

¿Hasta dónde llegamos? En busca del Código Civil perfecto

Conversación con Jorge Avendaño, Manuel De la Puente y Lavalle y Felipe Osterling

Por Juan José Ballén, Juan Pulgar Vidal y Mario Reggiardo

Es curioso que la inminente reforma del Código Civil, sino el cuerpo normativo más importante después de la Carta Constitucional, no haya generado el debate que deber ser necesario antes de tomar decisiones de evidente trascendencia.

Sobre las motivaciones que llevaron a instalar una comisión reformadora del todavía joven Código Civil de 1984, el alcance de la reforma y las innovaciones a introducir, conversamos con los doctores Jorge Avendaño Valdez, Manuel De la Puente y Lavalle y Felipe Osterling Parodi, quienes nos brindaron, sus particulares puntos de vista al respecto.

Jorge Avendaño Valdez

Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984.

Respecto a la reforma del Código Civil de 1984, digamos que existen dos opciones. Una es un cambio integral del código y otra es hacerle solamente algunas enmiendas. ¿Cuál es su posición?

Decididamente a favor de las enmiendas. Yo me he opuesto desde el primer momento a que se reforme íntegramente el código. No hay ninguna razón; más todavía, en rigor, no hay ni siquiera necesidad de enmendarlo. En el Perú no pasa nada si seguimos con el mismo código por algunos años más. De manera que si se opta por la reforma es por un exquisito sentido de adecuación a la nueva Constitución y a las instituciones modernas, a los contratos nuevos que están apareciendo. Pero lo otro, la reforma integral, lo descarto total y absolutamente.

En el seno de la comisión, la mayoría creemos que el encargo es enmendar el código, sacar una ley de enmiendas. Estamos hablando de unos doscientos artículos, para tener una idea de la magnitud. Esa es nuestra idea. Otros creen que no, que la oportunidad es propicia para reformar el código a fondo, inclusive sustituyendo libros. Y hay algunos de posición inter-

media que se adhieren intelectualmente con la primera posición, que dicen que no hay necesidad de hacer sino enmiendas, pero a la hora de hacer las enmiendas introducen tal cantidad de cambios que en el fondo están haciendo casi un código nuevo.

A mi juicio, nada le pasaría ni al mundo de la contratación, ni al mundo judicial, ni al mundo de la docencia, a nadie la pasaría nada en el Perú si es que nos quedamos con el código como está por unos años más, hasta que éste decante, hasta que se trabaje más con él, hasta que haya más jurisprudencia, etc.

Se habla de unificar el derecho mercantil con el derecho civil. Sin embargo hay un Código de la Empresa que quiere salir, el mismo Código de Comercio que no se sabe todavía cuál va a ser su destino.

Hubo reuniones conjuntas entre la comisión del Código Civil y la comisión del Código de Comercio. Lo que se ha acordado es que no va a haber un nuevo Código de Comercio. Va a haber la Ley de Sociedades que se está revisando ya en el Congreso; hay una comisión que yo también integro que está revisando esa ley. Va a haber también una Ley de la Empresa, ya hay un proyecto elaborado. Por otro lado, la Ley de Títulos Valores se va a revisar en una comisión que está creando el Ministerio de Justicia.

Se va a pasar al Código Civil los contratos de carácter mercantil más importantes y modernos, como por ejemplo el *leasing*, el *franchising*, etc. Sin embargo, se ha adoptado el criterio de que sea en términos generales, una regulación marco. Ahí también hay otro problema y es que algunos nos hemos opuesto a que esas instituciones nuevas se regulen con todo detalle porque es ponerles un corsé, una camisa de fuerza, y eso no conviene. Hay que establecer principios generales y dejar que esas instituciones se vayan consolidando.

A pesar de todas estas importantes modificaciones legislativas ¿No le parece que ahora hay mucho menos debate que antes, menos seminarios que los que habían para la reforma del código de 1936?

Es que esa fue una reforma integral, ahí sí se decidió que fuera integral, de manera que ahí sí se estudió. Ahora, si todavía no hay mucho debate es porque todavía no se conocen los anteproyectos. Pero los anteproyectos traen novedades. En el campo de derechos reales hay novedades importantes; no indispensables, repito, pero importantes sí, y va a haber debate y va a haber mucha discusión en general sobre las enmiendas que se están proponiendo. Lo que pasa es que el momento no ha llegado todavía.

“ Me niego a creer que la gente compre un Código Civil para leerlo y aprender Derecho, no es así (...). De manera que el Código Civil no tiene por qué hacer pedagogía ”

- Jorge Avendaño Valdez

¿Por qué se comenta que en el caso concreto del libro de derechos reales, usted no llegó a alcanzar todas las metas que se había propuesto? Digamos, ¿usted se siente más tranquilo con esta nueva comisión que con la pasada?

En la comisión de derechos reales estamos proponiendo darle carácter constitutivo al registro, al registro en general, que es introducir la clasificación de los bienes en registrados y no registrados, manteniendo la de bienes muebles e inmuebles.

¿Las cuatro van a quedar?

Sí, y también corporales e incorporales. Hoy día hay mucho mejor disposición para aceptar las modificaciones importantes que se están introduciendo, lo que no hubo en los años ochenta. En ese momento no se admitió la inscripción obligatoria de los bienes inscritos. Ahora no la vamos a hacer obligatoria para todos los bienes, la vamos a hacer obligatoria para los bienes inscritos. O sea, admitimos la existencia de una propiedad inscrita o registrada y otra propiedad no registrada. Pero para la registrada, la inscripción va a ser elemento constitutivo e indispensable para que haya constitución de derechos reales. En los años ochenta el ánimo de la gente no estaba preparado para escuchar eso. Hoy día sí.

Todo el trabajo se está coordinando entonces con la comisión encargada del libro de registros.

Pero por supuesto, también estamos trabajando el libro de registros. Todavía no se ha terminado, pero creo que para junio estará entregado el libro de registros, que va a ser un libro corto, un libro pequeño. No pretendemos poner en el Código Civil la regulación de todos los registros. Hay registro mercantil por afuera, registro de vehículos por afuera, registros de marcas de fábricas por afuera, registros de buques, registros de aviones; el Código Civil va a tener los principios generales del carácter registral y va a haber un sistema unificado de registros.

¿Qué peso se le va a dar a la autonomía de la voluntad? Por ejemplo hay ciertas restricciones a lo largo del Código Civil respecto a, por ejemplo, no disponer de una herencia cuando todavía no ha sido causada; que son nulas las cláusulas donde se prohíbe vender o gravar bienes. ¿Qué posición tiene al respecto?

Una posición hoy día más liberal que antes. Sobre esto último que acabas de decir, sobre la norma que prohíbe establecer la prohibición de enajenar o de gravar, se está manteniendo pero con una salvedad importante, y es que sí se puede prohibir la enajenación o gravar por un máximo, por un plazo que no me acuerdo si son cinco o diez años. Y eso además coincide con el Proyecto de Ley de Sociedades, donde se ha consignado lo mismo, coincidentemente, sin que nos hubiésemos puesto de acuerdo. O sea, se admite la posibilidad de pactar la prohibición de vender y gravar pero por un plazo.

¿Cuál debe ser la función de un código dentro de la vida de un país como el Perú? ¿Debe ser ordenador, debe ser árbitro, debe ser permisible, debe ser educador, formador, en fin?

El Código Civil es la segunda ley en importan-

cia en el país, en eso estamos de acuerdo. Y su Título Preliminar es, si bien no por declaración expresa de la ley pero sí en los hechos, una especie de fuente y de cuerpo que contiene principios aplicables a todas las ramas del Derecho. O sea, la importancia del Código Civil es indiscutible.

Ahora, descarto que sea pedagógico. Me niego a creer que la gente compre un Código Civil para leerlo y aprender Derecho, no es así. El Código Civil lo utilizan los abogados, los jueces y los estudiantes de Derecho, por obligación. De manera que el Código Civil no tiene por qué hacer pedagogía. Tiene que ser claro, tiene que estar bien redactado, tiene que prever en la medida de lo posible lo máximo que se pueda, pero nada más.

¿Cuánto cambia la vida de la gente? Yo no creo que cambie mucho la vida de la gente.

Sí cambia de alguna manera, por ejemplo, cuando había esa protección exagerada a los arrendatarios. Eso ha cambiado la vida de los propietarios y de los inquilinos. Entonces en ese sentido cambia, pero no es un cambio profundo.

No hay que olvidarse de una cosa, la Alemania comunista vivió muchos años con el Código Civil alemán de 1900. Impusieron un régimen comunista, con planificación centralizada, con propiedad del Estado de los medios de producción; sin embargo no les importó modificar rápidamente el Código Civil. Importaba cómo se lo aplicaba, cómo se lo entendía, y la modificación vino varios años después.

Importa mucho el aplicador del Derecho entonces.

Exacto. Ahora, hay que tomar en cuenta algo que es muy prematuro. Ya se ha dicho en todos los tonos del mundo: Perú no es Lima. En muchas partes del Perú recién los jueces y los abogados están comenzando a conocer el Código Civil de 1984 y ya se lo va a cambiar. Esto a mí me parece muy grave. Por eso es que las enmiendas deben ser las indispensables, las que son absolutamente necesarias y nada más. Debe hacerse esto con un criterio restrictivo, y ese es el encargo que se nos ha dado a la comisión: «revisen ustedes señores y cambien aquello que sea indispensable cambiar». Por lo demás, no nos olvidemos que buena parte de los que estuvimos en el Código Civil de 1984 estamos en este nuevo código. Entonces, ¿en qué quedamos? ¿Hicimos una cosa bien hecha, o una cosa mal hecha? Si estuvo bien hecha, entonces por qué cambiarlo mucho. Habrá que ajustarlo, pero en doce años no pasa tanto en la sociedad como para introducirle cambios tan importantes. No dudo que hay que incorporar nuevos contratos como consecuencia de esta decisión para que no haya Código de Comercio, no dudo que en el mundo de la genética hay hoy día

cosas que no se tuvieron en cuenta en los años ochenta cuando se terminó de elaborar el código actual.

No dudo que tenemos una nueva Constitución y que por consiguiente hay que ajustar el concepto de propiedad a la nueva Constitución. En materia contractual rigen hoy día principios que por ley no pueden darse, la intangibilidad de los contratos, esas cosas hay que incorporarlas. Está bien, pero de ahí a cambiar libros enteros, creo que hay un abismo.

Un tema que queríamos también abordar era el de la politización que pueda tener el trabajo de la comisión. Usted es la oposición dentro del Congreso, sin embargo está dentro de la comisión. ¿Sería la mayoría la que ha decidido quién va a estar o no?

No, no hay politización.

No la hay, pero ¿qué ocurre, por ejemplo, en el caso del doctor Felipe Osterling?

Simplemente, con él han cometido una omisión muy grave en mi opinión. Una omisión muy grave porque es un hombre muy conocedor de su materia, que está escribiendo todo un tratado del Derecho de las Obligaciones y es inconcebible que no esté en la Comisión Revisora del código. Sin embargo, yo no creo que hayan influido necesariamente consideraciones políticas, por lo menos yo no puedo decir que en el debate de la comisión hayan habido criterios políticos. Eso está totalmente descartado. Que el presidente de la comisión sea un congresista de la mayoría es comprensible, pero no influyen para nada consideraciones de tipo político.

Ahora, creo que sí deben influir consideraciones o van a influir consideraciones de tipo político para aprobar la ley de enmiendas. Si esta ley de enmiendas va a discutirse al Congreso, no se aprueba nunca; entonces para eso tendrá que salir una ley que le de facultades al Presidente de la República. Eso es un problema político y toma su tiempo en el Congreso.

Por otro lado, el Presidente de la República, como es natural antes de aprobar una ley de enmiendas, hará que gente de su confianza revise lo que le estamos presentando. No lo va a aprobar porque sí de un día para otro, eso toma tiempo. Y a partir del año 1998 ya comienza la campaña electoral del 2000, es inevitable. En el año 1999 ya se estarán inscribiendo los candidatos, se estará cerrando el plazo. Esté o no involucrado el Presidente de la República personalmente en la nueva campaña, sin duda va a haber un mundo de agitación política que no le va a dar ánimo para dedicarle tiempo a la revisión de Código Civil. Por eso he insistido mucho en la comisión que éste es un trabajo que tenemos que terminar este año, a más tardar en noviembre o diciembre, porque el año entrante creo que ya va a ser tarde. Y

eso se va a quedar ahí durmiendo el sueño de los brutos.

Del código de 1936 al de 1984 es clarísimo que las mentalidades, los procesos económicos han variado enormemente. Ahora, de 1984 a la fecha en realidad hay muy poco tiempo. Sin embargo, el dinamismo de la economía genera también un cambio en los contratos ¿Eso no hace que un código quede siempre rezagado en materia contractual? ¿o habrá una flexibilidad en el tratamiento normativo que haría que eso no suceda?

Quizá eso saltará en el debate. Lo único que hemos hecho es que las subcomisiones han entregado sus anteproyectos, seis subcomisiones han entregado sus anteproyectos. Cuando esto salga a publicación recién estarán comenzando a debatirse y ahí veremos cuántos miembros de la comisión tienen un espíritu moderno, adecuado a las nuevas orientaciones económicas, o si la mayoría de la comisión se mantiene en términos un poco antiguos.

Hasta ahora, por lo menos lo que yo he visto, en el campo de los derechos reales y del derecho de sucesiones, que es con lo que he estado vinculado en subcomisiones, y registros, no hay de ninguna manera ningún atisbo de que estemos rezagados, de que estemos antiguos. Al contrario, parecería que estamos avanzando bien.

Hace un rato mencionó que en el tema de los derechos reales habían unas novedades. ¿Cuáles son éstas?.

Bienes registrados y no registrados. Se mantienen los muebles e inmuebles, pero en los bienes muebles e inmuebles sólo son muebles o inmuebles los corporales porque el criterio es la movilidad, por consiguiente los incorporales no son ni muebles ni inmuebles porque no tienen corporeidad.

Respecto de los bienes registrados, cualquier derecho real se constituye vía registro. Respecto de los bienes no registrados, cualquier derecho real se constituye vía entrega. O sea en ambos casos hay un modo. Incluso para el inmueble no registrado, que es la entrega. Ese es un cambio importantísimo.

Otro cambio es el pacto que prohíbe enajenar, el cual se autoriza con un plazo máximo. Otro cambio importante es en la prescripción. Básicamente la prescripción casi ya no va a funcionar sino respecto de los bienes no registrados, porque claro, concebida la prescripción como prueba del derecho de propiedad, como el registro va a ser constitutivo, el registro prueba, ya no hay necesidad de recurrir a la prescripción.

Ya no habría la prueba diabólica.

Claro. Ahora, no es un registro legitimador,

no es que lo que el registro diga sea necesariamente legítimo, es constitutivo para la creación de los derechos reales, su modificación o su extinción, pero puede cuestionarse judicialmente la validez de una inscripción.

Después, queremos flexibilizar un poco la copropiedad y que no todas las decisiones se tomen por unanimidad, porque eso traba mucho, sino optar por la mayoría absoluta según cuotas para, por ejemplo, arrendar el bien. Y así hay seis o siete cambios que son importantes.

“ Que el presidente de la comisión sea un congresista de la mayoría es comprensible, pero no influyen para nada consideraciones de tipo político ”

- Jorge Avendaño Valdez

En el tema de la copropiedad usted dice que han habido modificaciones. ¿El tema de la propiedad compartida lo ve más como un contrato o como un derecho real?

Es un contrato y es un derecho real, también. Ahora, no estamos entrando a regular ni la propiedad compartida, ni la propiedad horizontal. Estamos entrando con un artículo general, que todas las propiedades especiales se rigen por su respectiva legislación. No queremos maniar al legislador a que siga creando en materia de derechos reales. Se discutió mucho si debía mantenerse el *numerus clausus* y se ha mantenido, pese a que hubo una tendencia a liberar el asunto y a permitir que los particulares pudiesen crear derechos reales por pacto, los derechos reales que fuesen. Pero no, hemos mantenido el *numerus clausus*.

Hemos suprimido el derecho de habitación, las desmembraciones son sólo usufructo y uso. La superficie se mantiene. En cuanto a los derechos reales de garantía, no vamos a regular la prenda agrícola, ni la prenda industrial. Para eso van a quedar las leyes, nosotros sentamos los principios generales de la prenda. Lo mismo en la hipoteca. No vamos a legislar sobre la hipoteca naval, sobre la hipoteca aérea. Hay leyes especiales, nosotros establecemos el marco general de la hipoteca.

Manuel De la Puente y Lavalle

Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984^(*).

En opinión de muchos juristas extranjeros, el Código Civil de 1984 es moderno y técnicamente bien elaborado. En ese sentido, ¿cuáles son los problemas más saltantes que se han detectado? ¿Asimismo, esos problemas se deben solucionar con ajustes no sustantivos, enmiendas integrales o un nuevo código?

El Código Civil de 1984 es sin duda un buen código. Pero existen tres razones fundamentales que han determinado que este código necesite algunas enmiendas para ponerlo al día. Estos cambios son, en primer lugar, el transcurso de estos 13 años. Indudablemente hubo una evolución en la ciencia del derecho, como en los conceptos políticos y sociales, que determinan que el código tenga un nuevo enrum-bamiento, principalmente para estar de acuerdo con la nueva Constitución.

En segundo lugar, el código, como obra humana, tiene defectos propios que pueden ser fácilmente salvados con una revisión concienzuda y con tiempo.

Por último, la forma de elaboración del Código Civil de 1984, donde cada ponente tenía a su cargo un libro, ha dado lugar a que no haya conexión entre los distintos libros del código, lo cual se nota fácilmente comparando, por ejemplo, el libro de acto jurídico con el de contratos, donde, prácticamente, o bien repiten conceptos, o bien tienen conceptos opuestos. Esta es una razón por la cual al código le ha faltado unidad.

¿Podemos decir, entonces, que piensa que lo más conveniente es hacer un nuevo código?

Con motivo de la labor que nos ha encomendado la comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil de 1984, los miembros de las diversas subcomisiones en las cuales nos ha tocado actuar, hemos tenido la oportunidad de estudiar muy a fondo los libros de dicho código. Este estudio ha puesto de manifiesto muchos aspectos a los cuales no había prestado la debida atención cuando expuse en noviembre de 1996, a los miembros de la comisión, los alcances que, a mi entender, debía tener la reforma de dicho código.

Pienso ahora, con más elementos de juicio que aquél entonces, que pese a la manifiesta bondad del

Código Civil de 1984, éste debe ser sustituido por un nuevo código que esté más de acuerdo con la realidad nacional, los cambios ideológicos y científicos que se están produciendo a nivel mundial, y los asombrosos avances de la ciencia del Derecho. Esta necesidad de cambio se hace más patente en el Título Preliminar y en los libros sobre derecho de las personas, familia, sucesiones, derechos reales y fuentes de las obligaciones; en este último, particularmente en lo relativo a la responsabilidad civil.

Sin embargo, creo sinceramente que, no obstante su evidente necesidad, aún no ha llegado el momento de llevar a cabo tan radical sustitución. El Perú no cuenta actualmente con las herramientas necesarias para llevar a cabo tan trascendental obra. La elaboración de un nuevo Código Civil tiene que partir necesariamente de la vigencia del código de 1984, cuyas cualidades y defectos deben ser inexcusablemente tomados en consideración para cualquier reforma integral. Resultaría absurdo modificar radicalmente una obra sin conocerla, analizarla, criticarla tanto positiva como negativamente, y tomar posición respecto de cada uno de sus aspectos.

¿Qué aportes serían indispensables para llevar a cabo dicha obra?

Primero, el pronunciamiento de la jurisprudencia sobre el Código Civil de 1984. No hay nadie mejor llamado a realizar una reforma del Código que el magistrado. Sin necesidad de modificar día a día las normas legales para solucionar los conflictos sometidos a su veredicto, el magistrado está en la necesidad de estudiar la referida norma, captar su contenido y apreciar su idoneidad. En opinión de la mejor doctrina, la jurisprudencia fija el sentido de la norma, salva contradicciones posibles del legislador, y es la mejor fuente de conocimiento del derecho positivo. Adicionalmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los magistrados dan cuenta al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia, de los vacíos y deficiencias legislativas que encuentren en el ejercicio de sus funciones. La labor conjunta de la jurisprudencia y de la iniciativa legislativa proporciona el medio más eficaz para conocer los méritos y deméritos del Código Civil de 1984, y contar con valiosos elementos de juicio para conocer la efectividad de sus reformas.

Es verdad que nuestros jueces han aportado

(*) La presente conversación se realizó antes de la renuncia del doctor De la Puente a la Comisión Reformadora, el viernes 30 de mayo de 1997.

poco a la labor de enjuiciar las instituciones de este código, pero todo hace pensar que la reforma de la administración de justicia, actualmente en marcha, permitirá adelantar mucho camino en este sentido. Ya se están notando los primeros resultados.

Otro elemento para llevar a cabo la reforma puede ser la labor de la doctrina.

Hay que reconocer que existen importantes obras destinadas a comentar el Código Civil de 1984, las mismas que destacan con nitidez las modificaciones que son convenientes introducir en muchos de los artículos de este código. Sin embargo, estos valiosos comentarios no se proponen ni están orientados a plantear una reforma total del código, sino únicamente a enjuiciar la instituciones de éste, de tal manera que no constituyen un aporte adecuado para estructurar una reforma total.

Es verdad que hay sostenedores de la necesidad de la inmediata elaboración de un nuevo Código Civil, derogatorio del actualmente vigente, quienes aducen plausibles razones para hacerlo, pero no conozco planteamiento concreto alguno sobre la estructura y contenido que debe tener este nuevo código. Resulta necesario que quienes al igual que ellos pensamos conveniente sustituir el código de 1984 por uno nuevo, acorde con la necesidades del tiempo en que vivimos, comencemos a unir nuestros esfuerzos para llevar a cabo la fascinante tarea de elaborar este nuevo código. Para ello se requiere, en primer lugar, meditar hacia dónde queremos ir, diseñar los lineamientos de nuestra meta e implementarlos, para luego someter el resultado de nuestros esfuerzos a la crítica especializada. Obtenido el beneplácito doctrinario y práctico, será necesario realizar la ímproba tarea de redactar el nuevo Código Civil. No es poco, pues, lo que le falta hacer a la doctrina.

¿Hasta qué punto se va a tomar en cuenta los ordenamientos legales extranjeros?

Se habla mucho en estos días de decodificación y de recodificación. Sea cual fuere el resultado de estas meditaciones, lo cierto es que actualmente la tendencia a la codificación se mantiene, y que unos códigos sirven de ejemplo a otros. No debemos perder de vista la evolución legislativa extranjera, de la cual podemos extraer valiosas experiencias. Sabiendo toda la obra que tenemos por delante, para hacer realidad el nuevo código con el cual soñamos, debemos necesariamente tomar un punto de partida que nos sirva de base para desarrollar cada una de las etapas de su elaboración. Este punto de partida no puede ser otro que el Código Civil de 1984. Pero no el código cuyo proyecto redactó apresuradamente la Comisión Reformadora y modifi-

có con no menos premura la Comisión Revisora, preionadas ambas por la necesidad impostergable de contar con un nuevo ordenamiento jurídico que se plasmó en el código que nos rige, sino el código que dichas comisiones hubieran perfeccionado de contar con el tiempo y la experiencia necesarios. En otras palabras, un código cuidadosa y responsablemente actualizado.

Pienso que la vigencia durante 12 años del código, que ha puesto de manifiesto sus méritos y deméritos, nos permite completar esa tarea, sólo así proporcionaremos a la jurisprudencia y a la doctrina, la base para cumplir cabalmente su cometido. Pongamos al día, pues, el Código Civil de 1984, introduciendo todas las enmiendas que la reflexión y la experiencia aconsejan, pero conservando intactas sus estructuras, teniendo en mente que, por ahora, dado el carácter de nuestra tarea, nada más hace falta. Concluida esta labor contaremos con una primera piedra que sirva de cimiento a la jurisprudencia y a la doctrina, y a la obra que todos anhelamos realizar, que es el futuro nuevo Código Civil del Perú. Como pilar de esta obra contamos ya con notables ponencias que podrían dar pie a la reforma, previa revisión de las mismas.

Se habla mucho de la necesidad de unificar las obligaciones civiles y mercantiles, ¿qué opinión le merecen esas afirmaciones?

La Comisión Reformadora del Código de Comercio ha tomado un acuerdo en el sentido de dejar sin efecto el Código de Comercio y trasladar al Código Civil toda la parte referida a obligaciones y contratos. Paralelamente, también se está trabajando en una Ley General de la Empresa. En ésta tendrían cabida los contratos que por su naturaleza son empresariales. En ese sentido, la labor de la comisión de la cual formo parte es doble. En primer lugar, analizar la situación de los capítulos actualmente en vigencia sobre los contratos ya conocidos e incorporar aquellos artículos del Código de Comercio que sean adaptables a la vida normal del ciudadano. Y, en segundo lugar, reservar para la Ley General de la Empresa aquellos capítulos como el suministro, por ejemplo, que es un contrato empresarial porque es difícil que lo celebre una persona individual.

El campo debemos dividirlo en dos partes: uno, los contratos susceptibles de ser civilizados, en el sentido que son los contratos sobre los cuales se desempeñan todas las personas, y, por otro lado, los contratos de naturaleza empresarial, como el *leasing* o cualquier otro contrato bancario, por ejemplo, donde tiene que intervenir una empresa financiera.

Ahora, no se puede decir que un contrato es empresarial sólo porque así está legislado. Tenemos el

caso del *leasing*, que actualmente no se podría celebrar entre personas naturales porque se exige, según la legislación vigente, la intervención de una entidad financiera o de una empresa organizada como sociedad anónima. El problema que nos planteamos sería ¿es realmente necesaria la intervención de una entidad financiera o de una sociedad anónima para celebrar un *leasing*? Esa es la labor en la cual nos encontramos, y que vamos a resolver cuidadosamente.

“ El codificador de 1984 fue consciente que el uso de definiciones puede congelar el Derecho, pero el peligro de ese congelamiento no es más grande que el que no exista una guía orientadora y que el Juez no sepa cuál es la opción adoptada por el código ”

- Manuel De la Puente y Lavalle

Antes mencionó que una de las razones de la reforma es el constante desarrollo de las operaciones comerciales. ¿Eso mismo no causaría que un código que introduce definiciones y tipos contractuales fijos pueda devenir fácilmente en uno anacrónico? ¿En esa misma línea, la presente reforma del código va a incluir definiciones?

El código debe tener definiciones. Todos sabemos que en el campo del Derecho se presentan opciones. La doctrina francesa y la alemana, por ejemplo, son opuestas respecto de la preferencia por introducir definiciones, lo cual se defiende en la primera y se ataca en la segunda. El código tiene que optar por alguna concepción. Si el código no define, le deja al Juez, como en el Código Civil de 1936, toda la responsabilidad de decir cuál es la naturaleza del contrato, por ejemplo. El codificador de 1984 fue consciente que el uso de definiciones puede congelar el Derecho, pero el peligro de ese congelamiento no es más grande que el que no exista una guía orientadora y que el Juez no sepa cuál es la opción adoptada por el código.

Como nosotros queremos darle un sentido determinado al Código Civil, entonces tenemos que usar definiciones.

¿Cuál es la vocación de un Código Civil? ¿Debe ser pedagógico o netamente técnico?

Yo veo al código como una especie de Biblia laica, algo a lo que tenemos que recurrir en caso de un conflicto, y encontrar en éste una respuesta a los problemas de carácter legal que todos tenemos. El código debe tener una gran dosis de elemento pedagógico para guiar a las personas en su utilización.

En ese sentido, para mí es un ejemplo el Código Civil italiano, el cual realmente está llegando a lograr esa facilidad de manejo que carece, por ejemplo, el Código Civil alemán, o incluso el mismo código francés, el cual, si bien tiene una excelente redacción, ha llegado a profundizar lo suficiente como para poner en evidencia la naturaleza de las instituciones.

¿Qué nos puede contar del sistema de trabajo de la presente reforma?

Si nos remontamos un poco a la historia del Código Civil de 1984 vamos a encontrar respuesta a estas preguntas. Cuando recién se nombró la comisión encargada de la reforma del código de 1936, el método de trabajo empleado fue que todos los miembros de la comisión se reunían en una gran mesa y empezaban a discutir los artículos del código. Comenzaron por acto jurídico, pero pasaron doce años y no habían llegado a la mitad del libro de acto jurídico. Si bien se daban las conversaciones y discusiones más interesantes y alturas que podemos imaginarnos, éstas trataban todo el tiempo de profundizar conceptos antes que redactar el código.

Recuerdo que formaban parte de la comisión el doctor José León Barandiarán y el doctor Jorge Vega García. El doctor León Barandiarán era partidario de la teoría del Negocio Jurídico y el doctor Vega García era partidario de la teoría del Acto Jurídico. Cuando el doctor Vega García dejaba de asistir a una sesión por cualquier causa, el doctor Barandiarán avanzaba con su teoría, y, viceversa, lo mismo sucedía si el doctor Barandiarán faltaba a una sesión. Entonces había que volver a discutir el tema. Es por eso que cuando el doctor Felipe Osterling salió elegido presidente de la Comisión Reformadora, decidió cambiar el sistema y encomendó cada ponencia a un ponente distinto. Si bien cada uno de los ponentes hizo un trabajo a fondo y muy serio, no hubo comunicación entre los distintos ponentes, de tal manera que salían libros perfectos pero que no tenían conexión con los otros. Son bancos estancos.

Existe entonces un gran ausente, quien es el doctor Felipe Osterling.

La ausencia del doctor Osterling es sentida por todos los miembros de la comisión.

¿Es verdad que existe un plazo muy breve para que la comisión presente resultados al respecto?

Creo que no. El libro de fuentes de las obligaciones, parte general, ya está terminado y ha sido presentado a la comisión. Acto jurídico ya está terminado y debe ser presentado en pocos días a la comisión. Derechos reales, nos cuenta el doctor Avendaño, ya está prácticamente terminado, de tal manera que su presentación es inmediata.

Existen otros libros que necesitan una mayor meditación. Por ejemplo el libro de familia, al cual hay que adaptarlo un poco más a la realidad nacional. La ciencia del derecho ha avanzado bastante, de ahí que hay que trabajarlo con gran agilidad. Debe estar terminado, sin apresuramientos, porque eso sí, nos estamos cuidando mucho de no apresurarnos, a fines de mayo o principios de junio.

En cuanto al libro de sucesiones, hay dos ponencias, la del doctor Lohmann y la del doctor Ferrero. Se van a presentar ambas ponencias al pleno, y éste decidirá por cuál se inclina.

Lo que sí va a tomar tiempo, hablo de mediados de junio a julio, son los contratos típicos. El doctor Arias Schreiber ha renunciado por razones de salud, así que estamos reorganizando la comisión. Es muy difícil porque estamos analizando qué contratos se van a incorporar, qué modificaciones deben introducirse, etc.

¿Nos puede adelantar algunas novedades?

Preferiría no adelantar nada porque esto debe ser fruto de una discusión y no de ir ganándose las ideas.

Nos comentan que para la salida del Código Civil de 1984 hubo mucha actividad académica, participación del foro, interés de los mismos estudiantes. ¿Esto se ha perdido para la presente reforma?

Se quiso dar un compás de espera para que las subcomisiones presenten los anteproyectos y se pueda discutir sobre propuestas concretas. Como el 31 de marzo venció el primer plazo para la presentación de los anteproyectos, se ha pensado que todo el debate público debe postergarse a partir de esa fecha, para que todos tengan conocimiento sobre qué temas se va a discutir. Es en tal sentido que en la misma Pontificia Universidad Católica van a haber dos eventos que permitirán trabajar sobre cosas concretas, ahí es donde se conocerá el nuevo código, así como algo que yo siento muy a fondo, que es ver al código como un amigo y no como un enemigo. Tratar de que el código sea accesible a todas las personas, y no poner frenos ni obstáculos que impidan la modificación del código. Ese es el espíritu que quisiera que reinara en los eventos que se están organizando.

¿Desea añadir algo más?

Agregar que las reuniones del pleno son sumamente interesantes, pues el hecho de que los miembros de una subcomisión puedan serlo a su vez de otra, da mucha riqueza al debate, ya que no se discute sólo lo relacionado con ese libro, sino que se va también a la concordancia con los otros.

Realmente, todos salimos muy contentos de las reuniones del pleno.

Felipe Osterling Parodi

Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936.

¿Cuáles cree usted que son los problemas que se han detectado para hablar ahora de una reforma?

Yo les contesto con toda sinceridad que no creo que se justifique una reforma integral del Código Civil de 1984. Pueden existir determinadas normas consignadas en el código que podrían ser modificadas, pero ello no solamente ocurre en el código peruano de 1984 sino con cualquier legislación, ya que toda obra de seres humanos es susceptible de ser perfeccionada.

Lo que me llama la atención es que cuando el Código Civil de 1984 tenía a duras penas 7 u 8 años de vigencia, y había sido muy elogiado en congresos internacionales que se habían realizado acá en el Perú, fundamentalmente organizados por las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica y de la Universidad de Lima, se constituyeron comisiones integradas por distinguidos maestros universitarios, destinadas a revisar el código para introducir en él modificaciones, y esto se ha cristalizado ahora mediante la constitución de una comisión oficial, una comisión reformadora, que yo no sé hasta qué límites va a llegar en la modificación del código.

No deberían ir más allá de reformar algunos artículos que pueden juzgarse indispensables porque pueden obstaculizar el desarrollo económico y social en el Perú. Pero de allí a introducir una modificación sustancial, es crear un clima y un ambiente de inestabilidad jurídica en el Perú en un código que recién está siendo estudiado por los juristas, magistrados, abogados, estudiantes universitarios; que recién está siendo objeto de fallos dictados por la Corte Suprema, o sea de ejecutorias supremas, y respecto del cual recién se está escribiendo. Hay materias del Código Civil respecto de las que nadie ha escrito, por ejemplo sobre derechos reales. En otras materias se ha escrito poco, o recién se está empezando a escribir, de tal manera que yo no veo una justificación a que exista esta tendencia académica destinada a tratar de modificar numerosas normas del Código Civil.

Entonces todo este apuro que se ve de pronto en una comisión y querer hacerlo incluso en un tiempo bastante corto, ¿a qué se puede deber? ¿a cuestiones políticas, intereses personales?

Yo creo que acá hay, con todo el respeto que me merecen los miembros de la comisión, una suerte de afán de protagonismo personal o en otros casos puede haber tentaciones académicas. Se ha dicho que el Código Civil de 1984 es un código socializante, que entorpece las relaciones económicas en el Perú y eso es absolutamente falso. La prueba más evidente es que con este código de 1984 hay, como le consta a todas las personas, una enorme afluencia de inversiones nacionales y extranjeras en el Perú.

Les voy a poner un ejemplo. Se dice que el artículo 1355 del Código Civil es un artículo que está en conflicto con el artículo 62 de la Constitución de 1993 y que crea un clima de inestabilidad jurídica. No hay absolutamente nada más falso que eso. ¿Por qué? Porque el artículo 62 de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar validamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Y a su turno el artículo 1355 dice que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido del contrato. Pero se trata de leyes previas al texto constitucional. Una vez que se ha celebrado el contrato, éste tiene que respetarse conforme al artículo 62. De tal manera que no hay obstáculo para la contratación según ambos preceptos. Se los traigo a modo de ejemplo porque es el caso que más frecuentemente se ha aducido como que puede entorpecer las relaciones contractuales en el Perú.

Siendo el Código Civil una norma tan importante, ¿no se le está dando a este código una vida muy corta? ¿no deberíamos apuntar a un criterio de mayor duración?

Yo estoy enteramente de acuerdo con el planteamiento que ustedes me formulan, y les quiero decir que tan cierto es lo que ustedes expresan que permítame poner unos ejemplos. Es verdad que en los códigos que voy a citar se han introducido determinadas modificaciones, pero modificaciones que han ido surgiendo poco a poco, en el curso de los años.

En Francia está vigente el Código de Napoleón desde el año 1804. El código español acaba de cumplir 100 años, es del año 1889; incluso acá hubo con motivo del centenario del código español un certamen muy importante. El código alemán, que es otro excelente código, es del año 1900. El Código de las Obligaciones suizo es del año 1911. El código italiano es del año 1942.

En el caso de América Latina, los dos países que se encuentran más avanzados en materia civil son Argentina y Brasil. Argentina mantiene el Có-

digo Vélez Sarsfield desde el año 1871, es verdad que con reformas que se introdujeron en el año 1968 y con otras reformas paulatinas que han habido, pero sin desnaturalizar ni desvirtuar los alcances del código.

Por otro lado tenemos al código brasileño que es del año 1916, el cual tampoco ha tenido reformas fundamentales. De tal manera que yo considero que un Código Civil no entorpece el desarrollo social, económico, o tecnológico de un país. La generalidad de sus preceptos se adapta a las evoluciones que tecnológicamente surgen día a día.

Si tuviéramos que cambiar el código cada vez que hay una evolución tecnológica, y como las evoluciones tecnológicas son de día en día, tendríamos que cambiar los códigos también de día en día.

En consecuencia yo estoy enteramente de acuerdo con el planteamiento que ustedes formulan, por eso es que veo un poco atónito el hecho de que exista este empuje para introducir modificaciones de tal naturaleza que, prácticamente, del Código Civil de 1984 quedaría el nombre y eventualmente un esqueleto. Se cambiarían todas las normas con las que recién se están formando los abogados, estudiantes universitarios, etc.

En ese sentido, una de las razones para la actual reforma es el constante desarrollo de las operaciones mercantiles en el devenir del tiempo. ¿Eso no causaría al mismo tiempo que un código que introduce tipos contractuales fijos pueda caer muy fácilmente en el anacronismo?

Pero sin la menor duda. Yo le pongo casos concretos de la pregunta que me formulan. Vamos a hablar de los denominados contratos modernos. Hay muchos contratos que la vida mercantil está determinando que surjan permanentemente. Concretamente me viene a la memoria el contrato de arrendamiento financiero, que ha sido legislado por una norma específica. Pero existen otros contratos que están recién evolucionando, recién adaptándose. La mayoría de estos contratos modernos son contratos importados, no surgen en el Perú. Pero el hecho de que surja una nueva modalidad contractual no significa que se debe tratar necesariamente de un contrato nominado que se incorpore en el Código Civil; en todo caso se aplican la generalidad de las normas del Derecho Civil, y puede ese contrato tener sus leyes especiales hasta que se encuentre perfectamente sedimentado, hasta que esté perfectamente estructurado y recién en ese momento podrían ser incorporados en el Código Civil.

¿Pero qué urgencia hay, por ejemplo, de incorporar la Ley de Arrendamiento Financiero como parte del Código Civil?

Una discusión típica es si el Código Civil debe ser pedagógico o netamente técnico. ¿Cuál es su opinión al respecto?

En ese tema tenemos que buscar un justo término medio aristotélico. El código no debe ser ni excesivamente técnico, ni excesivamente pedagógico. Le pongo como contraste dos códigos, el antecedente inmediato del Código Civil de 1984, o sea al código de 1936 y el antecedente mediato, que fue el código de 1852. El Código Civil de 1852 fue un código muy pedagógico, muy desarrollado, y el Código Civil de 1936 fue un código excesivamente técnico, inclusive muchas de sus normas podían ser interpretadas solamente por juristas, ni siquiera por abogados debido al enorme tecnicismo que él tenía.

En el Código Civil de 1984 tratamos de buscar ese término medio, que fuera un código pedagógico, pero no un código reglamentarista, que a su vez no fuera un código excesivamente técnico de modo tal que no tuvieran acceso a él los abogados, los magistrados o los estudiantes universitarios, quienes son fundamentalmente los que manejan un Código Civil.

¿Por qué se hizo la reforma del Código Civil de 1936? Porque nos basamos en un apotegma de uno de sus ilustres autores, el doctor Manuel Augusto Olaechea, autor de la parte relativa a obligaciones y contratos, en el sentido que la ley debe enseñar. Eso decía el doctor Manuel Augusto Olaechea, sin embargo el Código Civil de 1936 no fue un código pedagógico. Por eso es que hemos buscado un término medio en el Código Civil de 1984. Le hablo concretamente sobre lo que es mi especialidad, el derecho de obligaciones. Nosotros hemos seguido en el Código Civil de 1984 la estructura del Código Civil de 1936, pero hemos desarrollado un poco más las instituciones con el propósito de darles mayor comprensión.

Los doctores Manuel de la Puente y Lavalle y Jorge Avendaño Valdez dicen que su ausencia es sentida actualmente por los miembros de la Comisión Reformadora. A juicio del doctor De la Puente, usted como presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984 fue el responsable de introducir la metodología que permitió su promulgación. ¿Cuéntenos un poco cómo se trabajó en aquella oportunidad?

Permítanme en primer lugar agradecer muy sinceramente a mis apreciados amigos e ilustres juristas las expresiones que tienen hacia mi persona. Efectivamente, yo no soy miembro de la actual Comisión Reformadora del Código Civil, pero ese es un hecho que no depende de mí sino que depende del gobierno, que es evidentemente quien designa a los miembros.

Yo siempre he expresado que estoy dispuesto a

prestar cualquier colaboración en lo que es el tema de mi especialidad fundamentalmente, que es el derecho de obligaciones.

Al margen de ello, el Código Civil de 1984 tuvo una secuencia interesante. En 1965, siendo Ministro de Justicia el doctor Carlos Fernández Sessarego, se nombró una comisión destinada a revisar y reformar el Código Civil de 1936, llamada genéricamente «Comisión Reformadora». Esta comisión yo empecé a presidirla a principios de la década del setenta como representante de la Corte Suprema de Justicia de la República. Y la empecé a presidir porque así me correspondía conforme a las normas legales vigentes. Yo me sentía abochornado, les confieso, de presidir una comisión integrada por brillantes juristas, empezando por el maestro José León Barandiarán o siguiendo con el maestro Jorge Vega García, pero la ley me confirió ese inmerecido honor.



Entonces trabajamos con mucha intensidad durante toda la década del setenta. No quisimos presentar el proyecto de Código Civil mientras hubiera un gobierno de facto en el Perú, y el gobierno de facto justamente termina a finales de la década del setenta. En ese momento ya prácticamente teníamos estructurado un proyecto de Código Civil. A ese proyecto se le dio una gran publicidad. Salió publicado en el diario oficial El Peruano, si mi memoria no me es infiel, tres veces, con el propósito de poder tomar todas las sugerencias que nos efectuara la ciudadanía. No hubo *fórum* al que no concu-

riéramos los miembros de la comisión reformadora, llámese Poder Judicial, Colegios de Abogados, universidades e instituciones especializadas en determinadas materias, con el objeto de expresar cómo estábamos concibiendo el código y qué sugerencias podíamos recibir. Viajamos inclusive a provincias. Ello determinó que por una coincidencia, a mi juicio afortunada para la dación del Código Civil de 1984, yo fuera ministro de justicia entre los años 1980 y 1981, o sea, el primer ministro de justicia del presidente Fernando Belaunde Terry. El proyecto del Código Civil quedó concluido y fue entregado al presidente del Congreso.

Este proyecto de Código Civil que se sometió al Congreso de la República determinó que se nombrara una Comisión Revisora integrada por nueve miembros. La presidió el doctor Javier Alva Orlandini y estaba integrada por 3 senadores, 3 diputados y 3 representantes del Ministerio de Justicia. Esta comisión revisora trabajó muy arduamente durante 2 años en el local del Ministerio de Justicia. Tuvo centenares de sesiones. La metodología que utilizaron fue ir debatiendo artículo por artículo y fundamentalmente ir invitando a los miembros de la comisión. Ello determinó que el proyecto de Código Civil tuviera algunas modificaciones que introducía la Comisión Revisora. No fueron modificaciones sustanciales, pero la Comisión Revisora lo afinó y lo perfeccionó. Esto determinó a su turno que una vez que estuvo satisfecho el Congreso de la República con el proyecto final, se otorgara facultad delegada al Poder Ejecutivo con el propósito de que se promulgara el código y, efectivamente, el Código Civil se promulgó el día 24 de julio de 1984, para entrar en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

Este código no ha sido fruto de la improvisación. Tan no ha sido fruto de la improvisación que yo puedo probar sin ninguna dificultad que en el año 1973, yo como ponente de la parte de derecho de las obligaciones ya tenía un proyecto, que fue un proyecto que se fue sedimentando, arreglando y que se incorporó finalmente al proyecto de Código Civil de 1981, que dio origen al Código Civil de 1984.

Desde su punto de vista no es necesaria una reforma del Código Civil ¿No cree usted que al ser básicamente las mismas personas las que elaboraron el Código

Civil de 1984 y las que conforman hoy en día esta comisión, esto no denota algo así como una falta de seriedad a un trabajo supuestamente bien hecho, tomando en cuenta el poco tiempo de vigencia del Código Civil de 1984?

No, yo no diría que es falta de seriedad. Yo lo que diría es que evidentemente quienes más título pueden tener para introducir reformas al código son sus propios autores, quienes pueden percibir los aspectos que son susceptibles de mejorarse y de perfeccionarse.

El Derecho es algo que está en constante evolución, la norma jurídica está en constante evolución y evidentemente hay preceptos que pueden mejorarse. Pero la circunstancia de que hayan ciertos preceptos que puedan mejorarse en el código y que determinen que pueda hacerse una revisión de algunas de sus normas no significa ni efectuar una modificación sustancial ni que vayan a cambiar mil artículos de los dos mil artículos del Código Civil o que eventualmente vayan a promulgar un nuevo código.

Imagínense ustedes si se promulga un nuevo código la sorpresa con que los mirarían todos los juristas europeos y latinoamericanos que han venido a estos certámenes internacionales que han elogiado el Código Civil de 1984. De tal manera que yo aconsejo extrema medida mesura, prudencia y ponderación para introducir cambios en el código vigente.

¿Hay algo más que desee agregar?

Quiero expresarles el orgullo que siento, como uno de los más antiguos profesores universitarios de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, de la enorme inquietud académica de nuestros estudiantes, de los estudiantes de mi facultad, porque la Universidad Católica es mi *alma mater*, de que exista esa inquietud intelectual entre los alumnos de la facultad y que exista una revista jurídica como *Ius et Veritas*, que a mi juicio tiene calidad internacional.

Han logrado un excelente medio de divulgación de las concepciones jurídicas a través de la revista que ustedes conducen, de tal manera que quería concluir expresándoles mis más afectuosas felicitaciones y mi orgullo como profesor de la facultad, como ex-alumno de la facultad y como abogado, por la labor que están ustedes realizando. 𐆆