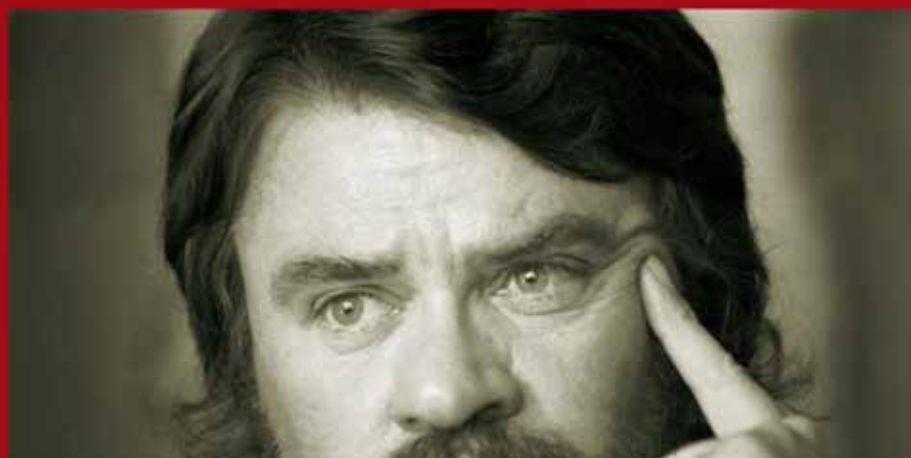


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO III



Capítulo 74

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-890-6

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

EN EL PAÍS DE LAS COLINAS DE ARENA. CONFERENCIA DE PRESENTACIÓN DEL LIBRO DE FERNANDO DE TRAZEGNIES EN EL CENTRO CULTURAL PERUANO CHINO (1994)

Manuel de la Puente y Lavalle (†)

Se me ha conferido el inmerecido honor de participar en la presentación de libro del doctor Fernando de Trazegnies irónicamente titulado *En el país de las colinas de arena*, por contraste con el país de las colinas de oro que se pintaba a los chinos para inducirlos a celebrar los contratos llamados *chineros* en el puerto de Macao.

Leer el libro del doctor de Trazegnies es descubrir un Perú distinto al que creíamos conocer, pues saca a luz una realidad sobre la cual, quizá por ignorancia o quizá por vergüenza, hemos querido echar un velo opaco para perderla de vista.

Realmente no sé qué admirar más, si el ingenio de Fernando de Trazegnies para actualizar un olvidado problema jurídico de incuestionable interés, su seriedad para efectuar una investigación realmente exhaustiva, su sensibilidad para ponderar los valores positivos y negativos de la contratación china, su talento de escritor que nos recrea con una prosa cautivadora, su inteligencia para analizar los antes impensados alcances del tema que desarrolla, o su envergadura como jurista de primerísima calidad. Creo que, en realidad, si bien hay que admirar cada una de esas cualidades por separado, el conjunto de ellas, enlazadas entre sí, otorga al libro de de Trazegnies un valor excepcional.

La obra está dividida en tres partes. En la primera de ellas, según el propio autor, se quiere dar una idea de la vida de los inmigrantes chinos en el Perú; en la segunda, hay un intento de explicación en materia de hechos y de derechos; en la tercera, el Derecho se mira al espejo y adquiere una nueva imagen de sí mismo.

(†) (1922-2007) Doctor en Derecho. Fue profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, presidente honorario y miembro de la Comisión Especial encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil Peruano de 1984 y socio del estudio Echeopar Abogados.

Se me ha pedido que me ocupe de la segunda parte y, en especial, de la naturaleza jurídica de la contrata china.

Debo confesar, pálido de vergüenza, que pese a haber dictado el curso de Contratos durante veinte años en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y de haber escrito dos libros sobre el contrato privado, no me había percatado, hasta leer la obra de de Trazegnies, de la importancia de la contrata china como precursora de dos figuras jurídicas de primerísima importancia en la contratación moderna: los contratos por adhesión y la cesión de posición contractual.

No es, desde luego, el objeto de esta charla profundizar estos dos temas, pese a su singular interés, sino describir a grandes rasgos cómo ellos han encontrado cabida en la contrata culi muchos años antes de que los juristas tradicionales discurrieran acerca de ellos.

Se atribuye al jurista francés Saleilles ser el primero en haber descubierto en 1902 que

[...] existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún está por hacer; [...] se les podría llamar, dice, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo sino a una colectividad determinada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo.

La mayor parte de la doctrina moderna coincide en considerar que debe entenderse por contrato de adhesión o contrato por adhesión aquel cuyas condiciones son prerredactadas unilateralmente por una de las partes, de tal manera que la otra solo puede aceptarlas en bloque o rechazarlas.

El Código Civil peruano da una buena definición del contrato por adhesión al decir en su artículo 1390 que es aquel en el que una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, que constituyen realmente una oferta, declara su voluntad de aceptar.

En la redacción de las contratas chinas celebradas en el puerto portugués de Macao en los años cincuenta del siglo pasado para comprometer a súbditos chinos a que vinieran a trabajar en el Perú, que cabe considerar, en principio, como una locación de servicios, puede observarse que, pese a intrascendentes diferencias existentes en los encabezamientos y membretes, el texto contractual es prácticamente uniforme en todos ellos, lo que pone de manifiesto que fueron prerredactados unilateralmente por los importadores, de tal manera que las cláusulas que aparecen en ellos traducen la exclusiva voluntad de estos, sin intervención

alguna de los culis cuyos servicios constituyeron la materia de la contratación. El hecho de que estas contratas figuraran en formatos o formularios impresos confirma esta presunción.

Las contratas chineras reúnen así la primera característica de los contratos por adhesión, que es su redacción unilateral por una de las partes contractuales.

El segundo elemento característico de estos contratos es que la parte que redacta o fija las estipulaciones plantea a la otra una alternativa inmodificable entre la aceptación íntegra de tales estipulaciones, o sea de su oferta, y el rechazo, también íntegro, de ella. Obsérvese que no se trata de una imposición, en el sentido de que el redactor presiona o somete al destinatario para que acepte su oferta, sino únicamente lo coloca en una disyuntiva ante la cual el destinatario tiene, en principio, amplia libertad de elección entre la aceptación y el rechazo. Por ello, a esta modalidad se la llama *contrato libre por adhesión*.

Puede decirse que teóricamente, especulando en probeta, el chino a quien se propone celebrar la contrata puede libremente rechazar o aceptar la oferta del comitente, es decir, de quien encarga los servicios, desde que no se emplea la violencia, entendida como la fuerza mediante la cual se doblega al sujeto y se anula su voluntad, para que actúe en uno u otro sentido.

Sin embargo, la realidad de la vida pone de manifiesto que si bien teóricamente toda persona, en ejercicio de la autonomía privada, está en libertad de contratar o no contratar, el estado de necesidad en que se encuentran determinadas personas las compele a someterse a las condiciones que se les tratan de imponer como única solución para satisfacer sus necesidades, muchas veces ineludibles. Surge así el contrato llamado *prácticamente necesario*, pues sin ser su necesidad impuesta por el ordenamiento jurídico, la parte débil, entendida como aquella compelida por su estado de necesidad, se encuentra forzada intelectualmente a contratar, aceptando las condiciones que le impone la parte fuerte, es decir, quien puede satisfacer las necesidades.

Sería irreal pensar que el contrato por adhesión fue una construcción jurídica de laboratorio, producto de una investigación científica de carácter teórico, y que el contrato prácticamente necesario fue el resultado exclusivo del juego de factores económicos, en una coyuntura histórica determinada, pues ambos se encuentran inevitablemente interrelacionados. Es posible que el primero sea consecuencia del segundo.

En efecto, el medio más adecuado para que el receptor de servicios imponga inflexiblemente sus condiciones a quienes necesitan prestar esos servicios es ofrecerlos mediante contratos por adhesión, colocando a los destinatarios en la alternativa de aceptar las condiciones contenidas en las ofertas o no contratar. Como esta segunda alternativa es difícilmente escogida, dado el estado de necesidad en que

se encuentran los destinatarios de la oferta, el oferente se asegura prácticamente de esta manera la aceptación de sus condiciones.

Este era el caso de Kin-fo y de quienes se encontraban en condición similar a la suya. Perdido su patrimonio en el juego o formando parte de aquellos «bastones desnudos», a quienes los ingleses dieron el apelativo de *coolies*, que según la cita de Pablo Macera «[...] se convirtieron en una tropa desesperada y sin ocupación que moría de hambre y que pedía trabajo inútilmente en los puertos y ciudades», no vacilaron en aceptar las ofertas de los reclutadores peruanos para prestar sus servicios allende los mares.

Así, a mediados del siglo XIX se empezaron a celebrar en Macao contratos en los que el culi suscribía ansioso los formularios que se le presentaban como documentos requeridos para prestar sus servicios en el Perú, en las condiciones estipuladas en dichos formularios. De esta manera se celebran contratos necesarios por adhesión, que reunían todas las características que la doctrina moderna asigna a estos contratos, es decir, la redacción unilateral del texto contractual por una de las partes, sin participación de la otra; el carácter inmodificable de las estipulaciones consignadas en los formularios que contenían la oferta contractual; y la aceptación incondicional de tales estipulaciones debido al estado de necesidad en que se encontraba el culi.

Por ello, según lo expresa el doctor de Trazegnies, «[...] existió ceguera en los juristas de la época para darse cuenta de la gravedad y de la trascendencia de este fenómeno contractual que se manifestaba ya masivamente en los contratos chinos y que luego daría lugar a una de las grandes revoluciones teóricas de la historia de la contratación».

Si los estudiosos de la época hubieran abandonado su soberbia jurídica, que los encerraba en las torres de marfil de su orgullosa sapiencia, para contemplar lo que la realidad de la vida les ponía delante, habrían podido percatarse de que algo nuevo estaba ocurriendo en el Derecho y que allá, en las lejanías del puerto de Macao, el ingenio humano estaba creando una nueva modalidad de contratación. Tiene razón de Trazegnies cuando afirma que la nueva figura jurídica del contrato por adhesión que se plasmaba en los contratos chinos, abandonada a su propia suerte, dio como resultado duras formas de opresión y explotación humana —los contratos chinos— ante la impassividad de los juristas llamados a construir la teoría que hubiera hecho posible y útil el contrato de adhesión dentro de un marco de libertad.

Sin embargo, no debe pensarse que el contrato necesario por adhesión —como lo son los contratos chinos— es intrínsecamente abusivo o naturalmente injusto. Puede ocurrir, y ello se presenta con relativa frecuencia, que el oferente del contrato por adhesión no quiera utilizar este como un instrumento de opresión

para subyugar a la otra parte, sino simplemente asegurarse de que el contrato responderá exactamente a lo que él desea alcanzar mediante su celebración.

Si analizamos desapasionadamente el texto de los contratos chinos típicos podemos observar que, con la salvedad del compromiso de trabajar solo en beneficio del comitente durante ocho años, las condiciones del trabajo en lo que se refiere a la naturaleza de los servicios a prestarse, la duración de la jornada laboral y la remuneración pactada, no tienen características inhumanas. Aun el plazo contractual, si bien lindante con una esclavitud temporal, no representaba una aberración dentro del contexto de la legislación de la época. Así, el Código Civil peruano de 1852, bajo cuya vigencia se celebraron los contratos chinos, establecía en su artículo 1635 que los criados, en caso de haber recibido anticipaciones de vestido o de dinero, no podían despedirse cuando quisieran sino que estaban obligados a servir por el tiempo y precio convenido.

Las tremendas injusticias y los imperdonables abusos, que han hecho de los contratos chinos verdaderos escándalos jurídicos, no se produjeron, pues, por razón de lo estipulado en ellos sino al momento de su ejecución. En muchos casos el alojamiento pactado resultó ser un galpón inhabitable, donde se hacinaban los trabajadores; la suficiente ración de alimento sano derivó en raciones de hambre, totalmente insuficientes para el sustento; el tiempo y duración del trabajo de cada día, que debía ser el mismo de costumbre del lugar, se prolongó en jornadas inacabables, que agotaban la resistencia de los culis.

Debe tenerse presente, sin embargo, que la celebración y la ejecución del contrato son dos etapas distintas de la vida contractual. Puede existir buena fe en la celebración y mala fe en la ejecución, o viceversa, de tal manera que, desde el punto de vista del análisis que se está haciendo, bien puede juzgarse la contrata china exclusivamente por su estructura jurídica. Desde este punto de vista, tales contratas representan un incuestionable precedente de la moderna contratación por adhesión.

Otro aspecto sumamente interesante de las contratas chinas es la estipulación consignada en ellas según la cual el trabajador permite que la contrata sea traspasada durante el período de ocho años de vigencia obligatoria de la misma.

Esta figura es muy novedosa pues si bien el Código Civil de 1852 admitía la traslación de derechos y acciones contra un tercero, no contemplaba la asunción de deudas ni, menos aún, la cesión del contrato.

Para facilitar la comprensión de esta última figura jurídica conviene hacer una breve explicación de ella.

El contrato crea una relación jurídica entre las partes que lo celebran. Esta relación jurídica está compuesta en los contratos bilaterales por derechos en favor de cada uno de los contratantes y en obligaciones a cargo de los mismos. Por

ejemplo, en un contrato de arrendamiento la relación jurídica creada por él otorga al arrendador el derecho de percibir la renta y al arrendatario el derecho de gozar temporalmente el uso del bien. Correlativamente, impone al arrendador las obligaciones de entregar el bien al arrendatario y mantenerlo en el uso del mismo durante el plazo del contrato, y al arrendatario las obligaciones de recibir el bien, cuidarlo diligentemente y pagar con puntualidad la renta en el plazo y lugar convenidos.

El Código Civil de 1852 permitía que el arrendatario cediera a un tercero el derecho de gozar el uso del bien, pero no lo autorizaba para que un tercero asumiera su obligación de pagar la renta. Como consecuencia lógica, dicho Código no reconocía la figura de la cesión del contrato como un todo, esto es, con sus derechos y obligaciones, pues ello habría implicado admitir indirectamente la cesión de obligaciones. Esta situación se continuó en el Código Civil peruano de 1936.

Recién el Código Civil italiano de 1942 admitió legislativamente la cesión del contrato, estableciendo que cada una de las partes podrá sustituir a sí misma un tercero en las relaciones derivadas de un contrato bilateral, llamado contrato básico, con tal de que la otra parte consienta en ello. Posteriormente, a partir del III Congreso de Derecho Comparado, realizado en Londres en el año 1950, en el cual se presentó una ponencia sobre la cesión del contrato, esta institución cobró un auge impresionante, llegándose a decir que se había producido, casi súbitamente, una verdadera «explosión» a favor de la cesión del contrato.

Sin embargo, cien años antes los reclutadores peruanos y los emigrantes chinos insertaban diariamente en los contratos de locación de servicios celebrados en el puerto de Macao una cláusula según la cual el chino se obligaba a trabajar solo en beneficio de quien contrataba sus servicios «o de la persona a quien hubiese traspasado este Contrato», sin que los estudiosos de la época se percataran de que estaba surgiendo una figura jurídica desconocida entonces por la ciencia del Derecho. No pensaron que al estipularse el traspaso del contrato se estaba yendo mucho más allá de la figura de la cesión de derechos, que tan expertamente sabían manejar.

Tiene razón Fernando de Trazegnies cuando dice que una indiferencia similar a la existente respecto de los contratos por adhesión

[...] rodea otro aspecto de las contrataciones, constituido por la transferencia del derecho sobre el chino, que realiza primero el importador al hacendado y luego, eventualmente, este a otro titular posterior. Aquí también estamos ante el nacimiento de una importante institución que crece subrepticamente entre los intersticios del Derecho de los juristas, sin que estos se den cuenta de ella. Y, como en el caso anterior, sin una teoría que la oriente y la inserte dentro del orden jurídico moderno, este nuevo instrumento contractual —que tanto uso tendrá dentro del Derecho del siglo XX— cumple aquí un papel más bien anacrónico, perpetuando formas esclavistas de otros tiempos.

Posiblemente al hablar de «traspaso del contrato» los redactores de los formularios de la oferta contractual pensaban simplemente en la cesión de los derechos sobre el chino, sin ver que estaban efectuando una operación mucho más compleja, constituida por la cesión de la relación jurídica creada por el contrato, que comprende tanto los derechos como las obligaciones de las partes. En estas condiciones, el objeto de la cesión era no solo la obligación del chino de prestar sus servicios de la manera estipulada, sino también sus otras obligaciones, como, por ejemplo, el respeto del plazo de la contrata, así como sus derechos, entre los que se encontraban el salario, las comidas diarias, el tiempo y duración de su trabajo cada día de acuerdo con la costumbre del lugar, la asistencia médica, etcétera, que representaban correlativas obligaciones del comitente.

Sin embargo, no debe pensarse que la cesión del contrato debe ser entendida, tal cual lo era inicialmente, como una transmisión conjunta de derechos y obligaciones emanados del contrato básico, pues esta concepción ha sido sustituida por un nuevo enfoque según el cual la relación obligacional continúa inmutable, con las mismas características que tenía cuando fue creada mediante la celebración del contrato básico, produciéndose únicamente una cesión de posición contractual, con alcances netamente subjetivos. Por ello, ha sido un acierto del Código Civil peruano de 1984 recoger esta institución, llamándola contrato de cesión de posición contractual.

Por ejemplo, si el importador, digamos la «Compañía Marítima del Perú», cede a un hacendado peruano un contrato chinero, que es básicamente uno de locación de servicios, el comitente, o sea la Compañía Marítima del Perú, cumple su misión de contratante cedente mediante la cesión de su posición contractual de comitente a un tercero, que es el hacendado, quien por su parte adquiere la posición contractual en calidad de cesionario, quedando intacta la posición contractual del chino, quien tiene la calidad de contratante cedido. Simplemente la Compañía Marítima del Perú, en su condición de cedente, sale del contrato y en su lugar ingresa el hacendado cesionario, permaneciendo en el contrato el chino cedido. Como consecuencia de ello, el contrato básico continúa ejecutándose entre el hacendado cesionario y el chino cedido, permaneciendo inmutable la relación contractual —es decir, el conjunto de derecho y obligaciones— creada al celebrarse en Macao el contrato básico.

Llama la atención la perspicacia de de Trazegnies, quien advierte que el Perú fue un interesantísimo laboratorio de transmisión de obligaciones:

En nuestra opinión, estas transferencias de contratos chinos eran manifestaciones tempranas de verdaderas cesiones de posición contractual. Hay en ellas una cesión de créditos y de deudas simultánea, y por eso es una cesión de posición contractual: el que compra el contrato no solo adquiere los créditos

contra el trabajo del chino sino también las deudas de salario, ropa, comida, asistencia médica, etcétera, en favor del chino. Además, el nuevo empleador no se agrega al importador como deudor de estas obligaciones frente al chino (lo que habría sucedido en el caso de un mero subcontrato), sino que se sustituye a este en tales obligaciones: el primer contratante (el importador) queda liberado de sus obligaciones frente al chino, ya que la fórmula de transferencia precisa que los derechos del nuevo empleador comienzan a correr desde tal fecha, «sin responsabilidad» para el anterior.

Esta breve exposición ha tenido por objeto poner de manifiesto que los contratos chinos se adelantaron a su época jurídica, al manejar desde mediados del siglo XIX dos instituciones que los juristas tradicionales creían un descubrimiento del siglo XX, como son el contrato necesario por adhesión y la cesión de posición contractual. ¿Cuál ha sido la razón de esta ceguera de los estudiosos del siglo XIX respecto de la verdadera naturaleza jurídica de la contrata china? Según Fernando de Trazegnies, ello obedece a tres estrategias: la primera es el desprecio, que consiste en hacer abominable al chino para facilitar un trato jurídico abominable; la segunda es el maquillaje, que consiste en revestir los actos vinculados al negocio chino con formalidades, a fin de herosear la apariencia contractual y evitar que resulten demasiado chocantes las contradicciones con el derecho moderno; la tercera es la invisibilidad, que consiste en ignorar jurídicamente todo lo que se refiere a los chinos, haciéndolos *invisibles*, de tal manera que el mundo de los inmigrantes chinos no solo no existe para el Derecho académico, sino que no debe existir.

Agradezco profundamente al Centro Cultural Peruano Chino la oportunidad que me ha brindado de rendir mi más sincero homenaje al libro titulado *En el país de las colinas de arena* que, en mi opinión, constituye una obra literaria que realmente sorprende por su extraordinaria calidad. Agradezco también, con no menos profundidad, a su autor, el doctor Fernando de Trazegnies, por el maravilloso regalo que nos ha hecho con esta obra.