

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 estabecida 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 sábana", 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 sábana, 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 per se suelen 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 velozes, 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).