada sobre esta materia.

2. LA CALUMNIA

Artículo 1982.— Corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible.

a) El ejercicio del derecho de dañar y la defensa propia por la vía judicial.

El artículo del Código que comentamos rige los casos en que pudiera hablarse (metafóricamente) de un abuso del derecho de denunciar los delitos a la autoridad.

Existe inmunidad frente a los daños autorizados por la ley, una de cuyas hipótesis es el ejercicio legítimo del derecho de dañar². El derecho de denunciar a quien creemos que ha causado un delito en nuestro perjuicio es sin duda un derecho de dañar. La denuncia representa siempre un daño, porque se persigue causarle un mal al denunciado: encerrarlo en la cárcel o aplicarle un mal al denunciado: encerrarlo en la cárcel o aplicarle alguna otra pena. Pero es un daño que la ley nos autoriza a cometer en salvaguarda de otros derechos. En ese sentido, este derecho de dañar mediante una denuncia a la autoridad competente, es una forma de defensa propia. La defensa propia en general es una variante del derecho de dañar: se nos autoriza a causar directamente un daño a otro para salvar nuestras vidas o nuestros bienes³. Ahora bien, ese daño puede ser físico (mediante una respuesta física a una agresión física inmediata) o jurídico (mediante una respuesta jurídica): la denuncia contra quien cau-

sa un delito en agravio nuestro es una defensa *ex iure*, orientada a buscar nuestra protección y la de la sociedad toda.

b) El ejercicio irregular del derecho de denunciar

Ahora bien, el derecho de dañar debe ser ejercitado regularmente; en caso contrario, se produce un abuso de derecho (o, más propiamente, una ausencia de derecho por haber excedido los límites autorizados). Es por ello que la defensa propia tiene que ser legítima, i.e., sometida a ciertas condiciones que la hacen válida.

Las mismas consideraciones se aplican a las denuncias ante la autoridad competente: tenemos derecho a formularlas (aunque dañen a otro) siempre que se cumplan ciertas condiciones que las hagan legítimas. En otras palabras, siempre que ejercitemos **regularmente** nuestro derecho de denunciar. Cuando tales condiciones no se cumplen, nos encontramos frente a la figura de la calumnia y la víctima del daño (el denunciado) tiene derecho a exigir una indemnización.

c) ¿Cuándo es indemnizable la denuncia?

El problema estriba en determinar cuáles son las condiciones para que una denuncia se convierta en calumnia; o, dicho en otras palabras, cuándo el ejercicio del derecho de denunciar se hace irregular.

La regla del artículo 1982 señala dos criterios: (1) cuando la denuncia se hace a sabiendas de su falsedad; o (2) cuando no existía motivo razonable para denunciar.

El primero de estos criterios no ofrece dificultades, salvo las inherentes a la probanza del dolo. En cambio, el segundo criterio introduce una idea de razonabilidad que puede ser materia controvertible.

Alguna jurisprudencia anterior al actual Código ha pretendido que sólo hay lugar a indemnización cuando la denuncia era intencionalmente falsa. Don Félix Eugenio Evaristo denunció ante la Corte Superior de Huánuco y Pasco al auxiliar de la Fiscalía, Don Peñafort Ortega Inga, por delitos de corrupción y concusión, lo que dio lugar a la destitución de éste. Pero, no habiéndosele comprobado los hechos delictuales, el denunciado inició una acción de daños y perjuicios contra el denunciante. Sin embargo, el Fiscal Febres opina que no hay nexo de causalidad entre el daño y la denuncia: afirma que la destitución obedeció no sólo a esa denuncia sino “a múltiples quejas presentadas por litigantes del lugar”. Pero agrega que únicamente puede atribuirse responsabilidad extracontractual a una denuncia intencionalmente maliciosa. En cambio, como “ni dolo ni culpa rodean el evento”, esta denuncia constituye

2. Inciso 1o. del artículo 1971.

3. Inciso 2o. del artículo 1971.

un ejercicio legal de un derecho y no da lugar a indemnización. La Corte Suprema, por resolución de 23 de Abril de 1959, hace suya esta opinión del Fiscal, en contra de lo resuelto por el Juez de Primera Instancia⁴. Sin embargo, esta jurisprudencia es inaceptable en la actualidad porque no solamente la intención de dañar con la calumnia da lugar a responsabilidad sino también la ausencia de motivo razonable para denunciar. De manera que no sólo habría que probar que hubo dolo en la denuncia sino que bastaría que se estableciera que no hubo motivo razonable para denunciar, para declarar que hay responsabilidad del denunciante.

d) La jurisprudencia peruana

Los Tribunales peruanos han comenzado a tender una línea de criterios sobre lo que es razonable —y, por consiguiente, no da lugar a responsabilidad— en materia de denuncias a la autoridad.

De primera intención, podríamos decir que los Tribunales han establecido que lo razonable es aquello que no fue un acto arbitrario del denunciante. Por ejemplo, la Sociedad Siderúrgica de Chimbote (SOGESA) denunció a Don Antonio Bermúdez Martell y otros por delitos de apropiación ilícita y falsificación de documentos. Pero, después del proceso, estas personas fueron absueltas por tales delitos. Sin embargo, la resolución de la Corte Suprema de 12 de Noviembre de 1973 establece que, si bien no hay contra estas personas “cargo probado y concreto de culpabilidad”, “la investigación y denuncia correspondientes no constituyeron hechos arbitrarios de la demandada”⁵.

Pero el carácter de arbitrario o no arbitrario de un acto no es evidente; de modo que se requiere una precisión jurisprudencial mayor de la decisión de denunciar.

Doña Pilar Villegas de Neira denunció a Doña Julia Gutiérrez de Rosa por apropiación ilícita. Sin embargo, la denunciante no pudo probar en forma alguna la verosimilitud de su denuncia. Por ello, la denunciada demandó por daños y perjuicios a la denunciante, obteniendo el pago de una indemnización (incrementada en la Corte Suprema) por considerar la Corte que “las pruebas resultaban deleznable para acreditar la responsabilidad”. La Ejecutoria declara que, si bien no dan lugar a indemnización las denuncias efectuadas de conformidad con el ejercicio regular de un derecho, no puede considerarse que éste es el caso (sino que, más bien, se trata de un abuso del derecho) cuando no hay pruebas que permitan establecer la razonabilidad de la acusación. La Corte indica que no se trata solamente de una falta de susten-

to legal de la denuncia (error de derecho) sino de la falta de pruebas que acrediten la veracidad y el fundamento de los hechos denunciados⁶.

En general, la Corte ha considerado que no existía responsabilidad cuando el denunciante se ha limitado a expresar el hecho y es la autoridad policial o judicial la que ha inculcado a determinadas personas.

En la Hacienda Casa Grande se advirtieron diferencias de peso en el forraje entre las compras a los proveedores y el consumo, lo que indicaba que se estaba produciendo una pérdida irregular. En consecuencia, el Jefe de Vigilancia de dicha Hacienda se apersonó ante la autoridad policial y, sin señalar a persona determinada, denunció el hecho y solicitó una investigación. A consecuencia de ello, se abrió instrucción contra varias personas y se decretó la detención provisional, entre otros, de Wilfredo Sánchez Campos, quien estuvo preso durante dos semanas. Sin embargo, terminada la instrucción, se declaró que no había mérito a juicio oral contra dicho señor. Casi dos años más tarde, Wilfredo Sánchez demandó a la Empresa Agrícola Chicama, propietaria de la Hacienda mencionada, para que le pague daños y perjuicios por tal denuncia que consideró injustificada.

Aun cuando el Juez de Primera Instancia declaró fundada dicha acción, el Fiscal García Arrese opinó que “la Empresa se limitó a proporcionar los datos solicitados por la Policía” y que es la Policía, “ejercitando sus atribuciones”, que decretó la detención provisional de Wilfredo Sánchez, entre otros. El Fiscal considera que no hay responsabilidad porque “al hacerse la denuncia no se sindicó a determinada persona”; y agrega que “Pretender derivar un provecho económico, a título de indemnización, importaría tener que aceptar la consumación de un hecho perjudicial para no exponerse a las contingencias de la investigación judicial o a los resultados del procedimiento judicial por la complacencia de testigos faltos de idoneidad o a pruebas dejadas de actuar oportunamente”. La Corte Suprema, por resolución de 19 de Mayo de 1958, acogió este planteamiento⁷.

Un criterio similar utilizó la Corte en el juicio seguido por Alarcón contra Roncalla. Don Pascual Roncalla había sido víctima de robo de mercaderías en un establecimiento comercial de su propiedad, sito en la ciudad de Cotahuasi. Es por ello que su esposa, Doña Zaragoza Fuentes de Roncalla, denunció este hecho a la Policía, participando sus sospechas respecto de Don Alipio Alarcón, quien frecuentaba la casa. La Policía detuvo a Alarcón, pero posteriormente se estableció la inocencia de éste. Por ese motivo,

4. Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 184, año de 1959, pp. 554—555.

5. Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 359, Diciembre de 1973, p. 1486.

6. Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 344, Setiembre de 1972, pp. 1157—1158.

7. Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 174, año de 1958, pp. 748—751.

demandó a Don Pascual Roncalla por daños y perjuicios.

El Fiscal **Palacios** opinó que el robo sufrido por Roncalla había quedado ampliamente acreditado; lo que constituye una base de razonabilidad de la denuncia. Por otra parte, la esposa de Roncalla formuló las denuncias "en ejercicio de un derecho de defensa de su patrimonio", pero la detención de Alarcón no había sido de su incumbencia. En razón de todo ello, el Fiscal era de parecer que no procedía indemnización; lo que fue asumido por la Corte Suprema por resolución de 23 de Mayo de 1945⁸.

La Sociedad Agrícola San Nicolás Ltda. era propietaria de ganado lanar en la Provincia de Chancay. El Ingeniero Agrónomo Juan Rutter Salazar, quien trabajaba para dicha Sociedad, denunció ante la Comandancia del Puesto de la Guardia Civil Rural de la Hacienda que estaban desapareciendo sistemáticamente los animales y que incluso se habían encontrado pieles de carneros beneficiados. Como consecuencia de ello, se procesa por delito de abigeato a Don Marcelino Ramos Medina, encargado de cuidar el ganado. Sin embargo, en el correspondiente juicio penal, Medina fue absuelto; y consiguientemente demandó a la Sociedad Agrícola por daños y perjuicios.

El Fiscal **García Arrese** dictaminó en el sentido de que, "comprobada la desaparición sistemática de ganado lanar, su silencio (el del Ingeniero Agrónomo que hizo la denuncia) lo hubiera constituido en responsable, por omisión, al no haber hecho la denuncia policial. Cumplió con su deber de función que no puede derivar contra él responsabilidad ni tampoco para la Sociedad, afectada en su patrimonio social". La Corte Suprema, por resolución de 16 de Noviembre de 1979, acogió el dictamen del señor Fiscal⁹.

La responsabilidad del denunciante queda exonerada también si varias autoridades creyeron en la procedencia de la denuncia, aunque finalmente se haya absuelto al denunciado.

La señora Teófila Cueva de Otárola, al ir al potrero "Aguene", distante dos kilómetros y medio de la ciudad de Canta, comprobó que había desaparecido un ternero de 17 días de nacido, producto de una vaca suiza, que pastaba con el resto de su ganado lechero. Preguntó por la suerte de ese ternero y éste dio origen a una cadena de referencias: la esposa de Teófila Montoya le dijo que Don Alejandro Montoya le había dicho que había visto a Don Víctor Hugo Igreda Cayetano rondando por la zona, con intenciones de apoderarse del ternero. Denunciada la desaparición del animal, fue encontrada la res descuartizada en una

acequia, cerca del potrero donde pastaba. El Subprefecto de Canta ordenó la detención de Igreda. Más tarde, el Agente Fiscal de Lima, doctor Barco Martínez, formuló acusación contra el mencionado Igreda; y el Fiscal del Tribunal Correccional también lo considera culpable. Pero éste fue absuelto por el hecho de que, si bien estaba probado el delito con el hallazgo del animal, no estaba probado que el denunciado fuera realmente el autor. Por ello, el mencionado Hugo Igreda demanda a don Augusto Otárola, esposo de la denunciante, por daños y perjuicios en razón de haber sido denunciado por abigeato y de haber sufrido pena privativa de la libertad por seis meses.

El Fiscal **García Arrese** dictamina que no ha lugar a responsabilidad porque no existe "un vínculo de causalidad" entre la denuncia efectuada por el demandado y la detención, porque ésta es resultado de la investigación policial. Además, dice el Fiscal, "Los elementos de convicción reunidos dentro de la instrucción, sin ser suficientes, determinaron que el Agente Fiscal, el Juez Instructor, el Fiscal del Tercer Tribunal Correccional y el señor Fiscal de la Corte Suprema, doctor Velarde Alvarez, opinaran por la responsabilidad (penal), amparando la denuncia". Esto permite pensar que la denuncia era razonable. La Corte Suprema, por resolución de 16 de Setiembre de 1957, consideró igualmente que, en esas circunstancias, era razonable que pudiera pensarse que el denunciado era culpable¹⁰.

De otro lado, la denuncia penal efectuada sobre la base de un error de derecho —porque se creía que una determinada conducta irregular era delito, cuando no lo era— tampoco ha sido considerada como no razonable, si el hecho era real y el denunciante obró de buena fe.

Don Luis A. Huaco importó un potro fino con el objeto de establecer una cría de caballos de raza en Arequipa. Enterado de ello Don Juan Barreda Sanz, se arregló con el mayordomo de la hacienda y, mediante una gratificación, consiguió que el potro cubriera una yegua de su propiedad, sin consentimiento de Huaco. Cuando éste tuvo conocimiento de los hechos, formuló una denuncia penal por delito de estafa y el Juez procedió a abrir instrucción contra Barreda y contra el mayordomo. Sin embargo, la Corte Suprema declaró nulo todo lo actuado porque el hecho denunciado no constituía delito; y ordenó archivar el expediente.

Consecuentemente, Don Juan Barreda Sanz demandó al denunciante, Don Luis A. Huaco, por daños y perjuicios, aduciendo que había sido perjudicado materialmente por el embargo trabado sobre la yegua

8. Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 23, Diciembre de 1945, pp. 589—591.

9. Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 195, año de 1960, pp. 414—416.

10. Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 168, Enero de 1958, pp. 57—61.

cubierta y que había sido perjudicado moralmente por la existencia de un proceso penal contra él. El Juez declaró fundada la demanda, la Corte Superior revocó tal sentencia. Interpuesto recurso de nulidad, el Fiscal **Sotelo** dictaminó en el sentido de que Barrera "realizó un verdadero acto ilícito, consiguiendo en forma clandestina, contra la voluntad del demandado, que el potro fino de propiedad de éste cubriera

la yegua de aquél". Y, aunque la denuncia estuvo "evidentemente mal dirigida", no puede determinar responsabilidad alguna: "El demandado no ha cometido acto ilícito alguno. Fue más bien el demandante quien lo perpetró. La demanda, por consiguiente, es infundada". Esta opinión fue acogida por la Corte Suprema en resolución de 14 de Noviembre de 1949¹¹.

11. Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 74, Marzo de 1950, pp. 312-313.

Mora del deudor

Felipe Osterling Parodi

Senador de la República y Catedrático de Derecho Civil en la facultad de Derecho de la PUC

1. CONCEPTO

La mora del deudor sobreviene cuando no cumple la obligación a su debido tiempo.

Sin embargo, no todo retardo en el cumplimiento de la obligación constituye en mora al deudor. El debe obedecer a dolo o a culpa, o sea a causas que le son imputables.

En Roma la expresión "mora debitoris" o "mora solvendi" se utilizaba con un doble significado. En lenguaje común se usaba para indicar el simple retardo. En sentido jurídico era el retraso de la obligación por causas imputables al deudor. La primera acepción, la no jurídica, no interesa en este estudio.

Jorge Eugenio Castañeda¹ criticaba, con razón, el artículo 1256 del Código Civil de 1936, que permitía al deudor exonerarse de responsabilidad probando que había incurrido en mora sin culpa alguna de su parte. Este, en realidad, no era un caso de mora. Era un retardó en el cumplimiento de la obligación, no imputable al deudor, que, por tanto, producía efectos jurídicos muy distintos a los de la mora. El Código Civil de 1984 corrige ese error conceptual en su artículo 1336, al disponer que el deudor se libera de responsabilidad cuando prueba que ha incurrido en retraso sin culpa. El nuevo Código Civil no alude a la mora sin culpa, sino al retraso sin culpa, porque esta situación jurídica no constituye en mora al deudor.

Rara que el deudor quede constituido en mora es preciso, como se ha señalado, que se trate de un retraso en el cumplimiento de la obligación que le es imputable. Pero también es necesario que la obligación, no obstante el retraso, sea de posible cumplimiento. Debe tratarse, en suma, de un retardo, no de una inexecución total. El deudor debe tener la posibilidad, aunque tardíamente, de cumplir la obligación.

Si el cumplimiento de la obligación ya no es posible, yntonces estaríamos ante un caso de inexecución y no ante un simple retardo. La certidumbre del incumplimiento hace innecesaria la constitución en mora. Por ello el artículo 1333 del Código Civil dispone que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exige judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. Y también por ello la mora puede ser purgada, no ocurriendo lo mismo con el incumplimiento total.

¿Para qué se interpelaría al deudor, exigiendo el cumplimiento de su obligación, si el acreedor tiene la certeza de que tal cumplimiento ya no es posible?

La constitución en mora significa que el acreedor tiene la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación en la especie pactada y, además, la compensación de los daños y perjuicios moratorios. Pero si tal ejecución en especie ya no es posible, entonces no podemos aludir a los daños y perjuicios moratorios, sino a los compensatorios, que abarcarían el concepto de inexecución total.

Por tanto la mora es extraña a las obligaciones de dar cuando al tiempo de vencimiento de la obligación es imposible su cumplimiento. Por ejemplo, en las obligaciones de dar cosas ciertas, cuando se destruye el bien no fungible que constituye la prestación. Aquí estaríamos frente a un incumplimiento total y definitivo que no constituye en mora al deudor, sino que, simplemente, lo hace responsable de los daños y perjuicios compensatorios. La interpelación, requisito para constituir en mora al deudor, caracteraría de objeto, pues es evidente que no podría exigírsele judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación.

En consecuencia, se demandaría el pago de daños y perjuicios en sustitución de la prestación, o sea de la ejecución directa o en especie de la obligación, y el deudor no quedaría constituido en mora con la noti-

1. Castañeda, Jorge Eugenio: "El Derecho de las Obligaciones", tomo II, Efecto de las obligaciones, 1963, No. 171, p. 192.

ficación de la demanda, pues ella no podría estar destinada a exigir el cumplimiento de la obligación. La mora sería extraña a esta situación jurídica.

Excepcionalmente, en algunas obligaciones de dar siempre procede la constitución en mora. Por ejemplo, en las obligaciones de dar sumas de dinero, por no existir el incumplimiento total y absoluto sino el simple retraso.

Tampoco procede la constitución en mora en ciertas obligaciones de hacer, cuando por el incumplimiento ya es demasiado tarde para ejecutar la prestación. Si el deudor, por ejemplo, se obliga a actuar en un teatro en un día determinado y no lo hace.

La mora es ajena a las obligaciones de no hacer. En estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar. Esta es la sana doctrina y la regla legislativa uniforme, salvo el caso del artículo 961 del Código Civil brasileño que se refiere a la mora en las obligaciones de no hacer.

Enneccerus, Kipp y Wolff² advierten que la mora, por su naturaleza, se excluye en cuanto a los deberes de comisión señalando que ella es propia sólo de las obligaciones de "entregar o hacer alguna cosa". Señalan, sin embargo, el precepto excepcional contenido en el Código del Brasil.

Se observa, empero, que los propios tratadistas brasileños critican el artículo 961 citado. Así, Antonio José de Souza Levenhagen³ expresa que la doctrina, de modo general, reprueba la norma, porque en las obligaciones de no hacer no se puede hablar de mora o de retraso. Trátase, señala, de inejecución. La obligación no es de hacer sino de omitir. Practicado el acto que la parte se ha obligado a no ejecutar, queda configurada la infracción. No cabe, por tanto, la sanción por mora, porque no ha habido demora ni retraso. Existe simplemente una infracción a lo pactado desde el momento en que se practica el acto positivo que no podía ser ejecutado. En consecuencia, el resarcimiento corresponde a la inejecución y no al simple retraso. Para que se configure la inejecución no será necesaria la notificación o interpelación previa. Practicado el acto positivo automáticamente se configurará la infracción de la obligación negativa.

Tal infracción, en las obligaciones de no hacer, configuraría necesariamente una inejecución parcial o total. Podría, según la naturaleza de la prestación, volverse las cosas como eran antes de la infracción o no. Pero en ningún caso sería lícito hablar de retraso,

elemento esencial en la mora del deudor.

Si el deudor se ha obligado a no construir una pared entre dos predios colindantes y empieza a edificarla, entonces, si el acreedor logra paralizar la obra, habría inejecución parcial que origina el pago de daños y perjuicios. Aquí no estaríamos ante retardo alguno. Si el deudor que se ha obligado a conservar un secreto lo revela, nos encontraríamos ante la inejecución total, irreversible, que también origina el pago de una indemnización. Aquí tampoco podríamos hablar de retraso. No se perciben, por tanto, los alcances del artículo 961 del Código brasileño o las hipótesis a las que él podría aplicarse.

Por otra parte, el artículo 1335 del Código Civil dispone que en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá.

La constitución en mora opera, como regla general, requiriendo judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación. Mal podría requerir y, por tanto, constituir en mora, quien no ha cumplido con la obligación a su cargo o no ha otorgado garantías de que la cumplirá. La conexión entre el cumplimiento de las prestaciones que recíprocamente se deben las partes y, sobre todo, elementales principios de equidad y de buena fe que deben presidir toda relación obligacional, se oponen a ello.

Por último, la mora termina cuando el acreedor recibe el pago o cuando ya no puede esperarse el cumplimiento de la obligación, sea porque es imposible, sea porque es inútil para el acreedor.

En el primer caso, cuando el acreedor recibe el pago, el deudor continúa obligado a indemnizarlo por los daños y perjuicios causados por el retraso en el cumplimiento de la obligación, o sea por los daños y perjuicios moratorios. Esta obligación cesa cuando el acreedor renuncia a cobrar la indemnización. La renuncia constituiría, jurídicamente, una condonación, o sea el perdón voluntario de la deuda de común acuerdo entre el acreedor y el deudor⁴.

En el segundo caso el deudor no continuará constituido en mora. La mora termina desde el momento en que la prestación es imposible o inútil para el acreedor. Aquí el acreedor tendrá el derecho de exigir el pago de daños y perjuicios compensatorios por la inejecución total de la obligación⁵.

2. Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martín: "Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones", Volumen II-1, 1947, No. 51.

3. Levenhagen, Antonio José de Souza: "Código Civil, Comentarios Didácticos". Derecho de Obligaciones, p. 120.

4. Artículo 1295 del Código Civil.

5. Artículo 1337 del Código Civil.

2. REQUISITOS PARA CONSTITUIR EN MORA AL DEUDOR

Producido el retraso en el cumplimiento de la obligación, es necesaria la concurrencia de dos condiciones para que el deudor quede constituido en mora:

- a) Que la inexecución obedezca a dolo o a culpa del deudor, o sea a causas que le son imputables. El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes del retraso en el cumplimiento de la obligación cuando prueba que este retraso no le es imputable. Es más, si se trata de un retraso no imputable al deudor, éste, simplemente, no está en mora. Esta era la doctrina en Roma y es la doctrina en nuestros días. La regla enunciada admite pacto en contrario: si el deudor se ha obligado a asumir las consecuencias de la inexecución por causas que no le son imputables⁶.
- b) Que el acreedor exija al deudor, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

Como estudiaremos más adelante, el tiempo, en el Código Civil peruano, no interpela por el hombre: dies non interpellat pro homine. Es necesario que la interpelación provenga del acreedor, o sea que éste exija al deudor, a su vencimiento, el cumplimiento de la obligación. En caso contrario se presume que el retraso no causa perjuicio alguno al acreedor y que éste, simplemente, está autorizando al deudor a postergar el cumplimiento.

Sin embargo, la interpelación, o sea el requerimiento del acreedor, no es necesaria cuando la ley o el pacto lo declaran expresamente; o cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla; o cuando el deudor manifiesta por escrito su negativa a cumplir la obligación; o cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

El poseedor de mala fe responde, por disposición del artículo 909 del Código Civil, de la pérdida o detrimento del bien aun por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que éste también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular. Esta norma no requiere, por cierto, que el poseedor de mala fe haya sido interpelado previamente. Este es un caso de mora sin interpelación por mandato de la ley.

Si el constructor y el dueño de un edificio pactan que en caso de que no se entregue la obra en el plazo fijado, el primero quedará automáticamente constituido en mora, sin necesidad de requerimiento previo, estaríamos frente a una mora sin interpelación por convenio entre las partes.

Si se pacta la entrega de mercaderías para embarcarlas en un vapor que zarpa del puerto en un día determinado y el deudor no cumple con entregarlas en su oportunidad, quedaría automáticamente constituido en mora. Aquí el plazo, de acuerdo con la naturaleza y circunstancias de la obligación, resultaría determinante.

La hipótesis de que el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación, de origen italiano, o la imposibilidad de interpelar por causa imputable al deudor, no requieren de mayores explicaciones.

Los casos analizados constituyen excepciones a la regla general del requerimiento, o sea a la interpelación que debe efectuar el acreedor para constituir en mora al deudor.

Por la interpelación el acreedor exige al deudor al tiempo de vencerse la obligación, o después, el cumplimiento de la prestación.

El acreedor puede solicitar el cumplimiento de la obligación; el pago de los daños y perjuicios moratorios; o, conjuntamente, la ejecución directa, en especie, y los daños y perjuicios moratorios. En cualquiera de estos tres casos el deudor quedaría constituido en mora.

El acreedor exige el cumplimiento de la obligación requiriendo ser pagado de inmediato u otorgando un plazo adicional para su ejecución. Si el acreedor otorga un plazo adicional se suscitan dos hipótesis: que durante ese plazo adicional el deudor no esté en mora, en caso que el acreedor, simplemente, prorrogue el plazo de cumplimiento de la obligación; o que el acreedor lo constituya en mora desde el momento del requerimiento, haciéndolo responsable de los daños y perjuicios moratorios y de la imposibilidad sobreviniente, entendiéndose que el plazo adicional es para la ejecución de la obligación, ya que en caso contrario el acreedor solicitará su ejecución forzada, o la ejecución por un tercero por cuenta del deudor, o el pago de daños y perjuicios compensatorios.

El requerimiento debe ser hecho por el acreedor o por su representante facultado para recibir el pago; en la misma medida en que el requerimiento debe ser hecho al deudor, o a su representante autorizado para verificar el pago.

La interpelación debe formularse en tiempo oportuno, o sea al vencerse la obligación o después. No puede constituirse en mora para el pago de una obligación sujeta a plazo no vencido o a condición no cumplida. Tampoco procede constituir en mora para el pago de una deuda ilíquida, salvo que para la liqui-

6. Artículo 1317 del Código Civil.

dación se necesite el concurso del deudor. Al interpelar debe exigirse precisamente la prestación y no cosa diversa.

La interpelación, según se ha expresado, puede hacerse en dos formas: judicial o extrajudicialmente.

Se interpela judicialmente mediante la interposición de una demanda. No existe, en la ley peruana, un procedimiento especial para interpelar judicialmente fuera del proceso.

En Francia se admite la interpelación por requerimiento o por mandamiento, o sea por acto de ujier, o por una citación de conciliación⁷. El Código Civil argentino acepta la constitución en mora mediante la intimación de pago ordenada por el juez y verificada por el oficial de justicia⁸.

La notificación con la demanda, aunque adolezca de nulidad, produce el efecto de constituir en mora al deudor, salvo que conste que el demandado no se instruyó de la notificación⁹. Hay una razón importante para considerarlo así. La notificación judicial llevaría a conocimiento del deudor la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación, reuniendo, en todo caso, los caracteres de una interpelación extrajudicial capaz de constituir en mora.

La interpelación extrajudicial, de acuerdo con la legislación peruana, puede hacerse en cualquier forma, sea verbalmente o por escrito. Otras legislaciones son más severas. Así, la jurisprudencia francesa acepta que una carta certificada basta para poner en mora al deudor, siempre que las partes hubiesen convenido por adelantado que produciría tal efecto¹⁰.

Hemos visto que la legislación peruana, como regla general exige la interpelación al deudor al vencimiento del plazo de la obligación, o después, para que quede constituido en mora. Se trata de la mora ex personae.

Excepcionalmente se admite la mora ex re, en razón de la naturaleza de las cosas: cuando la ley, el convenio o la naturaleza y circunstancias de la obligación así lo determinan, o cuando el deudor se ha negado por escrito a cumplir su obligación, o cuando no fuese posible interpelarlo por causas a él imputables. En estos casos opera la mora sin interpelación. El deudor, al vencimiento del plazo, queda automáticamente constituido en mora.

La doctrina del Código Civil peruano, consagrada por otras legislaciones, no se acepta, sin embargo, unánimemente.

La regla en el Derecho Romano es dudosa. Algunos autores sostienen que en el Derecho Romano el deudor, al vencimiento del plazo, y cualquiera que fuere la naturaleza de la obligación, quedaba, en caso de incumplimiento, constituido en mora: el tiempo interpelaba por el hombre. Otra corriente doctrinaria expresa que el requerimiento era siempre necesario para constituir en mora al deudor: el tiempo no interpelaba por el hombre.

Las leyes de Partida no exigían la interpelación al vencimiento del plazo. Esta misma tesis prevaleció en Francia en los siglos XVI y XVII. Pothier¹¹, sin embargo, fue de distinto parecer.

La doctrina de Pothier fue acogida por el Código Civil francés (artículo 1139), por el Código Civil español (artículo 1100) y por el Código Civil italiano de 1942 (artículo 1219). Esta misma doctrina informó a los Códigos Civiles peruanos de 1852 (artículo 1264), de 1936 (artículo 1254) y de 1984 (artículo 1333).

En el campo legislativo parece prevalecer, sin embargo, la tesis contraria: dies interpellat pro homine. Así lo establecen el antiguo Código Civil italiano (artículo 1223), el Código Civil alemán (artículo 284), el Código federal suizo de las obligaciones (artículo 102), el Código Civil brasileño (artículo 955), el Código Civil argentino (artículo 509, modificado por ley 17.711), el Código Civil chileno (artículo 1551), el Código Civil venezolano (artículo 1269) y el Código Civil paraguayo promulgado el 23 de diciembre de 1985 (artículo 424).

Es preciso, sin embargo, señalar los alcances de las reglas del antiguo Código Civil italiano y del Código Civil alemán.

Decía Giorgi¹², comentando el artículo 1223 del antiguo Código Civil italiano, que se dudaba si el legislador había querido referirse sólo al día cierto o también al día incierto. Y que había seguridad de que la regla se aplicaba al término certus an, certus quando (el día 2 de julio de 1987), pero que la duda prevalecía respecto a los términos incertus an, incertus quando (cuando el barco que ha zarpado de Génova llegue

7. Josserand, Louis: "Derecho Civil", tomo II, volumen I, Teoría general de las obligaciones, 1950, No. 618, p. 497.

8. Salvat, Raymundo M.: "Tratado de Derecho Civil argentino", Obligaciones en General, I, 1952, No. 90, p. 105.

9. Giorgi, Jorge: "Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno", volumen II, 1909, No. 55, p. 101; Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel: "Curso de Derecho Civil", De las Obligaciones, 1941, No. 349, p. 212; Castañeda, No. 174, p. 195.

10. Josserand, No. 618, p. 497.

11. Pothier: "Tratado de las Obligaciones", tomo I, No. 144, p. 123: "Debe observarse que, según nuestras costumbres, un deudor no se reputa como obligado a dar la cosa debida por él, más que mediante una demanda judicial hecha en forma, y solamente a contar del día de esa demanda".

12. Giorgi, No. 63, p. 108.

a Lima), certus an, incertus quando (cuando tal persona fallezca) e incertus an, certus quando (cuando tal persona cumpla sesenta años). Cabe agregar, respecto a esta misma norma, que cuando el vencimiento de la obligación se producía después del fallecimiento del deudor, sus herederos no quedaban constituidos en mora del deudor, sus herederos no quedaban constituidos en mora sino por el requerimiento y sólo después de nueve días contados a partir de la fecha de la interpelación.

Enneccerus, Kipp y Wolff¹³, por su parte, señalan que en virtud del artículo 284 del Código Civil alemán el deudor queda constituido en mora sin interpelación, pero sólo cuando el plazo de la prestación se ha fijado con arreglo al calendario (certus an, certus quando). En este caso la prestación debe cumplirse en el día fijado; el incumplimiento constituiría una violación. No es un día fijado según el calendario "un año después de la muerte de tal persona". Aquí sí habría necesidad de constituir en mora.

Estas discrepancias legislativas son consecuencia de las discrepancias doctrinarias acerca de la mora sin interpelación.

Dice Alfredo Colmo¹⁴, rechazando el adagio dies interpellat pro homine, que el deudor comúnmente es la parte más débil de la relación jurídica y que la solución del código Civil argentino¹⁵, antes de la modificación introducida por ley 17.711, era la menos onerosa para él. Y agrega que cuando el acreedor no exige el cumplimiento de la obligación, está manifestando, tácitamente, que la dilación no lo perjudica.

Puede añadirse, a ello, que las consecuencias de la mora son muy severas para el deudor, no sólo porque es responsable de los daños y perjuicios ocasionados por el retardo, sino porque también es responsable aun de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el evento fortuito hubiera alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiera llevado a cabo a su debido tiempo.

En suma, con esa fórmula el legislador trata de ser generoso con los deudores, más aún si la inacción del acreedor induce a demostrar voluntad de espera.

La regla dies interpellat pro homine también se sustenta, por su parte, en sólidos argumentos.

Cuando los contratantes fijan un plazo lo hacen para que el deudor conozca con exactitud la fecha en que debe efectuar el pago. No es necesario, porque

eso ya consta en el contrato, que el acreedor recuerde al deudor, después de vencida la obligación, que la ha incumplido. El deudor conoce el día del vencimiento de la obligación y ese día debe cumplirla. La necesidad del requerimiento, desde este punto de vista, constituye, se aduce, un trámite innecesario y, además, en las legislaciones que sólo aceptan la interpelación judicial, costoso.

Además, esa necesidad de interpelar puede dar origen a dificultades cuando el deudor está ausente o se ignora su domicilio, pues si bien las normas de procedimiento proveen de medios adecuados para la citación judicial, ellas, por expeditivas que sean, ocasionarán retardo en la interpelación.

Cabe admitir, en esta tesis, la misma excepción del antiguo Código Civil italiano. El fallecimiento del deudor antes del plazo fijado para el cumplimiento de la obligación, justifica, sin duda, que sus herederos sean interpelados para que queden constituidos en mora: es cierto que la obligación se transmite a los herederos cuando no es intuitu personae, pero también es verdad que éstos podían desconocer su existencia.

Conviene aclarar que el Código Civil peruano exige la interpelación, salvo las excepciones previstas por la ley, también en el caso de que no se haya fijado el plazo de vencimiento de la obligación.

Cuando no se ha señalado plazo, pero de la naturaleza y circunstancias de la obligación se deduce que ha querido concederse al deudor, el juez fijará su duración, de acuerdo con el artículo 182 del Código Civil. Sólo al vencimiento de este plazo señalado por el juez el deudor podrá ser constituido en mora.

Si de la naturaleza y circunstancias se deduce que no ha querido concederse plazo al deudor, entonces el acreedor podrá exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. Así lo ordena el artículo 1240 del Código Civil. Si el acreedor no recibe el pago después de exigírselo al deudor, podrá constituirlo en mora.

El mismo principio se aplica cuando la ley, a falta de estipulación entre las partes, señala el plazo. Así, por ejemplo, en el caso del artículo 1656 del Código Civil, referente al mutuo, que prescribe que cuando no se fijó un término para el pago se entiende que es de treinta días. Vencido el plazo de treinta días el acreedor estará en aptitud de constituir en mora al deudor.

Las controversias acerca de la mora sin interpelación no se suscitan cuando la ley, el pacto, o la natu-

13. Enneccerus, Kipp y Wolff, p. 260.

14. Colmo, Alfredo: "De las obligaciones en general", tomo I, 1928, No. 91, p. 73.

15. Alfredo Colmo se refiere al antiguo texto del artículo 509 del Código Civil argentino que exigía la interpelación.

raleza y circunstancias de la obligación hacen innecesaria la intimación al deudor; cuando éste manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación; o cuando no pueda ser interpelado por causas a él imputables.

Ya nos hemos referido a estos casos. Sólo cabe agregar, con relación al convenio entre las partes, que éste debe ser expreso para que el simple vencimiento del plazo constituya en mora al deudor. Así lo establece el artículo 1333 del Código Civil. En consecuencia, no debe interpretarse la intención de las partes o las manifestaciones tácitas de voluntad. Todo lo que no sea expreso no implicará la mora convenida.

3. EFECTOS DE LA MORA

El Código Civil peruano dispone en el artículo 1336 que el deudor que estuviese en mora responde de los daños y perjuicios y aun de la imposibilidad sobreviniente por causas que no le son imputables, pudiendo sustrarse a esta última responsabilidad si prueba que el evento dañino habría alcanzado a la prestación, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo.

Estos son pues los efectos de la mora en la legislación peruana.

Debemos aclarar que el Código se refiere a los daños y perjuicios moratorios, a la reparación por el retraso en el cumplimiento de la obligación, y no a los daños y perjuicios compensatorios. Los daños y perjuicios compensatorios no reparan el simple retraso. Reparar la inexecución parcial o total de la obligación.

Por ello cuando el deudor está en mora el acreedor puede exigir la prestación debida y, además, la reparación de los daños y perjuicios que produce el retraso. Por ejemplo, la indemnización por no concluir

se un edificio en el plazo estipulado o por el menor precio de los valores que no se entregaron oportunamente.

Para la aplicación de esta regla se requiere, por cierto, que el cumplimiento de la obligación aún sea posible y de utilidad para el acreedor. En caso contrario, ¿qué objeto tendría que el acreedor exigiera el cumplimiento de una obligación imposible o inútil?

La posibilidad de cumplimiento es una cuestión probatoria que queda a la apreciación del juez. En la misma medida en que también queda a la apreciación judicial decidir si la obligación resulta o no de utilidad para el acreedor.

Si la prestación aún es útil el acreedor no podrá rehusarla y sólo tendrá el derecho de solicitar, adicionalmente, el pago de los daños y perjuicios moratorios.

Esto no significa que el acreedor deba esperar indefinidamente el cumplimiento de la obligación. Ella puede ser posible pero el deudor puede negarse a cumplirla, bien en forma expresa, bien veladamente, con evasivas, rehusando contestar a los requerimientos del acreedor. Es por eso que el acreedor, dejando transcurrir un plazo prudencial después de que el deudor haya sido constituido en mora, puede considerar válidamente que no se trata de un simple retraso sino de inexecución total, y exigir, por tanto, el pago de los daños y perjuicios compensatorios¹⁶.

Dice Jorge Eugenio Castañeda¹⁷ que es indiferente conocer si el retardo se produjo por culpa o por dolo del deudor. Y que basta saber si existió culpa.

Discrepamos de esta opinión. Creemos que es esencial determinar si el retardo se originó por culpa leve o por culpa inexcusable o dolo, porque la responsabilidad del deudor se verá más o menos comprometida, en uno u otro supuesto, a tenor de lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil.

16. Artículos 1316 y 1321 del Código Civil.

17. Castañeda, No. 170, p. 189.

Ensayo sobre el error en los testamentos

(Segunda Parte)

Guillermo Lohmann

Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

PREFACIO 'IN MEMORIAM'

No puedo proseguir este ensayo sin un previo paréntesis que el reciente fallecimiento del Dr. José León Barandiarán me impone. La disciplina del error fue considerada por él como una de las más delicadas y resbaladizas en la dogmática del negocio.

Así me lo advirtió años atrás, con su admirable modestia, cuando le solicité consejo sobre cómo habría yo de aproximarme a esta materia para tratarla con acierto.

Se nos fue el Dr. León Barandiarán una noche tranquila, sin que los que le queríamos pudiésemos presentirlo. Se nos fue calmamente, de puntillas y sin alardes, como era él. Dios le tendrá ahora cerca de la verdad que aquí en la tierra tan afanosamente buscó.

En eso pensaba yo la mañana del 25 de julio, de rodillas ante su feretro mientras oraba por su descanso, cuando me vinieron a la memoria los versos del poeta Manrique a la muerte del Maese: "Dió el alma a quien se la dió /, el cual la ponga en el cielo/ y en su gloria/ y aunque a la vida murió/, nos dejó hartos consuelo/ su memoria".

En la Primera Parte de este Ensayo, habíamos visto que el Art. 809 del Código impone tres exigencias para la relevancia anulatoria del error testamentario: que sea esencial, de hecho o de derecho; que el tal error aparezca en el testamento; y que sea el único motivo que ha determinado al testador a disponer. De los dos primeros ya se han visto los problemas hermenéuticos que ofrece su redacción. Particularmente, había llamado la atención sobre si la esencialidad que se reclama en el Art. 809 es la misma que la proclamada en el Art. 202. También habíamos comentado sobre el preocupante detalle preceptivo de que el error aparezca en el testamento. Sobre esto último, habíamos indicado que cuando el error no es obstativo o en la declaración, parece claro que no "está" en el testamento, sino en el intelecto o volición del testador. Por la propia naturaleza del error vicio, éste sólo se refleja fuera del sujeto errante cuando previamente se descubre la verdad. Por lo tanto, lo que realmente aparece es la verdad.

Habíamos terminado dicha Primera Parte anotando que los problemas que el artículo ofrece, podrían encontrar solución merced al correcto entendimiento y aplicación del último de los requisitos: el motivo determinante.

c) "Único motivo que ha determinado al testador a disponer".

Recordemos que el texto completo de la norma dice que son anulables las disposiciones testamentarias "debidas a error esencial de hecho o de derecho cuando el error aparece en el testamento y es el único motivo que ha determinado al testador a disponer".

Antes de entroncar el último de los requisitos en el conjunto del precepto, interesa detenerse con cuidado en esto del motivo, que es palabra y concepto que en sede de acto jurídico levanta polvareda y se presta a toda suerte de apreciaciones, no pocas de ellas arbitrarias cuando se lo invoca sin restricciones. Por ello, quiero de antemano dejar anotada la diferencia entre **error motivo** o motivante, y **error en el motivo**. Son dos conceptos disímiles.

Como **error motivante** se considera a aquel que, recayendo sobre la esencia o cualidades del objeto, o las cualidades de una persona, o sobre una situación jurídica o sobre la cantidad o valor, supone (por ignorancia o defectuosa apreciación) una desviación de la realidad. Y esta desviación es de tal magnitud que causa (es decir, origina o motiva) la voluntad de una manera concluyente, conducente y definitiva, a falta de la cual no se hubiese expresado esa voluntad. El error, en la medida que incide sobre el razonamiento o proceso de formación de la voluntad, siempre la motiva u orienta con mayor o menor fuerza. Cuando esa fuerza ha sido decisoria, se dice que ha constitui-

do presupuesto de una voluntad determinada, a la que la existencia del error ha motivado con carácter necesario e imprescindible. Este es el error motivo o motivante, que constituye móvil de la voluntad, y que la ley juzga y aprecia dependiendo de circunstancias tanto objetivas como subjetivas, en función de los intereses sobre los que la declaración de voluntad recae.

Distinto del anterior es el **error en el motivo o sobre los motivos**. Se habla de él cuando la falsa representación (el error) recae sobre los motivos (motivaciones) propios del sujeto y por completo ajenos a los intereses declarados materia del negocio sobre los que la voluntad se pronuncia. En otras palabras, hay error en los motivos cuando no versa sobre uno o más de los supuestos que contemplan los artículos 202 y 204 del Código Civil. O sea, que el error no está en la apreciación de alguno de los elementos intrínsecos del negocio con error (prestación, persona, cantidad o error de derecho). Antes bien, el error en (o sobre) los motivos, como dice Pietrobón, “versa sobre los hechos que han originado la sensación de necesidad para cuya satisfacción el sujeto se ha decidido (...), o cuando recae sobre una valoración errónea”. Por una defectuosa apreciación, o simplemente por ignorancia de situaciones o realidades que impulsan (movilizan) la voluntad, se ha tomado una decisión en función de propósitos o finalidades que no se hubiesen querido si los móviles relevantes hubiesen sido los adecuados a la realidad.

Ejemplo clásico del error en los motivos es el del heredero que confiando en la herencia prometida que habrá de beneficiarle, realiza ciertas adquisiciones a precio aplazado y luego descubre que sus expectativas han estado equivocadas porque aparece un pariente con mejor derecho.

El precepto no diferencia si el motivo consiste en la falta de previsión o en la ignorancia de ciertos supuestos ajenos al negocio (de lo primero es notorio quien compra un inmueble creyendo haber ganado la lotería; de lo segundo, por ejemplo, quien dona creyendo muerto a un hijo desaparecido). A falta de precisión, creemos que pueden admitirse ambas hipótesis.

En general, el Derecho no concede a los motivos relevancia jurídica, precisamente debido al carácter particular y personalísimo de los mismos y de las valoraciones privadas. Pero en materia de error, el tratamiento es distinto, admitiéndose que el sujeto declarante manifieste la razón (motivo) de sus actos cuando quiere anudar ciertos resultados o efectos específicos a las motivaciones especiales que impulsan y mueven su voluntad. Y está bien que así sea, porque los negocios —y, por supuesto, los testamentos— no son ruedas que giran por propio motor, sino con la fuerza del impulso que las mueven. Y cuando se advierte la existencia de un impulso querido por error, justo es detener la rueda cuya marcha no se hubiese deseado

de tener conciencia del error. Lo que se exige, claro está, es que el motivo sea conocido.

Ahora bien, siendo distintos el **error motivante** que se sitúa en la imperfecta apreciación subjetiva de los elementos objetivos del negocio, y el **error sobre los motivos** que respecta a la existencia o valoración de los propios motivos, el tratamiento jurídico también debería ser distinto en materia de sucesión testada. Veamos.

Con respecto al primero —es decir, **error motivante**— no parece haber dificultad alguna. La sola calificación de esencialidad que estatuye el numeral 809 del Código nos vincula ‘prima facie’ con idéntica nota que reclama el Art. 202. Pero este último, no obstante, dentro del concepto de esencialidad impone con carácter forzoso que el error haya sido determinante de la voluntad o razón única del acto. Por lo tanto, es obvio que el motivo que establece el Art. 809 tendrá que ser un motivo diferente al de ser determinante de hecho o de derecho. Es decir, no tendrá sentido que el art. 809 duplicara el requisito, exigiendo el motivo (en tanto que razón determinante), cuando la propia norma pide esencialidad y ella, implícitamente, supone tal motivo (razón) determinante.

Pero hay más. Si en el Art. 809 limitáramos el concepto de motivo al motivante que recae un bien o sus cualidades, o sobre una persona, una cantidad o una idea del derecho, resultaría evidente tener que desechar la posibilidad de que el testador pudiera haberse equivocado sobre sus propias motivaciones, pasadas, presentes o futuras, que le impulsaron a testar de una manera determinada. Vale decir, tendríamos que circunscribir el ámbito del error en la formación de la voluntad testamentaria, al que exclusivamente cometa sobre los reducidos supuestos que contemplan los Arts. 202 y 204. No sería admisible, por ejemplo, que el testador se equivocara sobre una fecha o un plazo, o sobre la existencia o inexistencia de una persona, o de un bien, o sobre una creencia o esperanza.

Con respecto al segundo —es decir **error sobre los motivos**—, sin embargo, nada dice expresamente el código en materia de testamentos. Pero no creo que proceda desecharlo cuando pueda llegarse al convencimiento de que la voluntad se ha formado en base a motivos o creencias que constituyen premisas equivocadas. Es decir, cuando la voluntad tuvo como causa una causa errónea. Es lo que el código antiguo llamaba falsa causa (Art. 1084), como consideración subjetiva de los móviles o razones que impulsan a declarar una voluntad, en este caso de liberalidad testamentaria. Estimo, por tanto, que con las salvedades que más adelante indicaré, es aplicable a los testamentos la regla de principio contenida en el numeral 205: “el error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante”. (Por cierto que la redacción de esta norma admite precisión, pues lo que debe manifestarse expresamen-

te es el motivo, no en el error sobre él, que naturalmente no se advierte erróneo). El dispositivo del 205 quiere reconocer y admitir como invalidante de la disposición negocial, el erróneo móvil impulsante que, con fuerza decisoria 'sine qua non', ha dado lugar a la disposición.

A mi juicio, pues, aunque de la redacción del 809 pareciera colegirse que el error esencial es el que ha constituido único motivo para disponer, procede aceptar como invalidantes ambas modalidades de error: el que hemos llamado motivante, que no legalmente esencial constituye razón determinante, y el error sobre los motivos que llevan a disponer. Da igual, en consecuencia, cuál fuera el objeto del error, con tal que éste haya sido el motivo de la voluntad, en el sentido que haya dado lugar a ella con virtualidad determinante.

III. PERSPECTIVA UNITARIA DEL ERROR TESTAMENTARIO

5. EL SENTIDO DEL ARTICULO 809

En la exposición que antecede y que en la Primera Parte de este ensayo he rotulado como los problemas de los tres requisitos del artículo, me he limitado a apuntar las dificultades de comprensión de la norma. Los problemas no son pocos ni sencillos. Y tampoco es cosa de resolverlos de un plumazo, remitiendo sin más de un lado del Código al otro, como podría pretenderse hacer en esta confusa materia del error, con la que es fácil enredarse. Conforme va uno sumergiéndose en ella, se arriba al convencimiento de que hubiese sido necesario un tratamiento legal más acucioso para los vicios de la voluntad en el testamento. Y particularmente para el tema del error, que en actos de última voluntad debe estar por completo desprovisto del tinte de conocibilidad, responsabilidad y confianza que inspira su disciplina en la parte general de los negocios jurídicos.

Incluso a sabiendas que las conclusiones que propongo exceden (tal vez un poco largamente) de la literalidad del texto normativo, la insuficiencia del mismo justifica la búsqueda de soluciones más cerca del espíritu que de la letra, para reconstruir, con los sibilinos elementos que el precepto proporciona, un sistema global y coherente. Sobre estas bases, lo que —a mi modo de ver— el artículo 809 ha querido decir y no ha sido feliz al expresarlo, es lo siguiente:

A) Procede aceptar como posibles en línea de principio, tanto el error vicio, que afecta la formación de la voluntad en el plano interno, como el error obstativo o error en la declaración de una voluntad adecuadamente formada.

B) Con respecto al **error obstativo**, puede consistir no sólo en los supuestos contemplados en el artículo 208, como también en todo caso en que la volun-

tad manifestada sea infiel a la verdadera voluntad. Por ejemplo, error de fecha, o de lugar.

Bien mirado, sin embargo, habrá que examinar en cada caso concreto sobre qué recae el error obstativo, pues claro está que por la distinta variedad de ellos, no en todos se puede exigir —y descubrir— si aquello en que el error en la declaración consiste ha sido o no razón determinante.

Por eso, el numeral 208 reclama la existencia de motivo determinante no en todos los supuestos que cita, sino únicamente y sólo cuando el error en la transmisión haya sido sobre la identidad de la persona y la consideración hacia ella hubiese sido decisoria.

Hay que apuntar, además, que cuando el error radica en la exteriorización volitiva, evidentemente es involuntario, sin que el declarante se percate de ello. En este sentido, este tipo de error no responde a motivación alguna; quiero decir que como no se sitúa en el plano íntimo de formación de la voluntad, no deriva de móvil o razón alguna. Corolario de ello, es que mal se podría imponer en estos casos que el motivo (único, además) venga expresado en el testamento. Pues bien se aprecia que si el motivo se expresara, no se hubiera cometido el error.

Por otro lado, sufrago por la tesis, que encuentro completamente lógica, según la cual la existencia del error obstativo sólo se revela y hace tal luego de constatar que efectivamente hay algún error. Lo cual supone, como bien se entiende, que se ha descubierto la verdad velada por la inexacta o imperfecta declaración. Entonces, en estos casos, ya no se trata de anular la disposición testamentaria, sino de restaurar la verdad (corregir la declaración infiel) y a ello se llega por vía de interpretación.

En síntesis, que aunque no descarto la comisión de errores obstativos en los testamentos, como el error no se demuestra por sí mismo, la sola constatación de que lo es implica automáticamente que se ha determinado la existencia de una divergencia involuntaria entre voluntad y declaración. Entonces, la disposición sólo podrá anularse si luego de practicada la interpretación no puede llegarse a adquirir una certeza jurídica de la voluntad mal, infiel o insuficientemente declarada por el de cujus. La anulación que se declare será, por tanto, no sólo consecuencia del error, sino de insuficiencia de criterios conducentes al conocimiento seguro de la voluntad.

C) Con respecto al **error vicio** en la voluntad testamentaria, la esencialidad que pide el artículo 809 asume una triple vertiente. Triple vertiente que viene impuesta por la propia naturaleza de los actos de última voluntad, y que obliga a una mayor generosidad o flexibilidad en la admisión del error. Me explico, en materia de actos "intervivos" justo es restringir al declarante, sobre cuya manifestación debe asentarse la

conducta y confianza de otro sujeto de derecho. Pero en los testamentos, que son actos unilaterales, no recepticios y de gratuita disposición, no hay derechos o expectativas de terceros (salvo los mínimos legales) que se deban tutelar, proteger o hacer prevalecer sobre la auténtica voluntad del causante. El testamento es modo e instrumento por el cual el testador quiere expresar su voluntad para que surta eficacia 'post mortem'. La declaración o manifestación, si bien que marco de instrucciones o de información, es el vehículo jurídico exteriorizante. Pero exteriorizante de la voluntad que sanamente el testador hubiera querido de no haber padecido un error. El vicio de la voluntad causado por error, implica, por tanto, una falsa voluntad; un falso —o, mejor dicho, inexistente— consentimiento respecto de aquello sobre lo que se expresa o dispone. Si el testamento (como todo negocio) se endereza a un cierto propósito y es fuente de relaciones jurídicas, no pueden asentarse éstas en el error, como vicio involuntario del querer.

Quería insistir en todo esto para poner de relieve la necesidad de ampliar en sede testamentaria los estrechos marcos del error que vienen dispuestos en la parte general que el Código dedica a los actos jurídicos, y que está concebida pensando en los negocios bilaterales y recepticios. Es menester partir de esta premisa.

Visto así el marco de estudio, se advierte que el primer requisito del artículo 809 ("error esencial de hecho o de derecho"), está integrado por dos conceptos. El primero de ellos —la esencialidad— es atinente a la influencia del error en el conjunto volitivo, como necesario e inseparable de la decisión de voluntad adoptada. El segundo concepto, en cambio, gira sobre el objeto del error. O sea, sobre qué tipo de conocimiento (de hecho o de derecho) recae el vicio. Esta distinción entre los dos conceptos no tiene sentido, desde luego, en materia negocial general, que dentro del concepto de esencial (Art. 202) afina tanto la naturaleza del error, como su repercusión en la voluntad del errante. Si el 809 hubiese querido equiparar el error testamentario al negocial común, no le bastaba sino haberlo dicho. Esto es, haber exigido simplemente que el error fuese esencial, lo cual —en adecuada concordancia con el numeral 202— implica que lo sea de hecho o de derecho, con distintos criterios para valorar su influencia. (Nótese como los tres incisos del 202 tienen diferente redacción entre sí respecto de los criterios de influencia: común apreciación, circunstancias, razón única o determinante, etc.). En todo caso, podía el 809 haber utilizado la misma fraseología que el 202. Pero no lo ha hecho. Y a mi juicio, ello se debe a que atendiendo a las peculiaridades del testamento, el legislador ha querido atribuirle a lo 'esencial' un rol diferente del que juega en el Art. 202. Mientras que en este 202 la esencialidad concierne tanto a las materias sobre las que puede recaer el error—vicio, como a la trascendencia del mismo en el íntimo proceso de la voluntad, en el numeral 809

sólo se refiere a esto último. O sea, a la importancia o trascendencia del vicio volitivo, como distinta del asunto (de hecho o derecho) en que el error consiste.

Por lo tanto, si en el 809 lo esencial tiene un rol diverso al que le atribuye el 202, veamos cuál puede ser. En verdad, creo que el rol es triple. Esta es la triple vertiente a la que más arriba me he referido. Con arreglo a ello, entiendo que la exigencia de **esencial** contenidas en el Art. 809, puede entenderse de tres maneras, igualmente válidas:

i) Esencial en el sentido del artículo 202. Vale decir: "1.— Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad. 2.— Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad. 3.— Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto". El objeto del inciso 2o. se refiere tanto a bienes materiales o inmateriales, como a derechos sobre los mismos y equivalente también al asunto, tema, conducta o materia que sean 'objeto' de la disposición testamentaria, el cual no necesariamente ha de tener significado patrimonial.

ii) Esencial en el sentido que lo es **cualquier** error que de manera determinante haya influido en la voluntad del testador. Esencial opera aquí como necesario, inseparable o 'sine qua non' en el conjunto y desarrollo del proceso volitivo.

Es secundario, en consecuencia, sobre qué recaiga el error. Lo importante es que sea un error excusable y siempre —por cierto— que sea de derecho o de hecho, entendiendo dentro de esta última categoría cualquier asunto de conocimiento humano distinto al jurídico. Así, han de englobarse en este rubro de error de hecho: las apreciaciones o consideraciones subjetivas, el error sobre la cantidad, el de cálculo determinante o que conduzca a errar sobre la cantidad, el error sobre esencia o cualidades de una cosa que hayan sido importantes para el testador (aunque no lo fueran según la apreciación general en relación con las circunstancias —como pide el Art. 202 inc. 2), el error sobre fechas, plazos o lugares, etc. Y por supuesto ¿cómo no?, el error sobre los motivos.

Esencial sería aquí sinónimo de importante no objetivamente por el asunto sobre el que el error recae, sino subjetivamente importante para el sujeto errante.

iii) Esencial, por último, entendido como error notorio o grueso, que conduce a hacer presumir (dentro de los marcos de lo razonable) una distracción del testador. Poco importa que, como habíamos antes dicho, sea nimio o de poca monta, si de ello se derivan

consecuencias que claramente el testador no hubiese querido.

D) Por último, en el contexto lógico de la norma, entiendo que lo que tiene que aparecer en el testamento no es el error, sino el motivo. Y a estos efectos, el motivo ha de entenderse con generoso criterio: en las dos acepciones que antes hemos sugerido. Ambas, sin duda alguna, motivan o determinan la voluntad, variando sólo el asunto sobre lo que el error recae. Lo importante es que, sea cual sea el error, sobre los motivos o sobre otra cosa, dicho error constituye el motivo (razón móvil) de la disposición testamentaria.

La norma, en síntesis, comprende ambas variantes. Lo que el mandamiento legal pide es que sea determinante porque versa sobre los motivos o porque recae sobre otro asunto de conocimiento (o razonamiento) imperfecto, que ha motivado a declarar.

Lo que sin duda es criticable es que tal motivo (o, si se prefiere, justificación, razón, causa u origen) determinante tenga que ser "único". ¿O es que acaso puede haber una suma o conjunto de razones motivantes? Mejor hubiera estado con la redacción que emplea el inciso 3o. del artículo 202: razón única o determinante. Causa de la determinación puede ser una sola o pueden serlo varias, que en conjunto determinan o impulsan.

Está claro (al menos para mí) que si hay huella de la malformación de la voluntad, lo que ha contribuido a la malformación ha de ser sopesado como un todo, dada la dificultad de "aislar" —por ejemplo— los motivos de un motivo.

Para cerrar este apartado que hemos circunscrito al sentido del artículo 809, digamos, en síntesis, que el precepto adecuadamente reconstruido yo lo leería y aplicaría de la siguiente manera: los errores en la voluntad o en la declaración, son causa de anulación de las disposiciones testamentarias cuando ellos hayan sido razón determinante de la disposición.

Se preserva así, a mi entender, el carácter netamente subjetivo del error testamentario.

6. LA CONSTANCIA DEL MOTIVO DETERMINANTE

Dispone literalmente el mandamiento del 809, que el error aparezca en el testamento. Y hemos indicado que, por lógica, el error no aparece (porque ello es imposible); que lo que ha de aparecer como verdad es que hubo una razón o motivo determinante que condujeron a errar. Empero, también esto de que "aparezca" el motivo es asunto a comentar. Asunto que deliberadamente he querido reservar para el final, porque no es tocante al error en sí o a su influencia más o menos decisoria, sino que respecta a la prueba. Lo de la "apariciencia" se entronca, pues, con el pro-

blema de la viabilidad práctica de la anulación.

Concretamente, el punto neurálgico consiste en delimitar la severidad o flexibilidad de la exigencia de la constancia del motivo. En otras palabras, el motivo que ha de aparecer, ¿con qué grado ha de hacerlo?. O, preguntando de otro modo, ¿cómo debemos apreciar la existencia del motivo?

Recordemos antes de seguir adelante, que el tratamiento general del error estatuye que su poder jurídico anulatorio reclama que sea conocible. El artículo 203 apunta que se considera conocible el error cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo. Tal es el criterio legal de aplicación para los actos o negocios bilaterales. La ley viene en auxilio del errante. Cierto es que no le admite cualquier error, pero apunta el mecanismo (la otra parte) y los criterios que han de emplearse para apreciar la existencia del vicio.

En materia testamentaria sucede, sin embargo, que no hay otra parte en cuyo abstracto criterio (normal diligencia) el juez se sustituya para apreciar la conocibilidad en función del contenido (global) del negocio, de las circunstancias (extrínsecas a él) y de la calidad de las partes (también, como tal calidad, ajena a la estructura negocial). A falta de un dispositivo en materia testamentaria similar al del 203, y exigiendo el 809 que el error (léase: causa, origen, razón o motivo) ha de aparecer, hemos de preguntarnos si lo que el legislador ha querido es exigir fiel y declarada constancia del motivo determinante. Ante tal pregunta, me inclino por una respuesta negativa. Me mueven en favor de esta negativa varias consideraciones.

En primer lugar, no encuentro asidero jurídico (ni tampoco, y principalmente, social) para que en los actos 'inter vivos' tenga el juez más recursos investigatorios de la voluntad (contenido, circunstancias, calidad, normal diligencia) que en los testamentos. Con el agravante de que en los primeros el errante podrá explicarse o justificarse, pero eso no pasa con el de cujus.

En segundo lugar, la norma del 809 dice que el error (léase: causa, origen, razón o motivo) aparezca. No pide declaración clara, explícita o expresa. Sólo que aparezca. Y las cosas, ocioso es decirlo, no aparecen por sí mismas. O son evidentes, manifiestas y notorias, o hay que sacarlas a la luz: hacerlas aparecer por inferencia, deducción o por cualquier otro medio. En este orden de ideas, aunque la razón o motivo no hayan sido definidos o considerados expresamente como tales por el testador en su declaración, o él no los haya catalogado con función determinante, entiendo que deben aceptarse con tal función, siempre y cuando exista un factor (aunque esté implícito) de necesaria vinculación que anude el motivo para errar y la disposición. Por encima de todo, hay que ser realistas:

la ley no puede imponer que los testamentos sean ejercicios de silogismos en los que el testador debe suministrar las premisas de sus actos, ni pedir que toda decisión venga taxativamente premunida de su justificación. El testador dispone, pero no suele explicar sus razonamientos.

El motivo, pues, aunque esté en el testamento, puede que no sea obvio y evidente para todos. Basta que, a partir del testamento, o sea a través del medio formal de la declaración, pueda descubrirse la existencia, aunque implícita, que el error ha sido el motivo para disponer. La constatación de existencia del error es siempre resultado de un previo proceso de interpretación de la voluntad declarada, a través del cual se descubre la verdad. La interpretación, en suma, puede ser capaz de descubrir (hacer aparecer) motivos verosímiles que posiblemente no encontrará quien no ha-

ya interpretado.

Como está dicho, se interpreta la declaración para conocer la voluntad y sus razones o motivos. Y esta interpretación no puede detenerse, a mi juicio, en el examen único, exclusivo y excluyente del testamento. Quiero decir, que para averiguar cuál es el motivo y su influencia determinante, nada impide recurrir a prueba complementaria que ilustre y convenza sobre la existencia o no de motivos expresados. No se trata de llegar a hipótesis o conjeturas. Se trata, simplemente, de repudiar la posible pereza intelectual del juzgador. El hecho de que por una primera lectura no se ve el motivo determinante no significa que no lo haya o que no esté en el testamento; el que no aparezca solo, no implica que, mediante pruebas complementarias, no se pueda hacerlo aparecer: tomar visible lo que no se veía.



Sabor!

Desde 1863

CERVEZA

Pilsen

CALLAO

El Sabor de la Calidad.
Otra poderosa diferencia!

La forma en los contratos nominados del Código Civil de 1984

Alfonso Benavides

Abogado y Notario de Lima

El doctor Manuel de la Puente y Lavalle, distinguido miembro de la Comisión encargada de la elaboración y revisión del Código Civil de 1984 al referirse a los contratos reales y solemnes textualmente escribe: "la regla general es que el contrato, por descansar en un acuerdo de voluntades, existe y produce todos sus efectos desde el momento en que tal acuerdo existe. Sin embargo, esta regla general no se cumple en los casos de los contratos reales y de los solemnes, para los cuales no sólo es necesario el acuerdo de voluntades, sino también supone la entrega efectiva (o jurídica, en el caso de los contratos de garantía real sin desplazamiento, que se produce mediante la inscripción en el registro público correspondiente) de la cosa, tratándose de contratos reales, o el cumplimiento de una formalidad exigida *ad solemnitatem* por la ley, tratándose de los contratos solemnes. Agrega el doctor de la Puente que "la entrega de la cosa o el cumplimiento de la formalidad es algo consubstancial al contrato, de igual importancia que el consentimiento, de tal manera que, en el caso de no darse conjuntamente ambos elementos, —la entrega y el consentimiento— en un caso, y —el cumplimiento de la formalidad y el consentimiento— en el otro, no se celebra el contrato".

Para determinar cuales contratos de los nominados en el Libro VII de la Sección II del Código Civil de 1984 son solemnes y cuales contratos, si tienen alguna formalidad, únicamente son *ad probationem*, vale decir que existen como contratos pero que por carecer de la solemnidad exigen la actuación de un medio probatorio idóneo de haberse celebrado, considero necesario referirme al Libro II del Código Civil vigente que legisla sobre el "Acto Jurídico".

Siguiendo inocultablemente la pauta trazada por los artículos 1075 y 1122 del Código derogado de 1936, que subsanó vacíos del Código de 1852 que ignoró la teoría del Acto Jurídico y en cuanto a la forma de los actos jurídicos dejó a las partes en libertad de emplear la que juzgaran conveniente salvo por excepción ciertos actos atendiendo a su trascendencia social y consiguiente necesidad de asegurar la pureza

del consentimiento por el interés de dichos actos para terceras personas; los artículos 140, 143 y 144 del Código Civil de 1984, en efecto, resaltan aquellos elementos esenciales sin los cuales el acto jurídico no podría existir, o no podría tener validez. El artículo 140 dispone que —siendo el acto jurídico la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas— para la validez del acto jurídico se requiere entre otros elementos, como agente capaz y objeto física y jurídicamente posible, observancia de la forma prescrita, bajo sanción de nulidad. Se refiere a los actos jurídicos *ad solemnitatem*.

Los artículos 143 y 144 legislan sobre la forma *ad probationem*, cuando la ley no designa una forma específica para un acto jurídico deja en libertad a los interesados usar la forma que estimen más adecuada y que, cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

En los contratos solemnes de no observarse la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad, el acto no produce efectos jurídicos, no se perfecciona. En este sentido el citado inciso 6o. del artículo 219 del Código Civil de 1984 dispone que el acto jurídico es nulo cuando no reviste la forma prescrita bajo sanción de nulidad y el artículo 220, en su tercer párrafo, prescribe imperativamente que la precitada nulidad no puede subsanarse por la confirmación. En armonía con el artículo 61 de la Ley del Notariado, conforme al cual no producen efectos los instrumentos otorgados —en todo o en parte— con inobservancia de las formalidades establecidas por la ley y con el artículo 1124 del Código Civil derogado, el artículo 220 del Código vigente se inclina así en la teoría de las nulidades, de los actos nulos, de los actos anulables y de los actos inexistentes.

En el Libro VII —Fuentes de las obligaciones—, —Sección Primera, Contratos en general—, —Título I, Disposiciones Generales—, el nuevo Código en sus artículos 1351 y 1352 recoge la posición de la Doctrina

Nacional y Extranjera de siempre en el sentido de que no puede hablarse de contratos sino cuando existe acuerdo de voluntades. Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de dos o más partes, excepto aquellos que además deben observar la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad, que son los contratos solemnes.

Luego de esta introducción creo que estamos en condiciones de establecer cuales de los llamados "contratos nominados", regulados como tales en el Código Civil de 1984, son a nuestro entender contratos solemnes, esto es contratos con gran incidencia en nuestra actividad notarial.

1. EL SUMINISTRO

El Código Civil de 1984 en su artículo 1605, segundo párrafo, dispone que, cuando el contrato se celebre a título de liberalidad, debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

2. LA DONACION

En su artículo 1624 el Código Civil de 1984 establece que el contrato debe celebrarse por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, cuando el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien mueble cuyo valor exceda de treinta veces el sueldo mínimo vital mensual vigente en el momento y en el lugar en que se celebre el contrato. Hoy en Lima deben formalizarse por escrito de fecha cierta las donaciones de bienes muebles con valor superior a cuatro mil cincuenta intis (I/. 4,050.-) por ser hoy ciento treinta y cinco intis (I/. 135.00) el sueldo mínimo vital mensual.

El contrato de Donación, según lo dispone el artículo 1625 del mismo Código, debe hacerse por escritura pública, bajo sanción de nulidad, cuando la donación sea de bienes inmuebles sin considerar su valor, o de bienes muebles cuyo valor sea superior a ciento cincuenta veces el sueldo mínimo mensual, es decir hoy en Lima con un valor mayor de veinte mil doscientos cincuenta intis (I/. 20,250.-).

El Código Civil de 1936, en su artículo 1474 también regulaba la forma de las donaciones en tres maneras: a) Verbalmente si se trataba de donaciones manuales seguidas de inmediata tradición y si los objetos donados eran de pequeño valor; b) Por documento privado si los objetos donados eran muebles y no estaban comprendidos en el caso anterior; y c) Por instrumento público cuando las cosas donadas eran inmuebles.

3. EL MUTUO

El Código Civil de 1984, en su artículo 1650, dispone que el contrato entre cónyuges debe constar por escritura pública bajo sanción de nulidad, cuando su valor exceda de ciento cincuenta veces el sueldo mí-

mo mensual, es decir hoy en Lima por más de veinte mil doscientos cincuenta intis (I/. 20,250.-). El Código Civil de 1936 en su artículo 1585, establecía que cuando el valor del mutuo —dinerario o no— era superior a quinientos soles (S/. 500), debía constar por escrito.

4. MANDATO CON REPRESENTACION

El encargo debe constar en forma indubitante y por escritura pública, bajo sanción de nulidad, cuando el mandatario o representante, por cuenta y en nombre del mandante o representado, dispone de la propiedad del mandante o grava sus bienes. Es la remisión que hace el artículo 1806 al artículo 156 del Código Civil de 1984, artículo que se encuentra en el Título III del Libro II dedicado al Acto Jurídico.

La Doctrina y la Jurisprudencia Nacional deberán interpretar si la presunción que hace el artículo 1807 del Código de que el mandato es con representación, es *Jure et de Jure* o *Jures Tantum*. Considero que admite prueba en contrario cuando el mandatario actúa en nombre propio y no por cuenta de su mandante que es la figura del mandato sin representación legislado a partir del artículo 1809 hasta el artículo 1813 del mismo. En el mandato sin representación los efectos jurídicos del contrato recaen directamente sobre el propio mandatario y no sobre su representado. Será necesario, como señala el Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, "Otro acto jurídico para que los efectos del contrato se produzcan en el círculo jurídico del mandante. El representante es el contratante, los derechos y obligaciones que surgen del contrato lo afectan directamente".

El Código Civil de 1936, al tratar el Mandato, disponía en su artículo 1633, al igual que el artículo 156 del Código Civil de 1984, que para disponer de la propiedad del mandante o gravarla, se necesitaba que el encargo constara expresamente y por escritura pública. El Código Civil de 1936 en su artículo 1640 y en su artículo 1645 también legisló el mandato con y sin representación cuando el mandatario obra en nombre de su mandante o en su propio nombre.

5. EL SEQUESTRO

Es una modalidad de la prestación de servicios, la misma que como contrato equivalente a depositar una cosa en manos de un tercero hasta que se decida a quién pertenece la cosa respecto a la cual ha surgido la controversia (artículo 1857), debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad tal como lo establece el artículo 1858 del Código Civil de 1984. Sin exacta similitud con éste cabe concordar el acotado artículo 1858 del Código actual con el artículo 1608 del Código derogado conforme al cual, con excepción del depósito necesario que podía hacerse verbalmente cualquiera que fuere el valor de la cosa depositada, el depósito de una cosa cuyo valor excediera de quinientos soles debía hacerse por escrito.

6. LA FIANZA

Contrato mediante el cual una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra, en el Código Civil de 1936 en su artículo 1776 y en el vigente Código en su artículo 1871 se establece que debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

7. EL COMPROMISO ARBITRAL

Desparramada la institución del arbitraje en el inciso 6o. del artículo 522, en el artículo 918 y en el inciso 2 del artículo 1376 del Código de 1936; el Código Civil de 1984 regula este contrato a partir del artículo 1909 y siguientes como el acuerdo entre dos o más personas para que una controversia determinada materia o no de un juicio, sea resuelta por terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente. Novedosa institución que, de ser utilizada, estoy seguro que producirá buenos resultados en la solución de controversias que requieren rápida solución, fin que hoy, lamentablemente no se cumple en la administración de justicia, por razones de todos conocida.

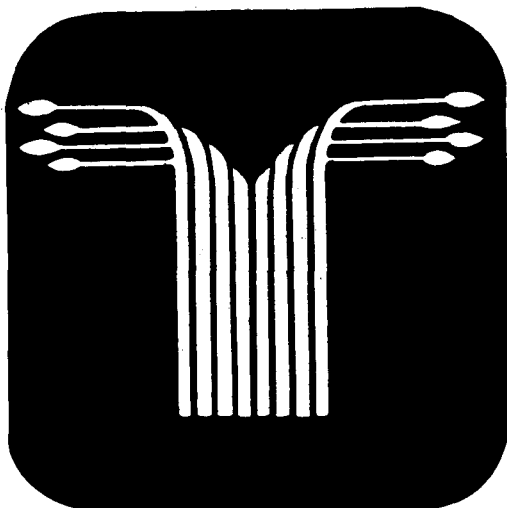
El artículo 1910 del Código dispone tanto que el compromiso arbitral debe celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad; y que, si hay juicio pendiente, dicho compromiso debe formalizarse mediante escrito presentado al Juez con firmas certificadas no por No-

tario sino por el Secretario de la causa.

8. RENTA VITALICIA

El Código vigente dispone, finalmente, que la renta vitalicia debe constituirse por escritura pública, bajo sanción de nulidad. Lo establece en su artículo 1925. Igual disposición, con la única sustitución del vocablo "pena" por el de "sanción", se encontraba plasmada en el artículo 1750 del Código Civil de 1936.

Considero que no son solemnes en el Código Civil de 1984: la Compra Venta; la Permuta; el Contrato de Obra; el Mandato sin representación; el Depósito; la Cláusula Compromisorio; el Juego y la Apuesta. Para estos contratos es aplicable lo dispuesto por el artículo 143 del Código Civil de 1984 que establece que, cuando la ley no designa una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente. El artículo 1122 del Código Civil de 1936 tenía el mismo tratamiento. Estos contratos se perfeccionan con el simple acuerdo de voluntades, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1351 y 1352 del Código, al no haber señalado la ley que observen una forma específica para el perfeccionamiento bajo sanción de nulidad. Si se usa la forma escrita es solo para efectos probatorios ante terceros, como medio de prueba de haberse celebrado el contrato.



TRENER

Aspectos sociales de la contratación privada en el Código Civil de 1984

Cosme Nalvarte R.

Abogado y Catedrático Auxiliar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

1. IMPORTANCIA DEL CONTRATO EN LA SOCIEDAD MODERNA

El contrato es una de las instituciones Jurídicas que más importancia tiene dentro de la ciencia del derecho, cualquiera sea su modalidad concreta y típica, es el instrumento por **excelencia**, en base al cual, la vida económica de una sociedad se desenvuelve y organiza.

El modelo de sociedad industrial esquema en el que se edifica la moderna sociedad occidental, ha necesitado de elementos jurídicos que justifiquen su existencia y desarrollo; el contrato, entonces, se ha ofrecido como un eficiente medio que facilita la libre circulación de bienes. El contrato permite al individuo cambiar de ropa, adquirir vivienda, transferir derechos, asegurar bienes de eventos externos que pudieran causar su pérdida, y en general, propiciar el intercambio de derechos patrimoniales que impulsan la riqueza social.

Desgraciadamente, este modelo ideal no funciona siempre todo lo bien que se quisiera, es imposible escapar de la percepción que fluye la realidad, que nos demuestran que los hombres no pueden ejercitar al mismo grado de libertad social.

Los hombres no nos encontramos en la misma posibilidad de acceder a iguales facultades de movilidad social, ofreciéndose el mercado como un ámbito de opciones limitadas a los seres humanos con mayor acceso a las ventajas de pertenecer a una clase social, estrato cultural o económico principalmente.

El principio liberal sintetizado en la célebre fórmula "**Laissez faire, laissez passer**" resulta hoy en día totalmente inadecuado para resolver las situaciones de injusticia que se presentan en la vida moderna.

La libertad irrestricta de los particulares, el rechazo o cualquier intento de intromisión estatal, el respeto a la palabra empeñada, la estabilidad y previsibilidad del sistema, la llamada cláusula del contrato so-

cial que lo que hablaba Rousseau; ideas todas, de las que emanaron principios como: "El contrato es una ley entre las partes", "Quien dice consensual dice justo". Están sufriendo hoy en día de un inevitable replanteamiento del cual el legislador civil de 1984 no ha podido sustraerse.

2. LA LLAMADA TENDENCIA DE LA SOCIALIZACION DEL CONTRATO

Esta nueva concepción pretende ser la superación de los conceptos contractuales clásicos en la búsqueda de la afirmación del ideal contractual, en concordancia con los valores sociales.

Dentro de esta tendencia, el contrato tiene una orientación finalista comprensiva de los fines económicos y sociales de la institución, marco en el cual deben desembolverse las prerrogativas individuales.

El respeto a la palabra empeñada es suplido por el criterio de la buena Ley contractual, que señala que las partes deben abstenerse de conductas contrarias a un comportamiento fiel y leal con relación a su contraparte contractual, observando en sus actos, una honestidad que no vulnere el legítimo interés ajeno.

La obligatoriedad y el inevitable cumplimiento de las obligaciones, se ha flexibilizado mediante causales de excusión, algunas de estas causales, incluso, han sido concretizadas en instituciones correctivas de la desigualdad como es el caso de lesión y la **excesiva** onerosidad de la prestación, todo esto basados en imperativos de justicia.

La estabilidad del sistema ha encontrado una identidad con los fines emanados por la justicia distributiva, naciendo así, un nuevo concepto de **orden público**, cuyo contenido es prevalecientemente económico, mediante el cual la sanción ya no es siempre de nulidad absoluta, propiciando que los contratos sean corregidos o rectificadas conforme a lo establecido por la ley y los objetivos sociales.

La libertad irrestricta de los particulares es abolida, incorporándose concepciones que se dictan bajo el influjo de las tesis que proscriben el abuso del derecho, entendiéndose que el ejercicio normal del derecho de contratar, no puede exceder las fronteras dentro de los cuales, un derecho se disfruta regularmente, se dispone y se hace valer contra terceros, esto se logra vía una mayor formulación de normas imperativas.

Se amplía el radio de acción de los contratos, en base a una extensión de sus efectos, no solamente circunscrito a relaciones entre las partes, sino también, extensivo a personas no intervinientes en la relación, plasmándose así, relaciones específicas como el contrato a favor de tercero, la promesa de obligación de hecho de un tercero etc., sufriendo con esto un considerable menoscabo el principio que rezaba que el contrato era "**Ley entre las partes**".

La constatación de que la libertad e igualdad jurídica no tiene un necesario correlato con la igualdad y libertad económica que emane de la realidad, ha llevado al legislador, a regular los llamados contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación.

En suma, se puede afirmar que esta nueva concepción contractual reconoce que el progreso humano descansa en el juego de libertades, ejercidos mediante una activa intervención del Estado y los contratantes en la búsqueda de la equidad entre los intereses sociales y las legítimas aspiraciones individuales, consagrándose así el principio del funcionalismo social del contrato.

3. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DE LA SOCIALIZACION DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL

a) La buena fe contractual en el Código Civil

El artículo 1362 del código civil que tiene como antecedente el Art. 1337 del código civil italiano, consagra el principio por el cual, los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, la principal novedad legislativa la constituye la disposición que ordena la observancia de la buena fe en el período de la negociación y celebración del contrato.

El artículo 1328 del código civil de 1936, a diferencia del artículo 1362 ya citado, disponía que sólo la ejecución de los contratos debía llevarse a cabo según las reglas de la buena fe.

En un sentido amplio, entendemos como negociaciones, aquellos hechos anteriores a la celebración del contrato y a la misma oferta contractual, en función de las cuales, las partes analizan las condiciones contractuales. Especies de la negociación, serían entonces, las tratativas y la oferta.

La observancia de la buena fe en este período, en el fondo es una prohibición a lo que Spota y Saleilles, llaman como **ruptura intempestiva de las negociaciones**, tesis por la cual, se considera que la declaración de voluntad de uno de los negociadores en el sentido de no llevar adelante el contrato y expresada en forma imprevista y arbitraria, crea responsabilidad si con tal declaración se genera daños y perjuicios.

Lo que se sanciona es el hecho de la violación de conveniencias comerciales y de seguridad, en el sentido y la medida que manda la equidad. La contraparte víctima de la ruptura intempestiva, se convierte en acreedores del llamado interés contractual negativo, apuesto al interés positivo (interés en el cumplimiento).

El artículo 1362 debe ser concordado con los artículos 1382, 1383, 1384, 1385 que señalan como regla general (conjuntamente con una variedad de excepciones) la tesis de la obligatoriedad de la oferta, es claro entonces que al emitirse la oferta se crea un efecto jurídico que obliga al emitente a mantenerla en un modo y en un plazo razonable, con el fin de no crear en el recipiendario, expectativas que pudieran devenir en actos de disposición patrimonial que le originen daños.

Lo razonable sería, que el código hubiera sancionado reglas por las cuales la ruptura injustificada de las tratativas y la revocación arbitraria de la oferta, permitiera a quien sufriera daños, exigir el resarcimiento del caso. Tal parece que esta idea fue desechada por la comisión revisora, asimilando el régimen de la responsabilidad precontractual, al de la responsabilidad extra-contractual. Si bien es cierto, ambos regímenes conceptualmente son distintos, en pertinente aplicar las reglas de la responsabilidad extra-contractual para que los derechos que de tal responsabilidad emergen no deriven en ilusorios.

La buena fe en la celebración del contrato impone un comportamiento inspirado por el sentido de probidad manifestada en la representación honesta y no capiosa de los derechos y deberes que del contrato emergen.

La buena fe entonces, se propone en un rol informador de pauta de conducta solidaria y fraterna, guiada por el espíritu social que impulsa al contrato.

b) Medios de lograr el fenecimiento de los contratos

El criterio que manda el inevitable cumplimiento de los contratos no es absoluto, en el código civil existen formas legítimas de sustraerse a la fuerza obligatoria del contrato sin incurrir en responsabilidad.

Si bien es cierto la forma natural por la cual un contrato cesa en sus efectos es el cumplimiento voluntario, el código trata de la problemática en la cual, determinados eventos pueden influir sobre la eficacia del mismo.

El siguiente cuadro basado en un análisis que hace Francesco Messineo puede ayudar a ilustrar la figura:

CAUSAS QUE PRIVAN DE LA EFICACIA NATURAL AL CONTRATO

- A.1 Contratos inválidos (nulos y anulables)
- A.2 Contratos rescindibles
- A.3 Contratos ineficaces en si
- B. Por eventos sobrevivientes a su formación (contratos susceptible de resolución)

Un primer grupo lo constituyen aquellas causas que privan de eficacia el contrato por causal existente al momento de su celebración, dentro de este rubro estarían los contratos inválidos, sobre los cuales, no se ha seguido un procedimiento regular de formación que cumpla con todos los requisitos de validez; cuando existe un vicio en su formación que hace que el contrato nazca muerto se considera **nulo** (Ejemplos Artículos: T.P.V., 44, 190, 219 (Todos los incisos, 1352, 1403, 1405, 1411, 1412). Los contratos anulables importan un menor grado de invalidez ya que puede ser subsanado por medio de la confirmación del acto. (Ejem. Artículos: 21, 44, 193, 202, 203, 121 Incisos 1, 2, 3, 4).

Siempre dentro del primer grupo podemos comprender a los contratos rescindibles, relaciones jurídicas que por razón de un desequilibrio patrimonial de cierta importancia, se les priva de eficacia aún cuando en principio son válidos, (Ejemplos: Artículos 1359, 1447 y 1575).

Los contratos ineficaces en si (Sentido técnico) podrían ser confundidos en los contratos inválidos; la diferencia estriba en el hecho de que si bien estos contratos aún cuando no son inválidos, no producen efectos por la existencia de un obstáculo intrínseco (Ejemplos Artículos 191, 195, 198).

El segundo grupo lo constituyen los contratos susceptibles de resolución; su ineficacia se sustenta en eventos sobrevivientes a la formación del vínculo que puede o no depender de la voluntad unilateral o de hechos ajenos a la voluntad de las partes (Ejemplos Artículos 1428, 1429, 1430, 1431, 1432, 1433).

Las razones que se esgrimen son absolutamente comprensibles, por lo que creemos que tantas y tan variadas excepciones el principio de la obligatoriedad del contrato, no debilitan sino mas bien robustecen el criterio de obligatorio cumplimiento, quedando la regla general, sustentada en una realidad de justicia social acorde al respeto de la palabra empeñada.

c) Cláusulas generales de contratación y contrato por adhesión

Del reconocimiento de los monopolios de hecho y de derecho, nace una regulación a las llamadas cláusulas generales de contratación y el contrato por adhesión. Las primeras se definen como aquellas condiciones formuladas preventivas y unilateralmente por empresas o grupos de empresa, en forma general y abstracta, que se difunden al público en general, con el fin de incorporarse luego a las ofertas de cada contrato en particular; el segundo es una modalidad de contratación en el que las condiciones son redactadas íntegramente por una de las partes, pudiendo la otra aceptar o rechazar el íntegro de las condiciones en bloque.

En el código civil se destaca, una referencia al llamado "Contrato Abierto", una distinción entre las cláusulas que requieren o no aprobación administrativa, un reconocimiento el llamado "Contrato de hecho" ofrecido según cláusulas generales de contratación la difusión adecuada al público del contenido de las estipulaciones generales estableciéndose una presunción **iuris tantum** sobre su conocimiento.

El código igualmente, legisla en el artículo 1398 una enumeración de las cláusulas generales que son consideradas inválidas. Constituyendo en mi opinión, inconveniente, ya que el listado por el hecho de ser taxativo deja el campo abierto a la validez de otras condiciones injustas no comprendidas dentro de la denominación taxativa las cuales pueden incluirse en el contenido de los contratos.

d) Excesiva onerosidad de la prestación

El contrato crea un estado o presupuesto de hecho estructurándose sobre la base de un cierto equilibrio. Eventos excepcionales alteran ese estado, alterando el equilibrio jurídico de las prestaciones, estos eventos son en mi concepto verdaderos **hechos jurídicos**, la aparición de tales acontecimientos hacen que el derecho haya formulado reglas inspiradas en el principio de la buena fe probidad, ante la imposibilidad de cumplir con esta finalidad, se faculta pedir la resolución del contrato.

Para una ilustración he confeccionado el siguiente cuadro:

Acto Jurídico	Hecho Jurídico	Norma Positiva	Restablece el estado contractual o Faculta la resolución del vínculo.
Estado de la relación	Evento impredecible que altera el estado contractual	Inspirada en buena fe (Excesiva onerosidad de la prestación)	

El sentido de la institución se basa en el espíritu que el contrato debe primar sobre el aspecto formal del mismo debe guardarse respeto a la situación de igualdad contractual, los contratantes tienen iguales

expectativas patrimoniales en el acuerdo, por lo que es justo que se imponga a las partes una conducta dirigida a obtener la recíproca colaboración para lograr el mantenimiento de las condiciones equitativas iniciales, que después de haberse producido un cambio en las circunstancias, hacen excesivamente gravosas las prestaciones para uno de los contratantes.

El código civil trata el tema dándole relevancia a ciertos aspectos:

- (1) Esta institución se aplica para los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes, ha sido diferida, por causa no imputable a ella y en los contratos aleatorios, cuando la desproporción entre las prestaciones no deriva del riesgo, propio del contrato.
- (2) El código propone dos medidas: La reducción o aumento de la prestación necesaria para el reestablecimiento de la igualdad, o la resolución del vínculo.
- (3) La institución se extiende a los contratos de una sola prestación, dando un tratamiento discordante con la naturaleza del contrato.
- (4) Se establece la improcedencia de la acción, cuando su ejecución se difiere por dolo o culpa de la parte ofertada.
- (5) Se establece la nulidad de la renuncia a la acción por excesiva onerosidad.

e) Tratamiento de la lesión

El código socializa la lesión difundiéndola a todo tipo de contratos conmutativos y aleatorios cuando se produce sus causas ajenas al álea del contrato, y cuando concurren los requisitos enumerados en el Art. 1447 dando una visión de la Institución mucho más amplia que la del código de 1936 que la restringió solo a la compra-venta de inmuebles.

Esta figura está acorde con la tarea del contrato de propiciar el surgimiento de instituciones que propugnen un tratamiento de las relaciones jurídicas que guarden armonía con los principios de justicia y de igualdad.

El código civil de 1984 regula el tema de la lesión

resaltando los siguientes aspectos:

- (1) Incorpora un tratamiento ecléptico (objetivo-subjetivo) procediendo la acción, cuando existe una desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato, del orden del 40 o/o y existe un abuso de parte de uno de los contratantes de un estado de necesidad apremiante, excluyéndose del régimen, a la situación de aprovechamiento del estado de inexperiencia.
- (2) Se establece la presunción *iuris tantum* de existencia de la lesión cuando la desproporción entre las prestaciones es igual o superior al 66.6 o/o.
- (3) La desproporción se aprecia al tiempo de la celebración del contrato.
- (4) Se establecen normas procesales tendientes a proteger el principio de conservación del contrato (Artículos 1449, 1450, 1451).
- (5) En concordancia con lo anterior, se prevén dos formas de remediar la lesión en el orden de prelación, la acción rescisoria, y de no ser esta posible, la acción de reajuste.
- (6) Se establece la nulidad de la renuncia a la acción por lesión, igualmente se establece la improcedencia de la acción, en la transacción y en las ventas hechas por remate. Entendemos que en este rubro se integran los contratos gratuitos.
- (7) Se implementa la acción por lesión entre condóminos.
- (8) Cabe destacar igualmente, que el código no recogió la figura del abuso conciente del estado de inexperiencia, como si lo hizo el proyecto, desplazando esta causal a la figura del error, tratamiento conceptualmente inadecuado, según mi opinión, ya que lo que sanciona la institución no es la inadecuada representación de la realidad, sino el abceso conciente de un estado de inferioridad en la familiarización y uso de los alcances contractuales.

La descripción de las instituciones que he comentado, por razones de espacio, es por demás somera, por lo que de antemano pido disculpas a los lectores, quedando igualmente comprometido mi agradecimiento a los integrantes del Concejo Editorial de esta prestigiada revista, por la gentileza en haberme invitado a escribir estas páginas.

La venta de bien ajeno en el Código Civil Peruano

Edgardo Mosqueira Medina
Bachiller en Derecho

1. LA VENTA DE BIEN AJENO. CONCEPTO Y CARACTERES

La posibilidad de que se pueda celebrar válida y eficazmente un contrato de compraventa en el cual el bien materia de la venta no pertenece al vendedor al momento de la celebración del contrato, constituye lo que en la doctrina se ha venido a denominar el problema de "La venta de cosa o bien ajeno", el cual representa un tema polémico para aquélla, en la medida que ha generado diversas y encontradas posiciones. Ciertos sistemas jurídicos aceptaron la posibilidad de celebrar válidamente contratos de venta de bienes ajenos, mientras que otros proscribieron su validez.

Nuestro Código Civil de 1984 ha legislado en la parte referida al Contrato de Compraventa respecto de la venta de bienes ajenos. En tal sentido y antes de ingresar al análisis de las normas correspondientes es importante establecer algunas precisiones.

La venta de bien ajeno constituye un contrato de compraventa mediante el cual el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de un bien al comprador. La única particularidad de este contrato radica en que el bien materia de la transferencia no pertenece al vendedor al momento de la celebración del contrato.

El contrato de compraventa como todos los contratos en nuestro Código Civil es —respecto de su formación— un contrato **consensual**, es decir, su celebración se produce por el simple acuerdo dado por las partes. De esta manera la compraventa no constituye un contrato **real**, que es aquel que para su celebración requiere que se haga la entrega o la transmisión de la propiedad del bien vendido, ni tampoco constituye un contrato **solemne**, que es aquel que para su celebración requiere el cumplimiento de alguna formalidad.

De igual modo, el contrato de compraventa es —respecto de sus efectos— un contrato de **eficacia**

obligacional, es decir, por su celebración surgen o nacen exclusivamente obligaciones entre las partes. De esta manera el contrato de compraventa no constituye un contrato con **eficacia real** o contrato **transmisorio**, que es aquel que a consecuencia de su celebración genera o produce la transferencia de la propiedad.

Por lo tanto para la formación o celebración del contrato de compraventa es suficiente que las partes brinden su consentimiento sin que sea necesario que realicen la entrega o transferencia de la propiedad del bien vendido o que cumplan formalidad alguna, y, el contrato una vez celebrado tiene como único efecto el surgimiento de obligaciones a cargo de los contratantes sin que se produzca a consecuencia de dicha celebración consensual la transferencia de la propiedad.

La importancia de la venta de bien ajeno es muy grande, pues permite una mayor fluidez en el tráfico de los bienes. En efecto, en aquellas legislaciones que permiten su celebración cabe la posibilidad de que el vendedor se comprometa a transmitir la propiedad de un bien que no le pertenece, pudiendo cumplir con su obligación adquiriendo el bien para transmitírselo a su comprador. En nuestra realidad social, los contratos de venta de bienes ajenos se celebran con una frecuencia no imaginada. En efecto, diariamente se celebran innumerables contratos de compraventa en los que vendedores de productos (alimenticios, domésticos, industriales, etc.) se obligan a transmitir la propiedad de dichos bienes sin contar con la propiedad de los mismos, la que adquirirán con el objeto de cumplir su obligación. De igual modo muchos vendedores de inmuebles ofrecen la propiedad de los mismos y se obligan a transmitirla sin ser propietarios, adquiriendo posteriormente a la celebración del contrato la propiedad de dichos bienes con el objeto de cumplir su obligación de transmitir. En todos esos casos se celebran ventas de bienes ajenos, sin que nos encontremos ante hipótesis de ventas celebradas en representación de alguien o por comisión.

2. CRÍTICAS A LA VENTA DE BIEN AJENO

Tal como lo hemos señalado, la venta de bien ajeno ha generado innumerables polémicas en la doctrina, siendo acogida como un contrato válido por algunos sistemas y proscrita por otros. La proscripción de la venta de bien ajeno surge esencialmente en el sistema francés pues el Código Napoleón estableció la nulidad de dicho contrato aunque sin precisar cual elemento del contrato faltaba en la venta de bien ajeno o cual de dichos elementos se encontraba viciado de tal manera que justificara la nulidad. Diversos tratadistas intentaron dar justificación a dicha nulidad siendo todas las explicaciones insuficientes e inválidas.

Seguidamente analizaremos las principales críticas dirigidas a la venta de bien ajeno, pero dicho análisis lo referiremos a la venta de bien ajeno dentro del contexto normativo del Código Civil peruano, para determinar la aplicabilidad de dichas críticas o su prescindencia.

Algunos intentaron sostener que la venta de bien ajeno es un contrato nulo pues su **objeto es imposible**, entendiendo que el objeto imposible radica en el compromiso del vendedor consistente en transferir la propiedad de un bien que no le pertenece. En efecto, el numeral 2 del artículo 140 del código establece como requisito para la validez del acto jurídico la posibilidad física y jurídica del objeto. En la medida que el contrato de venta de bien ajeno es un acto jurídico, el objeto de dicho acto jurídico es la **obligación**, conforme a lo establecido por el artículo 1402 del código. Adicionalmente el artículo 1403 del código establece que la **prestación** en que consiste la obligación y el **bien** que es objeto de ella deben ser posibles. Por lo tanto, debemos analizar si la obligación, la prestación y el bien en la venta de bien ajeno son posibles. Para dichos efectos debemos precisar que la posibilidad jurídica consiste en que la naturaleza de las instituciones jurídicas no sea transgredida, mientras que la posibilidad física radica en que las situaciones se adecúen a las premisas físicas aceptadas.

La **obligación** del vendedor de bien ajeno no es jurídicamente imposible en la medida que el artículo 1409, numeral 2 permite la posibilidad de obligarse respecto de bienes ajenos.

De igual modo, la imposibilidad de la prestación no se presenta. Requisitos para que se produzca la imposibilidad del objeto son que dicha imposibilidad

sea originaria (es decir, que se presente desde la celebración del contrato) y que sea objetiva (es decir, que sea una imposibilidad para todos). En la venta de bien ajeno la prestación del vendedor consistente en transmitir la propiedad al comprador no es originaria ni objetivamente imposible sino sobreviniente y subjetiva. En efecto tal como lo señalan Pérez Gonzalez y Alguer¹ la prestación del vendedor de bien ajeno "es siempre objetivamente posible, ya que el vendedor podría adquirir y quedaría obligado a adquirir la cosa ajena para transferirla después al comprador (...)", agregando que si el vendedor no logra adquirir la cosa para transmitírsela al comprador la imposibilidad surge recién en dicho momento por lo que es una imposibilidad subsiguiente y subjetiva (pues solamente es imposibilidad respecto del vendedor). De similar opinión es Albaladejo².

Respecto del bien materia de la prestación, en la medida que éste pueda ser vendido y no presente limitaciones a su comerciabilidad no será imposible jurídicamente. Tampoco lo será físicamente si dicho bien se adecúa a las premisas físicas comunmente aceptadas (sería imposible el bien si se tratase de un caballo alado, por ejemplo).

Otros como los Mazeaud³ y Huc⁴ consideran que en la venta de bien ajeno el comprador sufre un **error en las cualidades de la cosa vendida**, al considerar como cualidad de aquella su pertenencia al vendedor y su posibilidad de ingresar en el patrimonio del comprador. Baudry Lcantiney y Saignat⁵ y Josserand⁶ sostienen que el comprador de bien ajeno sufre un **error en las cualidades de la persona del vendedor** al considerar como cualidad de aquella la de ser propietaria del bien vendido. Ambos supuestos errores se fundan en el hecho que el comprador asumió que por la celebración del contrato se convertía en propietario, situación que no se produjo por no pertenecerle la cosa al vendedor o —lo que es lo mismo— porque la cosa no era de él. Ambos errores se refieren a las cualidades de la persona y de la cosa, y por cualidades debemos entender aquellas circunstancias, atributos o peculiaridades de importancia en la cosa o la persona que hacen que se le asigne a una categoría en lugar de otra, son los atributos físicos o económicos que hacen que la cosa sea idónea para un uso particular (66). En tal sentido no se puede considerar que la pertenencia de una cosa a cierta persona o el que cierta persona sea propietaria de una cosa sean atributos especiales de la cosa o la persona que la diferencien de las otras cosas o personas de su misma

1. Ennecerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martin: "Tratado de Derecho Civil", Tomo II, volumen II, Barcelona 1934, p. 23.

2. Albaladejo, Manuel: "Derecho Civil", Bosch, Tomo II, volumen I, Barcelona 1975, pp. 17-18.

3. Mazeaud, Henry, León y Jean: "Lecciones de Derecho Civil francés", Ediciones Jurídicas Europa-América, parte tercera, volumen III, Buenos Aires 1959-1965, p. 92.

4. Rezzonico, Luis María: "Estudio de los contratos en nuestro Derecho civil", Ediciones Depalma, Buenos Aires 1967, tomo I, p. 95.

5. Rezzonico.

6. Josserand, Louis: "Derecho Civil", Bosch y Cía., Editores, Buenos Aires 1950, tomo II, volumen II, pp. 24-25.

especie. Dicha pertenencia o dicha titularidad no es más que una relación jurídica entre la persona y la cosa, relación que surge porque un derecho recae sobre la cosa.

Otros autores intentan sostener que la venta de bien ajeno es una compraventa en la que el vendedor comete **dolo** en perjuicio del comprador, razón por la cual el contrato debe anularse. Tal argumento es falso pues para que se produzca el dolo sería necesario que el comprador haya establecido en el contrato que lo celebra en consideración de que el vendedor es propietario y además el vendedor debería haber engañado al comprador respecto de su carácter de propietario. Caso contrario y de haberse celebrado la venta de bien ajeno obligándose el vendedor a transmitir la propiedad, no podrá presumirse que el vendedor ha actuado dolosamente pues tal presunción no es válida.

Algunos autores que aceptan la validez de la venta de bien ajeno sostienen sin embargo que la misma constituye un **contrato aleatorio**, recusando su carácter conmutativo. Siguiendo a Miguel⁷ los contratos aleatorios no son contratos con prestaciones recíprocas pues dichos contratos no se refieren a dos prestaciones ciertas sino a dos **posibilidades de prestación**. En consecuencia, siendo la venta de bien ajeno un contrato aleatorio no participaría de las características de un contrato con prestaciones recíprocas. Sin embargo esta posición tampoco es satisfactoria pues consideramos que la venta de bien ajeno es un contrato conmutativo, en la medida que desde la celebración del contrato las partes conocen perfectamente el contenido de las prestaciones que van a recibir a cambio de las que deben de dar, siendo dichas prestaciones ciertas y determinadas. No existe por lo tanto el riesgo que se presenta en los contratos aleatorios, es decir riesgo en cuanto a la existencia, calidad o cantidad de alguna de las prestaciones, pues ambas prestaciones se determinan expresamente al celebrarse el contrato; en todo caso, el único riesgo existente —y que no corresponde al riesgo del contrato aleatorio— es la posibilidad de que el vendedor llegue o no a transmitir la propiedad, riesgo que se relaciona mas bien con el cumplimiento del contrato.

3. EL CONTRATO DE VENTA DE BIEN AJENO EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Considerando el carácter consensual —no real— y la eficacia obligacional —no transmisiva— del contrato de compraventa en el Código Civil peruano y habiendo sido descartados todos los intentos para justificar la unidad de la venta de bien ajeno, queda clara la validez de dicho contrato, más aún cuando el legislador no ha supeditado la validez de la compraventa

al hecho de que el vendedor cuente con el Poder de Disponer o titularidad del bien vendido al momento de celebrar el contrato.

En tal sentido el código ha contemplado diversos supuestos de contratos referidos a transferencia de la propiedad de bienes ajenos, sin que todos dichos supuestos se refieran a contratos de venta de bien ajeno.

4. EL ARTICULO 1537 DEL CODIGO CIVIL

Este artículo señala lo siguiente: “El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472”.

El artículo consignado se refiere a un contrato mediante el cual una de las partes —a quien denominaremos “deudor”— asume la obligación de **obtener que la otra parte (a quien llamaremos “acreedor”) adquiera** la propiedad de un bien que ambos saben pertenece a un tercero y no al “deudor”.

De acuerdo a lo expuesto la obligación del “deudor” es una de **“obtener que su acreedor adquiera”**, obligación que no tiene el mismo contenido de la obligación del vendedor en una compraventa, consistente en **“transmitir la propiedad”** de un bien conforme a lo establecido en el artículo 1529 del código. “Obtener que otro adquiera” y “transmitir la propiedad” expresan contenidos diferentes y maneras de cumplir distintas, razón por la cual el “deudor” del contrato contemplado en el artículo 1537 no es el vendedor de la compraventa, por lo que el artículo 1537 no contempla un contrato de compraventa, sino un contrato innominado.

De la Puente⁸ coincide con lo expuesto y agrega que “la obligación del vendedor” (“deudor” para nosotros) no puede ir más allá de comprometer su actividad para obtener el asentimiento del verdadero dueño del bien para transferir la propiedad de éste al comprador (“acreedor” para nosotros)”. De acuerdo a lo consignado, De la Puente considera que la obligación asumida por el “deudor” compromete su actividad para obtener que el tercero propietario le transfiera el bien al “acreedor”. Por tal razón y en la medida que el “deudor” debe obtener el asentimiento de un tercero, el artículo 1537 se remite a las normas de la promesa del hecho o de la obligación de un tercero.

Consideramos que el “deudor” podrá cumplir su obligación no solamente mediante la manera indicada por De la Puente, sino de las maneras que señalamos:

a) Mediante una prestación de hacer —tal como

7. De la Puente, Manuel. “El contrato privado”, Cultural Cuzco, Lima 1983, tomo I, p. 493.

8. De la Puente, Manuel: Exposición de motivos y comentarios-compraventa, en “Código Civil-Exposición de Motivos y Comentarios”, Okura Editores S.A., Lima 1985, parte III, volumen VI, p. 209.

lo considera el tratadista mencionado—, convenciendo al tercero propietario para que transmita la propiedad del bien al “acreedor”, obteniendo así que éste adquiera la propiedad del bien vendido. En dicho caso y considerando que la prestación del “deudor” consistirá en obtener que el tercero se obligue a transmitir o transmita, se aplicarán las normas de la promesa del hecho o de la obligación de un tercero a las que se remite el artículo mencionado.

b) Mediante una prestación de dar, transmitiendo el mismo “deudor” la propiedad del bien vendido al “acreedor”, para lo cual el “deudor” requerirá previamente adquirir la propiedad del bien que se obligó a transmitir. En este caso el “deudor” obtendrá la propiedad del bien del tercero propietario y luego la transmitirá directamente a su “acreedor”, ejecutando una prestación de dar.

Lo expuesto se puede ejemplificar de la manera siguiente: A se obliga frente a B a que éste adquiera la propiedad de un bien que ambos saben pertenece a C. A podrá cumplir con su obligación haciendo que C le transfiera a B, para lo cual deberá obtener el asentimiento de C para dicha transferencia, en cuyo caso se trataría de una prestación de hacer que se rige por las normas de la promesa del hecho o de la obligación de un tercero. Pero también A podrá adquirir el bien de C y transmitírselo a B, en cuyo caso la prestación de A será una de dar en favor de B y no podrá regirse por las normas a las que se remite el artículo comentado. Este segundo supuesto será analizado en el numeral siguiente.

Cabe indicar que normalmente al celebrarse un contrato de los previstos en el artículo 1537, el “deudor” establecerá en su beneficio y a cargo del “acreedor” dos prestaciones: una primera consistente en el pago del precio del bien vendido, y una segunda consistente en una “remuneración” por la actividad desarrollada por el “deudor” al convencer al tercero propietario para que transmita la propiedad del bien al “acreedor”.

5. EL ARTICULO 1538 DEL CODIGO CIVIL

Este artículo prevé lo siguiente: “En el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligado en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario”.

Este artículo establece qué es lo que sucede en el supuesto que el “deudor” obligado conforme a los términos del artículo 1537, adquiera la propiedad del bien del tercero propietario. En dicho supuesto, señala el artículo 1538, el “deudor” queda obligado a transmitir la propiedad del bien, es decir, adquiere el bien del tercero propietario y cumple su obligación con su “acreedor” mediante una prestación de dar. Consecuentemente, el artículo 1538 contempla la hipótesis de cumplimiento de la obligación del “deu-

dor” expuesta por nosotros en la parte final del numeral precedente: mediante una prestación de dar.

Cuando el “deudor” adquiriese el bien del tercero propietario, en virtud del mismo contrato que contenía la obligación de “obtener que el otro adquiera”, el “deudor” queda obligado a “transferir dicho bien al acreedor”. Dicha obligación de “transferir la propiedad a su acreedor” es similar a la obligación del vendedor en la compraventa, conforme al artículo 1529 del código. Por lo tanto, por mandato legal, la **obligación de obtener que el otro adquiera** se convierte en una **obligación de transmitir**, por lo que el contrato innominado contemplado en el artículo 1537 se convierte en un contrato de compraventa, en la medida que, obviamente, el “acreedor” estará obligado a pagar el precio al “deudor”. Nos encontramos pues ante la figura de una conversión legal de la obligación.

En el numeral precedente indicamos que generalmente al celebrarse un contrato en los términos del artículo 1537, se establecerán dos prestaciones en favor del “deudor” y a cargo del “acreedor”. En la medida que el “deudor” adquiera la propiedad del bien y por lo tanto su obligación de “obtener que el otro adquiera” se convierta en una de “transmitir la propiedad del bien”, surge la interrogante de si el “acreedor” continuará obligado a entregar las dos prestaciones al “deudor”. Tal duda surge del hecho de que el “deudor” debería recibir la “remuneración” —una de las prestaciones en su favor indicada en el numeral precedente— a cambio de su prestación de hacer consistente en convencer al tercero propietario de que transmita la propiedad de su bien al “acreedor”. Esta última prestación mencionada no ha sido realizada por el “deudor” pues éste, en todo caso, de lo que ha convencido al tercero propietario es de que le transfiera a el mismo el bien.

Consideramos que aún en el supuesto mencionado y una vez convertida la obligación del “deudor” en una de transmitir —conforme al artículo 1538— el “acreedor” continuará obligado a entregar al “deudor” la prestación consistente en la “remuneración” —como es obvio el precio de todas maneras deberá pagarse— en la medida que si bien la prestación de hacer del “deudor” no se realizó exactamente como se suponía debía realizarse, la finalidad del contrato se cumplió y la obligación del “deudor” también, en la medida que el “acreedor” llegó a adquirir la propiedad del bien. Adicionalmente, debemos tomar en cuenta que en el caso de un contrato celebrado conforme a los términos del artículo 1537, nos encontramos frente a un contrato con prestaciones recíprocas, en tal sentido, la reciprocidad de las prestaciones del “acreedor” —precio del bien y “remuneración”— es respecto de la prestación del “deudor” —el “obtener que el acreedor adquiera”—. Considerando que dicha reciprocidad debe presentarse durante la relación contractual y, como es obvio, cuando se cumplen las obligaciones surgidas del contrato, no puede sostenerse

que la "remuneración" no debe ser pagada al "deudor" pues dicha reciprocidad se vería afectada.

6. EL ARTICULO 1539 DEL CODIGO CIVIL

Este artículo señala lo siguiente: "La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiriera el bien, antes de la citación con la demanda".

Este artículo sí trata el caso de la venta de bien ajeno en la medida que se refiere expresamente a dicho contrato y establece sus consecuencias. En tal sentido es importante tomar en cuenta que la obligación del vendedor de bien ajeno será la de "transmitir la propiedad del bien" y no la de "obtener que otro adquiera". El vendedor deberá transmitir el bien al comprador y dicha transmisión deberá ser verificada por el propio vendedor, es decir deberá personalmente realizar una adquisición derivativa del derecho de propiedad en favor del comprador: la propiedad deberá salir de él (y no de un tercero) e ingresar en el comprador. Si un tercero (por ejemplo, el tercero propietario del bien vendido) realizara la transferencia de la propiedad en favor del comprador, el vendedor no podría aducir que ha cumplido con su obligación, pues él no ha realizado la prestación. Sin embargo, no negamos la posibilidad de que el comprador acepte que la transmisión de la propiedad a la que se obligó el vendedor sea hecha por un tercero, salga del tercero propietario, pero, en dicho caso, la obligación del vendedor no será cumplida tal como estuvo pactada sino de otra manera distinta por lo que se produciría una novación de la obligación.

El artículo materia del análisis contiene tres supuestos diferentes con consecuencias para cada uno de ellos. Dichos supuestos son los siguientes:

- a) El primer supuesto es el de la venta de bien ajeno cuando el comprador no conoce el carácter ajeno del bien, caso en el cual el comprador podrá rescindir el contrato cuando se entere que el bien es ajeno.
- b) El segundo supuesto es el de la venta de bien ajeno cuando el comprador conoce el carácter ajeno del bien. En este caso el contrato no es rescindible.
- c) El tercer supuesto es aquel en que el vendedor adquiere la propiedad del bien antes de la citación con la demanda de rescisión interpuesta por el comprador que no conocía el carácter ajeno del bien. En este supuesto la venta no es rescindible.

De acuerdo a lo expuesto, el legislador ha establecido que si el comprador no conoce el carácter ajeno del bien vendido, podrá interponer la acción rescisoria al momento en que se entera que el bien es ajeno. Caso contrario, es decir si el comprador conociera que el bien es ajeno o si el vendedor llegara a adquirir el bien antes de que el comprador demande la rescisión, dicha acción rescisoria será improcedente.

7. JUSTIFICACION DE LA ACCION RESCISORIA

Considerando que el legislador ha establecido la posibilidad de interponer la acción rescisoria cuando el comprador llegue a enterarse que el bien comprado es ajeno, es importante determinar la justificación de dicha acción. La doctrina coincide en señalar en que la rescisión es una acción orientada a dejar sin efecto un contrato válidamente celebrado pero que produce un perjuicio especialmente injusto para una de las partes contratantes^{9,10,11,12}. Por lo tanto, para analizar la procedencia de la acción rescisoria en la venta de bien ajeno cuando el comprador no conoce el carácter ajeno del bien, es importante precisar cuál es el perjuicio que sufre dicho comprador al momento de celebrar el contrato y que ha llevado a los legisladores a prever la acción rescisoria mencionada.

De la Puente¹³ justifica la rescisión en el supuesto mencionado señalando lo siguiente: "Si el comprador ignora que el bien no pertenece al vendedor en dicho momento (al celebrarse el contrato), no puede conocer que el vendedor no se está obligando a transferirle la propiedad del bien, que es la finalidad del contrato de compraventa, sino únicamente se está obligando a obtener el asentimiento del verdadero dueño, o sea algo que no depende de su voluntad, por lo cual la posibilidad del comprador de obtener la propiedad del bien es bastante más remota". Esta justificación de la acción rescisoria se basa en que supuestamente, el vendedor de un bien ajeno, no se obliga en realidad a transmitir la propiedad de dicho bien, no se obliga a realizar una prestación de dar, sino que únicamente se obliga a obtener que el verdadero dueño dé su asentimiento para transmitir su propiedad al comprador, es decir el verdadero contenido de la obligación del vendedor sería el de una de hacer similar a la que realiza el "deudor" en el contrato previsto en el artículo 1537, al que ya nos hemos referido. El hecho de que el comprador no conozca el "real" contenido de la obligación del vendedor constituiría el perjuicio que sufre el primero.

9. Farina, Juan: "El pacto comisorio, precedido de un estudio sobre la rescisión y la resolución de los contratos", Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1961, p. 21.
10. Castro y Bravo, Federico de: El Negocio Jurídico en "Tratado práctico y crítico de Derecho Civil", tomo X, Madrid 1967, p. 520.
11. Messineo, Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1955, tomo II, p. 505.
12. Castro y Bravo, p. 523.
13. De la Puente, Manuel: Exposición de Motivos y comentarios-compraventa (...), parte III, volumen VI, p. 210.

Tal justificación no se ajusta al contenido de lo previsto por el artículo 1539 y por lo tanto no explica cuál es el fundamento de la acción rescisoria mencionada. En efecto, tal como lo hemos precisado el artículo 1539 se refiere a un contrato de compraventa —en el cual el bien vendido es ajeno—, por lo que en dicho contrato el vendedor se obliga a “transmitir la propiedad de un bien”, obligación a cargo de todo vendedor en un contrato de compraventa, conforme a lo previsto en el artículo 1529 del Código Civil. Por lo tanto, el vendedor se obliga a realizar una prestación de dar en favor del comprador, y no se obliga a obtener asentimiento alguno, no se obliga a realizar ninguna prestación de hacer. Si asumiéramos como válida la justificación expuesta por los legisladores, se presentaría la hipótesis de que a lo que realmente se ha obligado el vendedor de bien ajeno es a **“hacer adquirir y obtener el asentimiento del tercero propietario”**, mientras que el comprador asume que a lo que efectivamente se ha obligado el vendedor es a **“transmitirle la propiedad”**, por lo que cada una de las partes contratantes asumiría un contenido diferente para una de las obligaciones del contrato. Por lo tanto, entre los contratantes no habría acuerdo respecto del contenido de la obligación del vendedor, razón por la cual la voluntad de ellos no sería común y no habría el consentimiento requerido para la formación del contrato. En conclusión, si la justificación de la acción rescisoria transcrita fuera válida, no nos encontraríamos frente a un problema de rescisión sino frente a un contrato inexistente por no existir acuerdo entre las partes respecto del contenido de la obligación del vendedor.

Tal como lo hemos expuesto, la venta de bien ajeno es un contrato válido en nuestro sistema civil, no solamente porque las críticas a su validez sostenidas por diversos tratadistas han sido descartadas, sino porque la propia rescindibilidad de la venta de bien ajeno prevista en el artículo 1539 presupone su validez. Sin embargo, ha quedado demostrado que la rescindibilidad del contrato no se puede basar en la justificación de que una de las partes se perjudica por no conocer el contenido de una de las obligaciones. Creemos que la única explicación que justifica la rescindibilidad del contrato estudiado y la intención legislativa al respecto ha partido de considerar que en este contrato el comprador es el perjudicado en la medida que el vendedor no es propietario del bien y existe alguna dificultad para que cumpla con su obligación. El propio De la Puente señala que “... la posibilidad del comprador de obtener la propiedad del bien es bastante más remota”. Por lo tanto, el perjuicio visto por el legislador en la venta de bien ajeno —cuando el comprador desconoce el carácter ajeno del bien al celebrar el contrato— y sufrido por el comprador, consistiría en que éste desconoce que el vendedor no es propietario del bien y por lo tanto existe cierta inseguridad respecto a la posibilidad de que el

vendedor llegue a cumplir con su obligación de transmitir la propiedad.

8. LA RAZON DE LA NO RESCINDIBILIDAD EN LOS OTROS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN EL ARTICULO 1539 DEL CODIGO CIVIL

La misma explicación expuesta en el numeral precedente justifica la imposibilidad de interponer la acción rescisoria cuando el comprador conoce desde la celebración del contrato el carácter ajeno del bien, así como en el caso de que el vendedor adquiera el bien antes de que se le cite con la demanda de rescisión. En el primer caso el perjuicio no existe pues el comprador conoce que el bien es ajeno y en el segundo caso el perjuicio desaparece pues el comprador llega a ser propietario del bien.

De la Puente¹⁴ sostiene respecto de la venta de bien ajeno cuando el comprador conoce el carácter ajeno del bien que su no rescindibilidad se refiere a dos casos:

a) Uno referido a la venta de bien ajeno en la cual el vendedor conoce el carácter ajeno del bien desde la celebración del contrato, y,

b) Otro caso en el cual el comprador desconoce al celebrar el contrato el carácter ajeno del bien y al enterarse decide no emplear la acción rescisoria esperando que el vendedor cumpla su obligación.

Agrega De la Puente que los casos expuestos se rigen por el artículo 1537 del Código Civil, pues el vendedor soporta sobre sí la obligación de obtener que el tercero propietario le transfiera su propiedad al comprador.

Tal como lo hemos explicado en el numeral precedente, los casos previstos en el artículo 1539 se refieren a contratos de compraventa, por lo que la obligación del vendedor es la de transmitir la propiedad y no la de obtener el asentimiento del tercero, razón por la cual no se puede sostener que dichos supuestos se rigen por el artículo 1537 que contempla el caso de un contrato que no es el de compraventa.

9. EL PERJUICIO QUE SUFRE EL COMPRADOR NO JUSTIFICA LA RESCISION DE LA VENTA DE BIEN AJENO

Tal como lo hemos expuesto, el supuesto perjuicio que justifica tanto la rescisión de la venta de bien ajeno —cuando el comprador desconoce el carácter ajeno del bien— como la no rescindibilidad del contrato mencionado —cuando el comprador conoce dicho carácter ajeno o cuando el vendedor adquiere antes de que se le demande—, consiste en que el comprador en el primer caso desconoce que el vendedor no es propietario por lo que se presenta un riesgo en el cumplimiento, mientras que tal desconocimiento no

14. De la Puente, pp. 210-211.

se presenta en el segundo caso, y, en el tercer caso el perjuicio desaparece.

El hecho que el vendedor carezca de la propiedad del bien vendido **al momento de celebrar el contrato** no afecta la validez del contrato, ni afecta la posibilidad del cumplimiento de la obligación del vendedor mediante la correspondiente transferencia de la propiedad en favor del comprador. Por lo tanto dicha carencia del derecho de propiedad no representa perjuicio alguno inmediato para el comprador.

a) La validez del contrato no se ve afectada

Las críticas a la validez de la venta de bien ajeno han sido insuficientes conforme lo hemos expuesto en el punto 2 de este trabajo. Adicionalmente, el código no establece como requisito necesario para celebrar una compraventa el que el vendedor sea propietario del bien. A falta de dicha exigencia y en la medida que el contrato solamente obliga a transmitir pero no transmite, es factible y válido que el vendedor no cuente con la propiedad del bien al momento de celebrar el contrato de compraventa.

Sin embargo, la supuesta justificación de la acción rescisoria en la venta de bien ajeno se basa en el supuesto perjuicio que sufre el comprador al no conocer que el vendedor no es propietario del bien. Por lo tanto —de ser tal el perjuicio— el legislador estaría considerando necesaria la concurrencia en el vendedor del Poder de Disponer del bien, pues a falta de dicho atributo, si bien el contrato sería válido también sería susceptible de ser declarado ineficaz por la acción rescisoria. Es decir, si bien el legislador en un principio habría considerado la posibilidad de vender bienes sin ser propietario de ellos, mediante el artículo 1529 —y contradiciendo su propia intención— habría frustrado dicha posibilidad pues al celebrarse una venta de bien ajeno sin que el comprador supiera que el bien no pertenece al vendedor, dicho contrato podría ser declarado ineficaz. Por dichas razones y con el objeto de que el contrato de compraventa fuera eficaz sería necesario que todos los vendedores fueran propietarios, con lo que indirectamente se estaría introduciendo un requisito para la celebración de la compraventa.

b) La transferencia de la propiedad no se ve afectada

La transferencia de la propiedad de los bienes se produce en el caso de bienes muebles mediante la tradición o entrega del bien y, en el caso de bienes inmuebles, la obligación surgida del contrato produce la transmisión.

En el caso de bienes muebles, el código se ha acogido a la teoría del Título y Modo, por tal razón la transferencia de la propiedad se realiza mediante un “modo” consistente en la entrega del bien al comprador. Por lo tanto, entre la celebración del contrato y la entrega existirá un lapso, durante el cual el vende-

dor podrá adquirir el bien y cumplir con la transferencia. Hasta que dicha entrega sea reclamada será factible el cumplimiento de la obligación del vendedor.

En el caso de bienes inmuebles la obligación surgida del contrato de compraventa soporta un “efecto legal”. Normalmente la obligación tiene por efecto vincular jurídicamente a las partes. Sin embargo, el artículo 949 del código ha dado a la obligación de transmitir la propiedad un efecto adicional consistente en que por su sola existencia transmita la propiedad: éste es el “efecto legal” referido. Al celebrarse una venta de bien inmueble ajeno al efecto normal de la obligación del vendedor se producirá: las partes quedarán vinculadas, sin embargo el “efecto legal” no podrá producirse pues el vendedor al no contar con la propiedad del bien no podrá producir la adquisición derivativa en el comprador, en la medida que nadie puede hacer que otro adquiera un derecho respecto del cual no puede disponer. Por lo tanto, el contrato de compraventa no se verá afectado por el hecho de que el vendedor no cuente con la propiedad del bien, simplemente el efecto transmisivo dado a la obligación del vendedor no se producirá, por lo que la obligación de transmitir —que se cumple por sí misma— no se cumplirá. En este caso, al igual que en el de los bienes muebles, el vendedor podrá adquirir el bien inmueble hasta antes que el comprador decida terminar el contrato, pues adquiriendo antes de que se produzca dicha terminación —sea por la demanda de rescisión o por la resolución— la propiedad pasaría al comprador —pues el efecto transmisivo de la obligación se produciría— y se habría cumplido la obligación. Messineo¹⁵ sostiene que la causa de la ineficacia cesará cuando se modifique la situación de la que dependía la ineficacia, es decir en el presente caso, la ineficacia del “efecto legal” cesará cuando el vendedor adquiera la propiedad del bien.

Con lo expuesto en los puntos a) y b) precedentes hemos demostrado como el hecho que el vendedor no cuente con la propiedad del bien vendido no afecta la validez del contrato celebrado, ni afecta el cumplimiento de su obligación. En la medida que dichos eventos no se ven afectados por la falta de titularidad del vendedor, y considerando que la obligación del vendedor podrá ser cumplida, dicha falta de la propiedad al momento de celebrar el contrato no representa perjuicio alguno para el comprador.

c) La acción que corresponde al comprador de bien ajeno ante el incumplimiento del vendedor

Con los antecedentes expuestos, seguidamente precisaremos cuál es la acción que debería corresponder al comprador de bien ajeno ante el incumplimiento de la obligación del vendedor. Descartadas las acciones de nulidad y anulabilidad del contrato, debemos establecer las características de la rescisión y la resolución.

15. Messineo, tomo II, pp. 501-502.

La rescisión se diferencia de la resolución esencialmente en lo siguiente¹⁶:

(1) La rescisión supone una situación que produce un perjuicio a uno de los contratantes y que se presenta en el mismo momento de la formación del contrato, mientras que en la resolución, el contrato se forma sin perjuicio para ninguna de las partes al momento de dicha formación, posteriormente sobreviene un evento que altera la relación contractual.

(2) En la rescisión se busca subsanar el perjuicio sufrido por una de las partes en razón de una desproporción económica de las prestaciones o de un acto perjudicial que forma parte del contrato, mientras que en la resolución se da al contratante de buena fe un medio para defenderse del incumplimiento o para terminar el contrato por un hecho que sobreviene al contrato.

(3) En la resolución por incumplimiento, el contratante perjudicado resuelve el contrato porque el otro contratante no ha cumplido con alguna obligación pactada en el contrato, por incumplimiento, mientras que en la rescisión el contratante perjudicado sufre dicho perjuicio a consecuencia del cumplimiento del contrato y por tanto rescinde el contrato para evitar dicho cumplimiento perjudicial.

(4) La rescisión es una acción subsidiaria, es decir si el perjuicio que sufre una de las partes al momento de celebrar el contrato no estuviera contemplado en la ley como una hipótesis de acto rescindible, el contrato sería exigible y no podría evitarse el perjuicio que sufre una de las partes.

Analizando las diferencias expuestas podremos precisar cuál de las acciones —rescisión o resolución— es la que corresponde emplear al comprador en la venta de bien ajeno ante el incumplimiento del vendedor, es decir, cuál es la acción que deberá ejercitar el comprador cuando se entere que el bien vendido no pertenece al vendedor y exija el cumplimiento, el cual no se realizará por carecer el vendedor de la propiedad del bien.

Respecto de las primeras características mencionadas en el numeral "1" y "2" algunos sostienen que el comprador puede ejercitar la acción rescisoria pues la **causa** que genera el perjuicio —consistente en que no se produzca la transferencia de la propiedad— es contemporánea a la celebración del contrato. La carencia del derecho de propiedad que sufre el vendedor al celebrar el contrato es la **causa** que origina el perjuicio de no llegar a adquirir.

Tal posición no es cierta pues el hecho que el vendedor no sea propietario al momento de celebrar el contrato no es la causa del perjuicio consistente en

que el comprador no llegue a adquirir. El vendedor desde la celebración del contrato hasta que se le exija el cumplimiento podrá adquirir la propiedad y cumplir con su obligación. Por lo tanto el hecho que el vendedor no sea propietario del bien al celebrar el contrato no afecta dicho cumplimiento y por lo tanto no constituye causa del perjuicio sufrido por el comprador.

El perjuicio que sufre el comprador (por no llegar a adquirir el bien) se produce posteriormente a la celebración del contrato, recién en el momento en que dicho comprador exija el cumplimiento y el vendedor no cumpla. La causa de dicho perjuicio —posterior y no concomitante a la celebración del contrato— consiste en que **el vendedor no haya llegado a adquirir el bien al momento en que se le exigió el cumplimiento** de su obligación y por lo tanto no pueda realizar la transferencia.

Por lo tanto dicha causa es sobreviniente y no originaria. Pérez y Alguer¹⁷ expresan una opinión similar cuando señalan que la obligación del vendedor de bien ajeno es siempre posible desde que surge, su imposibilidad de cumplimiento recién se presenta cuando se le exige al vendedor su obligación y éste no ha llegado a adquirir la propiedad, por lo que la imposibilidad del cumplimiento —y el perjuicio del comprador— es subsiguiente y no originaria.

Respecto de las características expuestas en los numerales "3" y "4", si se produjera el incumplimiento del vendedor y éste no transmitiese la propiedad al comprador, éste podría emplear la resolución por incumplimiento (artículos 1428 o 1429 del Código Civil) dando por terminado el contrato de compraventa y liberándose de su obligación de pago del precio o recuperando el precio pagado. Adicionalmente, hemos dicho que la acción rescisoria busca evitar que se cumpla un contrato, pues el cumplimiento de una de las obligaciones perjudica a una de las partes. Si en el presente caso el supuesto perjudicado es el comprador, debemos asumir que el cumplimiento de la obligación del vendedor lo perjudicaría, lo que es totalmente falso pues dicho cumplimiento es justamente lo que llevó al comprador a contratar.

Por lo tanto, considerando que el perjuicio del comprador se produce por una situación sobreviniente y no contemporánea a la celebración del contrato, y que la acción rescisoria no consistiría en una acción subsidiaria pues existe otra acción que puede ser empleada por el comprador para terminar el contrato, sostenemos que en el contrato de venta de bien ajeno, el incumplimiento del vendedor debe ocasionar la resolución del contrato de compraventa si así lo decidiese el comprador, mas no la rescisión de dicho contrato establecida en el artículo 1539 del código.

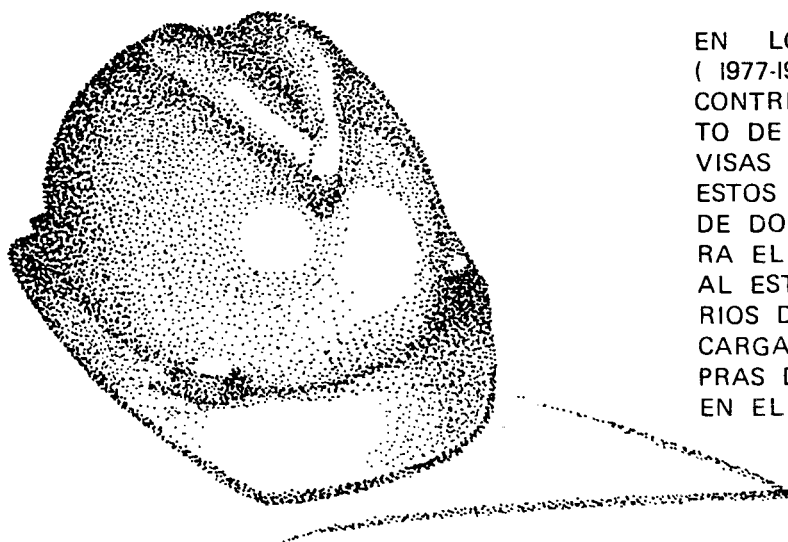
16. Las diferencias mencionadas han sido extraídas de nuestra tesis de Bachiller titulada "La venta de bien ajeno", PUC, Lima, pp. 190 a 192.

17. Ennecerus, Tomo V, p. 96.

Nuestro orgullo es nuestra contribución a la economía del Perú

US \$ 2,500'000,000.00

(DOS MIL QUINIENTOS MILLONES DE DOLARES)



EN LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS
(1977-1986) NO SOLO HEMOS
CONTRIBUIDO AL INCREMENTO
DE LAS RESERVAS EN DI
VISAS EXTRANJERAS, SINO QUE
ESTOS 2 MIL 500 MILLONES
DE DOLARES SE USARON PA
RA EL PAGO DE IMPUESTOS
AL ESTADO, SUELDOS Y SALA
RIOS DE 6,000 TRABAJADORES,
CARGAS FINANCIERAS Y COM
PRAS DE BIENES Y SERVICIOS
EN EL MERCADO LOCAL.

SOUTHERN PERU

**TIENE FE Y CONFIANZA
EN EL PERU**

Derecho de alimentos a favor del hijo alimentista

DICTAMEN FISCAL. *Doña Dora Meza Tafur inicia acción de alimentos contra don Adriel Vásquez, guardia civil, para que este acuda con una pensión para su hijo ilegítimo no reconocido, habido en sus relaciones al margen del matrimonio, en Yurimaguas. El demandado niega todos los hechos, que han servido de fundamentos a la demanda; pero de la prueba oral actuada se desprende que hubo tales relaciones. El obligado, al contestar el interrogatorio reconoce que la demandante, se dirigió a él con el fin de pedirle dinero, para la asistencia del menor e incurre en contradicción, al afirmar, que no conoció a la preguntante en Yurimaguas para luego decir, que ella se le acercó a pedirle dinero como una extraña (pregunta primera y respuesta última).*

En el caso sub-júdice no se requiere una investigación rigurosa de la paternidad, basta presumirla, para amparar la demanda de alimentos; y esta presunción está confirmada por la partida de nacimiento, acompañada a la demanda.

Por tales consideraciones, opino que NO HAY NULIDAD, en la recurrida, confirmatoria de la apelada que declara fundada la demanda y fija la pensión mensual en 150 soles. Lima, 20 de Julio de 1954–Febres

RESOLUCION SUPREMA. – *Lima, 7 de agosto de 1954–Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista, que confirmando la apelada declara fundada la demanda de alimentos interpuesta por doña Dora Meza Tafur, y ordena que don Adriel Vásquez Lovera acuda a la hijo Rono Vásquez Meza, la que se computa a partir de la fecha de la citación con la demanda; con lo demás que contiene; condenaron en los costos del recurso y a la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron Armedia–Serpa–Alva–Tello Vélez–Ramírez. (R. de J.P. año 1955 No. 135, pág. 1932).*

A primera vista puede parecer que la ejecutoria bajo comentario resulta ser del todo lejana e inaplicable frente a nuestra actual legislación, pero ello no es así. La institución del Hijo Alimentista fue recogida por el artículo 367 del Código Civil Derogado y es tratada hoy por el Código Civil de 1984 en los artículos 415 y ss. en similares términos.

Por lo general la obligación de prestar alimentos emana de una relación de consaguinidad o afinidad. Así el artículo 474 del vigente Código Civil establece que se deben recíprocamente alimentos los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos. Pero el propio legislador ha establecido excepciones a esta regla, las cuales no se enmarcan dentro de los presupuestos nombrados. Así tenemos el derecho del conviviente a pedir alimentos (art. 326), el derecho de las personas que vivieron con el causante a gozar del be-

neficio alimentario por tres meses (art. 870) y en especial el derecho del hijo alimentista (art. 415 y ss.).

Se define al Hijo Alimentista como el hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado por su padre, pero “a quien debe pasar una pensión alimenticia hasta cierta edad el varón que hubiese mantenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción”¹. Como sabemos el hijo extramatrimonial tiene sólo dos maneras de emplazarse en su status de hijo propiamente dicho, o por medio del reconocimiento voluntario o por la declaración judicial de la paternidad o maternidad. Es decir, que quienes no han sido reconocidos ni declarados no tienen estrictamente hablando familia y en consecuencia no teniendo vínculo de consaguinidad no deberían tener derecho a demandar alimentos. Pero ante ello el Dr. Cornejo Chávez nos explica el fundamento sobre el que

1. Cornejo Chávez, Héctor: “Derecho Familiar Peruano”, T. I, Librería Studium S.A., Lima 1985, p. 251.

descansa este derecho alimentario: "Pero hay un derecho que ni aun a él ha querido negarle la ley: el derecho a subsistir, el derecho, por tanto, a ser alimentado mientras no pueda valerse por sí mismo. Y por eso antes de que la beneficencia privada o pública o el Estado a través de la asistencia social asuma el problema de sustentar a tal hijo, la ley hace recaer la obligación en quien, no pudiendo ser señalado ciertamente como padre, puede serlo verosímilmente: aquél que, en la época de la concepción, mantuvo con la madre relación sexual"². Es decir, el fundamento del artículo 415 no descansa en una relación familiar o de consanguinidad sino en un hecho fáctico, cual es la existencia de relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción.

De todo lo expuesto, es importante dilucidar dos supuestos que animan a polémica: El primero, el hijo extramatrimonial no reconocido que demanda alimentos al amparo del art. 415 y que posteriormente pierde juicio de filiación contra aquella persona que le viene prestando alimentos; y el segundo, el hijo extramatrimonial no reconocido que demanda filiación sin lograr probarlo y luego demanda alimentos al amparo de 415 contra el mismo sujeto.

Ante estos supuestos existen dos posiciones no sólo a nivel doctrinal, sino también a nivel judicial que son: La primera considera que una vez que el "hijo" ha perdido el juicio de declaración de la paternidad extramatrimonial, no puede demandar alimentos al mismo sujeto y si este los estuvo prestando con anterioridad podrá dejar de pasarlos. La segunda posición establece que aún cuando no se halla probado la filiación extramatrimonial, dicho "hijo" tiene derecho a alimentos mientras pruebe las relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción.

La primera posición parte de un fundamento equívoco a nuestro parecer de esta institución, por cuanto considera que en el juicio de alimentos lo que existe es una presunción de paternidad la cual desaparece si luego no se vence en el juicio de filiación respectivo. Esta posición se encuentra amparada por jurisprudencia como la comentada, en el sentido que en el juicio de alimentos "no se requiere una investigación rigurosa de la paternidad, basta presumirla", en contrario, no demostrándose la paternidad en el juicio riguroso de filiación, pues se rompe el sustento legal de los alimentos.

La segunda posición, amparada por amplia jurisprudencia (sobre todo actual), establece claramente que en el juicio de alimentos no se discute la paternidad, sino la obligación de prestar alimentos por el que tuvo relaciones con la madre durante la época de la concepción. Es decir, que aún en el caso que no se probara la paternidad en el juicio correspondiente, procederá la obligación de prestar alimentos cuando

se pruebe las relaciones sexuales durante la época de la concepción.

Creemos que esta segunda posición es la acertada además de lo ya explicado por las siguientes razones:

1) La Ley establece en el art. 415 que fuera de los casos del art. 402 el hijo extramatrimonial tiene derecho a demandar por alimentos al hombre que halla tenido relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción. Ante ello puede darse una interpretación restrictiva y decir que, lo que la ley establece es que sólo el que no halla iniciado un procedimiento de filiación tiene expedita la vía para pedir alimentos, pero el que demandó filiación y no pudo probarlo ha perdido ese derecho. Consideramos que ese no es el espíritu de la norma y que no hay que distinguir donde la ley no distingue y que en último caso si hay que interpretar, siendo una institución tuitiva y cautelar, se deberá interpretar siempre a favor del menor.

2) La segunda razón es el hecho que en ambos procedimientos se ventilan hechos distintos. En el juicio de filiación extramatrimonial se ventila la paternidad de un hombre respecto de su supuesto "hijo" y debe probarse al amparo de los supuestos taxativamente indicados en el art. 402 y sus consecuencias en caso de declararse fundada la demanda superarán el ámbito alimentario. En el juicio de alimentos amparado en el art. 415, lo que se debe probar es sólo la existencia de la relación sexual durante la época de la concepción y sus consecuencias se determinarán sólo dentro del marco alimentario. Por tanto, la cuestión de fondo es totalmente disímil en uno y otro caso, la prueba a versar también y las consecuencias diferentes.

3) Por último, el Dr. Cornejo Chávez ponente del Libro de Familia establece que para el caso del hijo alimentista podríamos hablar que existe una presunción de paternidad pero "sólo para efectos alimentarios", presunción que sólo exigirá como prueba las relaciones sexuales con la madre por lo menos durante los 121 primeros días de los 300 anteriores al nacimiento.

En conclusión, ante los supuestos establecidos consideramos que el supuesto "hijo" podrá demandar alimentos a su supuesto padre, aún cuando no halla podido probar en el juicio de filiación su status de hijo, mientras pruebe en el juicio de alimentos que su "padre" tuvo relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción, y contra lo cual el demandado sólo podrá oponer la excepción indicada en el artículo 416 del Código Civil.

Fernando Cantuarias S.

Alumno del séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC y Miembro del Comité de Redacción de *Thémis*.

2. Cornejo Chávez, p. 251-252.

Especialidad y extensión de la hipoteca

Francisco Avendaño Arana

Tesis de Bachiller Sustentada en Mayo de 1986 ante los Doctores Jorge Vega, Edgardo Mercado y Lizardo Taboada. Sobresaliente.

El trabajo está dividido en cuatro capítulos. El primero contiene un estudio general e introductorio de la hipoteca, que incluye el análisis de la noción, caracteres, requisitos, efectos y extinción de la hipoteca así como del tratamiento que reciben en el Código Civil de 1984.

Los capítulos II y III están dedicados al estudio de la especialidad y extensión de la hipoteca, que son los temas centrales de la tesis. Particularmente considero del mayor interés la disertación sobre la prohibición de hipotecar bienes futuros establecida por el artículo 1106 del Código Civil; la posición que adopta sobre la determinabilidad del gravamen hipotecario, que influye no solo en sus conclusiones sobre la especialidad sino también en el tema de la extensión; y, el análisis del artículo 1104 del Código Civil que lo lleva a concluir su carácter excepcional.

En cuanto al primer tema, señala el Sr. Avendaño que la prohibición de hipotecar bienes futuros alude a bienes que no existen actualmente pero que pueden llegar a existir y no a bienes de los que aún no se tiene la propiedad. Sustenta esta conclusión en el análisis concordado del artículo 1106 con los artículos 1105, 978 y 2014 del Código Civil, ya que estos últimos aceptan como válidas hipotecas constituidas por un no propietario.

Durante su exposición oral agregaría como fundamento de su posición, la disquisición que efectúa el artículo 1409 del referido código.

El artículo 1099 del Código Civil exige para la validez de la hipoteca, que tanto la obligación principal como la cantidad del gravamen estén determinados o sean determinables. Con respecto a la cantidad del gravamen, el Sr. Avendaño sostiene que es siempre determinable, debido a que el monto total de intereses y las eventuales primas del seguro y costas del juicio, que también están cubiertos por la hipoteca, no se determinan al inscribirse el gravamen sino al ejecutarse la garantía. Esta postura asumida por el autor al tratar el tema de la especialidad del gravamen, lo lleva a concluir, al tratar luego el tema de la extensión, que en el Perú la hipoteca garantiza ilimitadamente todos los intereses que genere el crédito (sistema de garantía indefinido).

En cuanto al análisis del artículo 1104 del Código Civil, el autor de la tesis concluye que es una norma que origina una excepción al carácter accesorio de la hipoteca, ya que la posibilidad de constituir un gravamen en garantía de obligaciones futuras o eventuales, permite la existencia de una garantía que asegura una obligación inexistente.

El último capítulo está dedicado al estudio de una figura usual en la contratación bancaria denominada "hipoteca sámana", cuya práctica pone en evidencia el poco conocimiento que existe con respecto a la especialidad y extensión del gravamen o la poca importancia que se les da a temas de tanta trascendencia como estos. La hipoteca sámana, como bien afirma el Sr. Avendaño, atenta contra el carácter especial de la hipoteca, pues se limita a fijar un monto determinado para garantizar

el pago de deudas y responsabilidades que en general pudiera tener un deudor frente a un banco. (Edgardo Mercado Neumann).

Venta de bien ajeno

Edgardo Mosqueira Medina

Tesis de Bachiller sustentada en abril de 1987 ante los Drs. Manuel de la Puente, Jorge Avendaño y Humberto Jara. Sobresaliente.

La tesis de Edgardo Mosqueira Medina es plural en sus virtudes. Y ese es, en nuestra opinión, el merecido elogio que debe atribuírsele. Ahora bien, ésta es apenas una opinión parcial. Al lector le interesará conocer las razones que fundamentan el aplauso. Las hay y son evidentes porque, a diferencia de otras ramas del saber, las virtudes de un trabajo jurídico no suelen quedar escondidas (Igual sucede con los defectos; simple comprobación y no elogio del Derecho).

La tesis tiene tres partes diferenciadas por capítulos pero concatenadas por contenidos. No son independientes, aunque tengan la apariencia metodológica de serlo y en tal sentido los dos primeros sirven de base a las afirmaciones que se sustentan en el tercero. Esto no es novedad. Lo sabemos. Pero interesa hacer notar, deliberadamente, tal planteamiento porque ha obligado al autor a estudiar con sumo cuidado los temas que desarrolla en los dos primeros capítulos por constituir éstos los cimientos sobre los cuales desarrolla el tercer capítulo que contiene los fundamentos de su investigación. Estos temas de previo estudio son el concepto de bien, la

naturaleza y caracteres de la compraventa y la transferencia de propiedad mediante el contrato de compraventa.

Como podrá notarse son temas complejos y de laboriosa discusión, especialmente el último de los nombrados. Si a eso se le añade que la venta de bien ajeno, tema en sí de la tesis, es asunto de por sí arduo e intrincado, se tendrá una idea del esfuerzo contenido en la investigación de Edgardo Mosqueira. Y no solo esfuerzo sino aptitud, criterio y capacidad para haber planteado cada tema con acierto. Por eso sostenemos que la tesis que comentamos es plural en sus virtudes.

Otro aspecto que vale la pena destacar es la independencia de criterio. El autor no se ha dejado encandilar por la autoridad que persuenen imponer los autores. Antes bien ha tenido, en alguna medida, la objetividad de los escépticos y ha buscado contenidos para lograr convencimientos en la misma medida en que esgrime críticas ante el hallazgo de errores. Esto implica la existencia de una lectura racional, no influenciada por el prestigio de los escribas. Su mérito es, entonces, haber entendido que la doctrina no es un concierto de dioses, sino de autores y por ello antes que rituales de adoración ha preferido entablar un diálogo inteligente, una lectura creativa. Este rasgo le ha otorgado a su tesis temas de consenso y temas de discusión; características plenas de todo trabajo intelectual válido. Acuerdos y desacuerdos, la amalgama de la creación.

En su aspecto central la tesis es un aporte para el conocimiento de un tema poco tratado en nuestro medio y utilizado con frecuencia (muchas veces inadvertidamente) en los hechos: la venta de bien ajeno.

A partir del articulado pertinente del Código Civil de 1984, el Sr. Mosqueira intenta precisar el ámbito que corresponde a la venta de bien ajeno. En tal sentido sostiene que el art. 1537 no contempla un contrato de compraventa en la medida que establece para una de las partes la obligación de "hacer que otro adquiera la propiedad de un bien" y no la obligación de "transferir la propiedad de un bien"; que el art. 1538 contempla un caso especial en la medida que convierte

el contrato previsto en el art. 1537 en un contrato de compraventa, siempre que el deudor se convierta en propietario con posterioridad a la celebración del contrato; y que el art. 1539 sí regula la venta de bien ajeno en tres supuestos: a) cuando el comprador no conoce el carácter ajeno del bien, b) cuando el comprador conoce el carácter ajeno del bien y c) cuando el vendedor adquiere la propiedad del bien antes de la citación con la demanda de rescisión interpuesta por el comprador que no conocía el carácter ajeno del bien.

El detalle de cada uno de los temas anotados los efectúa exhaustivamente, deteniéndose en los diversos argumentos que la doctrina ha desarrollado para concluir planteando una postura final coherente, bastante acertada, que denota un encomiable talento para el quehacer jurídico.

No queremos abundar en comentarios, preferimos recomendar la lectura de la tesis. Una vieja frase proclama con entusiasmo no siempre cierto que al mérito le corresponde el honor. En el caso del Bachiller Mosqueira la frase es cierta, y nos alegramos por ello. (Humberto Jara).

La tenencia de la tierra en la comunidad campesina de Simirís

Fernando Gallo Zapata

Tesis de Bachiller sustentada en enero de 1986 ante los Drs. Jorge Price, René Ortiz y Walter Albán. Sobresaliente.

El estudio de un aspecto específico de la realidad peruana, realizado con medios académicos interdisciplinarios, denota en sí mismo un mérito inicial en cualquier trabajo de investigación.

En el caso que nos concierne, no sólo se encuentra la nota precedente, sino que adicionalmente, se ingresa a un esquema de desarrollo

coherente que comienza presentando a las comunidades campesinas y no a la comunidad, en franco rechazo a los conceptos generales, opuestos a la realidad comunal peruana, pues ésta es diversa en su origen, composición, ubicación y magnitud.

Esta primera parte, a la cual el autor añade el marco legal referente (de carácter occidental, homogeneizante y, por ende, ajeno a la circunstancia social), permite avanzar con comodidad al segundo capítulo donde encontramos la historia de Simirís, comunidad campesina de la sierra piurana, evolucionando con sus habitantes de hacienda a comunidad, de yanaconas a comuneros.

El recorrido histórico nos permitirá observar cómo la crisis del poder terrateniente, alrededor de los años treinta (y enmarcado en la crisis económica de 1929), y las luchas de los yanaconas por mejores condiciones de vida, van a concluir en la compra de la hacienda por parte de los yanaconas en 1948 y en su posterior reconocimiento "oficial" como comunidad campesina.

En el capítulo tercero, Simirís es descrita detalladamente en sus rasgos geográfico, poblacional, climático, educacional y de salud, y luego, en su organización social y política, para terminar refiriéndose a su estructura productiva.

Este último punto se concatena con el cuarto capítulo que da título a la tesis: la tenencia de la tierra en Simirís. El autor aborda este tema a partir de la compra de la hacienda y la subsiguiente cuestión del destino de la misma. Dividida la tierra en parcelas para el usufructo individual y decidida la utilización de los bosques en forma colectiva, quedaron, pues, elementos extraños al modo comunal como el ejercicio de la "propiedad plena" de las tierras que usufructuaban. De allí que se detenga a reseñar "las formas de transmisión de derechos en la propiedad individual", mostrando con este subtítulo, más antropológico que legal, el carácter interdisciplinario de su trabajo.

El tema de los derechos, como se comprenderá, dio lugar a conflictos que obligan al autor a tratarlos a continuación. La solución de las disputas nos lleva a confrontar las vías oficiales (v.g. el juez de paz) y las comunales (v.g. la ronda campesina). El encuentro de dos órdenes sociales personificados por el juez de paz y el "rondero" conduce a la reflexión final del autor —en el capítulo quinto— en torno a la existencia de dos órdenes jurídicos: el estatal, de nuestros códigos y sentencias; y el comunal, de acuerdos de asamblea y soluciones conciliatorias.

Con las propias teorías occidentales se sostendrá que existe un orden jurídico comunal, distinto del estatal, que, sin reclamar supremacía, exige sí autonomía y respeto a su cultura legal. Esto supone nuevas relaciones entre la comunidad y el Estado que el autor simplemente plantea.

Este extenso trabajo ha sido posible gracias a la labor de campo efectuada en la propia comunidad por el Sr. Gallo, recopilando información tanto de los ancianos comuneros (depositarios de la tradición) como de los archivos existentes. Por lo demás, la obra llega al lector en forma amena merced a la sencillez y claridad mostradas en la redacción, sin que se perjudique la rigurosidad académica.

En síntesis, esta investigación, inscrita en el área de la antropología jurídica, reúne no sólo el mérito inicial sino las condiciones de rigurosidad, erudición y novedad que distinguen a las tesis universitarias, y, además, promueve temas nuevos como la introducción de la comunidad campesina en la categoría de persona jurídica de derecho privado, que el autor ubica en el Código Civil (arts. 134 y ss.) y cuestiona, excediendo juvenilmente los alcances de la tesis. (**René Ortiz Caballero**)

Los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1984

María del Rosario Pacheco Barandiarán

Tesis de Bachiller sustentada en Diciembre de 1986 ante los Drs. Marcial Rubio Correa, César Valega García y Francisco José Eguiguren Praeli. Sobresaliente.

La atribución contenida en el inciso 20 del art. 211 de la Constitución Peruana de 1979, que facultó 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", pasó virtualmente inadvertida a los analistas de nuestro nuevo texto constitucional. Fue mas bien a raíz de la profusa y exagerada utilización de esta atribución presidencial durante los últimos siete años, que se tomó plena conciencia de la "existencia" de esta norma y de sus posibles alcances, quedando al descubierto las deficiencias en que incurrió el constituyente al regularla, a la par de los excesos cometidos en su empleo concreto.

Y aunque la problemática propia de la norma del inciso 20 del art. 211 de la Constitución (bastante emparentada con la institución de los decretos de necesidad y urgencia del constitucionalismo comparado) viene suscitando justificado interés y notoria controversia en los ámbitos jurídicos y políticos y en medios académicos, lo cierto es que se carecía de un análisis riguroso e integral que brindara una cabal visión de las características, alcances y dificultades derivadas del tratamiento constitucional de dicha norma y de su utilización concreta. El primer gran mérito de esta tesis reside precisamente en su incuestionable aporte a la comprensión y estudio de este instituto, lo que la convierte en fuente de consulta obligada en la materia.

En cuanto al contenido de la tesis, su primer capítulo refiere, de manera necesariamente general, la crisis producida en la concepción original de la teoría de la separación de poderes, lo que se refleja en el fortalecimiento del órgano Ejecuti-

vo y en el desempeño por éste de crecientes funciones legislativas, especialmente en el dictado de normas dotadas de fuerza de ley, como la legislación delegada y los decretos de necesidad y urgencia. En el segundo capítulo cabe destacar el análisis dado a la institución de los decretos de urgencia en los ordenamientos de Francia, España, Italia y Colombia. El tercer capítulo es el que se centra propiamente en el análisis de la norma del inciso 20 del art. 211, presentando sus antecedentes en nuestra experiencia constitucional y en el debate de la asamblea constituyente, así como los problemas de la jerarquía que corresponde a estas normas en el sistema jurídico peruano, los alcances del ámbito material económico y financiero establecido para estos decretos y su compatibilidad con el principio de legalidad en materia tributaria preceptado por el art. 139 de la Constitución.

Dos aspectos fundamentales de aporte de esta tesis, consisten en la propuesta que formula de que se dicte una ley que reglamente y aclare lo referente a los alcances de las normas del inciso 20 del art. 211 (para lo cual ofrece los lineamientos centrales del contenido de dicha ley) así como en la paciente y valiosa tarea de haber identificado la totalidad de normas dictadas al amparo de esta atribución presidencial de julio de 1980 a julio del 85 (información que se presenta como anexo) lo cual permite constatar que se trata de 670 normas, muchas veces camufladas dentro del conjunto de Decretos Supremos, cuyo contenido temático específico amerita ser analizado y sistematizado.

A lo largo de la tesis (y fundamentalmente en sus conclusiones) la autora del trabajo demuestra como los constituyentes incurrieron en serias deficiencias al normar esta institución, al punto de que la norma del inciso 20 del art. 211 corresponde a muchas de las características de los decretos de necesidad y urgencia, pese a que se rechazó expresamente dicho instituto; igualmente por la omisión en cuanto a la forma o categoría a través de la cual deben expedirse estas "medidas extraordinarias", al rango jerárquico que les corresponde, a los alcances de la dación de cuenta ante el Congreso y a los mecanismos para el control jurisdiccional en caso de institucionalidad.

Es por ello que Rosario Pacheco recomienda que la ley que desarrolle y aclare los alcances del inciso 20 del art. 211 de la Constitución, deberá precisar la obligación del Poder Ejecutivo de expresar (en la parte considerativa de la norma) la naturaleza de la emergencia o urgencia que amerita la dación de la medida extraordinaria, su regulación a través de una forma normativa especial (decreto de urgencia) en vez de los decretos supremos, a fin de diferenciarla de éstos; la delimitación de la materia económica y financiera que les es propia, la que incluiría lo tributario, presupuestal, crediticio y todo lo referente al manejo de la Hacienda pública; la fuerza de leyes que corresponde a estos decretos de urgencia, su carácter provisional o temporal y la necesidad de que la medida sea sometida al conocimiento y control del Congreso, quien deberá pronunciarse —expresa o tácitamente— por su convalidación o derogación.

Quiero finalmente expresar que parece corriente que quien ha compartido como asesor la elaboración de una tesis tenga comentarios positivos y elogiosos para dicho trabajo; sin embargo, mi afirmación de que estamos ante una tesis verdaderamente destacada o importante, no tiene nada de protocolar ni rutinario.

El reconocimiento del Jurado, las menciones aparecidas en el diario "El Comercio" resaltando el interés del trabajo, al igual que la reciente publicación de un comunicado del Colegio de Abogados de Lima solicitando la dación de una ley que desarrolle y reglamente el inciso 20 del art. 211 de la Constitución, compartiendo muchas de las sugerencias expuestas en la tesis, reafirman el aporte y el valor de este trabajo. (Francisco Eguiguren).

El modelo de utilidad

Jorge Halperín Grobman

Tesis de Bachiller sustentada en Mayo de 1987 ante los Dres. Lorenzo Zolezzi, Baldo Kresalja y Lourdes Flores. Sobresaliente.

No cabe duda que para el florecimiento de la creación científica y tecnológica es necesario lograr un marco socio-económico y jurídico adecuado, asunto de la mayor importancia cuando se trata de un país en vías de desarrollo, que debe hacer un esfuerzo sustantivo para no quedar al margen de los avances, cada vez más veloces, que ocurren en el mundo desarrollado. Por ello, es indispensable que el Estado y los agentes económicos adopten una política por consenso que no esté sujeta a cambios coyunturales.

Generalmente, las interrogantes referentes a las modalidades que puede adoptar el sistema jurídico para la protección de las creaciones industriales aparecen en el cuerpo social y se extienden al mundo académico cuando se inicia en un determinado país el proceso de industrialización. El sistema clásico de protección ha sido el de la patente de invención, el mismo que ha cumplido y cumple un rol de gran importancia en el desarrollo tecnológico contemporáneo. Sin embargo, su aplicación a nivel internacional ha motivado cuestionamientos justificados, habida cuenta que sus normas, que surgieron durante el siglo pasado en un ambiente diferente al actual, no se han adaptado a una realidad en la que la brecha entre las naciones pobres y ricas se ha acrecentado significativamente durante las últimas décadas. Por ello, desde hace ya algún tiempo se viene estudiando la necesidad de adecuar el sistema de patentes y de crear o adoptar otros institutos jurídicos para que respondan a las necesidades de cada comunidad en particular.

Este es el contexto dentro del cual Halperín estudia los Modelos de Utilidad, a los que se puede describir como patentes de segundo orden, las cuales permiten establecer derechos exclusivos respecto a invenciones de menor trascendencia susceptibles de aplicación industrial; invenciones, fundamentalmente, consistentes en la adopción de nuevas formas en objetos de uso práctico que producen mejoras funcionales.

La literatura jurídica en castellano es escasa y difícil de ubicar. Únicamente el libro del argentino Iván Poli "El Modelo de Utilidad", 1982, trata con alguna extensión esta materia. Por ello, la muy comple-

ta recopilación bibliográfica y legislativa que realizó Halperín para preparar su tesis ha sido muy meritoria.

El estudio que efectúa Halperín del Modelo de Utilidad comprende sus vínculos y diferencias con otros institutos de la Propiedad Industrial, los requisitos que deben cumplir estas creaciones industriales para obtener protección jurídica, así como las diferencias entre los distintos sistemas de concesión. El contenido del derecho del titular del modelo, los supuestos excepcionales a los que no se extiende el derecho de exclusiva, las obligaciones para el titular y la extinción del derecho han sido también materia de estudio. Especial interés tienen las referencias al certificado de utilidad que contempla la legislación francesa y a la "petty patent" australiana, dos de los más novedosos y actuales desarrollos en la legislación internacional destinada a la protección de la inventiva, muy similares ambos al Modelo de Utilidad, que tuvo y tiene una significativa importancia en el desarrollo industrial japonés y alemán.

Después de ese análisis ingresa al estudio del Modelo de Utilidad en el Perú, Decreto Supremo No. 048-84-ITI/IND, al que desmenuza y critica con dureza, puesto que esta norma carece no sólo de originalidad sino también contiene graves errores conceptuales y procesales, a pesar que debería haber sido ideada para cumplir un importante rol en la protección de las creaciones industriales nacionales, mas aún teniendo presente nuestro incipiente proceso de industrialización.

Es conveniente resaltar que durante todo su trabajo Halperín ha tomado partido, fundamentando su punto de vista, después de haber revisado detenida y críticamente el pensamiento jurídico de importantes autores y especialistas. Su tesis tiene así un importante nivel de creatividad y un buen nivel académico; está, además, bien redactado y presentada. Sería deseable que su influencia vaya más allá del ámbito estrictamente universitario.

La exposición oral fue magnífica. Absolvió, con precisión y solvencia, las preguntas que le fueron formuladas. Como consecuencia natural de ello, el Jurado por unanimidad le otorgó con justicia el calificativo de sobresaliente. (Dr. Baldo Kresalja).

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

Jorge Avendaño, Carolina Awuapara, Lorena Borgo, Mauro Calderón, Raúl Canelo, Ana María Cogorno, Lorena Cook, Javier Chocano, Elena de Beaumont, Marcelo de Bernardis, María de Del Castillo, Ana María de Díaz, Paula de Mallma, Carlos Garteaga, Juan García Montufar, Carlos Gómez, Silvia Granda, José Alfredo Jiménez, Wally Joly, Gulnara La Rosa, Rogelio Llerena, Richard Martin, Juan Carlos Mejía, Patricia Mendoza, Dante Nagaro, Francisco Navarro, Dante Nieri, Alfonso y Fernando Orbegoso, Carlos Ortega, Rosa María Palacios, Mario Pasco, Rafael Picasso, Roger Rodríguez, José Luis Sardón, Patrick Stenning, Filiberto Tarazona, José Tola Pasquel, Alberto Varillas, Milton Von Hesse, María Eugenia Yábar, Verónica Zavala.

