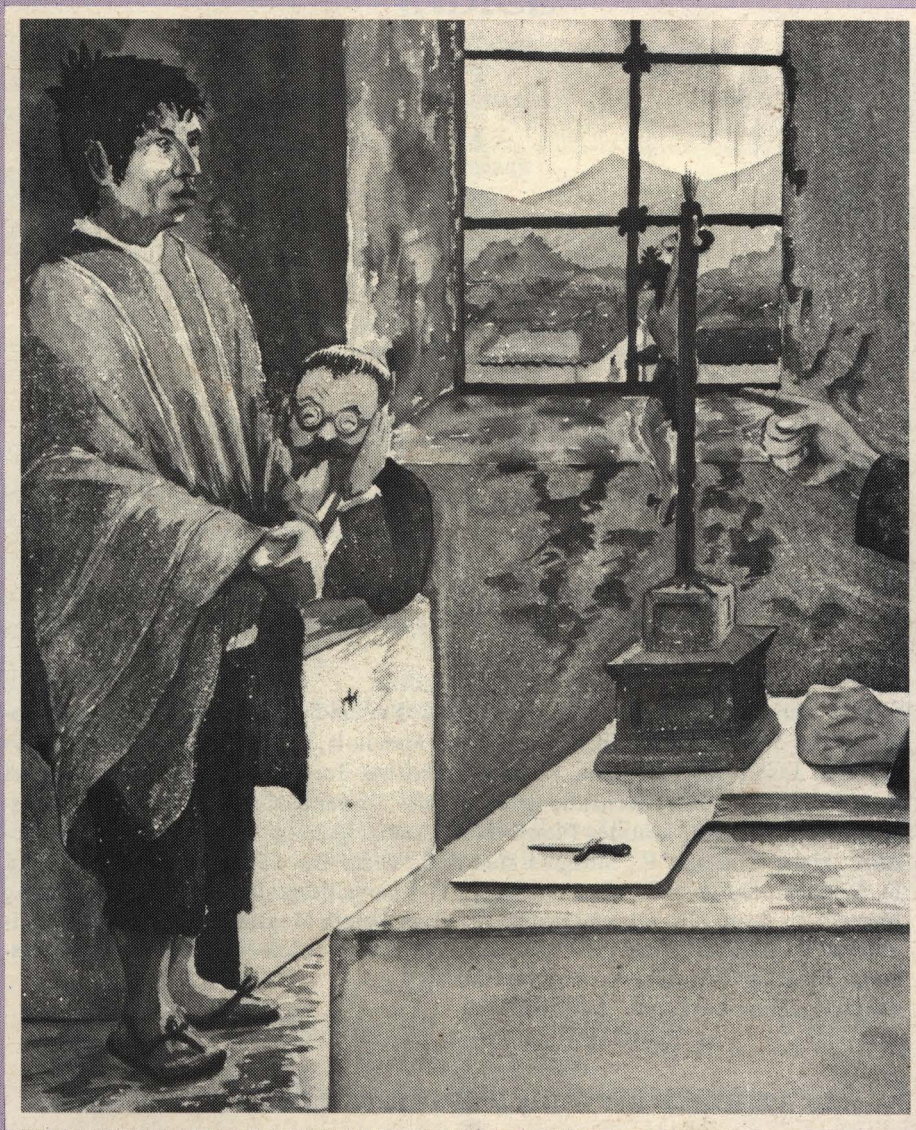


THĒMIS

Revista de Derecho



Mario Pasco ● Fernando Vidal
Carlos Montoya ● Humberto Jara
Javier Neves ● Carmen Arana ● Anibal Quiroga
Entrevistas a: Javier Valle-Riestra ● Miguel Vega
Enrique Bernales ● Alberto Borea
Alcione Niederauer Correa
Wagner Giglio

THĒMIS Revista de Derecho

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

Comité Directivo: Alfredo Bullard González, Fernando Cantuarias Salaverry, Nicolás Lerner Von Mallinckrodt, Mariana Negri Mendiola, María Teresa Quiñones Alayza, Juan José Ruda Santolaria. *Comité Consultivo:* Jorge Avendaño Valdez, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies, Domingo García Belaúnde, Francisco Eguiguren Praeli, Lourdes Flores-Nano, Aníbal Quiroga León. *Comité de Redacción:* Javier Chocano P., Milagros Muñoz B., César Parodi M., Josefina Townsend D. C. *Colaboradores:* Carolina Awuapara P. Lorena Borgo H., Ursula Collinboy S., Marcelo de Bernardis, Carlos Garatea G., Juan García Montufar S., José Alfredo Jiménez G., Alejandro Lira P., Juan Carlos Mejía C., Patricia Mendoza F., Mario Pasco L., Christian Schroder R., Verónica Zavala L.

Diagramación e impresión: publiART.

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

Dirección: Av. Universitaria Crdra. 18 – San Miguel
Facultad de Derecho – Casilla Postal 110711 – Lima 11

THĒMIS

Revista de Derecho

INDICE

3

Presentación

4

Homenaje

5

Entrevista a Wagner Giglio y
Alcione Niederauer Correa

12

Mario Pasco Cosmópolis
Retroactividad de la ley laboral

15

Fernando Vidal Ramírez
La oferta pública de Valores

26

Carlos Montoya Anguerry
¿Existe un Derecho Judicial peruano?

28

Javier Neves Mujica
La estabilidad laboral en la Constitución

33

Aníbal Quiroga León
El “estado de las autonomías” español como modelo para la regionalización en el
Perú

44

ACTUALIDAD: Estatización del Sistema Financiero
Entrevistas a Miguel Vega Alvear, Alberto Borea Odría, Javier Valle Riestra,
Enrique Bernales Ballesteros

75

Alejandro Peschiera Bonifaz
La ley de “nacionalización” Vs. Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de
Cartagena

78

COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL
Humberto Jara Flores
El Derecho de retracto: dos comentarios

81

Carmen Arana Courrejolles
La interpretación del acto jurídico en el Código Civil peruano de 1984

87

JURISPRUDENCIA COMENTADA
Fernando Cantuarias y Nicolás Lerner V.M.
El divorcio en nuestras normas de Derecho Internacional Privado

90

RESEÑA DE TESIS
“La casación de los procesos civiles por la Corte Superior de Justicia” / El comercio
compensado y su aplicación en la legislación peruana / “La excesiva onerosidad
de la prestación” / Atribuciones constitucionales del Presidente de la República

MOLITALIA

como en Italia



En el Perú producimos como en Italia. Con la más alta tecnología europea y con el mismo cariño y entusiasmo con que se hacen los fideos en casa. Y además con mucho orgullo, porque elaboramos alimentos de la mejor calidad, que todos conocen y aprecian.

¿Quién no ha probado “los fideos del Molinito”?

¿A quién no le gustan “los Crocks que sí hacen crack”? Fabricamos nuestros productos con el mismo cuidado con el que usted los escoge, poniendo a su alcance fideos de pura sémola, polenta, harinas, germen de trigo, sémola y bocaditos. Estamos orgullosos de lo que hacemos. Y muy felices. Porque usted y muchas personas nos prefieren.



MOLITALIA

Los productos del Molinito

Presentación

En esta oportunidad, en la que asumimos la responsabilidad de continuar con el esfuerzo de sacar adelante THEMIS, queremos rendir homenaje a nuestra Casa de Estudios en su setenta aniversario y a uno de los más destacados juristas que ha tenido el Perú: José León Barandiarán.

Asimismo, en la Sección de Actualidad, ofrecemos a nuestros lectores una aproximación, desde distintas perspectivas, en torno a uno de los asuntos que mayor polémica ha despertado en los últimos tiempos: la estatización del sistema financiero y de los seguros. Hemos pretendido, al abordar el tema en cuestión, centrarlo dentro de lo posible en el campo de lo jurídico constitucional, buscando mantener el pluralismo que caracteriza a nuestra revista.

Por otro lado, les presentamos una entrevista a los Dres. Wagner Giglio y Alcione Niederauer Correa, con la que se inicia una sección dedicada a la discusión de temas laborales por parte de destacados especialistas, que estuvieron en Lima con motivo del III Curso Internacional de Derecho del Trabajo Comparado, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En este noveno número, contamos también con valiosas colaboraciones de profesores y alumnos, que permiten a los interesados en el estudio de las Ciencias Jurídicas, profundizar y ampliar sus conocimientos.

Finalmente, deseamos extender un reconocimiento a los que nos han precedido en la conducción de THEMIS cuya labor ha hecho posible lograr el nivel alcanzado, ratificando una vez más nuestro compromiso de proseguir el camino emprendido.

Pando, diciembre de 1987
El Comité Directivo

Homenaje

En estas breves líneas queremos rendir homenaje a quien fuera una de las más grandes figuras del Derecho peruano: el maestro José León Barandiarán. THEMIS no podía dejar de recordar a este hombre excepcional, que no sólo se distinguió como jurista destacado sino, y especialmente, constituyó un ejemplo para todos aquellos estudiosos del Derecho que, de una u otra manera, conocimos su obra, admiramos y respetamos su persona.

Hacer una semblanza de José León Barandiarán nos obliga, indudablemente, a hablar del connotado abogado que dominó la ciencia jurídica de manera excepcional. En su obra, de prosa intachable, su fina inteligencia consiguió esclarecer las dudas y precisar los alcances de las normas e instituciones que fueron objeto de su estudio dedicado y meticuloso.

Su calidad de investigador y profundo conocedor del Derecho, quedó plasmada en su monumental obra "Comentarios al Código Civil"; a la vez que su vocación de profesor le permitió transmitir a las nuevas generaciones, todos aquellos conocimientos que adquirió a lo largo de una vida dedicada al estudio y la investigación. Su actitud docente lo hizo acreedor de los títulos de "Profesor Emérito" y "Rector Honorario" de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, casa de Estudios a la que dedicó gran parte de su Magisterio, y de "Maestro de la Docencia Jurídica", que le fuera conferido por todas las Facultades de Derecho del país.

León Barandiarán supo también apoyar la iniciativa de jóvenes que, como nosotros, se inician en el estudio y la investigación. Gentilmente nos ofreció una entrevista para el segundo número de THEMIS, Segunda Época, honrando de esta manera a nuestra revista e incentivando la inquietud que había surgido en algunos alumnos por contribuir a la difusión de las ciencias jurídicas en nuestro medio.

Pero, por encima de todo, creemos necesario destacar la calidad de hombre ejemplar que tuvo. Su forma de ser, abierta a los demás, llena de comprensión y confianza; y sus firmes convicciones acerca del rol del abogado y los valores que deben impregnar el ejercicio de su profesión, lo caracterizaron como paradigma, ejemplo y derrotero que nos enseña a superar las limitaciones impuestas por el egoísmo y la mediocridad, para vivir en una entrega constante y sincera.

Esa alma grande no fue amiga de halagos, beneficios ni remuneraciones. La actividad jurídica era para él tan elevada, y el rol de abogado tan excelso, que su más cara recompensa la obtuvo desempeñando a cabalidad el trabajo emprendido.

Si bien José León Barandiarán se ha ido, es un deber para nosotros —futuros abogados— y para todos aquellos que ejercen la profesión que amara profundamente, seguir el ejemplo que nos legó. Debemos tener siempre en cuenta los principios que la sustentan y el servicio a los demás para que, de esta manera, algún día podamos afirmar, sin temor ni duda alguna, que somos verdaderos discípulos de tan preclaro maestro.

"Lo fundamental para nosotros, los peruanos, es tener la visión de un Perú grande, e inspirarnos en el ideal de ir alcanzando ese Perú, venciendo nuestras dificultades y eliminando nuestros defectos. Sin un ideal que inspire nuestras vidas, la realidad presente carece del incentivo para prosperar, para mejorar. . .

La visión de un Perú grande no será la de un Estado inalcanzable por lo utópico, como un modelo platoniano; pero sí será la de un Estado que se merezca las bien dirigidas aspiraciones que tengamos los peruanos. Después de todo, como dice el Quijote, 'si falta la buena intención en los principios, siempre serán errados los medios y los fines' ". JOSE LEON BARANDIARAN

Perú Vivo, pp. 50—51

COMITE DIRECTIVO

Entrevista a Wagner Giglio y Alcione Niederauer Correa

Entrevistados por: María Teresa Quiñones Alayza
Juan José Ruda Santolaria

El Dr. Wagner D. Giglio ha sido Magistrado del Tribunal Superior de Trabajo del Brasil, con sede en Brasilia. Conocido autor de varias obras que tratan distintos temas de Derecho Laboral, es actualmente abogado en ejercicio en Brasilia y Sao Paulo y Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo.

El Dr. Alcione Niederauer Correa fue organizador del I Curso Internacional de Derecho del Trabajo Comparado en Passo Fundo — Río Grande Do Sul. Magistrado del Tribunal Regional de Trabajo de Porto Alegre, Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Passo Fundo; es, asimismo, miembro del Centro Latinoamericano de Derecho Procesal del Trabajo y del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Para THEMIS, es un honor inaugurar la Sección de entrevistas a los profesores que tomaron parte en el III Curso Internacional de Derecho del Trabajo Comparado, con las declaraciones de estos dos connotados juristas, quienes tuvieron la amabilidad de responder a nuestras preguntas.

Thémis: A pesar de que nuestra Constitución consagra el principio de la no discriminación, la legislación laboral todavía mantiene distinciones entre empleados y obreros. Por ejemplo, el obrero que falta un día pierde el derecho al dominical; el empleado no. Por el contrario, en la compensación por tiempo de servicios, los obreros no tienen tope indemnizatorio; los empleados sí. ¿Piensan ustedes que diferencias como las mencionadas atentan contra este principio constitucional?

Giglio: Pues creo que la OIT no admite esta distinción, porque realmente no hay motivo para distinguir. En la legislación del Brasil no existe diferencia, todos son iguales ante la ley.

Correa: Yo digo lo mismo. Ahora, no sé hasta qué punto se puede determinar que las distinciones existentes en el Derecho peruano constituyan una discriminación. Porque el principio de la isonomía exige que se trate a los iguales con igualdad y a los desiguales con desigualdad. O sea, es indispensable que las personas se encuentren en la misma situación jurídica. Si la legislación de ustedes entiende que no están en la misma situación jurídica empleados y obreros, no sé cómo puedo hablar de discriminación.

Habría discriminación si los empleados —relativamente a otros empleados— tienen tratamiento diferencial. Y, así también la habría, si los obreros —considerados en comparación con otros obreros— son discriminados. Ahora, desde el punto de vista del Derecho brasileño, del Derecho teórico, no me parece que se deba establecer diferencias entre los trabajos intelectual, manual, técnico, etc.

Thémis: A veces, el empleador puede tomar en cuenta ciertos elementos que le sirvan de base para remunerar de manera distinta a trabajadores de la misma categoría. ¿Cuáles serían para ustedes los criterios válidos o aceptables?

Giglio: Bueno, basta con decir que el sexo, la filiación política o la religiosa, no pueden constituir criterios para diferenciar la remuneración de trabajadores. Sin embargo, sí pueden ser criterios soportables para diferenciarla, la mayor capacidad de trabajo y la calidad del mismo.

Correa: Como se trata de una entrevista conjunta, debo aclarar el problema desde el punto de vista del Derecho brasileño, para no ser repetitivo. En éste, el principio es de que a todo trabajo igual se debe abonar un mismo salario. Nuestra legislación admite, solamente por excepción, una diferenciación en el caso de dos trabajadores que laboren para la misma empresa en locales distintos; o el de dos trabajadores que, aunque realizando igual función, —porque la función es la base para el derecho a la igualdad salarial— tengan productividad o perfección en el trabajo distintas. Y se puede, inclusive, admitir la diferencia de salario cuando hay en la empresa el “Cuadro de Carrera”, o sea, una organización que permite que los trabajadores asciendan a posiciones superiores por criterios de méritos y antigüedad. Finalmente, el Derecho brasileño permite también que haya diferencia de tratamiento salarial por razones de edad, lo que a mi juicio es lo mejor.

En principio, la Organización Internacional del Trabajo —y creo que el Derecho Laboral en general—

condenan que, salvo estas excepciones, se dé un tratamiento desigual a trabajo de la misma calidad o del mismo valor.

Thémis: ¿El número de hijos o de familiares dependientes sería para ustedes un criterio aceptable para diferenciar la remuneración?

Giglio: Bueno, desde el punto de vista social, soy partidario de las asignaciones familiares. Pero, desde los puntos de vista sociológico, político y económico soy contrario, porque propician la excesiva reproducción de los trabajadores. Actualmente, uno de los problemas de la humanidad es el exceso de población. Claro que no se va a cohibir a los trabajadores para que no tengan más hijos, pero tampoco se les debe estimular por medio de asignaciones familiares.

Correa: En verdad, nada tengo que agregar a las consideraciones del Dr. Wagner, porque yo creo que las asignaciones traen como efecto el que aumente demasiado el número de hijos.

Por otro lado, también pienso que no es solamente la asignación la que crea hijos. Estos en verdad son producto de una posición cultural y, sobre todo, de la pobreza. Alguien dijo que el mejor controlador de la natalidad es el desarrollo de las clases más humildes, debido a que la proliferación de los hijos para los pobres es casi como una cuestión de supervivencia de la especie, de seguridad: tienden a reproducirse para preservarse. Ahora bien, en nuestros países, en los que tenemos la necesidad de una paternidad y de una maternidad socialmente responsables —considero que no se puede hablar más de individualmente responsable— todo lo que sea capaz de proporcionar un mayor número de hijos debe ser evitado.

Thémis: ¿Creen ustedes que los trabajadores pueden renunciar, mediante negociación colectiva, a derechos adquiridos a través del mismo mecanismo? ¿Pueden una ley derogar los beneficios obtenidos por negociación colectiva?

Correa: Creo que si se habla de negociación, es necesario que se respeten los derechos que tienen las partes de, o continuar con lo ya establecido —con duración determinada o indeterminada— o cambiarlo. Porque a este nivel, sobre todo cuando se trata de un sindicalismo organizado, no se puede pensar que empleadores y empleados están en posiciones de poder muy distintas. A veces, uno tiene que ceder algo para obtener otra cosa que le parece mejor. Por lo tanto, no podemos ser rígidos en cuanto a los derechos que ya fueron conquistados. Por ejemplo, si la clase trabajadora —o una determinada categoría de trabajadores del Perú— tuviera interés en disminuir su jornada semanal de trabajo y, a cambio de ello, cediera algunas ventajas de naturaleza salarial, ¿habría allí algún perjuicio?

En mi país, en principio, es posible cambiar las

conquistas. Ahora, nosotros en Brasil tenemos una experiencia que no se reproduce en los demás países de Latinoamérica: el poder que se entrega a la Justicia de Trabajo de dictar nuevas condiciones de trabajo. En mi Tribunal —y en mi grupo de Salas en particular— tenemos una posición más o menos uniforme: cuando hay algo que los trabajadores han conseguido en decisiones anteriores y no las renegocian posteriormente, mantenemos las condiciones ya adquiridas. No obstante, sí creo que, en la negociación, las coyunturas vigentes se pueden cambiar para atender a los intereses de las partes.

En el caso de una ley que derogue beneficios obtenidos por negociación colectiva, pienso que deben tomarse en consideración las reglas de Derecho que existen en la Constitución. En mi país, por ejemplo, la nueva norma no tiene efectos retroactivos y, por lo tanto, no puede restringir derechos ya adquiridos.

Ahora bien, en principio creo que el Estado puede, mediante una ley —que es de jerarquía superior a la norma colectiva— ordenar: “quedan prohibidas las asignaciones familiares”, por ejemplo. En ese caso, las convenciones colectivas tendrán que adecuarse, porque prima el interés público del Estado.

Thémis: En una conversación previa con el Dr. Helios Sarthou, el sostenía que en los países que han ratificado el Convenio 87 de la OIT y en aquellos cuyos tratados tienen un rango de supra legalidad —como Uruguay y Perú— el Congreso tendría la obligación de sujetarse a los compromisos asumidos internacionalmente. ¿Qué impresión le merece esta opinión?

Correa: Yo creo que hay leyes internas en cada país que establecen la posición jerárquica que los convenios deben tener frente a la legislación nacional. En el caso del Brasil, los convenios internacionales —una vez que sean aprobados— están arriba de las leyes ordinarias y por debajo de las normas constitucionales. Si un tratado es ratificado y tiene categoría jerárquica superior a las normas ordinarias, deberá prevalecer sobre estas últimas. Ahora, es necesario aclarar que Brasil no ha ratificado el Convenio 87 de la OIT hasta el momento.

Por otro lado, hay una diferencia que me parece fundamental. Una cosa es el derecho a la sindicalización, y otra la cuestión de la creación de normas legales por medio de negociaciones colectivas. Lo que se garantiza en el Convenio 87 es, fundamentalmente, la libertad sindical y no la jerarquía que deben tener las normas legales que afecten a negociaciones colectivas.

Thémis: Y usted, Dr. Giglio, ¿piensa que un sindicato puede renunciar a derechos obtenidos mediante negociación colectiva?

Giglio: De una manera general, pienso como Alción. Mi tesis es que sí se puede renunciar, porque la

renuncia es parte de la libertad de la negociación colectiva. La libertad funciona para el bien y para el mal también; es parte de su concepto mismo el que cada uno debe escoger el camino que considere mejor.

La negociación colectiva no pasa de ser hito en la obtención de la norma colectiva. Si ésta implica la renuncia de derechos adquiridos se puede aplicar, pero con reserva. Nuestro Derecho brasileño sólo la considera para los futuros trabajadores, no para aquéllos que están bajo la influencia de la norma anterior.

En lo que se refiere a si una ley puede derogar los beneficios obtenidos por negociación colectiva, aparte de la jerarquía de la ley que fue mencionada en la contestación de Alcione, yo diría que una ley constitucional puede derogarlo todo. No hay derechos adquiridos contra la Constitución. Una ley de ese rango puede derogar hasta la posibilidad de negociación colectiva. En tesis, claro está. No sé lo que pasaría en el Perú, pero creo que no van a hacer una ley constitucional de este tipo porque habría una revuelta social muy grande.

Thémis: Dr. Giglio, si no le he entendido mal, ¿usted dice que los efectos de la renuncia por negociación colectiva van a ser solamente para los trabajadores que ingresen a partir de ese momento?

Giglio: Me parece que sí. El Derecho Laboral tiene una característica esencial: ha invertido la jerarquía de fuentes propia del Derecho Civil tradicional. Como dijo hace mucho tiempo Mario de la Cueva, en el Derecho del Trabajo se va a buscar como fuente primordial la más favorable al trabajador. Entonces, si una regla del contrato es más favorable que la ley, no se aplicará ésta sino aquélla. Si hay un convenio colectivo que propicia mejores condiciones a los trabajadores que la ley, prevalecerá, en principio, el primero. Pero el convenio colectivo tiene una vigencia en el espacio pre-estipulada (uno o dos años), por lo que una vez que cese su efecto, el siguiente convenio puede ser menos favorable para los futuros trabajadores.

Correa: Quiero agregar algo más, motivado por tu pregunta. Como todos nosotros sabemos, el convenio no es más que un instrumento destinado a la creación de normas y el sindicato no es más que uno de los agentes de la contratación. De esta manera, cuando el sindicato contrata, crea —conjuntamente con la parte empleadora— nuevas condiciones de trabajo que van a generar derechos subjetivos individuales. Por lo tanto, el sindicato no renuncia a derecho propio nunca. El convenio cambia el Derecho vigente que va a incidir, como norma abstracta general, sobre los contratos individuales que se realice y, por tanto, en las relaciones netamente individuales. Eso quería la observación: no han de aplicársele al sindicato, de una manera exacta, las reglas sobre renuncia o irrenunciabilidad.

Thémis: Dr. Giglio, en el caso de una ley que recorta beneficios obtenidos por negociación colectiva,

¿puede ésta afectar los derechos adquiridos, o sólo se aplicará a los trabajadores que ingresen posteriormente?

Giglio: En principio, obedeciendo a la jerarquía de las leyes, va a afectar solamente a los trabajadores admitidos después de la ley. Los anteriores tenían —digámoslo así— las condiciones previamente estipuladas en el convenio anterior integrados a sus contratos individuales de trabajo; por ende, no pueden perjudicarse por la nueva ley. Por el contrario, aquéllos que no se beneficiaron con el convenio, porque aún no eran trabajadores, no sufren —técnicamente— ningún perjuicio.

Thémis: Existe una interpretación que sostiene que, siendo el Congreso el depositario de la voluntad nacional, prima sobre los intereses de una categoría de trabajadores, los que constituyen un sector limitado de la población. ¿Qué opinión le merece ésta?

Giglio: Yo creo que depende un poco del instrumento a través del cual el Congreso divulga el interés nacional. Si es a través de una norma de rango constitucional, estoy de acuerdo con lo que dijiste. Pero si se trata de una ley ordinaria, ahí la respuesta cambia.

Modernamente se acredita que el Poder Legislativo no es más que una de las varias fuentes del Derecho, que históricamente debe estar con el pueblo. ¿Qué son los legisladores, sino sus representantes? No se podría, so pretexto de obedecer las disposiciones legales, contrariar los intereses de los mandantes, de los que constituyen la fuente del poder de los legisladores. “Todo el poder se ejerce en nombre del pueblo”, lo dice la Constitución; y creo que casi todas las Constituciones modernas reconocen que su poder deriva de éste. Entonces, hay que respetar a la fuente originaria, y los trabajadores son uno de los centros de los que emana el poder originario. No sólo los trabajadores, sino también los estudiantes, las comunidades eclesiales y todos los grupos organizados son fuentes auténticas o primarias del poder.

Thémis: ¿Qué idea les merece el que se utilice la normatividad laboral como instrumento de política económica?

Correa: Bueno, mira, el Derecho Laboral no se encuentra aislado del Derecho Económico. Uno está estrechamente vinculado al otro, creo yo que son hermanos gemelos: son los mellizos del Derecho. Puedes verificar que cuando el gobierno da prioridad a lo social, lo económico pierde, y viceversa. Pienso que, por lo tanto, el Derecho de Trabajo y el Derecho Económico deben encontrar el punto de equilibrio, de tal manera que se puedan hallar reglas de convivencia entre capital y trabajo, que permitan un clima de justicia y seguridad social, a la vez que se alcanzan posiciones para el desarrollo de la Economía.

Thémis: En España —al igual que en otros países de Europa— se ha implementado el Acuerdo Econó-

mico y Social, mediante el cual patrones y trabajadores se ponen de acuerdo para que, como consecuencia de una negociación, no se pase de ciertos límites en vistas a controlar la inflación. Por otra parte, en el Perú el Partido Aprista ha tenido siempre la idea de un "Congreso Económico Nacional", en el que participen todos los sectores productivos del país, para obtener una democracia más participativa. ¿Piensan ustedes que estos mecanismos serían eficaces para la concertación entre capital y trabajo?

Correa: Yo creo que la concertación es uno de los instrumentos modernos más interesantes para lograr la participación de empleadores, trabajadores y Estado en la formación consensual de un proceso económico. Ahora, por otro lado, los trabajadores —en la medida en que participan en una concertación social de este tipo— quedan comprometidos con la propia política que de allí resulta y, de cierta manera, quedan debilitados para exigir sus reivindicaciones y llevar a cabo sus huelgas. Porque la participación trae la co-responsabilidad. Esto es lo que sienten los trabajadores de mi país, por ejemplo, quienes se niegan a concertar porque están conscientes de que eso los compromete.

Por otro lado, pienso que el interés general de la colectividad, de la sociedad, tiene que prevalecer sobre intereses de las minorías —aunque sean minorías de trabajadores—. En ese sentido, es importante la creación de mecanismos de participación que sean cada vez más efectivos, no solamente para los trabajadores, sino también para todas las categorías organizadas. Ello es indispensable para que se cree una democracia pluralista.

Con respecto a la idea de un Congreso Económico Nacional, la impresión que me merece es buena. Ahora, creo que cuando se establece una experiencia de esa naturaleza, es necesario sobre todo la sinceridad de los empleadores, de los trabajadores y del Gobierno. O sea, que todos concurren a éstos órganos con la intención de colaborar, de aceptar y resolver los problemas comunes. No se trata simplemente de comparecer con la intención de pelearse. A veces —quien sabe— el Estado, que es el más poderoso, puede tener la intención de absorber a los demás. Digo todo esto sin querer hacer ningún tipo de crítica, y sin que eso pueda permitir cualquier ligazón con hechos que, eventualmente, puedan ocurrir en este país o en otros países.

Giglio: Mi opinión no diverge, salvo por pormenores insignificantes, de lo que ha dicho el Profesor Alcione. No obstante, quisiera añadir algo: me preocupa la salvaguarda de los derechos de una gran parte de la población que es relegada. Me refiero a los consumidores.

Hay que respetar el derecho de los trabajadores, hay que respetar el derecho de los capitalistas o em-

presarios, pero hay una masa enorme —que si sumamos las dos otras ya mencionadas no son siquiera la mitad de ésta— de consumidores. Y bien, hay ocasiones —son raras pero ocurren— en las que trabajadores y empresarios se unen para perjudicar, lesionar, a los consumidores. Por ejemplo, las tarifas de los transportes urbanos son fijadas por el Gobierno; los empresarios no pueden alzar las tarifas, los trabajadores quieren ganar más, los empleadores están interesados en que ganen más para poder obtener el incremento de éstas. Se unen los dos y el empleador estimula a los trabajadores a que entren en huelga, para conseguir sus objetivos. ¿Quién es el lesionado? La población en general. Porque los niños, las mujeres, los inválidos, los locos, los enfermos, no trabajan; pero sí se transportan, ¿verdad?

Entonces, en la concertación social el Estado debería representar el interés en común, el bien general de la sociedad. No al Gobierno, pero a la Nación. Es decir, no permitir que por interés exclusivo de los trabajadores, por interés exclusivo de los empresarios, ni siquiera por el interés de ambos, se perjudique a todo el resto de la población. Debería representar el interés de la comunidad general —o sea, de la Nación— para que esta concertación social atienda, en tanto sea posible, a las necesidades de trabajadores y empresarios; pero sin olvidar los intereses superiores de la sociedad ... ¿Alcione está de acuerdo?

Correa: Yo estoy de acuerdo, plenamente de acuerdo. El Dr. Giglio ha enriquecido sobremanera su concordancia.

Thémis: Dr. Giglio, hay una posición que sostiene que, como los trabajadores no participan actualmente en la toma de decisiones sobre política económica, el Estado no puede rebajarles derechos ni ocasionarles perjuicios en época de crisis. ¿Qué piensa usted de esto?

Giglio: Pues, injusta es la estructura de nuestra sociedad, de manera general. Una de las manifestaciones de injusticia es esa que mencionaste; pero una cosa es la realidad y otra cosa son los sueños, que no siempre pueden llevarse a cabo. El ideal sería que el Estado representase bien los intereses generales de la población, de la cual forman parte los trabajadores en gran medida, porque son los factores actuantes de la economía. Pero yo no conozco ninguna sociedad que haya progresado sin el sacrificio de los trabajadores. Si tu la conoces, me indicas.

Thémis: ¿Creen ustedes que en momento de crisis económica la existencia de una estabilidad absoluta —como la que hay en el Perú— ocasionaría una falta de flexibilidad en el mercado de trabajo, impidiendo que trabajadores sin empleo puedan acceder a éste?

Correa: Mira, cuando realicé yo el Segundo Semi-

nario de Derecho del Trabajo en Passo Fundo, lo cerró el gran maestro Cabanellas. Desde entonces me acuerdo de una frase que dijo en su discurso de clausura: "yo prefiero una mala legislación que se cumpla, a una legislación perfecta e inaplicable a las realidades del país".

La estabilidad absoluta no me parece un bien. Yo creo que es necesario dar a los trabajadores garantías contra el despido arbitrario, de tal manera que no permita la injusticia de que, a un hombre que está trabajando, cumpliendo con sus obligaciones, un día cualquiera que llegue a su local de trabajo sea separado sin razón justificable. Ahora, creo también que es necesario preservar la empresa, que debe ser mantenida como fuente de trabajo. O vivimos en una estructura de libre mercado y capitalista, o no vivimos. No se puede hacer al mismo tiempo un régimen todo mezclado, en que uno es dueño de su empresa, pero no es dueño; actúa en un mercado libre, pero que no es libre; tiene libertad de empezar la actividad económica, pero no puede librarse de sus trabajadores en determinadas condiciones. Ya te dije que, entre lo económico y lo social hay que buscar un equilibrio, porque la cuestión de la estabilidad tiene contenidos económicos, sociales y psicológicos.

Yo creo que lo mejor es como se está pretendiendo hacer en Brasil ahora, en el proyecto constitucional. O sea, quedará prohibida —así lo deseamos nosotros— la despedida arbitraria del trabajador; pero el empleador tiene la posibilidad de despedir por cuestiones económicas, técnicas, disciplinarias y por infortunio de la empresa (lo que sería fuerza mayor). En estas condiciones, se tiene un margen de posibilidades que permiten a la empresa enfrentar dificultades coyunturales que surjan.

Ahora, desde el punto de vista de los trabajadores, tú tocaste un punto muy importante: los empleados son una aristocracia. Cuando uno ve la realidad del país y examina su status, verifica que, de la totalidad de los trabajadores, hay un grupo privilegiado pequeño que tiene el goce de los privilegios y de la seguridad que le brinda la legislación. Y existe otro grupo mucho más grande, que está buscando ingresar en el mercado formal; nadie lo permite, porque este mercado se encuentra reducido, limitado, sin crecimiento económico mayor debido a una legislación excesivamente rígida, que acaba desestimulando al empresario a invertir. Por eso se tiene que buscar el equilibrio.

Giglio: Como siempre, concuerdo en género, número y grado con lo que dice Alcione. Voy apenas a sumarizar con una frase que es muy citada en Brasil actualmente: lo óptimo es el peor enemigo de lo bueno. Cuando se quiere dar tantos beneficios a los trabajadores, se termina por perjudicarlos, porque se mata a la gallina de los huevos de oro: se acaba con la empresa. Entonces, hay que ser realistas, hay que tener una legislación compatible con las condiciones

económicas y sociales de un país dado, de un medio dado. Claro que sería óptimo que existiera empleo para todos y que todos permaneciesen en su empleo, pero esto —en las condiciones socio económicas actuales— en nuestros países es imposible. Se pretende articular las cosas para efectos, muchas veces, demagógicos.

Thémis: ¿Cómo entienden la estabilidad laboral? ¿Considera que la estabilidad relativa se sujeta a este concepto? ¿La existencia de una estabilidad absoluta no violentaría la relación laboral en el caso de pequeñas empresas?

Correa: Bueno, vamos a empezar por el principio. Me preguntabas sobre qué estabilidad yo considero mejor, si la absoluta o la relativa. Estabilidad absoluta sólo hay una: la muerte. Uno se pone absolutamente estable todo el resto de su vida, y aún así los gusanos modifican esta estabilidad. Yo creo que la denominación adecuada no es "estabilidad absoluta" sino "estabilidad propia": aquella en la cual el empleador tiene vedado el derecho potestativo de despedir sin causa justa al trabajador. Es decir, se elimina en el rol de los derechos subjetivos del empleador, aquél de despedir sin causa justa al trabajador. Es decir, se elimina arbitrariamente a sus trabajadores. Y, como garantía de esto, se concede al empleado el derecho de volver a su puesto de trabajo. Por lo tanto, me parece que no se puede separar del concepto de estabilidad propia, el derecho que tiene el trabajador de optar entre la reinstalación o la indemnización. Yo mantendría la prerrogativa que hoy existe en el Derecho brasileño de que el Juez, cuando en el proceso verifique que resulta absolutamente desaconsejable que el empleado retorne al trabajo, se decida por la indemnización. No creo que eso cambie mucho la estabilidad propia, porque no siempre el trabajador tiene, por su condición cultural, la capacidad para analizar bien las circunstancias. Sin embargo, autores como Hueck y Nipperdale han criticado a la legislación brasileña por este régimen.

Me dices que en el Perú existen las mismas causas de despido que las que mencioné yo en relación con el Derecho brasileño. Si es así, creo que está bien la estabilidad peruana. Pero las noticias que nos llegan es que el Perú hay una estabilidad absolutísima. Entonces, ¿cómo se puede compatibilizar una estabilidad absolutísima con la posibilidad que tiene el empleador de despedir al trabajador por razones técnicas, económicas, disciplinarias, etc.?

Thémis: Una cosa es la ley y otra la realidad. Por ejemplo, aunque en aquella está prevista la posibilidad de reducción de personal por razones económicas, el procedimiento que debe seguirse ante la Autoridad Administrativa de Trabajo la convierte en prácticamente imposible de llevar a cabo.

Correa: Allí viene el problema, pero es una cuestión de economía interna del Perú, en la cual yo no

quiero meterme, ni tengo el derecho de dar opinión. Pero, en general, —y teóricamente— yo pienso que, cuando surgen conflictos de interés a nivel individual como éste, el que tiene que solucionar el impasse y resolver la controversia es el Poder Judicial. Un Poder Judicial independiente, imparcial, con las garantías fundamentales de la vitalidad, de la inamovilidad y de la ejecutividad de vencimientos. Un Poder Judicial en donde las personas —éste es un principio o creencia mía— que lo integran sean admitidas por concurso público entre los ciudadanos. Un Poder Judicial así, imparcial, austero, que merezca la confianza de la comunidad, es el que tiene que resolver. Porque el Estado, en general, cuando ejerce estas actividades a través de sus órganos —sea el Ministerio de Trabajo o cualquier otro— tiene siempre como premisas el interés y el raciocinio políticos; el Poder Judicial no las tiene, si es independiente.

Thémis: Un ejemplo de lo que usted ha dicho se dió en épocas anteriores, en el caso de ciertos bancos que quebraron y cuyo personal fue redistribuido por el Estado en el resto del sistema financiero, acrecentando las planillas de otros bancos para que la gente no quedara sin empleo.

Correa: Bien, el interés del Estado por mantener empleados a los trabajadores es justo, pero ¡a qué precio lo hace! Puede ser altamente perjudicial para el sistema. Quién sabe si por eso se ha estado pretendiendo la nacionalización —perdón, parece que no están nacionalizando— la estatización de la banca. Porque, de esa manera, todo será del Estado y este podrá distribuir los empleos como quiera.

Giglio: Bueno, me gusta hablar de la garantía del

empleo y no de estabilidad, porque ésta es una de las formas de garantía del empleo. Existen muchísimas otras modalidades, como por ejemplo el seguro de desempleo. Una de las perfectas formas de garantía de empleo es la de asegurar un trabajo a quien aún no lo tiene. ¿Qué es más importante, dar empleo a todos o mantener el empleo de los pocos que lo tienen? Garantizar el acceso es la forma ideal.

Con respecto a la estabilidad, estoy integralmente de acuerdo con el Profesor Alcione cuando habla de la fórmula propuesta por el Derecho brasileño. Esta se inspira en la legislación alemana que prohíbe el despido arbitrario; permitiéndolo, por otro lado, por razones económicas, financieras o técnicas, por supuestos disciplinarios o de fuerza mayor —pero garantizando que el empleado tenga el derecho de escoger entre la reinstalación o la indemnización—. Curiosamente el trabajador, como regla general, escoge la indemnización y no la reincorporación, pero esto es una manera de respetar su libertad. Lo importante para que se pueda hablar de estabilidad, es la posibilidad que tiene el empleado de escoger. La legislación que se propone para la reformulación constitucional del Brasil la garantiza. En cuanto a la facultad que tiene el Juez de convertir en determinadas circunstancias la reincorporación en indemnización, soy favorable a que se mantenga esta disposición de la legislación, tan criticada en el Brasil.

Thémis: ¿Creen ustedes en la necesidad de un período de prueba para la adquisición de la estabilidad?

Correa: Sí, claro. Además yo creo que deben considerarse las diferencias que existen entre las empresas. Porque en una empresa individual, en la que



las relaciones entre los trabajadores y el empleador son interpersonales, muy íntimas —como en el caso de un taller de mecánica en el que trabaja su dueño y un par de empleados— es más difícil establecer la estabilidad. Ahí, los conflictos son mucho más intensas. Pienso que la estabilidad tal vez debería adoptarse en relación a las empresas que tengan una cierta dimensión, en aquéllas que puedan ser abstraídas como fuentes de trabajo de la persona del empleador.

Por otro lado, es claro que el trabajador, cuando ingresa en una empresa debe ser sometido a un período inicial, para que el empleador pueda verificar si aquél empleado tiene, no sólo las condiciones de capacitación, sino también las condiciones para poder convivir en la comunidad laboral. Y también para permitir que el propio trabajador verifique si aquel centro de trabajo le interesa.

Con respecto a los contratos de prueba o de experiencia, hay un lado que pocos resaltan: la experiencia del trabajador para saber si el empleador le sirve. Yo creo, sobre todo, que es de buena política el establecer un plazo no muy largo: tres, cuatro o seis meses; tal vez noventa días, que es lo común para el período de prueba. La estabilidad propia no puede ser la excepción, tiene que ser la regla. El gran problema de la estabilidad brasileña a los diez años es que, cuando un trabajador se tornaba estable, se creía un ser excepcional que pasaba a comportarse como tal.

Giglio: Sólo dos palabritas: de acuerdo. Estoy de acuerdo en que la estabilidad debería respetar estas condiciones de empresas familiares pequeñas, personales. Tampoco se debería otorgar estabilidad a los altos empleados, pues no la necesitan, —sea lo que sean los empleados de confianza—. Habría también algunas otras excepciones, como la de los trabajadores domésticos, etc.

Si, soy favorable a un período de experiencia corto, de no máximo —y allí hay una ligera divergencia con el Profesor Alcione— 90 días para los trabajadores que ejerzan una función técnica. Es obvio que una semana es tiempo más que suficiente para probar a un trabajador brasero, no son necesarios los tres meses en este caso para saber si se adapta o no. Pero un dibujante técnico o un administrador de personal, por ejemplo, necesitan ambientarse, ver si sus reflejos y medidas son buenos, etc. Se podrían conceder noventa días, pero como máximo y no para todas las funciones. En Portugal, en Alemania y en otros dos o tres países, la estabilidad se da desde el primer día de admisión. Algunas categorías si tienen, por excepción, un período de experiencia corto: una semana, quince días, etc. Pero noventa días son perfectamente soportables para algunos trabajadores que deban demostrar su técnica, su capacitación para el servicio; mas no para los trabajadores comunes, los que sólo necesitan unos pocos días para saber si se llevan bien psicológica y socialmente con sus compañeros.

Thémis: Justamente la adquisición de la estabilidad laboral en el Perú tras el período de prueba de tres meses fue uno de los aspectos más criticados por el sector empresarial. Este insistía en la necesidad de un plazo no inferior a un año para que, en una empresa grande, los empleadores tuvieran la oportunidad de conocer a cabalidad las cualidades de sus trabajadores. ¿Qué opinión les merece esta postura?

Giglio: Es mucho tiempo. Yo creo que los empresarios no dicen la verdad, lo hacen de mala fe: pretenden tener en sus manos la posibilidad de despedir a sus empleados, para que no adquieran la estabilidad. Para ello, luchan por un período “de experiencia” (dicho entre comillas), que les permita contratar trabajadores que —al momento que se benefician con los resultados del primer convenio colectivo que se les aplique— puedan poner en la calle y contratar a otros, bajo el falso pretexto de que no demostraron calidad para permanecer en el empleo. Es por ésto —y no por otra cosa— que quieren un período de experiencia mayor. En las grandes empresas, el empleador ni siquiera sabe quién es su empleado, es el jefe inmediato quien conoce si éste se adapta o no en un cortísimo plazo: una o dos semanas. Sabe si se porta bien, si no crea problemas a sus colegas o situaciones incómodas, etc. ... y lo pone en la calle.

En el caso del pequeño empresario, la respuesta ya fue dada por Alcione y por mí: se debería hacer una excepción con él. Los grandes empresarios quieren mantenerse como dueños absolutos de sus empresas; así como los antiguos tenían la total disposición de sus bienes: el derecho de usar, fruir y abusar de la propiedad. En la sociedad moderna no se puede conceder un derecho ilimitado o absoluto de la propiedad, mucho menos en el caso de la propiedad de personas humanas. Porque la esclavitud, teóricamente, ya pasó; aunque algunos esclavos tenían mejor situación que los trabajadores actuales.

Thémis: En el caso de las pequeñas empresas, ¿proponen ustedes una estabilidad relativa?

Giglio: En el caso de las pequeñas empresas —individuales, familiares, personalísimas— propongo la no aplicación de la estabilidad.

Correa: Bueno, ahora me cabe concordar en género, número y grado con Wagner Giglio. Estoy simplemente de acuerdo y pienso que un corto período de prueba es suficiente. Sobre todo para las grandes empresas, las que además tienen procedimientos para la admisión de sus trabajadores: los someten a tests, exámenes psicológicos, pruebas, etc., además de tener mucha información adicional con respecto a ellos. Por lo tanto, cuando los admiten, poseen ya un grado de certeza muy grande sobre si son capaces y sobre si pueden o no participar en el proceso de producción. Un pequeño período de prueba es posible, pero no más. Un año es demasiado.

Retroactividad de la ley laboral

Mario Pasco Cosmópolis

Profesor de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de la PUC.

La vigencia retroactiva "pro operario" de la ley laboral no es un efecto automático de la misma; antes bien, debe considerársela excepcional y sujeta a declaración expresa de la propia norma.

El artículo 187º., segundo párrafo, de la Constitución Política dispone, **como regla**, el que **ninguna ley** tiene fuerza ni efectos retroactivos; y, **como excepción**, el que sí puede tenerlos en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente.

La Constitución a este respecto es innovadora en materia laboral y tributaria, y clásica en materia penal. La retroactividad de la ley penal es un antiguo y respetable dogma del Derecho Penal conocido como "retroactividad benigna" y que se expresa en términos muy similares a los del enunciado constitucional: Toda ley penal se aplica retroactivamente "pro reo" si es más favorable a éste que la ley que está derogando.

El razonamiento que llevó a la consagración de este principio universal es de gran simplicidad, a la vez que de gran profundidad: El delito constituye un agravio social; la sociedad, representada por el Estado, tiene derecho a defenderse del agravio y a reprimir al agresor; tipifica, entonces, el acto como delito y señala su sanción.

Sucede, sin embargo, que las sociedades cambian y con ellas los hábitos, los usos, las costumbres y, más trascendientemente, los valores: sociales, jurídicos, políticos, éticos y morales. Así, lo que es ilícito hoy puede ser tolerado mañana y hasta ensalzado, y a la inversa.

No son tampoco universales estos valores; varían de sociedad a sociedad: lo reprobable en una puede no serlo en otra, salvo, quizás, aquellos valores inmarcesibles y fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad, al honor. Y si bien pueden todos

ellos ser objeto de limitación y aun de supresión en algunos pueblos y en algunas épocas, tal fenómeno es ciertamente patológico, anormal, síntoma de las debilidades e imperfecciones del género humano, que hizo connacionales de Goethe, Kant y Beethoven a Hitler, Goering y Bermann, y de Dante, Leonardo y Miguel Angel a Mussolini.

Por esa inevitable mutación del tiempo y las costumbres, la sociedad estima, en un momento dado, que un hecho antes perseguible ha dejado de constituir un agravio social, no es más un delito, o que, aun siéndolo, no debe ser perseguido con excesivo rigor.

Puede suceder, por ejemplo, con el adulterio o con la bigamia, que son delitos conforme al ordenamiento peruano pero que no lo son en otros ordenamientos. La aceptación del divorcio vincular, la flexibilización de algunas costumbres, el control de la natalidad, la admisión del aborto, fenómenos perceptibles en muchos países y en el nuestro, son síntomas de un cambio que, proyectado en el tiempo, podría conducir a la supresión del adulterio y de la bigamia del repertorio de delitos. No es que propugnemos tal cambio; lo utilizamos tan sólo como ejemplo a partir de la constatación de una tendencia.

En la hipótesis de que esos o cualesquiera otros delitos dejaran de serlo, ¿cómo continuar sancionando a quien los cometió? Si la ley —vale decir, la sociedad— considerara en algún momento que la bigamia deja de constituir un agravio social, ¿por qué castigar al que se casó dos veces si ya no se va a castigar al que lo haga de aquí en adelante?

La nueva ley, la que ya no sanciona la bigamia, se aplicará a los hechos sucedidos antes de su vigencia, es decir, retroactivamente, por ser más benigna que la anterior que sí los sancionaba.

Este efecto es automático y universal: **Toda ley penal favorable se aplica retroactivamente.**

Fenómeno muy parecido opera en lo tributario: si una situación o hecho económicos deja de estar gravado, dejan de estarlo idénticos hechos o situaciones producidos antes de la vigencia de la nueva ley.

¿Sucedee igual con la ley laboral? ¿**Toda** ley laboral que favorece a los trabajadores es universal y automáticamente retroactiva? La respuesta es: ¡No! Para que una ley laboral sea retroactiva se requiere de declaración expresa de la propia ley, requisito que no se exige en la ley penal o tributaria.

Y ello ¿por qué?

Aunque la Constitución enuncia los tres casos de igual manera y, para mayor confusión, coloca a la ley laboral "entre" las leyes penal y tributaria, en realidad se trata de casos y de leyes muy diferentes.

La ley penal como la ley tributaria pertenecen al ámbito del derecho público. La ley laboral pertenece al derecho social. Derecho público, en su definición tradicional, es el que vincula al Estado como tal, con imperio, y los particulares. Derecho social, en la valiosa concepción de Radbruch y de la Cueva, no es privado, aunque la relación jurídica se dé entre particulares; pero tampoco es público, porque no se refiere a la relación de dichos particulares con el Estado, sino entre sí.

Los derechos públicos son bipolares o bipartitos; las partes son dos y muy nítidas: el Estado y los particulares. En el Derecho Laboral son tres: los trabajadores, los empleadores y el Estado.

Esto ¿qué significa?

Las leyes las hace el Estado. En los derechos públicos, el Estado—legislador dicta una ley que va a regular las relaciones entre el Estado—parte (que es el mismo Estado—legislador) y los ciudadanos.

En lo laboral, el Estado—legislador dicta una ley que va a regular las relaciones entre otras personas: trabajadores y empleadores. Esas leyes no afectan al Estado, no lo comprometen, no le incumben.

En lo penal y tributario, el Estado—legislador es Estado—agraviado y Estado—Fisco, respectivamente, a pesar de que como Estado es una sola institución polimorfa. Si ese Estado—legislador considera que un hecho ya no le agravia, que ya no es infracción, que dejó de ser delito y lo suprime, al único a quien "perjudica" esa decisión es al propio Estado, es decir, a quien directamente tomó la decisión, derogó la norma o la sustituyó por otra más liberal. El "perjuicio", si lo hubiere, proviene de hecho propio.

Igual sucede con el hecho tributario: el único que "pierde" o deja de recaudar es el Estado.

No sucede igual en lo laboral: lo que es beneficio-

so para unos es perjudicial para los otros. Si una ley es benigna para unos, resulta maligna para los otros.

El Estado no legisla en su propia contra, sino en "pro" de unos y en "contra" de otros, dicho todo esto en esos términos gruesos, por razones de claridad.

Nuestra conclusión es simple: toda ley penal o tributaria favorable al reo o al contribuyente, respectivamente, es retroactiva **siempre y de modo necesario**. No toda ley laboral es retroactiva, aunque favorezca al trabajador. Sólo es retroactiva aquella ley laboral que expresamente así lo declara ella misma.

A los argumentos antes expuestos que sustentan esta conclusión, queremos agregar otros dos, tomados el primero, de una constatación, y de una tendencia el segundo.

1) La Ley No. 24514 —ley de estabilidad laboral— dispuso **expresamente** en su primera disposición transitoria que quedaban sin efecto las cartas de despido cursadas, a partir del 28 de julio de 1985, al amparo del artículo 28o. del decreto ley 22126.

De este enunaciado se desprenden varias valiosas conclusiones:

a) No toda la ley es retroactiva. Si lo fuera, este artículo sería superfluo, innecesario.

b) La retroactividad está limitada en el tiempo: sólo se retrotraen las cosas al 28 de julio de 1985. Si la ley fuera necesariamente retroactiva, la fijación de este límite temporal sería inconstitucional.

Extraído de la misma ley hay otro claro ejemplo: con el decreto ley 22126, los "salarios caídos" —remuneraciones dejadas de percibir durante el litigio— debían ser pagados, en caso de triunfar el trabajador, hasta un monto máximo de 6 remuneraciones mensuales. En la nueva este tope no existe. Si la nueva ley fuera retroactiva, los jueces ordenarían hoy pagar "salarios caídos" sin tope por despidos producidos con la anterior ley. Como la nueva ley no es retroactiva en este punto, si tal hicieran incurrirían en prevaricato.

2) El segundo argumento es de signo inverso: se asume que el Derecho Laboral es unidireccional, progresivo, va siempre hacia adelante en pro del trabajador. Esa es su vocación y su destino.

Las regresiones son esporádicas y coyunturales; están motivadas en circunstancias graves y urgentes, que obligan en un determinado momento y por corto tiempo a suspender o modificar determinados derechos o beneficios. Esta es claramente la excepción, no la regla.

En lo penal y en lo tributario no hay tal tendencia; los cambios pueden y suelen ser bruscos y corres-

ponden a políticas más volubles: suben los impuestos, bajan los impuestos; se agravan las penas, se suavizan las penas. Los vaivenes son constantes y no corresponden a una tendencia histórica irreversible.

De la ley penal, como de la tributaria, cabe esperar lo mismo "benignidad" que "malignidad", en el sentido didáctico que pretendemos dar a estos vocablos en el presente artículo.

No sucede igual con la laboral, que históricamente es siempre cada vez más favorable al trabajador. Ley contraria al interés del trabajador es ley de excepción, fruto de crisis, fenómeno anómalo.

Siendo así, se comprende que a las leyes penal y tributaria las sujeten a condición: sólo son retroactivas si son benignas. Ley "maligna" retroactiva sería aberrante.

Las leyes laborales son, en cambio, siempre favorables al trabajador y entonces la condición resultaría sobrando. Si la Constitución hubiera querido darle a la ley laboral una fuerza y un efecto siempre retroactivos, habría tenido que ser formulada en términos inversos: la regla como regla y la excepción como excepción: toda ley laboral es retroactiva salvo (excepcionalmente o por excepción) cuando es menos favorable al trabajador.

Luego, no toda ley ni la integridad de toda ley laboral son retroactivas, aunque favorezcan al trabajador. Lo son, sólo aquellas y en aquella parte que la propia ley declara.

Que es l.q.q.d.



**EUGENIO COGORNO
MOLINO EXCELSIOR S.A.**

MOLINOS:

Mariscal Miller 450 – Teléfonos: 293600 - 298484 – Callao

FABRICA DE FIDEOS

Av. Venezuela 120 – Teléfono 650778 – Bellavista - Callao

HARINAS Y SUB-PRODUCTOS ALIMENTOS BALANCEADOS

Ventanilla Zona Industrial – Callao – Teléfono: 529283

La oferta pública de valores

Fernando Vidal Ramírez

Profesor del curso "Acto Jurídico" en la Facultad de Derecho de la PUC

1. LA NOCION DE OFERTA PUBLICA

La noción de oferta pública de valores está contenida en el art. 5 del Decreto Supremo No. 089-87-EF, de 6 de Abril de 1987, según el cual "se entiende por oferta pública de valores mobiliarios la invitación efectuada mediante la utilización de cualquier medio de publicidad, difusión y correspondencia dirigida al público en general o determinados sectores o grupos específicos del mismo, con el objeto de realizar cualquier acto jurídico destinado a colocar nuevos valores mobiliarios en el público o a negociar los que estén en circulación".

Con la finalidad de precisar la noción, el art. 6 establece que "no se considera oferta pública de valores mobiliarios y se exime del requisito de la autorización por parte de la CONASEV, los actos relacionados con la constitución simultánea de las sociedades anónimas, ni la oferta de acciones que se emitan por concepto de aumento de capital efectuado por sociedades cuando la invitación se realiza por mandato legal o cuando se realiza para que los accionistas ejerzan su derecho de preferencia" y que "no se considera oferta pública primaria la emisión de acciones laborales y su distribución entre los trabajadores de la sociedad, así como tampoco la resultante de la capitalización de utilidades, de reservas, de excedentes de revaluación y de obligaciones u otros casos que no impliquen aporte de capital por el público". Además, conforme al art. 4, tampoco constituyen oferta pública las emisiones primarias de bonos y demás valores del Sector Público, incluyendo en éste a las empresas de derecho público ni a las empresas estatales de derecho privado, pues las emisiones realizadas por estas entidades no requieren de autorización de la CONASEV, no obstante lo cual la negociación en el mercado secundario puede hacerse por los intermediarios bursátiles. Por último, según el mismo numeral, tampoco constituye oferta pública la que se realice por mandato judicial.

De la confrontación de los arts. 5, 6 y 4 aparece

con toda nitidez el significado de oferta pública de valores, por lo que a su noción se puede oponer la de oferta no pública o privada. Así, no constituye oferta pública la emisión de acciones como consecuencia de una constitución simultánea de sociedad anónima, ni la que resulte de aumento de capital cuando la invitación se realice por mandato legal o cuando corresponda a los accionistas ejercer su derecho de preferencia, así como tampoco la emisión de acciones laborales para su colocación entre los trabajadores de la empresa, así como tampoco la que resulte de la capitalización de utilidades, de reservas, de excedentes de revaluación, y de obligaciones y demás casos en que no se realicen aportes del público, ni la emisión primaria de valores del Sector Público ni la que se haga por orden judicial. En consecuencia, se configura la oferta pública cuando se trata de la constitución sucesiva de una sociedad anónima o del aumento de su capital por suscripción pública cuando no cotiza en Bolsa y la emisión de obligaciones, y siempre que se trate, en todo caso, de entidades del Sector Privado.

Por último, conforme al citado art. 5, constituye oferta pública la que se realiza con valores incorporados a la negociación en Bolsa. Sin embargo, tal oferta pública está sujeta a un régimen normativo distinto y que es el que regula las operaciones en Rueda de Bolsa.

2. NATURALEZA JURIDICA

Como se ha expuesto, la oferta pública de valores es una invitación dirigida al público mediante la utilización de medios de comunicación y difusión. Se trata, simplemente, de una presentación de valores cuya colocación en el público se pretende. Por ello, la oferta pública de valores, como propuesta dirigida a personas indeterminadas, es una declaración unilateral de carácter receptivo y, por tanto, sin fuerza vinculatoria mientras no se produzca la aceptación, difiriendo, así, de la oferta contractual que legisla el Código Civil.

La manifestación de voluntad del oferente es expresa y puede dar contenido a cláusulas generales de contratación, como ocurre con la emisión de obligaciones (Infra No. 23). Debe tratarse de oferente con capacidad para realizarla (Infra No. 5), ser lícita la finalidad que persigue el oferente y los valores ser susceptibles de ofertarse al público (Infra No. 4). Las normas que rigen la emisión de valores susceptibles de oferta pública han previsto las formalidades que deben observarse.

La oferta pública de valores, además de ser un acto jurídico unilateral, no recepticio, es también un acto nominado, desde que existen normas que le atribuyen nomen juris y establecen su régimen legal. Es también un acto de naturaleza mercantil, pues queda comprendido en la categoría de los actos de comercio (art. 2 del Código de Comercio).

La aceptación genera el entablamiento de la relación jurídica con el oferente, extinguiéndose la oferta respecto del oferente en la medida en que surjan nuevos aceptantes. La naturaleza de la relación jurídica que se entabla depende de las características de la emisión de los valores que hayan sido objeto de la oferta pública y la estudiaremos según se trate de títulos accionarios (Infra No. 12 y No. 18) u obligacionarios (Infra No. 23).

3. CLASES DE OFERTA PUBLICA

La oferta pública de valores puede ser primaria o secundaria. Se considera oferta pública primaria —según el art. 5 del Decreto Supremo No. 089—87—EF— la invitación que tiene por objeto la colocación de valores por primera vez en el público, mientras que la oferta pública secundaria es la invitación que tiene por objeto la negociación de los valores que hayan sido colocados anteriormente. La oferta primaria va dirigida y constituye una operación de mercado primario, mientras que la oferta secundaria es una operación de mercado secundario.

La oferta pública de valores de mayor relevancia es la primaria pues, al contrario de la oferta secundaria, la primaria es un medio de captación de recursos por las entidades emisoras y hace del Mercado de Valores una fuente alternativa de financiamiento empresarial.

4. VALORES SUSCEPTIBLES DE OFERTA PUBLICA

Según el art. 3 del Decreto Supremo No. 089—87—EF, para los efectos de oferta pública “son valores mobiliarios las acciones, obligaciones, cédulas y partes beneficiarias, partes del fundador, los certificados representativos de las opciones y los derechos preferenciales de suscripción y adquisición de los mismos, los certificados emitidos en su representación, así como

los cupones y demás valores transmisibles que confieren a sus titulares derechos de crédito, de propiedad o de participación en el capital, el patrimonio o las utilidades de la respectiva sociedad o entidad emisora emitidos en el país. Los valores mobiliarios deberán emitirse por series, con características iguales dentro de cada serie, de manera de conferir los mismos derechos y obligaciones. Los valores mobiliarios deben ser libremente transferibles, siendo nula toda limitación contraria a su circulación, salvo los casos previstos por disposiciones legales expresas”.

De la norma antes transcrita se infiere que sólo pueden ser objeto de oferta pública los valores mobiliarios y que se consideran valores mobiliarios a los títulos accionarios —representativos del capital y laborales—, a los títulos obligacionarios o bonos, a las cédulas hipotecarias y a los certificados de suscripción preferente, reconociéndose la existencia de otros títulos, pues así resulta de la referencia a las “partes beneficiarias”, a los “certificados representativos de las opciones, a los cupones y a las partes del fundador y los demás valores transferibles”.

En relación a las “partes beneficiarias” no entendemos a qué títulos ha querido hacerse referencia y, en cuanto a los “certificados representativos de las opciones y los “demás valores transmisibles”, entendemos que se admite la creación de valores mobiliarios por acto contractual, conforme al criterio establecido por la CONASEV en su Resolución No. 260—84—EFC, de 10 de Agosto de 1984.

5. PERSONAS Y ENTIDADES QUE PUEDEN EFECTUAR LA OFERTA PUBLICA

Conforme al art. 7 del Decreto Supremo No. 089—87—EF, la oferta pública puede ser efectuada por la sociedad o entidad emisora y por los titulares de los valores mobiliarios, disponiendo el art. 8 que debe realizarse a través de los intermediarios del Mercado de Valores, bursátiles o extrabursátiles.

De la norma citada se refiere, entonces, que las propias sociedades emisoras pueden realizar la oferta pública de sus valores. Debe tratarse de sociedades del Sector Privado pues, como hemos visto al analizar su noción, las emisiones de las entidades que conforman el Sector Público no dan lugar a oferta pública.

De la misma norma se infiere que la oferta pública puede ser realizada por personas naturales o jurídicas que intervengan en función de Intermediarios, las que deben recibir el encargo de las sociedades emisoras o de los titulares de los valores que pretenden liquidar sus inversiones. El convenio respectivo puede dar lugar a un convenio de underwriting (Infra No. 7).

6. INTERVENCION DE LA CONASEV

La oferta pública debe ser autorizada por la

CONASEV, correspondiéndole a su Directorio, entre sus atribuciones, otorgarla de conformidad con el inc. f) del art. 11 del Decreto Legislativo No. 198, de 12 de Junio de 1981, que constituye su Ley Orgánica. La falta de autorización, o la modificación no autorizada de las condiciones en que fue aprobada la oferta pública, acarrea sanción pecuniaria, sin perjuicio de la acción penal a que pudiera haber lugar.

La autorización está sujeta a los requisitos que enumera el art. 9 del Decreto Supremo No. 089-87-EF: "a) Que las características de los valores y los términos de su colocación les permitan una circulación que sea significativa y que no cause perjuicio al mercado; b) Que el ofertante elabore, bajo su responsabilidad, un proceso para la oferta pública que contenga la información que determine CONASEV mediante disposiciones de aplicación general¹; c) Presentación del convenio de colocación de la oferta pública entre el ofertante y el o los intermediarios del mercado de valores; y, d) Los demás que CONASEV determine mediante resolución de carácter general".

El art. 10 pretende darle sumaria y celeridad al procedimiento para obtener la autorización de la CONASEV. Establece que la CONASEV deberá resolver las solicitudes dentro de los 30 días útiles siguientes a la fecha de recepción y que este plazo se suspenderá mientras el solicitante no cumpla con todos los requisitos y que vencido el plazo de 30 días, sin que CONASEV haya emitido resolución, la solicitud se tendrá por aprobada.

Según el mismo art. 10, la autorización para la colocación de la oferta pública tendrá una vigencia máxima de 180 días calendarios y, produce los efectos que precisa el art. 11, esto es, la inscripción automática de los respectivos títulos en el Registro Público de Valores Mobiliarios y la inscripción en las Bolsas de Valores respectivas de la integridad de la serie a la que corresponden los títulos colocados mediante la oferta pública. En relación a este último efecto, las sociedades emisoras quedan obligadas, desde que la CONASEV les autoriza la oferta pública a facilitar a la Bolsa de Valores información anual auditada; sus estados financieros; la Memoria Anual; información financiera no auditada cerrada al 31 de Marzo, 30 de Junio, 30 de Setiembre y 31 de Diciembre de cada año, conteniendo el Balance General, el Estado de Ganancias y Pérdidas, así como el Estado de Cambio en el Patrimonio Neto; e, información sobre los cambios y modificaciones en el capital social, y con respecto a los actos, normas, derechos, contratos, obligaciones y responsabilidades relacionadas a la documentación proporcionada para obtener la autorización para realizar la oferta pública².

Cuando se trate, según el art. 12, de una oferta pública de valores ya emitidos y no inscritos en Bolsa, realizada por el o los titulares de los mismos, corresponde a la CONASEV determinar si la significación del paquete accionario justifica que se proceda a su inscripción en Bolsa o si la oferta puede realizarse en la Mesa de Negociación, sin el requisito de inscripción.

Consideramos conveniente detenernos en las dos alternativas que plantea el art. 12 y en la atribución que le confiere a la CONASEV.

En primer lugar, la de la inscripción en Bolsa. En esta hipótesis, si CONASEV determina que procede la inscripción en Bolsa, debe comunicárselo a la sociedad emisora para que, "si lo estima conveniente", en un plazo de 30 días calendarios modifique su estatuto a fin de crear una subserie con las acciones que han sido materia de la oferta pública y extienda los nuevos títulos, con la advertencia de que de no hacerlo se inscribirá el íntegro de las acciones de la serie a las que correspondan las que fueran ofertadas. Consideramos conveniente manifestar nuestro desacuerdo con procedimiento tan compulsivo, ya que consideramos que la CONASEV no puede ni debe violentar la voluntad de quienes no desean ejercer el derecho a negociar sus títulos en la Bolsa.

En segundo lugar, la hipótesis de la negociación de las acciones en la Mesa de Negociación. Si bien corresponde a la determinación a la CONASEV, consideramos inconveniente la negociación de acciones en la Mesa de Negociación por el precedente que pueda quedar sentado, pues este mecanismo no fue concebido para la negociación de títulos accionarios, ya que para él no se exige información que establezca condiciones necesarias para la transparencia del mercado.

7. LA OFERTA PUBLICA Y EL UNDERWRITING

La oferta de valores, cuando es primaria, puede dar lugar a una operación de underwriting. Esta es una operación mediante la cual una empresa dedicada a la intermediación financiera o de valores se encarga de garantizar la suscripción de una emisión de valores, total o parcialmente, comprometiéndose a pagar a la entidad emisora la suma pactada y tomando a su cargo la colocación de los valores, sea que se trate de una oferta pública de acciones, para integrar el capital de una sociedad o aumentarlo, o de una emisión de obligaciones.

El vocablo underwriting no es indicativo de la operación a la que se aplica y, según explica Raúl Barrios Orbeagozo³, se originó en los principios del segu-

1. Ha sido establecida por Resolución CONASEV No. 108-87-EF/94.10, de 27 de Mayo de 1987.

2. Resolución CONASEV No. 107-87-EF/94.10, de 27 de Mayo de 1987.

3. Barrios Orbeagozo, Raúl: Underwriting, en El Mercado de Valores y el Financiamiento del Desarrollo, pág. 127.

ro marítimo cuando aseguradores*o tomadores de riesgos sentados en el Lloyd's Coffee House escribían sus nombres bajo el contrato de seguro por el monto del riesgo que asumían sobre el viaje del barco que se aseguraba. Después el vocablo se extendió a operaciones financieras y llegó a ser indicativo de una operación de las características de la que dejamos expuesta.

La utilidad que la operación de underwriting otorga a la sociedad emisora es la de obtener el capital sin esperar la colocación paulatina de los valores; y, para el tomador de la emisión, el diferencial que resulta entre la suma pactada con la sociedad emisora y el precio de colocación de los valores, o, la comisión que pacte por la colocación.

El art. 8 del Decreto Supremo No. 089-87-EF hace referencia a la operación de underwriting cuando establece que puede haber un convenio entre el oferente de los valores y un intermediario para los efectos de la colocación de una oferta pública primaria en virtud del cual el intermediario garantiza la suscripción transitoria, bien sea por la totalidad o por una parte de la emisión, pudiéndose también convenir sin garantía.

El convenio de underwriting, que el citado art. 8 limita a una cláusula, está comprendido dentro del que celebran el oferente y el intermediario para la colocación de una oferta pública primaria, impide al intermediario colocador a ejercer los derechos de voto de la serie de acciones cuya colocación le ha sido encomendada, salvo por los valores efectivamente suscritos por el intermediario.

Del análisis del art. 8, parecería que el convenio de underwriting sólo pudiera celebrarse tratándose de acciones. Sin embargo, nosotros consideramos que también puede celebrarse tratándose de obligaciones. Lo que sí resulta del art. 8 es que el convenio de underwriting en relación a una oferta pública primaria sólo puede celebrarse con intermediarios de valores, bursátiles o extrabursátiles.

El underwriting viene a ser, pues, un contrato que recién comienza a recibir nominación en nuestro Derecho Positivo. Se trata de un contrato de prestaciones recíprocas, cuyo objeto es la obligación de colocar la emisión —obligación de hacer— por parte del colocador de los valores y el de pagar la suma pactada —obligación de dar— por parte de la sociedad emisora; si ella consiste en una comisión, el underwriting puede quedar inmerso en el contrato de comisión mercantil, y, si la retribución consiste en un diferencial entre el valor nominal de los títulos y el valor pagado por el tomador de la emisión, asume, entonces, su tipicidad, la cual, como ya hemos indicado, recién ha comenzado su nominación en nuestro Derecho Positivo.

8. EL REGISTRO PÚBLICO DE VALORES MOBILIARIOS

El art. 8 del Decreto-Ley No. 18302 dispuso la apertura de un Registro Público de Valores Ofertados al Público, habiendo sido reglamentado recién por el Decreto Supremo No. 576-84-EFC, de 28 de Diciembre de 1984, y en la actualidad por el Decreto Supremo No. 089-87-EF, complementado por la Resolución CONASEV No. 140-87-EF/94.10, de 6 de Agosto de 1987.

El Decreto Supremo No. 089-87-EF ha reiterado que la CONASEV debe llevar un Registro de Valores Mobiliarios para la inscripción de los emitidos por las sociedades autorizadas a realizar oferta pública, precisando que la sola autorización para realizarla conlleva la inscripción automática de los respectivos valores y que los que emita el Estado y las empresas de derecho público y las empresas estatales de derecho privado, también se inscriben, bastando para ello la sola publicación en el diario oficial "El Peruano" de la disposición legal que autoriza la emisión. También se inscriben en el Registro Público de Valores Moviliarios las acciones laborales, dando mérito tal inscripción para su admisión a cotización en Bolsa, pues la inscripción de estos títulos y los demás susceptibles de negociación bursátil deben inscribirse previamente como una condición previa a su admisión a cotización.

Según el art. 19, en adición a las disposiciones que norman la transparencia del mercado, la inscripción en el Registro Público de Valores Mobiliarios obliga, bajo responsabilidad de los respectivos administradores, al emisor y, en su caso, al garante —entendámoslo como la entidad con la que se ha celebrado el convenio de underwriting (Supra No. 7)— de los valores inscritos, a divulgar al público en forma veraz, suficiente y oportuna, toda la información esencial respecto al emisor o al garante, así como aquella que pudiese afectar los valores inscritos, prohibiendo a las sociedades emisoras a adoptar medidas que puedan afectar la libre negociabilidad de los mismos.

El Reglamento faculta a la CONASEV a suspender por un plazo no mayor de 30 días calendarios la vigencia de la inscripción cuando, por causas sobrevinientes, la sociedad transgreda las normas legales o reglamentarias, o "cuando así lo requiera la protección de los derechos de los inversionistas, de terceros o del público en general" y, si al final del plazo de 30 días las causales de suspensión aún subsisten, la suspensión podrá ser prorrogada por plazos sucesivos hasta alcanzar un total de 180 días calendarios. La suspensión de la inscripción, según el art. 20 que venimos analizando, implica la suspensión de la negociación bursátil de los títulos afectados, pero no cancela su inscripción en Bolsa. La disposición, como vemos, trae causales de suspensión de la inscripción en el Registro Pú-

blico de Valores Mobiliarios sin su necesaria precisión para cautelar verdaderamente el derecho de las sociedades emisoras y de los inversionistas, quienes se pueden ver privados de un mercado organizado donde liquidar sus inversiones, pues además introduce, por las mismas causales imprecisadas, la suspensión de la cotización.

El art. 21 enumera las causales por las cuales la CONASEV debe cancelar la inscripción en el Registro, las que se presentan cuando los derechos conferidos a los tenedores de un valor inscrito se hubieren extinguido totalmente, debido a su rescate u otro acto jurídico similar, o, el incumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias por parte del ente emisor fuera mayor a los 180 días de suspensión, o, cuando se comprobare que la información proporcionada es falsa o engañosa. En las dos últimas hipótesis la cancelación de la inscripción obliga a la sociedad emisora a adoptar procedimientos para la protección de los intereses y derechos de los inversionistas afectados por la cancelación, salvo que tales inversionistas titulares de los valores afectados sean directa o indirectamente responsables de la cancelación.

I. LA CONSTITUCION DE SOCIEDAD POR OFERTA PUBLICA DE ACCIONES

1. CARACTER CAPITALISTA DE LA SOCIEDAD ANONIMA

Sin necesidad de recurrir a los antecedentes históricos de la sociedad anónima, es evidente, y fácil de inferir, que se trata de la típica sociedad de capitales. De ahí el enunciado del art. 70 de la Ley General de Sociedades que precisa que "en la sociedad anónima el capital está representado por acciones y se integra por aportes de los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales" y que el art. 72 enfatice que "para que se constituya la sociedad es necesario que tenga su capital suscrito totalmente, y pagado, por lo menos, en una cuarta parte".

Bajo estas premisas, el art. 75 permite que "la sociedad pueda fundarse simultáneamente en un sólo acto por contrato entre los fundadores o en forma sucesiva por suscripción pública de acciones". Estas mismas premisas son las que conducen a la determinación de los aumentos de capital.

2. LA CONSTITUCION SUCESIVA Y LA OFERTA PUBLICA DE ACCIONES

La constitución sucesiva es contrapuesta a la constitución simultánea, pues en ésta la constitución de la sociedad resulta de un acto único, en el que los fundadores manifiestan su voluntad de constituirla al mismo tiempo que comprometen su aporte y suscri-

ben todas las acciones que representan el capital, mientras que, en la sucesiva, los fundadores promueven su constitución ofreciendo las acciones a la suscripción pública, dando lugar a un acto complejo de cuya naturaleza nos ocuparemos más adelante (Infra No. 4).

Como señala Montoya Manfredi⁴, la fundación sucesiva o por suscripción pública se utiliza en los casos en que es necesario poner en movimiento ingentes capitales para poder llevar adelante grandes empresas, recurriendo a sectores numerosos de inversionistas, porque quienes proyectan la formación de la sociedad no están en condiciones de cubrir el capital necesario. De ahí que consideremos nosotros que la oferta pública de acciones, con la finalidad de formar el capital de una sociedad, es siempre una oferta primaria, pues sólo puede ser dirigida al mercado de emisiones o mercado primario.

La Ley General de Sociedades, en su art. 79, precisa que "la sociedad se puede constituir por suscripción pública a base del programa redactado por los fundadores", normando a continuación los requisitos, formalidades y procedimiento para la constitución de la sociedad, complementados con las normas de la oferta pública.

3. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCION

La constitución por el procedimiento de oferta pública es un proceso que se inicia con la redacción del Programa de Fundación y la solicitud de autorización a la CONASEV y culmina con el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad y su inscripción en el Registro Mercantil.

a) El Programa de Fundación

A los fundadores, conforme al art. 79, les corresponde redactar el Programa de Fundación en base al cual se inicia el procedimiento de oferta pública conjuntamente con la autorización que debe solicitarse y obtenerse de la CONASEV (Supra No. 6).

El Programa de Fundación debe dar contenido a la información que precisa el art. 80 y, antes de depositarse en el Registro Mercantil y darse a publicidad, debe haberse obtenido la autorización de la CONASEV. Para este efecto, debe estarse a lo que dispone la Resolución CONASEV No. 106-87-EF/94.10, de 27 de Mayo de 1987.

b) La suscripción de las acciones

Obtenida la autorización de la CONASEV y dado a publicidad el Programa de Fundación, se inicia el proceso de suscripción de las acciones, de conformidad con el plazo y las condiciones que se han previsto en el Programa. La suscripción debe hacerse

4. Montoya Manfredi, Ulises: "Derecho Comercial", T. I, págs. 188 y 189.

constar en un formulario, el que debe tener el contenido precisado por el art. 82 de la Ley General de Sociedades.

La suscripción de las acciones, según dispone el art. 83, no puede modificar las condiciones del Programa y debe realizarse dentro del plazo fijado en éste, previo pago de por lo menos un 25 o/o del importe de dichas acciones, todo lo cual debe ser informado a la CONASEV.

c) La Asamblea de Suscriptores

Concluido el proceso de suscripción de las acciones o vencido el plazo establecido en el Programa de Fundación, el art. 84 dispone la realización de la Asamblea de Suscriptores en el lugar y fecha señalados en el Programa o, en su defecto, en la convocatoria que hagan los fundadores. El plazo para la convocatoria no podrá exceder de 6 meses contados a partir del depósito del Programa en el Registro Mercantil. Los fundadores efectuarán la convocatoria con una anticipación no menor de 15 días, en la forma prevista en el mismo art. 84.

La Asamblea, según el art. 87, tiene competencia para deliberar y resolver sobre el cumplimiento de las condiciones exigidas para la constitución de la sociedad; la aprobación de las gestiones realizadas por los fundadores; la aprobación del estatuto de la sociedad; la aprobación del valor que se haya dado a los aportes no dinerarios; nombrar a las personas encargadas de la administración de la sociedad; y, la designación de los que deben otorgar la escritura de fundación. Los acuerdos deben constar en acta que debe ser extendida según las formalidades prescritas en la ley.

d) Otorgamiento de la escritura constitutiva e inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil

En el plazo de 30 días, luego de celebrada la Asamblea, el art. 89 dispone que las personas designadas deben proceder a otorgar la escritura pública constitutiva de la sociedad, con sujeción a los acuerdos adoptados e insertándose la resolución autoritativa de la CONASEV. Luego, de conformidad con el art. 90, debe procederse a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

4. NATURALEZA JURIDICA DE LA CONSTITUCION SUCESIVA

Ya al ocuparnos de la oferta pública de valores nos hemos detenido en la consideración de su naturaleza jurídica (Supra No. 2). Siendo la constitución sucesiva una oferta pública, concreta, referida a la integración del capital de una sociedad, que, luego de cumplidas las formalidades de ley adquiere existencia jurídica, consideramos oportuno también analizar su naturaleza jurídica.

Se trata de una oferta pública a que personas determinadas le han dado ya su aceptación, por lo que

se constituye en una operación jurídica completa que se ha desenvuelto, como hemos visto, en varias etapas, y que genera una variedad de relaciones jurídicas. Deviene en un acto plurilateral, que genera la participación de una multiplicidad de sujetos y del que emergen derechos participatorios, no todos de carácter patrimonial, con sus correlativas obligaciones. Se trata también de un acto con formalidades prescritas por la ley, de necesaria observancia para que la sociedad pueda alcanzar existencia jurídica. Es, por último, un acto nominado, de naturaleza contractual y de carácter mercantil.

Considerando su naturaleza contractual, en la constitución sucesiva se pone en evidencia la autonomía de la voluntad, pues el Programa de Fundación es sólo un documento preparatorio del contrato social, ya que se refiere de la decisión libre y espontánea de los suscriptores, a quienes asiste el derecho de separación. Y, por último, incorporado el derecho participatorio al título accionario, el titular tiene la libre disposición del mismo pudiendo recurrir a un mercado organizado como el de la Rueda de Bolsa.

5. ADMISION DE LAS ACCIONES A LA NEGOCIACION EN RUEDA DE BOLSA

Concluido el procedimiento de oferta pública, una vez formalmente constituida la sociedad, las acciones quedan expeditas para ser admitidas a la negociación en Rueda de Bolsa. Si la sociedad no lo solicita a la Bolsa, la CONASEV puede ordenarlo de oficio (Supra No. 6).

6. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO

Según el art. 91 de la Ley General de Sociedades, hay hechos que producen la caducidad del procedimiento de constitución mediante oferta pública de las acciones, tales como el de no lograr el mínimo de suscriptores o el de no completarse la parte del capital por aportaciones dinerarias, salvo que la Asamblea apruebe su reducción. También se produce la caducidad si la Asamblea resuelve no llevar a cabo la constitución de la sociedad o si la Asamblea no se realiza dentro del plazo de 6 meses contados a partir de la fecha del depósito del Programa en el Registro Mercantil.

Ocurrida la caducidad, los fundadores, bajo responsabilidad, deben, dentro de los 15 días siguientes, dar aviso a los suscriptores, a las instituciones de crédito que hubiesen recibido los depósitos para que los devuelvan, a las personas que hubiesen contratado bajo condición de constituirse la sociedad, y al Registro Mercantil.

Distinta de los efectos de la caducidad, es la responsabilidad solidaria de los fundadores que precisan los arts. 93 y 94 de la Ley General de Sociedades, que configura ilícitos civiles y que pueden, incluso, confi-

urar ilícitos penales, que García Rada⁵ ha estudiado considerando las situaciones delictivas que puedan presentarse.

7. IMPORTANCIA PARA EL MERCADO DE LA CONSTITUCION POR OFERTA PUBLICA

Como lo hemos indicado (Supra No. I. 5), la oferta pública autorizada por CONASEV da mérito para que las acciones sean admitidas a la negociación en Rueda de Bolsa, lo que permitirá a los accionistas liquidar sus inversiones en un mercado organizado en el que la cotización es el resultado del libre juego de la oferta y la demanda. Este medio de constitución amplía también el mercado por la presencia de nuevos títulos dentro de la gama de los que ya se vienen ofreciendo al inversionista bursátil.

Pero aspecto importante es, y por eso lo relevamos, el de la apertura del capital de las empresas. Sociedad que se constituye por suscripción pública para la integración de su capital es una sociedad que se perfila como abierta y que puede permanecer abierta, contribuyendo a la democratización del capital y a la difusión del accionariado.

II. EL AUMENTO DE CAPITAL MEDIANTE OFERTA PUBLICA DE ACCIONES

1. EL CAPITAL SOCIAL Y SU AUMENTO

El capital de la sociedad anonima, si bien se integra por los aportes de los socios, que pueden ser o no dinerarios, y se representa por las acciones, es, solamente un monto expresado en la contabilidad de la sociedad que no corresponde, necesariamente, a un patrimonio equivalente. Por eso, se distingue el patrimonio del capital social, pues éste es una cifra expresada en la escritura de constitución que resulta de los aportes, mientras que el patrimonio es el conjunto de bienes o de activos de la sociedad en un determinado momento, pues su cuantía no tiene permanencia por los vaivenes a que está sometida la actividad económica de la empresa. Según Montoya Manfredi⁶, el capital es una medida del patrimonio de la sociedad.

El capital social, pues, además de ser un requisito indispensable para la constitución y existencia de la sociedad, debe guardar relación con el patrimonio en razón de que las obligaciones que asume la sociedad son de su exclusiva responsabilidad y no de la de los socios, por lo que los acreedores sólo pueden imputarle sus responsabilidades a ese patrimonio. De ahí, que se procure que el capital guarde equivalencia con el patrimonio y que, de acuerdo con las circunstancias, el capital tenga que ser aumentado o reducido, todo lo cual lo norma la Ley General de Sociedades.

Según el art. 212, el capital social pueden aumentarse mediante nuevos aportes, capitalización de reservas, revalorización del patrimonio o conversión de obligaciones en acciones. Por la finalidad de este estudio, sólo vamos a considerar el aumento por nuevos aportes y mediante la oferta pública de las nuevas acciones.

2. EL PROCEDIMIENTO

El aumento de capital supone un acuerdo de la Junta de Accionistas adoptado con el quórum y la mayoría calificada que exige la Ley General de Sociedades pues implica, también, una modificación del Estatuto. Además, conforme lo prescribe el art. 213, es requisito previo que la serie o series emitidas y suscritas anteriormente estén totalmente pagadas.

Cuando se trata de una sociedad con sus acciones cotizadas en Bolsa, el aumento de capital mediante nuevos aportes ya no supone una renuncia de los accionistas a su derecho de preferencia para suscribir las nuevas acciones, que es uno de los derechos que atribuye la acción a su titular y que la Ley General de Sociedades reconoce en el inc. 4o. del art. 109 como un derecho que no puede ser negociado ni desconocido por el estatuto ni por acuerdo de Junta de Accionistas. Con la obligación impuesta a las sociedades por el Decreto Supremo No. 083—EF, de 6 de Abril de 1987, en cuanto a la emisión de los Certificados de Suscripción Preferente se ha viabilizado el ejercicio de este derecho, ya que, materializado en dicho Certificado, o lo ejercita o lo enajena en la Rueda de Bolsa en el plazo que fije el acuerdo de la Junta General de Accionistas, o el Directorio si recibe el encargo, el que no será inferior a 15 días ni superior a 60 días calendarios, contados a partir de la fecha en que los Certificados fueron puestos a disposición de los accionistas, lo que no podrá exceder de los 15 días calendarios desde la celebración de la Junta. Los adquirentes de los Certificados adquieren el derecho a suscribir las acciones correspondientes y vencido el plazo para la negociabilidad de los Certificados se producirá su caducidad, pudiendo, en tal caso, los accionistas originarios suscribir las nuevas acciones en proporción a las que corresponda a su tenencia sobre las que hubieren quedado sin haber sido suscritas.

Cuando se trata del aumento de capital de una sociedad que no cotiza sus acciones en Bolsa, el acuerdo de la Junta de Accionistas de recurrir a la oferta pública de las nuevas acciones sí supone renuncia de los accionistas a su derecho de preferencia, lo que la Ley General de Sociedades permite porque, de no ser así, no habría previsto y normado este medio de aumentar el capital. En este caso, la derogación del derecho de preferencia por el acuerdo de la Junta de Ac-

5. García Rada, Domingo: "Sociedad Anónima y Delito", págs. 152 y sgtes.

6. Montoya Manfredi, T. I. pág. 265.

cionistas sólo debe entenderse respecto de los que votaron a favor del acuerdo, mas no respecto de los disidentes, quienes pueden hacer uso del derecho de separación. En este caso, el procedimiento difiere del de la constitución sucesiva, porque se trata de una sociedad constituida, y se reduce a la redacción del Programa de Aumento de Capital y a la autorización de la CONASEV (Supra No. 6) y se rige por las disposiciones de la Ley General de Sociedades y la Resolución CONASEV No. 106-87/EF/94.10, de 27 de Mayo de 1987.

3. NATURALEZA JURIDICA DEL AUMENTO DE CAPITAL POR OFERTA PÚBLICA DE LAS ACCIONES

El aumento de capital mediante la oferta pública de acciones es también, una operación jurídica completa, aunque no se desenvuelva en etapas tan marcadas como las de la constitución sucesiva (Supra No. 1.3). Sea por haberse adquirido el Certificado de Suscripción Preferente o por aceptarse la oferta, es también un acto plurilateral, que genera la participación de una multiplicidad de sujetos y del que emergen derechos participatorios, pues los sujetos se convierten en los nuevos accionistas de la sociedad. Es un acto con formalidades prescritas y lo es, también, nominado y de naturaleza mercantil.

Consideramos que la relación contractual se genera entre los suscriptores y la sociedad, y no entre los suscriptores y los fundadores, como ocurre en la constitución sucesiva, pues los antiguos accionistas ya han dado creación a una persona jurídica que tiene una existencia autónoma y distinta. Incorporados los suscriptores a la sociedad al formalizarse el aumento de capital, quedan vinculados a los demás accionistas en la relación participatoria propia de la naturaleza del derecho del socio.

4. ADMISION DE LAS ACCIONES A LA NEGOCIACION EN RUEDA DE BOLSA

Al igual que el caso de la constitución sucesiva, formalizado el aumento de capital y emitidas las nuevas acciones, éstas quedan expeditas para su negociación en Rueda de Bolsa (Supra No. 6).

5. IMPORTANCIA PARA EL MERCADO DE LOS AUMENTOS DE CAPITAL POR OFERTA PÚBLICA

Por el hecho de que también los aumentos de capital por oferta pública de las nuevas acciones, por el mérito de la autorización de CONASEV, concluyen con la admisión a la negociación bursátil de las acciones, es fácil colegir la importancia que esta operación tiene para la Bolsa máxime si se toma en consideración lo que hemos relevado en relación a la constitución sucesiva (Supra No. 1.7).

III. OFERTA PUBLICA DE OBLIGACIONES

1. LA EMISION DE OBLIGACIONES

La emisión de obligaciones es un medio de captación de recursos financieros por el que la sociedad emisora no persigue un endeudamiento bancario, sino la utilización del Mercado de Valores como una fuente de financiamiento. Es una sucesión de actos jurídicos y, por ello, una operación jurídica compleja que tiene por finalidad introducir los títulos obligacionarios en el tráfico jurídico o, si se quiere, en el Mercado de Valores.

Al igual que en la constitución sucesiva y en el aumento de capital por emisión de nuevas acciones, la oferta pública de obligaciones se constituye en un instrumento de financiamiento. De ahí, que la Ley General de Sociedades la considere también como una modalidad de aumento de capital, cuando se trata de obligaciones convertibles en acciones y que el Decreto Supremo No. 089-87-EF, en su art. 35, le haya dado la misma finalidad.

2. EL PROCEDIMIENTO

La emisión de obligaciones es un proceso que se inicia con el acuerdo de la Junta de Accionistas y su formalización hasta su culminación con la entrega de los títulos obligacionarios a los suscriptores, fase de la cual se derivan las sucesivas transferencias hasta su rescate por la sociedad emisora, pasando en el intervalo por los aspectos relativos a la protección de los obligacionistas. Requiere, obviamente, de autorización de la CONASEV y tiene también fases bien marcadas. El art. 228 de la Ley General de Sociedades prescribe para la Junta de Accionistas que acuerde la emisión un quórum y una mayoría calificada para la adopción del acuerdo, en el que debe disponerse la solicitud a la CONASEV. Esta debe observar, además de las disposiciones de la Ley General de Sociedades, las de la Resolución CONASEV No. 106-87-EF, de 27 de Mayo de 1987.

a) Formalización de la emisión.

El acuerdo de la Junta de Accionistas y la resolución autoritativa de la CONASEV son los requisitos previos a la formalización de la emisión. La Ley General de Sociedades prescribe el contenido de la escritura pública, en la que debe intervenir el Fideicomisario e insertarse la autorización de la CONASEV.

Cuando se trata de sociedades anónimas abiertas, el Decreto Supremo No. 089-87-EF ha pretendido simplificar las formalidades, pero no creemos que éstas puedan ser omitidas. El art. 35 se refiere concretamente a la emisión de obligaciones convertibles en acciones, y precisa que la respectiva decisión importa automáticamente el acuerdo de aumento de capital social y que corresponde al Directorio de la sociedad otorgar la escritura de aumento de capital y proceder a la emisión de acciones en la medida necesaria para

atender el pedido de conversión. Sin embargo, como las obligaciones tienen que ser emitidas por un plazo determinado, no creemos que se pueda omitir las etapas del proceso que venimos explicando.

b) El Sindicato de Obligacionistas.

La Ley General de Sociedades prescribe un régimen de protección a los obligacionistas y para ello dispone la constitución del Sindicato por el mérito de la inscripción de la escritura de emisión en el Registro Mercantil. Así lo dispone el art. 233, que prescribe, además, que se integran al Sindicato los adquirentes de los títulos conforme los vayan adquiriendo.

c) El Fideicomisario.

El Fideicomisario (del latín, fides, fe y commissus, comisión) es la institución de crédito, por lo general un banco, que recibe el encargo de velar por los derechos de los obligacionistas con las facultades que la Ley General de Sociedades le confiere y las que le confiera la escritura de la emisión y para cuyo cometido deberá nombrar una persona natural.

d) La Asamblea de Obligacionistas.

La Asamblea es el órgano de gobierno del Sindicato de Obligacionistas. Por eso, el art. 239 dispone que el fideicomisario, tan pronto como quede inscrita la escritura de emisión, deberá convocar a la Asamblea de Obligacionistas, la que deberá aprobar o desaprobado su gestión, confirmarlo en el cargo o designar a quien habrá de sustituirlo. Le corresponde, además, establecer el Reglamento Interno del Sindicato, ajustándose en lo posible al régimen establecido en la escritura de emisión.

3. NATURALEZA JURIDICA DE LA EMISION DE OBLIGACIONES

Como se puede apreciar, el proceso de la emisión de obligaciones es una operación compleja en la que, para desentrañar su naturaleza jurídica, deben analizarse cada una de sus fases. Consideraremos el acto de la emisión en su finalidad de ofrecer al público los títulos que representan a las obligaciones.

En primer lugar, es necesario dejar establecido, desde ya, que la emisión de obligaciones por sociedades anónimas constituye un acto de naturaleza mercantil. Si bien el Código Civil ha incorporado a sus normas los contratos de compra-venta, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, derogando las disposiciones del Código de Comercio, de otro lado, al no legislar sobre las sociedades civiles y al haberse dispuesto que se les legislara conjuntamente con las sociedades mercantiles, dándose lugar a la Ley General de Sociedades, no ha alterado la naturaleza mercantil de la emisión de obligaciones pues ésta

sigue siendo considerada como un acto propio de las sociedades mercantiles y, más concretamente, de las sociedades anónimas. Además, si bien el Derecho Comercial va tomando nuevos rumbos en su evolución⁷, la vigencia de nuestro Código de Comercio de 1902 —derogado en buena parte de su articulado y en otras en desuso, pero la desuetud no es derogatoria— mantiene la noción de acto de comercio contenida en el art. 2, categoría dentro de la cual continúa la emisión de obligaciones.

Pero para desentrañar la naturaleza jurídica de la emisión de obligaciones no basta dejar establecido que se trata de un acto de naturaleza mercantil. Es necesario, además, y fundamentalmente, determinar cuándo queda perfeccionada o cumplida la emisión, aunque para ello deba penetrarse en un campo intrincado y controvertido de la doctrina.

El requerimiento de recursos puede conducir a la emisión de obligaciones para su capacitación. La sociedad emisora se obliga por el monto de la emisión a pagar intereses y a ofrecer otros beneficios para recaudar el capital requerido, cuya devolución deberá efectuar en los plazos, modalidades y condiciones previstas en el instrumento con el que ha formalizado la emisión. La emisión de obligaciones se presenta, así, como un acto complejo, del que puede desgajarse con relativa facilidad lo que concierne al documento que contiene cada una de las fracciones de empréstito. Dicho documento, por ser representativo de un derecho creditorio, y estar destinado a la circulación, se constituye en un verdadero y genuino valor mobiliario, constituyéndose, además, en uno de los efectos de la emisión de obligaciones.

Pero el desentrañamiento de la naturaleza jurídica de la emisión de obligaciones no está referido a esclarecer los caracteres del título-valor, sino a la operación, o más bien conjunto de operaciones, que le sirven de causa y de las cuales deriva. El problema radica en establecer la categoría jurídica que permita la tipificación de la operación, el proceso de la misma y el monto de su conclusión. Para tal finalidad, esto es, para establecer la naturaleza jurídica del acto o contrato al que puede tipificarse la emisión de obligaciones, la doctrina ha recurrido a diversas fórmulas teóricas que han generado variadas corrientes doctrinales.

Se concibe a la emisión de obligaciones como un contrato de préstamo de dinero o mutuo, según elaboración de la doctrina francesa. Esta concepción tiene diversos matices, pues algunos autores equiparan la emisión de obligaciones con un simple contrato de préstamo, en el que el mutuante es el obligacionista y el mutuario es la sociedad emisora. Otros autores consideran que si bien es un contrato de mutuo, tiene la

7. Véase La Reforma de los Códigos de Comercio y la expansión del Derecho Comercial, por Ulises Montoya Manfredi, en Libro Homenaje a José León Barandiarán, págs. 369 y sgtes.

Nuevos helados!!



**...Ya viene la época
de calor
...es el momento de tomar
...un helado**

El Tigre lleno de sabor!

característica especial de ser un mutuo colectivo, pues por su elevada cuantía y por dirigirse a una pluralidad de sujetos requiere, precisamente, de una pluralidad de mutuantes, lo que influye de manera importante en la naturaleza de la operación. Lo que caracteriza, entonces, a la emisión de obligaciones, considerada como un mutuo, simple o colectivo, es que el crédito se incorpora a un título negociable, no sólo como medio de prueba de la existencia del mutuo, sino para constituir un valor mobiliario.

Se concibe también a la emisión de obligaciones como una venta de créditos y ésta es la posición de la doctrina alemana que la sustenta en la teoría de la voluntad unilateral a la que incluye, al lado de la clasificación tradicional de las fuentes, como capaz de generar obligaciones. Esta concepción parte del supuesto que la sociedad emisora lo que hace es vender por un determinado precio títulos negociables que representan créditos contra la misma y que, entonces, lo que el obligacionista adquiere es una promesa escrita de pago, o, más propiamente, de reembolso.

La teoría de la voluntad unilateral está incorporada a nuestra codificación civil desde 1936, pues el Código vigente la mantiene en su articulado relativo a la Promesa Unilateral. Con su incorporación al Código de 1936 y legislarse con ella los títulos al portador, no sólo se suplió el vacío del Código de Comercio, que no legisló sobre la emisión de obligaciones, sino se dió sustento a la entonces Ley de Sociedades Mercantiles, que sí lo hizo, y que como consecuencia de la promulgación del vigente Código Civil ha sido reestructurada como Ley General de Sociedades. Pero la incorporación de la teoría de la voluntad unilateral no significa el apartamiento total y definitivo de las doctrinas que tradicionalmente han informado nuestro Derecho Positivo, aclarando, como bien lo hace Manuel de la Puente⁹, que lo que justifica la presencia de la voluntad unilateral es la determinación de que un acto jurídico unilateral puede crear una obligación de cargo del declarante de la voluntad y dándose lugar a la correspondiente relación jurídica. De ahí, que aún cuando la teoría de la voluntad unilateral puede dar sustento a la emisión de obligaciones,

no pensemos que su formulación teórica es la que explica esta operación jurídica.

La Ley General de Sociedades, que no ha modificado sino reestructurado el articulado de la Ley de Sociedades Mercantiles, considera a la emisión de obligaciones como un contrato y al respecto existe referencia expresa en el art. 228, lo que concilia con el concepto de contrato que, en la noción del art. 1351 del Código Civil "es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial". El contrato existe, pues, sólo cuando se produce la confluencia o la interferencia de dos o más voluntades y, así, la emisión de obligaciones queda concluída cuando a la voluntad de la sociedad emisora se interpone la voluntad del o la de los tomadores de los títulos. Por ello, en nuestro parecer, la emisión de obligaciones no se constituye por un acto de voluntad unilateral, pues éste es sólo el inicio del proceso que concluye con la interferencia de los suscriptores de los títulos obligacionarios.

Para concluir, en nuestra opinión, la emisión de obligaciones tiene su propia categoría jurídica que resulta de su propia nominación. No es necesario buscarle un sustento distinto del que fluye de su propia naturaleza, aún cuando indudablemente sea un mutuo que la sociedad emisora ofrece a cada una de las personas que toman los títulos obligacionarios y que, como consecuencia de ello, se convierten en acreedores de la sociedad que debe cumplir con la prestación a su cargo con arreglo a las condiciones de la emisión.

4. ADMISION DE LAS OBLIGACIONES A LA NEGOCIACION EN RUEDA DE BOLSA

Cuando la emisión de obligaciones va a dar lugar a una oferta pública de carácter primario (Supra No. 3), que es la que venimos considerando, la autorización de la CONASEV da mérito para su admisión a la negociación en Rueda de Bolsa, lo que puede haber estado previsto en las condiciones de la emisión o haberlo dispuesto la Asamblea de Obligacionistas. La CONASEV puede también ordenarlo de oficio (Supra No. 6).

8. Véase Promesa Unilateral. Exposición de Motivos y Comentarios por Manuel de la Puente y Lavalle, en el Código Civil Peruano. Parte III, T. VI, págs. 781 y sgtes.

9. Ibidem.

¿Existe un Derecho Judicial peruano?

Carlos Montoya Anguerry

Profesor de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la PUC

1. INTRODUCCION

No parece aventurado manifestar que se ha formado un Derecho Judicial como disciplina específica, quizá no plenamente autónoma ni sistematizada, pero la vigencia cada vez mayor en el decantamiento y análisis de la institución del Poder Judicial, aquí y en cualquier país. Un conjunto de normas que regulan diversos aspectos del quehacer judicial, se acompaña de una cierta jurisprudencia especializada, de una doctrina cada vez más creciente y de modos y costumbres que se desarrollan a despecho de los presupuestos teóricos contenidos en esas expresiones. Estos podrían ser los factores más importantes que comprueban la existencia y sobre todo vigencia de un derecho judicial.

El desarrollo de la disciplina así denominada, ha sido grande en los países desarrollados, y no solamente por la coherencia y previsión normativas, sino por la práctica adecuada y certera. La base de dicho desarrollo ha sido, sin duda; la satisfacción de los requerimientos financieros y económicos que demanda una buena administración de justicia, es decir, no solamente un ideal a alcanzarse, cuanto una realidad concreta y comprobada por la aplicación de los más avanzados aportes de la técnica y de la ciencia.

La pregunta que surge de estas ideas es cuánto se ha avanzado en materia de derecho judicial en nuestro país. Una introducción a las indagaciones concernientes a dar respuesta, constituyen estas líneas que no pueden ser tomadas sino como una aproximación al tema que tiene gran trascendencia para la vida jurídica del país.

2. LOS ELEMENTOS

Debemos entender que el aspecto normativo del Derecho Judicial lo constituyen las normas Constitucionales, la Ley Orgánica del Poder Judicial y diversas leyes comunes sobre aspectos diversos del funcio-

namiento del poder judicial. A ellas deben agregarse los Reglamentos, algunos de vigencia nacional, otros distrital, igualmente las circulares de la Corte Suprema y finalmente las directivas y los acuerdos de las Salas Plenas tanto de la Corte Suprema cuanto de las Cortes Superiores.

Otro renglón se encuentra en los Códigos Procesales en cuanto contienen normas que no atañen al procedimiento, sino que invaden la esfera de lo judicial, señalando atribuciones o responsabilidades al juez o fijando la obligación de determinados actos y previsiones que debe ejecutar el Juez.

Desde otro punto de vista, forman también el derecho judicial, los trabajos de juristas y profesores, algunos de magistrados, sobre el Poder Judicial en general o respecto de algunos de sus elementos.

Igualmente deben ser objeto de consideración los acuerdos adoptados por las Salas Plenas en cuanto comprometen el desempeño de la labor judicial, algunos de ellos fijando una cierta conducta como si fuera jurisprudencia de obligatorio cumplimiento, debiendo distinguirse de los acuerdos que fijan pautas generales y que ya fueron aludidos. La imposición de una sanción disciplinaria a un Juez, por ejemplo, señala la conducta reprobable y esto constituye una norma que los demás jueces tratarán de tener en cuenta para su propia conducta.

Finalmente, existe un universo inexplorado pero de una presencia agobiante constituido por los modos y las costumbres judiciales típicas de los jueces peruanos y que no pueden ser excluidos si se trata de visualizar el derecho judicial peruano. La flexibilidad en los términos, por ejemplo, es un modo peculiar que tiene tanta influencia en la oportunidad del juzgamiento; si la ley dispone el término de treinta días, inicialmente fue computado en días naturales, con claro beneficio del litigante; luego el cómputo fue solamente por días laborables, más tarde descontando

los días de impedimento personal del juez, para agregarse cualquier otro tipo de impedimentos, contando inclusive con el de los auxiliares. La discordia es otro ejemplo muy a propósito de este renglón de elementos, pues en algunos casos se trata de discordias que desaprensivamente se denominan "técnicas" y que no son sino un modo de conseguir un plazo mayor para dictar la resolución, en busca de mayores informaciones, de un tiempo de estudio mayor o de alcanzar una serenidad que se altera a veces por presiones de toda índole.

No existe un estudio sistemático de todo este conjunto de elementos, de modo que bien podría decirse que no existe propiamente un Derecho Judicial peruano. Respuestas aisladas a cualquiera de los elementos se encuentran en cantidad y calidad crecientes. Apuntes de sistematización igualmente los hay, pero aún no se ha emprendido una verdadera ciencia jurídica de lo judicial, sin embargo de reconocerse por todos que es de necesidad y aún de urgencia. No es posible que el desempeño del Poder Judicial esté librado a la improvisación o a la copia de modelos extraños.

3. LA RESPUESTA URGENTE

La promulgación de la Constitución Política de 1979 ha generado la urgencia de dictarse una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Es entonces que se enfrenta una realidad negativa al comprobarse la ausencia de un Derecho Judicial Peruano en la dimensión esbozada.

El encargo ha sido tomado con seriedad y entusiasmo pero es evidente que existen y existirán tropiezos de toda índole para la consecución de un resultado significativo. Así, deberá investigarse cada institución importante, tomarse antecedentes, asomarse a la realidad y consultar la experiencia extranjera depositada en sus leyes orgánicas.

Distinto sería el esfuerzo si la materia hubiera sido ya objeto de investigación y que pudiera contarse con opiniones diversas sobre el funcionamiento, la naturaleza, los caracteres y demás contenidos del Poder Judicial. Poder saber cuán efectivas son o fueron las normas de leyes orgánicas pasadas, cómo desarrollaron los jueces tales o cuales iniciativas, cuáles serían los mejores modos para normar aspectos distintos, de modo de conciliar el interés social con el individual del litigante.

En este recuento de urgencias, poder recoger las particularidades de cada Distrito Judicial, marcadas seguramente por el contorno social, económico, cul-

tural, geográfico y demás; y poder replantearse los proyectos de normas que tienen que ser generales para todo el país, pero que necesariamente han de ser aplicadas en realidades distintas.

Asimismo, haberse podido contar con un estudio de la realidad del Poder Judicial y con actualizaciones de resultados obtenidos en el pasado, de modo de poder responder a la inquietud sobre las causas, los factores, los elementos de lo que viene denominándose con frecuencia la crisis de la justicia en el Perú. Responder, igualmente, a la pregunta de por qué los comentaristas aluden a estadísticas que reflejan la poca confianza del pueblo en el Poder Judicial, o de encuestas que han arrojado como resultado que la institución menos eficiente sea la encargada de administrar justicia. Tema este que no ha sido seriamente analizado, tanto que puede argüirse que se trata de un presupuesto cuestionable, en todo caso complejo y quizás parcialmente obtenido.

Como todo lo nuestro, la respuesta debe darse y, en consecuencia, debe dictarse la nueva ley orgánica del Poder Judicial. Podrá contener evidentemente logros importantes y constituirse en un buen instrumento para el funcionamiento del indicado Poder. Es decir, no hay tiempo para más, lo que desgraciadamente hace añorar realidades vecinas según las cuales, un país limítrofe nombra comisiones investigadoras o encarga a una Universidad la investigación por un tiempo suficiente (uno o dos años), con cuyos resultados recién se empieza la tarea de proyectar la ley; un gasto de tiempo y dinero que produce un resultado mejor.

LA INQUIETUD

Queda expuesta la inquietud sobre el tema. Agregar uno más a la infinidad de respuestas que los peruanos debemos dar en el desarrollo de nuestra vida como nación y Estado y que comúnmente relegados a la improvisación, el diletantismo o la audacia.

Se toma pie en un desafío real: nada puede hacerse sin preparación, estudio y debate; nada puede intentarse sino se investiga seriamente y en forma previa.

El hecho, en consecuencia, es la investigación y a ella deben concurrir los que forman parte del Poder Judicial, los abogados, las Facultades de Derecho.

Es esta, finalmente, la conclusión de este artículo terminado con el afán de plantar la semilla de la inquietud: iniciar la formación del Derecho Judicial Peruano.

La estabilidad laboral en la Constitución

Javier Neves Mujica

Profesor de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de la PUC

En las líneas que siguen vamos a analizar puntualmente los aspectos centrales del derecho a la estabilidad laboral proclamado por nuestra Constitución, recogiendo las elaboraciones doctrinarias sobre la materia y aludiendo a la legislación peruana cuando sea necesario. Del propio texto constitucional¹, hemos extraído los elementos que a continuación abordamos:

1. DERECHO FUNDAMENTAL DE EFICACIA INMEDIATA

Por el solo mérito de su consagración constitucional, la estabilidad adquiere en el Perú el carácter de derecho fundamental. Este hecho se refuerza, al ubicarse el art. 48 en el Capítulo V (Del Trabajo), del Título I: Derechos y deberes fundamentales de la persona. El reconocimiento constitucional del derecho provoca asimismo, conforme a las reglas que rigen la jerarquía normativa en nuestro sistema jurídico, el necesario respeto al contenido mínimo del art. 48 por la legislación de rango inferior². En tal virtud, tanto en su ámbito subjetivo como objetivo, el derecho no podrá ser desnaturalizado por disposiciones de menor categoría a la Constitución.

Montoya Melgar³ distingue entre los derechos fundamentales, según su grado de preceptividad, los de efectividad inmediata, cuya entrada en vigor deriva

directamente del texto constitucional, y los de efectividad aplazada, cuya vigencia depende de una intermediación legislativa o que consisten en meras invocaciones a los poderes públicos para la orientación de sus políticas hacia determinado rumbo. Desde esta perspectiva, dada la redacción del art. 48, el derecho a la estabilidad laboral tiene en nuestro país eficacia inmediata. No está sujeto a la condición de su reglamentación por ley para regir plenamente. Lo que sí requiere de regulación legislativa —y, en consecuencia posee eficacia diferida—, es el despido (es decir, no la regla sino más bien la excepción), en tanto la ley deberá señalar los hechos que constituyen causa justa. De este modo, el incumplimiento por el legislador del mandato constitucional de determinar la causa justa de despido (que configuraría una inconstitucionalidad por omisión, no alegable en nuestro sistema jurídico), no afectaría el derecho a la estabilidad sino que podría incluso reforzarlo impidiendo tal vez el acto del despido⁴.

Al constituir la estabilidad laboral un derecho fundamental de eficacia inmediata, queda protegido por el doble sistema con que se garantiza a los derechos de tal carácter: vía ordinaria y vía constitucional (acciones de garantía: amparo, popular e inconstitucionalidad, según los casos).

1. Art. 48: "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada".
2. Las leyes al reglamentar la Constitución, así como los decretos al hacerlos con las leyes, deben cuidar de no transgredir su "contenido esencial", como denomina el texto constitucional español a "aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito" y a "aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos" (Sentencia No. 11/81 del 8.4.81. Recurso de inconstitucionalidad No. 192180, en "Sentencias del Tribunal Constitucional sobre Derecho del Trabajo", Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1984, pp. 196). Nuestra Constitución consagra tales garantías en sus arts. 87 y 211 inc. ii).
3. Montoya Melgar, Alfredo, "La protección constitucional de los derechos laborales", en "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980, pp. 270-272.
4. Podría sostenerse que en tal caso, la laguna legal debería ser integrada con los principios generales del derecho, lo que permitiría a los jueces autorizar ciertos despidos en situaciones de abuso del derecho (ver Arts. II y VIII del Título Preliminar del Código Civil).

2. EL TIPO DE ESTABILIDAD

La doctrina diferencia un régimen de inestabilidad, consistente en el derecho del empleador a despedir sin causa justa (generalmente, otorgando un preaviso e indemnización), de un régimen de estabilidad, en el cual el despido sólo procede por causa justa. Sin embargo, al interior de este último régimen, se han precisado diversos tipos de estabilidad. Plá⁵ realiza la siguiente clasificación: 1) estabilidad absoluta: cuando la violación del derecho ocasiona la ineficacia del despido y garantiza la reincorporación del trabajador, y 2) estabilidad relativa: cuando se protege al trabajador frente al despido pero no se le asegura la reincorporación, que a su vez se descompone en: i) propia: cuando la violación del derecho ocasiona la ineficacia del despido e ii) impropia: cuando no afecta la eficacia, aunque se sanciona el acto.

Del cuadro anterior, habría que desechar la llamada "estabilidad impropia", que no corresponde en verdad a una forma de estabilidad, dado que la inexistencia de causa justa no provoca la ineficacia del despido, como es indispensable en esta institución. De otro lado, como Plá exige para la configuración de la "estabilidad absoluta" que la reincorporación pueda garantizarse real y efectivamente (imponerse físicamente la reposición del trabajador) y no sólo ordenarse judicialmente, concluye en la inviabilidad de tal régimen, al menos para el sector privado. Creemos que una definición tan rígida provoca la inexistencia de ese modelo en régimen legislativo alguno. En realidad, la llamada por Plá "estabilidad absoluta, es imposible jurídicamente, la "propia" configuraría la auténtica estabilidad laboral, mientras la "impropia" constituiría más bien un régimen de inestabilidad. Los sistemas en que la injustificación del despido conduce a la readmisión del trabajador serían de estabilidad, y aquellos en que conduce sólo a una indemnización serían de inestabilidad⁶.

La separación entre estos tipos de estabilidad, se funda en una confusión que advierte García López⁷ entre la causa del despido y la causa de la indemnización.

Pensamos que, en estricto sentido, sólo el régimen de "estabilidad propia" constituye una expresión del derecho a la estabilidad laboral. Si sólo es vá-

lido un despido derivado de una previa causa justa, la inexistencia de ésta anula a aquel y debe restablecer las cosas al estado anterior al momento de producirse la violación del derecho. Más aun en un campo como el del Derecho del Trabajo que tiene entre sus principios básicos el de la continuidad de la relación laboral, que busca asegurar la permanencia del trabajador aunque se modifique o suspenda el contrato, se sustituya al empleador, se constate la existencia de nulidades, etc.⁸. La estabilidad laboral, que es la principal expresión de dicho principio, se traduce en una enfática prohibición a los despidos arbitrarios. En caso de ser violado el derecho, sólo se repararía plenamente con la restitución del empleo y no con una indemnización. Así ocurre, además, con todos los derechos fundamentales, cuando frente a su vulneración, se ejerce la acción de amparo (arts. 1 y 4 de la Ley 23506). Sostenemos, en consecuencia, que sólo tendríamos cabida en nuestro marco constitucional, el denominado régimen de "estabilidad propia". Que el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, por contemplar justamente como alternativos la reposición y la indemnización (art. 10), no aluda a la estabilidad laboral, puede ser indicativo de su coincidencia con esta concepción doctrinal.

De otro lado, el régimen conocido como de "estabilidad impropia" es totalmente ajeno a nuestra tradición jurídica. En efecto, desde que se introdujo la estabilidad laboral en el Perú como derecho del trabajador privado, con el Decreto Ley 18471 de 1970, rigió en su forma "propia". El Decreto Ley 22126 de 1978, que reemplazó a la norma anterior, estableció un régimen mixto: de inestabilidad hasta los 3 años y de "estabilidad propia" a partir de entonces. La disposición vigente, Ley 24514 de 1986, ha diseñado también un régimen "propio" consagrando por primera vez la "estabilidad impropia", sólo como excepción, para los empleados de confianza. Los trabajadores públicos disfrutaban desde 1950, en que se promulgó la Ley 11377, de un régimen de "estabilidad propia" con la misma excepción referida a los empleados de confianza, aunque en este caso ellos están más bien en condiciones de inestabilidad.

El único caso que conocemos de disposiciones que hayan permitido la opción entre la reposición o la indemnización, está constituido por las normas dictadas por el gobierno anterior, que dispusieron la amnistía laboral para los despedidos arbitrariamente du-

5. Plá Rodríguez, Américo, "Los principios del Derecho del Trabajo", Ediciones De Palma, Buenos Aires 1978, p. 175.

6. En el primer caso, la sentencia anularía el despido y dispondría la readmisión, la que de no ser efectivamente llevada a cabo por el empleador, le significaría —además de la obligación de pagar las remuneraciones— la imposición de sanciones económicas y hasta penales. En el segundo caso, la sentencia disolvería el vínculo, mandando únicamente el pago de indemnizaciones.

7. García López, Rafael, "Consideraciones en torno a la figura del despido", en Revista de Política Social No. 143, Madrid, pp. 47-91.

8. Ver: Alonso García, Manuel, "Curso del Derecho del Trabajo", Editorial Ariel, Barcelona 1975, p. 308; Montoya Melgar, Alfredo, "La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España", en Revista de Política Social No. 118, Madrid, pp. 45-67; y Plá Rodríguez, Américo, op. cit., pp. 156-157.

rante el régimen militar⁹. Pero estas eran disposiciones de alcance muy puntual y no normas destinadas a establecer un régimen general.

En síntesis, habría inestabilidad tanto cuando se autoriza los despidos sin causa justa, como cuando producidos éstos no se puede ordenar la reposición; y habría estabilidad sólo cuando —como el despido— es procedente únicamente por causa justa, en ausencia de ésta, se invalida el despido y ordena la reposición.

3. LA NATURALEZA DEL DERECHO

Por su propia naturaleza, el derecho a la estabilidad laboral exige para su obtención por un trabajador, desde nuestro punto de vista, dos condiciones: 1) relación de dependencia y 2) actividad permanente. La primera consiste en que sólo los trabajadores dependientes (privados o públicos) están amparados por este derecho, dado que las labores independientes, por sí mismas, no pueden ser objeto de este tipo de protección. La segunda consiste en que sólo están cubiertos por el derecho las labores permanentes, debido a que las eventuales no pueden otorgar tal derecho a quien las ejecuta. Más allá de estas exclusiones, la admisión de cualquier otra debería ser efectuada con suma cautela, para no lesionar al “contenido esencial” del derecho.

Desde esta perspectiva, la marginación del derecho a ciertas categorías de trabajadores que realiza nuestra legislación podría resultar inconstitucional en algunos casos. La Ley 24514 priva de este derecho a quienes se encuentran en período de prueba, a los que laboran menos de 4 horas diarias, a los regidos por regímenes especiales y a los empleados de confianza. El Decreto Ley 18138 exceptúa a los contratados a plazo fijo. Todo ello en el ámbito privado. En el sector público, la Ley 11377 y el Decreto Legislativo 276 marginan a quienes cumplen un período de prueba, a los contratados y a los empleados de confianza.

En lo que toca al período de prueba, si bien en tal etapa puede el empleador despedir al trabajador sin causa justa, por lo que configura un régimen de inestabilidad, cabría considerarlo como una excepción razonable al art. 48 de la Constitución. En igual sentido se pronuncia el Convenio 158 OIT (art. 2.2.b) y nuestra tradición jurídica, para la cual la existencia del período de prueba ha precedido prime-

ro y coexistido luego con las normas sobre estabilidad laboral¹⁰. Tanto en el caso de los trabajadores privados como públicos, el período de prueba en nuestra legislación está fijado en tres meses¹¹.

La exclusión de los trabajadores con jornada inferior a 4 horas (art. 2 de la Ley 24514), si nos parece inconstitucional. La duración de la jornada no afecta la permanencia de la labor, que está sólo referida a la duración de la actividad. Si ésta es constante, debe reconocerse a quien la desempeña la estabilidad, al margen del número de horas laboradas por día, aunque se le prive de otros derechos, cuya naturaleza sí podría estar referida a la duración de la jornada.

Respecto a los regímenes especiales, la Ley 24514 (tercera disposición transitoria) sólo excluye del derecho a la estabilidad laboral a los trabajadores sujetos a aquellos regímenes cuya naturaleza sea incompatible con tal derecho. En este sentido, únicamente subsistirían los regímenes especiales referidos a labores eventuales, quedando los demás incorporados a la estabilidad laboral.

Los empleados de confianza tanto en la legislación privada como pública, están efectivamente privados del derecho a la estabilidad laboral. En el caso de los trabajadores públicos, la propia Constitución (art. 59) lo excluye de la carrera administrativa, que tiene entre sus principios rectores el de la estabilidad. En el ámbito privado, la Ley 24514 (art. 15) —y antes la Ley General de Sociedades (art. 177) para el caso específico de los gerentes—, permite realmente el despido sin causa justa de estos trabajadores, al no garantizarles su reposición. La marginación de esta categoría de trabajadores nos parece razonable siempre que se califique muy restrictivamente los cargos de tal naturaleza. Lo que consideramos contradictorio es que la Ley 24514, pretendiendo ampararlos con la estabilidad laboral, en verdad los desproteja al asegurarles sólo una reparación patrimonial frente a la violación de su supuesto derecho.

Por último, en lo referente a los contratos a plazo fijo para labores eventuales, que constituyen una excepción válida a la estabilidad laboral, nuestra legislación no contiene verdaderas garantías contra la utilización indebida de este tipo de figuras (como ordena el art. 2.3 del Convenio 158 OIT), más allá del requisito de que el contrato sea escrito y aprobado por la autoridad, que ha revelado su insuficiencia. La legisla-

9. Las Leyes 23216 y 23235, referidas a los trabajadores públicos y privados, respectivamente. “El Poder Ejecutivo procederá, según los casos, a reponer o indemnizar a los servidores públicos. . .” (art. 1 de la Ley 23216) y “. . . cuando la reinstalación, a juicio de la Comisión (Nacional Tripartita), fuera materialmente imposible, la empresa abonará al trabajador. . .” (art. 4 de la Ley 23235).

10. El Decreto Ley 14218 de 1962 es anterior a la legislación que introdujo la estabilidad laboral en el sector privado, en el cual rige.

11. Ley 24514 para el sector privado (art. 2) y Ley 11377 para el sector público (art. 15). En este último caso, el art. 8 del Decreto Supremo 001-77-PM-INAP determina un período de prueba fluctuante entre tres y seis meses “teniendo en cuenta el nivel de responsabilidad y la complejidad del cargo”, consagrando una fórmula interesante pero ilegal, en tanto atenta contra la jerarquía jurídica.

ción privada no establece un límite a la duración o renovación de estos contratos, como sería deseable. En consecuencia, sólo mediante los principios de primación de la realidad y no abuso del derecho, podrá combatirse en nuestro medio el fraude consistente en la celebración de tales contratos para encubrir labores permanentes¹².

De otro lado, de lo expuesto puede corroborarse la similitud de situaciones en que se encuentran los trabajadores privados y públicos en esta materia, que haría no sólo factible sino incluso conveniente su regulación uniforme por un solo sistema. Ambos tienen como fundamento de su derecho el Art. 48 de la Constitución, ambos adquieren el derecho luego de tres meses de servicios, ambos lo pierden por causa justa constituida por hechos parcialmente iguales (con las diferencias que anotamos más adelante) y ambos pueden accionar contra el despido injustificado reclamando su reposición (con variaciones en términos de jurisdicción, que desarrollamos también después). No vemos razón jurídica ante tantas coincidencias, para regulaciones por separado de este derecho fundamental. Creemos que ellas son el rezago de concepciones superadas sobre los trabajadores públicos, que los marginaban del Derecho Laboral para someterlas al Administrativo¹³.

4. LA CAUSA JUSTA DE DESPIDO

El derecho a la estabilidad laboral se plasma en el aseguramiento de su empleo al trabajador. Sin embargo, tal aseguramiento no puede ser absoluto, sino que se relativiza a través de la figura del despido por causa justa. En virtud de éste, el empleador está facultado para resolver unilateralmente el contrato de trabajo ante ciertas situaciones, que en nuestro sistema jurídico deben encontrarse señaladas en la ley y ser debidamente comprobadas. Estas son las llamadas causas justas. Existe, pues, una ligazón indisoluble entre los conceptos de causa justa y despido. El segundo tiene su fundamento en el primero.

En sentido estricto, el despido es el acto unilateral por el cual el empleador pone término al vínculo laboral frente a un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Así precisan al concepto algunos autores como De Buen y García López¹⁴, quienes distinguen el despido como institución netamente disciplinaria

de la terminación originada en causas diversas, como el mutuo acuerdo, la renuncia, la incapacidad, la muerte, los motivos económicos, etc. El Convenio 158 OIT, en su art. 4, al señalar las causas justificadas (y en su propia denominación: "Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo") alude al concepto "terminación" y no "despido", en tanto —inspirándose en la mencionada línea doctrinal— engloba tres causas distintas: conducta y capacidad del trabajador y necesidades de funcionamiento de la empresa.

En nuestro derecho positivo, el art. 48 de la Constitución asegura al trabajador el no ser "despedido" sino por causa justa. La legislación privada vigente y la anterior, han considerado como "causa justa" no sólo la falta grave sino también otros motivos. Así, la Ley 24514 señala cuatro tipos de hechos —que constituyen causas justas: 1) falta grave, 2) inhabilitación judicial para el desempeño de la actividad impuesta por tres meses o más, 3) inasistencia por condena judicial a pena privativa de la libertad impuesta por la comisión de delito doloso, y 4) situaciones excepcionales de la empresa. No se contempla como causa justa la incapacidad del trabajador, aunque cierta legislación especial introduce para determinados casos, como motivo de cese obligatorio al cumplir los 50 años de edad: los transportistas terrestres de pasajeros y los pilotos de aviación comercial (art. 34 del Decreto Legislativo 329 y art. 31 de la Ley 15256, respectivamente).

Por consiguiente, en el campo privado, la consecuencia jurídica "despido" se aplica como forma de extinción de la relación laboral ante supuestos de hechos diversos de la "falta grave".

En el sector público tenemos un régimen distinto. El Decreto Legislativo 276 diferencia la resolución por incumplimiento, a la que no denomina despido sino "destitución"¹⁵, de la ocurrida por otras causas, llamadas por la doctrina "objetivas", como cumplir los 60 años de edad, la pérdida de la nacionalidad, la incapacidad y la ineptitud, que dan lugar más bien al "cese definitivo"¹⁶.

En definitiva, en la Constitución misma y en la legislación privada se ha extendido indebidamente al término "despido" para comprender resoluciones no disciplinarias del vínculo laboral, manteniéndose el al-

12. La promulgación del Decreto Supremo 018-86-TR, que crea el Programa Ocupacional de Emergencia, ha agravado considerablemente la situación en este punto, al permitir inconstitucional e ilegalmente la contratación a plazo fijo "sin obligación de acreditar la naturaleza accidental o temporal de las labores a realizarse" (art. 3).

13. La teoría unilateralista del empleo público sostenía que la relación funcional no constituía una relación laboral, sobre la base de argumentos como la imposibilidad de acuerdo contractual por la desigualdad jurídica de las voluntades, la in comerciabilidad del objeto del contrato, la regulación mediante ley de su contenido, etc. que han sido adecuadamente refutados por la teoría contractualista. Ver: Ortega, Luis, "Los derechos sindicales de los funcionarios públicos", Editorial Tecnos, Madrid, 1983.

14. De Buen, Néstor, "Derecho del Trabajo", Editorial Porrúa, México 1981, T.I, pp. 542-546, y García López, Rafael, Op. Cit.

15. Debido a la concepción unilateralista que hemos aludido antes, que sobrevive en nuestra legislación.

16. La destitución es una sanción por falta disciplinaria (art. 26 inc. d) y, a la vez, una forma de terminación, al lado del fallecimiento, la renuncia y el cese definitivo, fundado este último en las causas arriba mencionados (arts. 34 y 35).

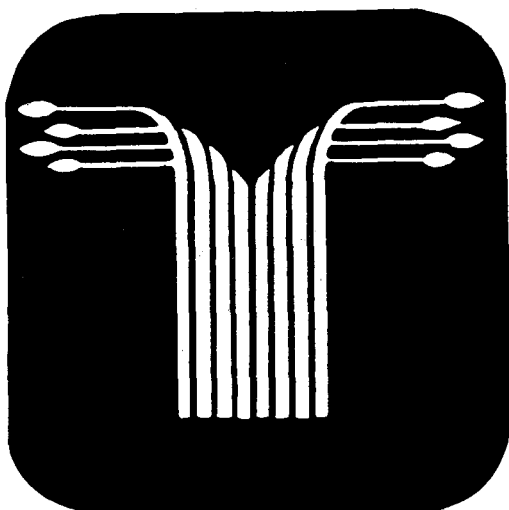
cance preciso del concepto —aunque sin utilizar las expresiones adecuadas— en la legislación pública.

Respecto de la debida comprobación de la causa justa, que exige la Constitución, como requisito para el despido, ésta sólo puede ser practicada por una autoridad independiente para garantizar el derecho del trabajador. Técnicamente no habrá despido hasta que tal autoridad haya calificado como causa justa el hecho invocado y, en consecuencia, éste no esté sólo alegado sino también probado.

En este punto, la Ley 24514 establece un mecanismo de comprobación de la causa por autoridad independiente previo al despido, en todos los casos salvo el de falta grave. En este, se ha diseñado una etapa llamada “trámite interno”, que se cumple en la empresa, en la que se otorga al trabajador un disminuido derecho de defensa frente a su acusador para que formule los descargos correspondientes. Al final, el empleador toma su decisión unilateralmente sin intervención decisoria de ningún organismo (sindicato, comisión paritaria y autoridad, etc.) se la comunica al trabajador por carta notarial. Este acto, en el cual no se encuentra todavía debidamente comprobada la falta, no puede configurar propiamente un despido —aunque así se le denomine en la ley— sin infringir el mandato del art. 48 de la Constitución. Únicamente llegaría a ser tal, en el caso de que el trabajador dejara correr el término de prescripción sin interponer su acción.

En la legislación pública (Decreto Legislativo 276) existe un procedimiento administrativo previo a la consumación de la destitución, llevado a cabo al interior de la institución, a cargo de una comisión permanente (art. 32). Agotado este trámite el trabajador puede acudir al Tribunal del Servicio Civil que constituye la última instancia administrativa y luego a la vía judicial (arts. 40 y décimo segunda disposición transitoria). Tampoco opera aquí, pues, la garantía de la debida comprobación de la causa justa antes de la verificación de la destitución.

Para terminar, queremos señalar que al haberse dispuesto constitucionalmente la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional para el Poder Judicial (arts. 232 y 233.1), y tratándose de situaciones análogas, no vemos razón para que mientras las reclamaciones de los trabajadores privados se interpongan directamente ante el Juez de Trabajo, sin vía previa alguna (Ley 24514 y Decreto Legislativo 384), lo que nos parece apropiado, las de los trabajadores públicos deban transitar por un engorroso trámite administrativo para acabar finalmente ante un Juez Civil. Creemos que es imperativo, más aún en el caso de estos últimos trabajadores en el cual la autoridad administrativa no ofrece garantía alguna de imparcialidad, trasladar la jurisdicción al ámbito judicial, en particular al Fuero de Trabajo y no al Civil, por razones de obvia especialización.



Trener

El “estado de autonomías” español como modelo para la regionalización en el Perú

Aníbal Quiroga León (*)

Profesor de Derecho Procesal Civil y Secretario Académico de la Facultad de Derecho de la PUC.

I. INTRODUCCION

Han sido de larga data en el Perú las fórmulas a adoptar sobre la necesidad de implementación de una descentralización regional, que conlleve por cierto la administrativa y política, aspecto que se ha reavivado con la estructuración del Estado que precisa la Constitución de 1979 en lo que al Capítulo XII, “De la Descentralización, Gobiernos Locales y Regionales”, se refiere, ubicado sistemáticamente dentro del Título IV, “De la Estructura del Estado”. Este tema es de suma importancia pues la superación del centralismo heredado desde la Colonia ha de potenciar nuestra Nación para su ulterior desarrollo ad portas del Siglo XXI.

Es evidente que el centralismo, como esquema de organización que concentra la iniciativa en el Gobierno Central unificando la acción del Estado a través de una burocracia jerarquizada cuya característica fundamental es la capacidad de decidir y el poder de obligar, como apunta Hauriou en su **Droit Politique**, fue una necesidad en la formación del Perú como Estado-Nación al inaugurarse la República siguiendo con el esquema administrativo que había impuesto la Colonia. Sin embargo, en el curso de nuestra vida independiente ya se han determinado los factores negativos del centralismo, que ha llegado a ser asfixiante en la actualidad, iniciándose movimientos de descentralización administrativa (como el de 1873), fiscal (como la de 1886), Congresos Regionales (de 1920) hasta los Concejos Departamentales (de 1933). Para nadie queda duda, desde luego, que los aspectos negativos del centralismo son serio obstáculo para la modernización de nuestro Estado.

Son pues varias las alternativas para definir tal situación. Desde la más radical del federalismo —que

pocos defensores ha tenido en el Perú como apunta Pareja Paz Soldán— hasta la más adecuada a un Estado unitario como es la regionalización, que se sustenta en los principios de desconcentración y descentralización administrativa.

El federalismo supone una importante alteración del modelo de Estado que nuestra Constitución ha diseñado y que, por ende, deviene incompatible con la misma e inviable en la realidad. Es el establecimiento de varios estados en una agrupación que forma otro estado por cesión de la soberanía de los que lo conforman. Esta unidad federal es la clave de su modelo de descentralización, la que nace con el propio estado federal, conservando los estados federados su individualidad y, entre otros derechos, el de la autodeterminación y la secesión.

La regionalización surge, por el contrario, de la misma conformación central del Estado unitario, en donde la desconcentración política y administrativa va a generar una descentralización sustentada en la delegación de competencias, pero con sometimiento al poder central, que solo las delega u otorga con restricciones mediante facultades competenciales en diversos aspectos.

Nuestra Constitución recoge este segundo modelo al definir en el Art. 79o. su carácter republicano de gobierno unitario y descentralizado, para incluir luego en el Capítulo XII del Título IV una estructura de corte regional. Así, los Arts. 259o. a 268o. definen un modelo de **unidades geo-económicas que se constituirán sobre áreas contiguas integralmente**, donde la descentralización deberá hacerse de acuerdo con el Plan Nacional de Regionalización

(*) Artículo adaptado del Trabajo Monográfico elaborado en el Cursillo “El Estado de las Autonomías” del Ciclo Doctoral 83/84 a cargo del Prof. Manuel Jiménez de Parga de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

a aprobarse por ley. La Constitución de estas regiones se hará por iniciativa estatal o, alternativamente, de las Corporaciones Departamentales de Desarrollo con el voto aprobatorio de los Concejos Provinciales cuando ello proceda.

Dentro de esto, hay un camino intermedio que es el adoptado con singularidad por la Constitución española de 1978 —sin duda antecedente obligado para nuestros constituyentes— que está resolviendo el grave problema centralista de España, el que desde luego, fue legado a sus Colonias. En efecto, el Art. 2o. de la Constitución de 1978 define al Estado en **"... la indisoluble unidad de la Nación (...), y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran..."**. Este modelo es el que ha venido en denominarse el **Estado de las Autonomías**, perfectamente equidistante del federalismo y el regionalismo.

La importancia de este tema no es poca como lo han percibido juristas y políticos hispanos. Hay quienes han afirmado que en ello se juega literalmente la subsistencia del Estado, como es el caso del Profesor García de Enterría. El político López Rodo ha afirmado que aquello es una verdadera encrucijada y que de eso depende la continuidad del propio sistema democrático, incluyendo a la Corona. Pero quizá la definición más certera sea la de un constituyente citado por el Profesor Muñoz Machado, quien afirmó que la normatividad autonómica no es más que el punto de partida en la configuración del Estado español, donde el final será determinado por el libre ejercicio democrático del derecho a la autonomía de los distintos pueblos de España, sin imposiciones ni uniformismos, siguiéndose las huellas de la constitución republicana de 1931.

Ubicando el concepto de **autonomía** dentro de las fronteras mixtas de un Derecho Administrativo y del Político, podemos decir que ésta es la capacidad de adoptar o establecer normas jurídicas para sí mismo. De allí el concepto jurídico —como se verá con detalle más adelante— ha determinado que autonomía es la facultad de sancionar una normatividad propia —la autonómica— por delegación y sometida al ordenamiento jurídico de la Nación. De allí que el Profesor Entrena Cuesta ha definido a las Comunidades Autónomas como "entes territoriales sustantivos, dotados de poderes políticos y no meramente administrativos y sujetos a la soberanía central.

Es importante señalar que en la actualidad el modelo del Estado de las Autonomías funciona positivamente en España, pese a las severas críticas que muchas veces se ha hecho desde distintos ángulos académicos y políticos, de quienes se ven resentidos por la ausencia de determinación en el modelo constitucional y desearían uno más radical (como las

presiones vascas y catalanas), o los centralistas que ven detrás del mismo una puerta falsa abierta al federalismo, y por ende, a la secesión; por lo que desearían recortar su vigencia a nada más un esquema regional de corte radical, si se quiere.

Obviamente no ha sido nada fácil implementar el modelo autonomista y en el camino han tenido que salvarse escollos de capital importancia. Así el modelo adoptado en que se legisló la Constitución impedía cualquier determinación que, sobre este tema, no fuera a incidir sobre la unidad, la democracia y el derecho a la autonomía, aspecto al cual responden toda la Constitución hispana. Esto permitió que las definiciones constitucionales se pudieran **"paccionar"** entre el Gobierno Central y las principales fuerzas políticas, alargando la labor constituyente como han anotado prestigiosos constitucionalistas. Así lo demostraron los Pactos Autonómicos de 31 de Julio de 1981 celebrados entre la UCD en el Gobierno y el PSOE entonces principal partido de la oposición, que dieron un definitivo y concertado impulso al modelo, siempre sustentado en una irrenunciable vocación democrática. El constituyente Jiménez de Parga ha anotado con agudeza que quizás el modelo adoptado no ha sido todo lo perfecto que se hubiese querido, pero fue el mejor que se pudo haber adoptado en aquel entonces. No nos queda la menor duda respecto que el modelo adoptado fue el mejor de cuantos se pudo haber optado por cuanto era el único susceptible de viabilidad como la realidad lo está demostrando con largueza.

A estas alturas podemos señalar que el modelo adoptado en España sobre las autonomías ha sido antecedente obligado para el constituyente peruano, entre muchas cosas, por las similitudes en la redacción de los Arts. 259o. de la Constitución Peruana y 143.1 de la Constitución Española. La experiencia hispana —no ya normativa sino práctica— debería también servirnos de jalonamiento obligado para adoptar e implementar un modelo verdaderamente audaz de regionalización que cumpla, cuando menos, con sus objetivos mínimos y que, como la propia Constitución peruana lo señala, logre verdaderas unidades geo-económicas que venzan el agobiante centralismo y permitan, a partir de su desarrollo equilibrado, que la suma de dichos esfuerzos conformen las bases para nuestro desarrollo nacional.

Razones de todo orden —político, social, económico, seguridad nacional, cultural, etc.— nos deben llamar a ello, redistribuyendo la actividad socio-económica de nuestras regiones y graduando su desarrollo según sus potencialidades naturales, dotándolas de identidad propia (para lo que de paso han de desterrarse todo chauvinismo departamental y crear una conciencia regional), bajo un modelo regional que se sustente en el democrático **principio positivo**, don-

de —como en el caso del modelo español— el mapa regional se configure por iniciativa de las propias regiones interesadas manifestando su voluntad a través del voto de los ciudadanos que la integran. Si se lograra aquello, si el modelo de región funcionase en el Perú algún día, el desarrollo autosostenido de cada una y el equilibrio de todas proporcionaría un desarrollo regional que significaría, por suma de esfuerzos, un desarrollo nacional. Las positivas consecuencias de ello serían de toda índole, desde el afianzamiento de una conciencia nacional a partir de la regional, hasta las bases para la superación de la crisis económica. Y de paso otros logros como, por ejemplo, tener ganada el cincuenta por ciento de la lucha contra el terrorismo en zonas tan deprimidas como la de Ayacucho sin gastar un solo tiro.

A continuación, a manera de trabajo comparativo, vamos a desarrollar el aspecto normativo del Estado de las Autonomías en España, con el doble propósito de dar a conocer el mismo y que pueda servir como modelo para comprender y desarrollar el modelo regional que la Constitución Peruana recoge ahora que está en pleno debate nuestra futura Ley de Regionalidades. Al final de este trabajo se incluirá en un anexo toda la normatividad constitucional española en materia de autonomía que es citada.

II. LOS ESTATUTOS

1. DEFINICION

Dentro de lo aportado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el sistema surgido en la Constitución de 1978 es de un **"Estado Compuesto"**. En él, el ámbito autonómico está configurado por la Constitución, por un lado, y los Estatutos de Autonomía, por el otro, siendo éstos los que desarrollan cada Comunidad Autónoma en particular.

Por ello, la relación entre las normas autonómicas derivadas del Estatuto y las estatales derivadas de la Constitución no es de subordinación; de modo que para explicarla no hay que recurrir al principio de **jerarquía** sino al de **competencia**, según el que el ámbito competencial autonómico excluye al del Estado en materia autonómica, lejos de lograr superioridad alguna sobre leyes, o aún reglamentos, autonómicos será radicalmente nula por violación constitucional y estatutaria, como lo prevee el Art. 149.3 de la Constitución.

Los Estatutos de Autonomía son los instrumentos claves para pasar de la posibilidad formal a la realidad autonómica concreta; son normas del Estado y normas autonómicas en sí mismas, las dos cosas con toda claridad; expresión automática que se inicia luego de formalizada válidamente la iniciativa. Son, en definitiva, las constituciones autonómicas de las Co-

munidades Autónomas y que derivan de la organización prevista en la Constitución.

2. NATURALEZA JURIDICA

Bastaría con que citáramos que, de conformidad con los Arts. 81.1, 146, 147.3 y 151 de la Constitución, los Estatutos de Autonomía son Leyes Orgánicas de las Cortes Generales y que como lo define su Art. 147.1. son: **"La norma institucional básica de cada comunidad autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico"**.

Sin embargo, lo anterior no explica la peculiaridad jurídica de los Estatutos de Autonomía. Parecería que la Constitución no ha tomado posición definida sobre la naturaleza estatal y territorial de la norma estatutaria, sino que se habría mantenido en clarooscuro: son las dos cosas a la vez —ley estatal y ley territorial— cuyo origen **"paccionado"** requiere de una iniciativa territorial válidamente expresada y de una aprobación estatal materializada en Ley Orgánica. Siendo producto de dos voluntades coincidentes en estadios subsidiarios.

En definitiva, es una norma única, y no dos, que se integra en el Ordenamiento Estatal y que tiene ámbito institucional en la Comunidad Autónoma. Como tal, interaccionará con el Ordenamiento Estatal y con los demás Ordenamientos Autonómicos. En conclusión, sus peculiaridades sirven para explicar porqué de ellas nace un ordenamiento secundario como normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas.

3. EL ESTATUTO Y LA CONSTITUCION

El Estatuto es materialmente una norma derivada directamente de la Constitución que es la Ley de leyes, sustantiva y formalmente, y superior a cualesquiera otra fuente escrita. Por ende, el Estatuto se haya absolutamente subordinado a la Constitución. La relación entre ésta y aquél es propia de las normas inferiores con la ley superior con sometimiento jerárquico. Por ello, resulta evidente que ningún contenido estatutario puede contradecir al de la Constitución, ni tampoco puede interpretarse o derivarse del Estatuto una posición autonómica o poderes que no se avengan a las prescripciones del texto constitucional.

4. EL ESTATUTO Y EL ORDENAMIENTO ESTATAL

La posición exacta del Estatuto frente a las demás leyes del Estado es la de separación absoluta. No hay aquí, en principio, relación de jerarquía normativa sino el principio de competencia el que las separa

por especificidad en razón de la materia, lo que excluye al Ordenamiento Estatal de los asuntos de materia estatutario-autonómica.

5. EL ESTATUTO Y EL ORDENAMIENTO AUTONÓMICO

El Estatuto, una vez aprobado y constituido en la norma institucional básica para la Comunidad Autónoma, acota para los órganos rectores de la Comunidad un ámbito material que se traduce en un haz de poderes y competencias. Las normas jurídicas dictadas a partir de las previsiones estatutarias se ordenan de acuerdo a su jerarquía inferior al Estatutario, según les corresponda. Cualquier vulneración a ello determinarí su nulidad.

III. FORMACION AUTONOMICA

1. PRINCIPIO DISPOSITIVO

La Constitución, en su Art. 2o., consagra la conformación territorial del Estado en la existencia del: **"derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran..."**.

En mérito de ello, el Art. 143 regula, en principio, las condiciones y características del ejercicio del derecho a la autonomía y las vías para su materialización. Sin embargo, destaca el que se haya renunciado (a diferencia del modelo italiano de 1947) a designar directamente los diferentes territorios autónomos que han de integrar el Estado, es decir, a diseñar un mapa regional de España.

Lo cierto es que se optó por remitir la conformación del mapa regional a la iniciativa de los territorios interesados, quedando ésta limitada sólo por la condición de que las provincias que decidan acceder conjuntamente a la autonomía posean **"características históricas, culturales y económicas comunes"**; y, si la iniciativa se toma por una provincia en singular —que no tenga carácter insular— que tenga **"entidad regional histórica"**. Por otro lado, fuera de este esquema, el Art. 144 permite a las Cortes completar o sustituir la iniciativa autonómica de algunos territorios para posibilitar su transformación en Comunidades Autónomas.

Ahora bien, por disposición constitucional, no todas las iniciativas tienen el mismo alcance autonómico, ya que dentro de la generalidad del sistema la Constitución ha previsto una gradación en beneficio de algunos territorios, de modo que por regla general las comunidades no pueden asumir, luego del ejercicio de su derecho a la autonomía, el máximo de competencias que la Constitución establece (a diferencia de algunas que sí pueden hacerlo), sino que deben esperar cinco años para asumir una autonomía plena o

de primer grado. Esto, que fue motivo de serias críticas, se hizo así por la desigualdad propia de las regiones con vocación autonómica, ya que tratarlas por igual hubiese significado un grave error de apreciación y, llevado probablemente a, el fracaso. Muñoz Machado se adhiere a dichas críticas precisando una diversidad de resultados y concluyendo que, "lamentablemente la Constitución no contenía los resortes adecuados para evitar la diversidad resultante del principio dispositivo; al menos, no todos los necesarios".

2. LA COMISION DE EXPERTOS SOBRE AUTONOMIAS

Vista la dificultad —natural por cierto— en la implementación adecuada de la normatividad constitucional en cuanto al ejercicio del Derecho de Autonomía dentro del **Principio Dispositivo**, se constituye una **"Comisión de Expertos sobre Autonomías"**, que en Marzo de 1981 emite un informe directamente dirigido a criticar y corregir los problemas organizativos más graves que resultan de la utilización incondicionada del referido principio dispositivo.

Así, establece que en el influjo predominante que las iniciativas territoriales están teniendo en la Construcción del Estado de las Autonomías puede reconocerse buena parte de las dificultades que el proceso ha enfrentado. Las principales propuestas de la Comisión para corregir la aplicación incondicionada del principio dispositivo pueden resumirse en:

a) Concreción de un mapa autonómico español para superar la incertidumbre respecto del modelo de Estado al que se encaminaba España; es decir, la necesidad de corregir la doble faz del Estado de una severa centralización y una profunda descentralización.

b) Certeza y uniformidad en los plazos de implementación automática;

c) Pausalidad en las transferencias competenciales, manteniéndole el período transitorio de cinco años del Art. 148.2 de la Constitución. Esta fase transitoria estaba a punto de evaporarse por la excepción de la 2da. Disposición Transitoria en favor del País Vasco, Cataluña y Galicia, generándose un sentimiento de discriminación respecto de los demás territorios; y,

d) Inexistencia de una efectiva dirección en el proceso de querer pasar de un Estado fuertemente centralizado a otro basado en poderosas autonomías al influjo del principio dispositivo, a golpe de pacto y negociación en los que está ausente una visión de conjunto y la previsión exacta de las metas, todo lo que hace aventurado esperar éxito.

e) A renglón seguido, la propia Comisión elaboró alternativas de solución canalizadas como recomendaciones, entre las que se destacan:

4. EL ACCESO A LA AUTONOMIA

Es característica de la normatividad sobre la regulación del acceso a la autonomía la variedad de las fórmulas constitucionales. La regulación de los procedimientos para acceder a la formación de las Comunidades Autónomas es notoriamente plural, reflejo —una vez más— del peculiar diseño del constituyente, reacio a dejar establecido a priori un modelo concreto y proclive tan solo a esbozar los contornos del sistema autonómico con ulteriores complementaciones aportadas por las propias protagonistas, las Comunidades Autónomas.

La apertura a ulteriores correcciones prolongaba, en cierta medida, el período constituyendo en el punto crucial de las opciones políticas a seguirse y del necesario consenso para su resolución. Así lo probaron, en la primera fase de proceso autonómico, los Pactos del 31 de Julio de 1981.

Es destacable que las diferencias no estén pensadas como permanentes, ya que es uno solo el modelo de Comunidad Autónoma al alcance de los territorios interesados. Las diferencias son, pues, transitorias dadas las evidentes diferencias de los territorios a que estaban dirigidos. Lo que la Constitución diversificó, por vía procedimental, fueron los ritmos de acceso al modelo único, abiertos a unos desde el inicio (Art. 151 y 2a. Disposición Transitoria) y mediatizados en el tiempo para otros (Art. 148.2).

Sin embargo, debe advertirse que —algo que se presenta como una constante— la diversidad de vías procedimentales no es sinónimo de indeterminación. Los procedimientos de acceso están constitucionalmente tasados y, por lo tanto, no son susceptibles de ampliación o modificación por vía interpretativa o por medio de una norma distinta a la Constitución. Al constituir un **numerus clausus** sería una reforma constitucional encubierta cualquier alteración objetiva que así se pretendiera hacer de los mismos, y por ende, un proceder manifiestamente inconstitucional.

5. INICIATIVA AUTONOMICA

a) Presupuestos

El Art. 143 ab initio de la Constitución establece algunos condicionamientos para aceptarse como válidos los actos de iniciativa autonómica, cualesquiera sea el procedimiento a instrumentalizarse luego para su materialidad. Así, sólo están habilitados ordinariamente para formular actos de iniciativa:

- (1) Los territorios de ámbito provincial;
- (2) En el supuesto de que sean varias provincias las que conlleven la iniciativa será necesario que po-

sean **“características históricas, culturales y económicas comunes”**¹ y que sean, además, limítrofes; requisito dispensado —por obvias razones— expresamente en los territorios insulares; y,

(3) En el supuesto excepcional de que sea una sola provincia la que lleve la iniciativa, deberá tener **“entidad regional histórica”**.

De lo anterior fluye con nitidez que los requisitos anotados son condiciones para la validez de los actos de iniciativa. Muñoz Machado expone que **“Si no se dan todos y cada uno de ellos el procedimiento es viciado a radice”**.

El diseño del mapa regional español agrupando territorios de **“características históricas, culturales y económicas comunes”** permitía, en verdad, trazados muy diversos y difícilmente repetibles. España, como comunidad cultural, es una realidad ancestral y la conexión histórica entre sus diferentes territorios puede lograrse de muchas maneras, mucho más cuando el criterio histórico **per se** no ha sido destacado en la Constitución sobre los culturales o económicos que han podido cobrar diferente relieve en tiempo más recientes apartándose del primero. Por ello es que, afortunadamente, ha podido darse la circunstancia de que no siempre ha sido la vinculación histórica, el factor dominante en la formación de una Comunidad Autónoma, como es el caso de Castilla—León y Castilla—La Mancha, recreadas admitiendo la separación de territorios históricamente vinculados entre sí. Más rígido es el requisito único impuesto a las iniciativas uniprovinciales, es decir, a las provincias que en solitario aspiren a ser autonomía las que deberán poseer **“entidad regional histórica”**. Esta es una expresión que parece hacer referencia a la existencia de una experiencia previa de autogobierno. Sin embargo, tal interpretación podría convertir a las iniciativas uniprovinciales de excepción en regla, que como apunta uno de los miembros de la Comisión de Expertos sobre Autonomías, ello **“puede aplicarse a todas las provincias españolas, la que menos con cincuenta años de autogobierno tras de sí”**.

b) Titularidad

El Art. 143.2 de la Constitución establece que **“la iniciativa del proceso autonómico corresponde a todas las Diputaciones o al Organo Interinsular correspondiente y a las dos terceras partes de los Municipios cuya población, represente, al menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla”**. En principio, la iniciativa para la formación de una Comunidad Autónoma es una decisión de la que aparece excluido el Poder Central, al menos formalmente. Esta circunstancia es importante porque el texto constitucional resulta que la delimitación del territorio que va a constituirse en Comunidad Autónoma

1. Esta fórmula de **“características históricas, culturales y económicas comunes”** fue inicialmente adoptada por la Constitución Republicana de 1931, al establecer —con mucho menos determinación que la vigente— una vía para la iniciativa autonómica.

también ha de ser una decisión de los Poderes Locales. Por eso, puede que, dado su carácter dispositivo, la Constitución consagra en la iniciativa, la autonomía de la iniciativa autonómica.

La remisión a la iniciativa local para la puesta en marcha del proceso autonómico, pone de relieve la voluntad del constituyente de estar a los requerimientos locales y no tratar de imponer verticalmente un régimen, cualquiera fuera el mismo, allí donde no fuera bien recibido. De igual modo, refleja una flexibilidad buscada como opción al establecimiento de un mapa regional más o menos rígido, buscando por el contrario un consenso originario de los propios territorios interesados, para formar con sus vecinos, de consumo, una comunidad autónoma que sólo podrá ser viabilizada democráticamente. En el sistema adoptado, se ha desechado el Estatuto otorgado como alternativa al Estatuto autogestado, no obstante lo cual no hay que olvidar las previsiones excepcionales del Art. 144 que no son sino la confirmación de la regla general.

c) Régimen Ordinario

Los acuerdos municipales y provinciales adoptados en virtud del Art. 143.2 son actos administrativos y, como tales, susceptibles de impugnación, aunque evidentemente hay problemas de determinación de legitimación que ya han sido abordados positivamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Interesa aquí destacar sólo algunas peculiaridades que estos actos presentan:

- (1) Las consecuencias de los vicios en los acuerdos de las Corporaciones Locales en la formación de la voluntad mayoritaria;
- (2) La cuestión del plazo para la adopción de los acuerdos; y,
- (3) La posibilidad de que los acuerdos municipales y provinciales sean libremente revocados y las consecuencias que ello pudiese tener en la formación de la voluntad colectiva.

La primera de las interrogantes no plantea cuestiones difíciles de absolver. El acto de iniciativa es, más que un **acto complejo**, como lo ha calificado Entrena Cuesta, un complejo de actos en el sentido de que se perfecciona por un conjunto de voluntades que se fijan y expresan separadamente. No hay, realmente, un acto final del procedimiento como tal que resuma en sí todo el valor de lo actuado, sino un cúmulo de acuerdos que, aunque producen efectos sólo en conjunto, mantienen su propia individualidad. Por ello, los vicios de un acuerdo en concreto no pueden afectar a los demás acuerdos válidamente constituidos ni provocar la nulidad del resultado final de los acuerdos. El problema es diferente, ya que la nulidad de uno o más actos daría como resultado el incumplimiento de uno de los requisitos indispensables para la validez de la iniciativa autonómica; la conclusión no sería la nulidad de la misma sino su ineficacia por insuficiencia.

La cuestión del plazo se suscita debido a que el inciso final del Art. 143.2 impone que los acuerdos de iniciativa, con los requisitos ya indicados, "deberán ser cumplidos en el plazo de seis meses desde el primer acuerdo adoptado por alguna de las Corporaciones Locales interesadas". La justificación del plazo es evidente: evitar que el proceso autonómico se mantenga abierto de forma indefinida con los inconvenientes que ello supone. Sin embargo, el control del plazo se hace difícil en la práctica y, de hecho, no ha llegado a plantear problemas de rechazo de ninguna iniciativa.

El tercer problema puede ser pensado en dos vías de solución: primero, la posibilidad de revocar acuerdos para optar por una vía procedimental diferente para la iniciativa (revocación formal); y, segundo, la revocación para separarse totalmente del proceso de iniciativa autonómica (revocación material). En principio no hay inconveniente en admitir la revocación de los acuerdos locales de iniciativa, ya que al ser actos administrativos se le aplican el régimen de libre revocación, sobre todo en este caso en que el acto no es declarativo de derechos. Sin embargo, también es evidente que el proceso autonómico por su particularidad ha de rodearse de determinadas garantías para evitar, por ejemplo, que el proceso no va a ser continuamente abierto en los actos ya perfeccionados, imponiéndose la preclusividad de los actos para dicho efecto. En consecuencia, la revocación por un Ayuntamiento del acuerdo válidamente adoptado con relación a la iniciativa es posible sólo hasta el momento en que haya quedado cerrado el trámite mismo de la iniciativa, donde este cierre se produce de dos maneras: o por el simple transcurso del plazo de seis meses, o en virtud de la adopción del acto siguiente del procedimiento de iniciativa al acceso a la autonomía.

d) Variaciones al Régimen Ordinario

El régimen de iniciativa autonómica tiene algunas excepciones respecto del modelo común. Algunas de ellas para establecer especialidades de Organos o Entes legitimados para la iniciativa, y otras para fijar requisitos procedimientos más severos o alternativos a los ordinarios.

(1) 1a. Disposición Transitoria.— Una primera excepción es la contenida en la 1a. Disposición Transitoria de la Constitución que efectúa una precisión sobre el régimen ordinario del Art. 143, al expresar que "en los territorios dotados de un régimen provisional de autonomía, sus órganos colegiados superiores, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros, podrán sustituir la iniciativa que el apartado 2 del Art. 143 atribuye a las Diputaciones Provinciales o a los Organos Interinsulares correspondientes".

Dada la generalización de las pre-autonomías antes de la implementación del texto constitucional sobre la materia, de hecho la regla general ha sido la

prevista en la citada disposición transitoria, de manera que no ha sido excepcional que los Entes preautonómicos hayan sustituido la voluntad de las Diputaciones Provinciales. Desconocer ello hubiese significado duplicar innecesariamente el esfuerzo de iniciativa y, de paso, contradecir el propio espíritu autonomista. De esta manera ha podido flexibilizarse el sistema ordinario, de suyo más riguroso.

(2) El Art. 151.— El Art. 151 de la Constitución, pese a haber sido empleado sólo en el caso de Andalucía, es el que mayores problemas aplicativos ha planteado a nivel de iniciativa.

Sus especificidades más importantes son:

(2.1) Regula una forma más gravosa de iniciativa local para permitir, como consecuencia, la redacción de un Estatuto que reconozca al territorio de que se trate las máximas competencias que la Constitución permite, obviando el plazo de cinco años de competencias restringidas que en principio se establecen como regla general en el Art. 148.2; y

(2.2) La mayor dificultad en los requisitos de iniciativa consiste en la elevación del número de acuerdos municipales para que ésta prospere, la edición del requisito de la celebración de un referéndum en el que la mayoría de los electores de cada provincia deben ratificar la iniciativa así planteada, mayores trámites en la redacción de los Estatutos y, por último, la imposibilidad de que las iniciativas de las Diputaciones Provinciales sean susceptibles de sustitución por parte de los Organos Colegiados Superiores, si existiesen allí antes preautonómicos. En definitiva, la inaplicación de la 1a. Disposición Transitoria de la Constitución.

(3) 2a. Disposición Transitoria.— La 2a. Disposición Transitoria de la Constitución establece que los territorios que en el pasado “hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de autonomía y cuenten, al tiempo de promulgarse la Constitución con regímenes provisionales de autonomía, podrá, proceder inmediatamente en la forma que se prevee en el apartado 2 del Art. 148 cuando así lo acordasen, por mayoría absoluta, sus órganos pre-autonómicos colegiados superiores, comunicándolo al Gobierno. El proyecto de Estatuto será elaborado de acuerdo con lo establecido en el Art. 151.2, a convocatoria del órgano colegiado pre-autonómico’.

Esta disposición viene a dar respuesta a un problema político concreto: la fuerte presión autonómica ejercida por el País Vasco y por Cataluña, y la necesidad de proveer a estos territorios de una adecuación autonómica por vía más expeditiva. El costoso camino ordinario de iniciativa establecido en el Art. 151.1 como ineludible tránsito para los demás territorios españoles se excepciona para el caso de estos territorios con plebiscito afirmativo, previo a la vigencia de la Constitución, de un proyecto de Estatu-

to autonómico. Se trataba de atender con justicia las exigencias del País Vasco y de Cataluña; sin embargo, la fórmula también alcanzó a Galicia por encontrarse en el mismo supuesto de hecho quedando así beneficiada gracias, entre otras cosas, al pudor del constituyente de poner nombre propio a la excepción constitucional, como bien lo destaca Muñoz Machado.

Se afirma que la fórmula de excepción aparece justa, por cuanto los principios que sustentan la necesidad histórica de la autonomía hubiesen visto seriamente resentidos sin esta previsión, que más que una reivindicación motivada o no de los territorios beneficiados, se sustenta en una realidad concreta. Remitir al País Vasco, a Cataluña, o inclusive a Galicia, a la fórmula ordinaria para el trámite de sus respectivas iniciativas hubiese significado, además de un inmenso costo inútil, contradecir los postulados democráticos que sostienen al Estado de las Autonomías.

(4) 4a. Disposición Transitoria.— La iniciativa autonómica de Navarra ha recibido en la Constitución una especial normatividad de la 4a. Disposición Transitoria, aunque no referida a su formación como Comunidad Autónoma sino a su posible integración en la del País Vasco. Tal posibilidad había sido objeto de especial consideración pre-autonómica como aparece del Real Decreto 1/1978 de 4 de enero, que aprobó el régimen pre-autonómico del País Vasco, considerándose la hipótesis de que Navarra, por sus características históricas, entre otros territorios, pudiese formar parte del Consejo General. Esta mención de posibilidad no significaba —como expresamente se decía— prejuzgamiento de pertenencia de los referidos territorios.

En lo anterior se sustenta el que la 4a. Disposición Transitoria estableciera para Navarra un régimen especial de iniciativa, diferente al ordinario del Art. 143.2, para el caso de la integración de Navarra en el Consejo General del País Vasco o al régimen autonómico que le sustituya. El titular de esta singular iniciativa era el Órgano Foral competente, que precisa de la mayoría y de un posterior referéndum para su validez, aprobatorio en la mayoría de los votos válidos emitidos. Si esta iniciativa no prosperase, sólo podría repetirse en distinto período de mandato del Órgano Foral competente y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo mínimo de cinco años que establece el Art. 143.

Resulta obvio que estas especialidades no rigen para el caso de que Navarra, acogándose a lo dispuesto en el Art. 143.1 del texto constitucional, decidiese la iniciativa de constituirse en Comunidad Autónoma uniprovincial alegando “**entidad regional histórica**”. Tampoco lo anterior ha sido obstáculo para ampliar la autonomía de Navarra por la vía del “**Amejoramiento del Fuero**” mediante una Ley Orgánica que se elabore mediante acuerdo entre el Gobierno y la Diputación Foral, lo que constituye una nueva excep-

ción consagrada en la 1a. Disposición Adicional cuando dispone "La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía".

(5) La Iniciativa de Ceuta y Melilla.— Esta iniciativa autonómica tiene dos manifestaciones en la Constitución, entre las que se distingue contradicción. Por un lado, el Art. 144 b) —precepto pensado expresamente para dotar de un régimen especial a Ceuta y Melilla y, en su momento, a Gibraltar— permite a las Cortes Generales "autorizar o acordar, en su caso, un Estatuto de Autonomía para territorios que no están integrados en la organización provincial". La expresión "acordar" denota una posible aplicación del precepto son la intervención del territorio interesado. Esta posibilidad motivó también la inclusión de la 5a. Disposición Transitoria, con la intención de evitar que dichas ciudades no fuesen oídas en su momento autonómico. En cierto sentido, se apunta una contradicción en los preceptos constitucionales, ya que la 5a. Disposición Transitoria inutiliza uno de los supuestos del Art. 144 b), ya que aquella establece que "Las ciudades de Ceuta y Melilla podrán constituirse en Comunidades Autónomas si así lo deciden sus respectivos ayuntamientos, mediante acuerdo adoptado por mayoría absoluta de sus miembros, y si así lo autorizan las Cortes Generales, mediante una Ley Orgánica, en los términos previstos en el Art. 144.

Lo que la Disposición Transitoria excluye es que se proceda a otorgar a Ceuta y Melilla un Estatuto de Autonomía sin la iniciativa de sus propios Ayuntamientos. Sin embargo, tal contradicción no existe, ya que las vías que la Constitución prevé son alternativas, pues qué sucederá si por el procedimiento dispositivo la iniciativa autonómica fracasa por defecto formal o por ausencia del consenso necesario; dejar cinco años a territorios de características tan especiales sin organización automática (plazo para volver a tramitar la iniciativa fracasada) no sólo sería perjudicioso para éstos sino que podría resultar atentatorio a los intereses nacionales allí presentes.

(6) La intervención de las Cortes Generales.— En el Art. 144 de la Constitución se prevén tres supuestos de intervención directa de las Cortes Generales en la iniciativa autonómica, bien sea para complementar la formulada por los territorios interesados, bien para sustituirla.

(6.1) El acápite a) del Art. 144 exige la intervención de las Cortes Generales para que autoricen "la constitución de una Comunidad Autónoma cuando su ámbito territorial no supere una provincia y no reúna las condiciones del Art. 143.1 ("entidad regional histórica"). En este caso, la propia iniciativa, adoptada dentro del procedimiento ordinario debe ser refrendada mediante ley autoritativa, de necesario carácter orgánico, aprobada por las Cortes Generales.

Esta posibilidad sólo ha sido aplicada en el caso de Madrid donde era notoria la ausencia del requisito exigido pero evidente la necesidad autonómica. En los demás casos uniprovinciales no ha sido necesario puesto que las propias Cortes Generales no han cuestionado la "entidad regional histórica" de los territorios que se la atribuyeron;

(6.2) El apartado b) del Art. 144 prevee el caso de autorización por parte de las Cortes Generales, de constitución de Comunidades Autónomas que no tengan organización provincial. Inicialmente destinado este supuesto a Ceuta y Melilla, como ya hemos visto, se le superó por aplicación de la 5a. Disposición Transitoria. Según los tratadistas, ahora este supuesto sólo podría utilizarse —en su momento— para Gibraltar; y,

(6.3) El tercer inciso del Art. 144 permite a las Cortes la sustitución de la iniciativa autonómica de las Corporaciones Locales a que se refiere el Art. 143, es decir, que por razones de interés nacional las Cortes Generales impulsen directamente el proceso autonómico de un territorio, o bien complementen iniciativas tramitadas pero fracasadas y en donde no hubiesen motivos atendibles para detener la misma durante cinco años. Ello fue el caso de la iniciativa andaluza (al amparo del Art. 151) frustrada a raíz del revés en el referéndum en la Provincia de Almería.

(7) Iniciativa Estatutaria.— Para concluir, y aún cuando el tema de la formación estatutaria escapa al del presente trabajo, nos referimos a una previsión estatutaria de iniciativa.

Dado que el acto de iniciativa autonómica es requisito previo para el procedimiento de elaboración estatutaria, la voluntad válidamente expresada por los interesados a través de los titulares dará paso a la elaboración del proyecto de Estatuto que pueden tener, a su vez, relación con el extremo de la iniciativa.

En efecto, ambos aspectos se unen en la posibilidad que han dejado abierta algunos Estatutos de integrar, activa o pasivamente, otros territorios, o incluso, otras Comunidades Autónomas.

Puesto en claro que la Constitución prohíbe en su Art. 145.1 la federación de Comunidades Autónomas, este aspecto de integración no se halla comprendido en esa prohibición ni ingresa al campo de la federación, ya que sólo se constriñe a una alteración territorial con modificación estatutaria en su caso; salvo en el caso de la facilidad otorgada al País Vasco integrado, donde no está prohibido, pero tampoco se menciona ello, sólo podría hacerse por el costoso mecanismo de la reforma estatutaria, a diferencia de la prohibición expresada en el Art. 22 de la Constitución de 1931.

Algunos Estatutos aprobados han completado la regulación de estas cuestiones para posibilitar la inte-

gración de nuevos territorios a su Comunidad Autónoma, mediante tres variantes:

(7.1) Que un territorio no constituido en Comunidad Autónoma se incorpore a una Comunidad ya establecida;

(7.2) Que una Comunidad Autónoma se integre en otra ya establecida; y,

(7.3) Que parte de un territorio de una comunidad se segregue e integre en otra distinta, como serían los casos de Navarra y el País Vasco, Andalucía y Gibraltar, Cantabria y La Rioja, etc.

Madrid, Febrero de 1984

IV. ANEXO

Normatividad Constitucional española sobre Comunidades Autónomas.—

CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

Título Preliminar

(...)

Art. 2.— La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

(...)

Título VIII. De la Organización Territorial del Estado

(...)

Capítulo Tercero. De las Comunidades Autónomas

Art. 143.—

1. En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2o. de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos.

2. La iniciativa del proceso autonómico corresponde a todas las Diputaciones interesadas al órgano interinsular correspondiente y a las dos terceras partes de los municipios cuya población represente, al menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla. Estos requisitos deberán ser cumplidos en el plazo de seis meses desde el primer acuerdo adoptado al respecto por algunas de las Corporaciones locales interesadas.

3. La iniciativa, en caso de no prosperar, solamente podrá reiterarse pasados cinco años.

Art. 144.— Las Cortes Generales, mediante ley orgánica, podrán, por motivos de interés nacional:

a) Autorizar la constitución de una Comunidad Autónoma cuando su ámbito territorial no supere el de una provincia y no reúna las condiciones del apartado 1 del Art. 143.

b) Autorizar o acordar, en su caso, un Estatuto

de autonomía para territorios que no estén integrados en la organización provincial.

c) Sustituir la iniciativa de las Corporaciones locales a que se refiere el apartado 2 del artículo 143.

Art. 145.— 1. En ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas.

(...)

Art. 146.— El proyecto de Estatuto será elaborado por los miembros de la Diputación u órgano interinsular de las provincias afectadas y por los Diputados y Senadores, elegidos en ellas y será elevado a las Cortes Generales para su tramitación como ley.

Art. 147.—

1. Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su Ordenamiento Jurídico.

2. Los Estatutos de autonomía deberán contener:

a) La denominación de la Comunidad que mejor corresponde a su identidad histórica.

b) La delimitación de su territorio.

c) La denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias.

(...)

Art. 151.— 1. No será preciso dejar de transcurrir el plazo de cinco años a que se refiere el apartado 2 del artículo 148, cuando la iniciativa del proceso autonómico sea acordada dentro del plazo del artículo 143.2, además de por las Diputaciones o los órganos interinsulares correspondientes, por las tres cuartas partes de los Municipios de cada una de las provincias afectadas que representen, al menos, la mayoría del censo electoral de cada una de ellas, y dicha iniciativa sea ratificada mediante referéndum por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia en los términos que establezca una ley orgánica.

(...)

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera

La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

(...)

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera

En los territorios dotados de un régimen provisional de autonomía, sus órganos colegiados superiores, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros, podrán sustituir la iniciativa que el apartado 2 del artículo 143 atribuye las Diputaciones Provinciales o a los órganos interinsulares correspondientes.

Segunda

Los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de Autonomía y cuenten, al tiempo de promulgarse esta constitución, con regímenes provisionales de autonomía, podrán proceder inmediatamente en la forma que se prevé en el apartado 2 del artículo 148, cuando así lo acordaren, por mayoría absoluta, sus órganos preautonómicos colegiados superiores, comunicándolo al Gobierno. El proyecto de Estatuto será elaborado de acuerdo con lo establecido en el Art. 151.2, a convocatoria del órgano colegiado pre-autonómico.

(...)

Cuarta

1. En el caso de Navarra, y a efectos de su incorporación al Consejo General Vasco o al régimen autonómico vasco que le sustituya, en lugar de lo que establece el Art. 143 de la Constitución, la iniciativa corresponde al Órgano Foral competente, el cual adoptará su decisión por mayoría de los miembros que lo componen. (...)

Quinta

Las ciudades de Ceuta y Melilla podrán constituirse en Comunidades Autónomas si así lo deciden sus respectivos Ayuntamientos, mediante acuerdos adoptados por la mayoría absoluta de sus miembros y así lo autorizan las Cortes Generales, mediante una ley orgánica en los términos previstos en el Art. 144.

V. BIBLIOGRAFIA

Acosta España, R y otros: "La España de las Autonomías. (Pasado, presente y futuro)", T. II, Ed. Espasa-Caipe, S.A. Madrid, 1981.

Constitución Española de 1978: Ed. Segura, Madrid 1980.

Entrena Cuesta, Rafael: "Curso de Derecho Administrativo", Vol. I/2, Organización Territorial. Ed. Tecnos, Madrid 1981.

Fernández Vega y otro: "Diccionario de la Constitución", Ed. Planeta, Barcelona 1983.

Gonzales Casanova, J.A.: "Qué son los Estatutos de Autonomía", B. de D. Político, Ed. La Saya Ciencia, Barcelona 1977.

García De Enterría, Edo. y otro: "Curso de Derecho Administrativo", T. I, Ed. Civitas, Madrid 1981.

Muñoz Machado, Santiago: "Derecho Público de las Comunidades Autónomas", T. I, Ed. Civitas, Madrid 1982.

Pareja Paz Soldán, José: "Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979", T. II, Ed. Ital Perú S.A., Lima 1980.

ALFOMBRAS



ALTEX S.A.

FABRICA DE ALFOMBRAS

El mas amplio surtido de calidades y colores para su casa o su oficina

"33 Años de Experiencia"

Solicite Presupuesto
o visite nuestra sala de ventas al público

LOS NEGOCIOS 433
(SURQUILLO)

☎ 41-0766 41-0630

Entrevista a Miguel Vega Alvear

La estatización del sistema financiero es el tema de que trata en esta ocasión, nuestra sección de actualidad.

Buscando poder ofrecer una aproximación jurídico constitucional, en torno a un asunto de tanta trascendencia y dentro de la línea de pluralismo que caracteriza a nuestra revista, ponemos a su disposición una serie de entrevistas a cuatro personajes representativos de la vida nacional, los doctores Enrique Bernal, Alberto Borea, Javier Valle Riestra y Miguel Vega. Ellos no sólo han sido escogidos por ser voceros autorizados de las principales fuerzas políticas del país, sino, fundamentalmente, en mérito a sus calidades como profesionales en el campo del Derecho.

Un equipo de activos miembros conformado por Nicolás Lerner, María Teresa Quiñones, Juan José Ruda, Josefina Townsend y Verónica Zavala, tuvo a su cargo el trabajo relacionado con las entrevistas mencionadas. No resultó posible, en razón de las recargadas funciones de las personas elegidas, que aquéllas tuvieran lugar al mismo tiempo, lo cual explica su orden de aparición.

El primero que contestó —antes de la aprobación de la ley— a nuestras interrogantes fue Miguel Vega Alvear, integrante de la primera época de *Thémis* y quien, tras una destacada gestión en la Sociedad Nacional de Industrias (SNI), ocupa una dirección en la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP).

Thémis: Dr. Vega, ¿cree usted que la estatización de los sistemas financiero y de seguros es una medida inconstitucional?

Vega: Tal como viene tratando el tema el Congreso de la República —y por lo menos como va el proyecto aprobado hasta la fecha— creo que está viciado de inconstitucionalidad. Se ha transgredido a la Constitución en su esencia y en particular determinados artículos.

Aquí hay dos temas. Uno es el relativo al pluralismo económico, que es la esencia política de la Constitución. Es decir, la coexistencia de propiedad estatal, mixta y privada; teniendo en cuenta la función social asignada a la banca. En este aspecto hay determinadas transgresiones con visos de inconstitucionalidad, porque para poder expropiar se está recurriendo a las consideraciones de interés social, de servicio público y, eventualmente, de emergencia, además de invocar el artículo de interés nacional. Entonces, lo que la Constitución previó para una catástrofe o para una guerra, estaría tratando de usarse ahora para los bancos.

El segundo punto concreto del Proyecto, que se halla viciado de inconstitucionalidad, es el relativo a la discriminación de los peruanos frente a los extranjeros. Por lo menos en el momento en el que tenemos esta entrevista, se está discutiendo en el Senado la parte referente al futuro de la banca extranjera multinacional. Y resulta sumamente desconcertante que se debata la posibilidad de que exista la banca privada

extranjera, cuando el mismo proyecto de ley está negando tal posibilidad a los peruanos.

Así, por cualquier lado que se enfoque el problema —sea por el del pluralismo, sea por el de la propiedad, o sea por el de la igualdad ante la ley— existen numerosas violaciones que me hacen desear que ojalá ese proyecto pudiera volver a Comisiones; que no termine produciendo una confrontación innecesaria y contraria al interés del país entre el Poder Judicial y los otros dos Poderes del Estado.

Thémis: Con referencia al pluralismo económico, el art. 153 de la Constitución establece que la Banca no puede ser monopolio privado. ¿Considera usted que, según este artículo, podría ser monopolio público?

Vega: No se puede inferir de un artículo de la Constitución una interpretación contraria al texto de la misma. La Constitución es un conjunto, no la suma aritmética de artículos aislados. Cuando el art. 153 prohíbe la existencia del monopolio privado en la Banca, no quiere decir —contrario sensu— que entonces lo permitió para el Estado. Simplemente ese artículo constitucional se halla encuadrado dentro de lo que es el contexto del pluralismo económico y de la coexistencia de distintas formas de propiedad. Por lo tanto, una interpretación en contrario no puede llevarnos a pensar que ésto sea factible. Así lo reconoce el Dictamen de Constitución de la Comisión que preside el Dr. Luis Alberto Sánchez. Lo que ocurre es que él después hace una definición muy particular so-

bre lo que significa el pluralismo económico. Pero en lo que concierne estrictamente al enfoque que debe darse a este artículo, el Presidente de la Comisión de Constitución y los que firman el referido Dictamen señalan, expresamente, que no cabría esa interpretación en contrario.

Peor aún es la interpretación que se hace en el caso de los seguros, porque la referida Comisión establece que el pluralismo subsistiría al reconocerse la participación de inversionistas privados minoristas, lo que no puede aceptarse, pues no concuerda con la idea de pluralismo. Este implica la existencia de la actividad privada, coexistiendo con las demás formas de propiedad.

Thémis: El art. 152 de la Constitución enfatiza la función social que debe cumplir la Banca en apoyo de la economía nacional. ¿Cree usted que, en el caso que aquélla no cumpliera con dicha función, estaríamos ante una causal válida para proceder a su expropiación?

Vega: Eventualmente sí, pero no creo que la actitud procedente fuera la expropiación. Si la función social debe cumplirse de acuerdo a los Planes de Desarrollo, se supone que éstos existen y se encuentran traducidos en normas dictadas por la Superintendencia, el Ministerio de Economía, el Banco Central de Reserva o el Instituto Nacional de Planificación. Si así hubiera sido, y de haber mediado incumplimiento por parte de los bancos, se habría dado lugar —no a la expropiación— sino a que los órganos de control apliquen las funciones que les han sido asignadas.

Pero resulta extraño que, no habiendo existido irregularidad o incumplimiento de la función social fijada por los órganos de control, se arguya que existen razones para la expropiación. El proyecto hasta ahora sólo invoca el interés social y la condición de servicio público, circunstancias que no tienen ninguna vigencia para con la Banca y, menos aún, con la actividad de seguros. Esto es absurdo.

Thémis: ¿Piensa usted que los seguros cumplen también una función social, al igual que la Banca?

Vega: La actividad de seguros se halla regulada por otro capítulo de la Constitución y viene como consecuencia del tema de la Seguridad Social, de la salud y de otros aspectos relacionados con el bienestar, a los que se pretende que los peruanos, en su totalidad, tengamos acceso.

En el capítulo relativo a la Seguridad Social, lo primero que la Constitución proclama es que todos tenemos el derecho de ser asistidos por ésta. Pero como reconoce que no lo puede conseguir a través del Instituto Peruano de Seguridad Social, no sólo permite, —sino que estimula— la existencia de formas privadas de seguro para poder lograr su objetivo. El que no se haya podido alcanzar esto con la plenitud deseada es porque, desgraciadamente, las leyes vigentes res-

tringen la actividad privada a determinados campos, para darle una función más hegemónica al IPSS.

En la Sociedad Nacional de Industrias hice un esfuerzo, hace dos años, en vistas a un pacto social que convocara a las centrales sindicales. En un estudio de carácter técnico que realizamos, tratamos de averiguar cuánto habíamos invertido en Seguridad Social en el Perú desde que existe el régimen de aportaciones —es decir, desde 1945—. Pues resulta que, en los cuarentidos años transcurridos, los recursos han provenido en un 66 o/o de los empleadores, en un 33 o/o de los trabajadores y sólo un 1 o/o ha sido aportado por el Estado. Sin embargo, éste administra el íntegro de los aportes, y los administra mal. Dolarizando las cifras aportadas, resulta que hemos invertido cinco mil millones de dólares para asistirnos en Seguridad Social, para que la llamada tercera edad pueda tener una pensión de jubilación y reciba un cheque en su casa con una cantidad de alguna forma indexada, que le permita una tranquilidad después de haber aportado durante 30 años. No obstante, en el contexto latinoamericano —y más aún, en el contexto mundial— el Perú aparece como uno de los países con más bajos índices de protección a la salud y a los pensionistas; lo que resulta inaudito.

Por eso pienso que el tema no sólo está vinculado a la función social de los bancos, sino que creo en que tendría que estimularse mucho más la actividad privada de seguros para poder acercarnos a los derechos que la Constitución señala en materia de Seguridad Social. Por ello, el proyecto de ley resulta totalmente contrario a este criterio.

Thémis: Ud. habló de un pacto social. ¿Cree que, de haber existido un Congreso Económico, medidas como la de la estatización hubieran resultado más difíciles de darse? ¿Piensa que aún podría plasmarse esta idea?

Vega: Podría ser. Yo no sé si el Congreso Económico Nacional —tal como ha sido la concepción que formulara hace más de 50 años el Partido Aprista— sería lo más conveniente, habría que adecuarlo a los tiempos modernos: a lo que podría denominarse un sistema de concertación social o económico social. Sin duda alguna que las partes interesadas —empresarios, Estado y trabajadores—, estaríamos de esa manera más cerca de poder formular los objetivos, planes y medios para satisfacer las necesidades más importantes de la sociedad peruana, como la de conseguir mejores condiciones de vida, por ejemplo. Nos ahorraríamos varios de estos problemas y, más aún, muchos de los imprevistos que son totalmente ajenos al estilo democrático. Un país no puede vivir a sobresaltos en una democracia, ésta debe institucionalizarse. Estimulando la concertación nos alejaremos, cada vez más, del autoritarismo y de las decisiones personales que puedan afectar seriamente, no sólo a las generaciones existentes, sino también a las venideras.

Thémis: Dr. Vega, como usted sabe, la Constitución de 1979 señala que la planificación debe ser concertada. Es decir que no cabe la idea de una economía centralmente planificada por el Gobierno. En el hipotético caso que el Plan de Desarrollo hubiera establecido cuál era la función de los bancos ¿cree que su incumplimiento habría ameritado una expropiación? Al respecto, Marcial Rubio y Enrique Bernal, en su libro "Constitución y Sociedad Política" sostienen que: "Por lo tanto, debe entenderse que la parte final del art. 152 es una norma especial que limita fuertemente, por la misión especial que cumplen las instituciones financieras y bancarias, la libertad de industria y comercio y la aplicación de los criterios de la economía de mercado a la decisión sobre los recursos financieros. Como es lógico, ello implicaría que para las instituciones financieras, la planificación no actúa bajo concertación, sino que les fija márgenes de obligatoriedad". Es decir que, de acuerdo con estos autores, se trataría de una planificación compulsiva en el caso de la Banca. ¿Qué opina al respecto?

Vega: Efectivamente. Me parece que el art. 111 de la Constitución permite que una planificación indicativa por parte del Estado se torne en compulsiva u obligatoria si fuera concertada, dando a entender que la planificación enmarca todo lo concerniente al campo productivo.

En lo referente a las instituciones financieras, la Constitución les ha dedicado un capítulo especial, señalando que deben cumplir una función social, regulada por la ley y de acuerdo con los Planes de Desarrollo. Hay leyes expresas que regulan la actividad bancaria y que señalan lo que ocurriría si una empresa viola sus disposiciones. Ninguna de esas causales lleva, como consecuencia, a la expropiación, aunque sí pueden derivar en su liquidación —como ha ocurrido en el pasado—. No se había contemplado la posibilidad de expropiar, porque nadie puede ser privado de su propiedad y es al Estado al que corresponde garantizarla, salvo utilidad pública o interés social.

Ahora claro, se buscan otras consideraciones. El D.L. 313 señala un procedimiento más rápido si se trata de servicio público, entonces hay que inventar que los bancos son un servicio público. Como ni el interés social ni el servicio público permitirían tomar la administración de los bancos, seguros y financieras apenas sea promulgada la ley, se habla de declararlos en emergencia o del interés nacional para lograrlo. Pero resulta que el Poder Judicial ya ha amparado el derecho de los accionistas y, de producirse, se incurriría en una inconstitucionalidad.

El problema está aún en manos del Congreso, pero los peruanos sabemos que ya se produjo una confrontación entre los Poderes Judicial y Legislativo.

Thémis: El art. 149 de la Constitución establece que el BCR —al ser autónomo— tiene como una de sus atribuciones regular el crédito del sistema finan-

ciero. ¿Cree que podría haber contradicción, en un momento dado, entre las funciones del BCR y los Planes de Desarrollo trazados por el Gobierno?

Vega: Claro, se pueden producir situaciones muy especiales si se pretende politizar la actividad. El problema hay que mirarlo dentro de un contexto más amplio: una política económica supone la administración de los medios básicos que tiene un país para poder ordenarse y, asimismo, para procurar alcanzar sus objetivos sociales. Una política económica supone la administración adecuada de las tasas de interés y de cambio, de los aranceles, de la política fiscal, de los salarios y de los precios. Las economías liberales dejan esto en manos del mercado y se traducen en las llamadas economías libres. Para países de recursos escasos, no siempre la libertad es el camino más apropiado. Pasa igual que un barco cuando corre el riesgo de ir a la deriva, lo primero que se comienza a racionalizar son el agua y los alimentos. Hay una cierta razón interna —la llamada justicia social— por la que no se pueden dejar los recursos librados por se al mercado, cuando éstos son escasos. Sin embargo, los gobiernos en desarrollo —y los latinoamericanos en particular— tienen normalmente una predisposición especial a manipular o a darle un uso inapropiado a sus medios, porque pasan de un extremo a otro: del libre mercado al completo control estatal. Las políticas en torno a las tasas de interés, las de cambio, los aranceles y la política fiscal no guardan relación entre sí. Todo ello trae enormes complicaciones en el campo productivo, porque se tienen que buscar compensaciones a los sobrecostos mediante otras exoneraciones, por lo que la subsistencia de las empresas se torna administrativa y económicamente muy difícil, alentándose a la informalidad.

Digo esto porque, una política de tasas de interés que constituyan el factor regulador de la llamada "democratización del crédito", podría estar convirtiéndose en la madre del cordero de una gran confusión. Si tenemos en cuenta una inflación como la del Perú en 1987 —que, de confirmarse la cifra hasta lo que va del mes de setiembre, estaría alrededor del 110 a 120 o/o anual—, que la tasa de interés activa es del orden del 40 o/o y la pasiva del 30 o/o a largo plazo; resulta que el acceso al crédito es un privilegio, porque beneficia a quien lo tiene y perjudica a quien lo presta. Mientras más negativa sea la tasa de interés, más beneficiado será quien la usufructúa. Entonces, no estamos ante una democratización del crédito sino, en todo caso, ante el acceso a la ventaja, a la oportunidad de un beneficio artificial por la falta de una economía real. Si con una inflación de 120 o/o las tasas de interés fueran de 180 o/o, es seguro que nadie hablaría de democratizar el crédito, ni el Estado se hallaría interesado en expropiar los bancos, porque el acceso a éste se encontraría restringido a quien corra el riesgo de trabajar con costos y producción con tasas de interés positivas. En el mundo desarrollado no existe posibilidad alguna de tasas de interés negativas, todas son positivas; una economía sana supone tasas de interés por

encima del nivel de inflación. Estamos entrando, entonces, en una cierta demagogia de lo que es el concepto de democratización, palabras que son inapropiadas para dar a entender que el crédito es un gran privilegio al que se quiere que accedan las grandes mayorías. Podemos encontrarnos con el gran chasco de que éste no es un privilegio sino un instrumento económico que, si tuviera su valor real, simplemente pondría las cosas en su punto medio.

Thémis: Algunos tratadistas sostienen que, de conformidad con el art. 125 de la Constitución, es posible la expropiación por acto administrativo en virtud de una ley que la regule, aunque debiéndose fundamentar la necesidad y utilidad públicas o el interés social. ¿Considera que una ley debe también fundamentar estos conceptos?

Vega: No estoy enterado de afirmaciones tan curiosas. Yo me atengo a lo que la Constitución establece. El acto expropiatorio lo ha definido con claridad, porque antes ha fijado su postura al decir que la propiedad "es inviolable" y que el Estado la garantiza. Ese es el mandato de nuestra Carta Magna, la expropiación constituye una excepción y debe ser justificada de acuerdo a ley. Si hay interés social, debe probarse y declararse; si existiera utilidad pública, tendrá que probarse y declararse; igualmente de haber grave crisis o de mediar el interés nacional o condiciones graves de emergencia. En fin, desconozco los criterios que puedan llevar a algunos tratadistas a sostener aquello, salvo en el caso de los gobiernos municipales que, para ampliar calles o avenidas, tuvieron que recurrir al proceso expropiatorio. Tal vez éste es el marco de acción de lo que tratadistas expertos en los campos administrativo y constitucional señalan.

Thémis: ¿Considera que una ley deba fundamentarse?

Vega: La Constitución obliga a ello, porque ordena que la expropiación sea declarada conforme a ley. Entonces, no puede haber un acto que, de por sí y arbitrariamente la establezca. He escuchado decir a un Senador en el debate que, si la Constitución señala que debe ser declarada, basta tal declaración para que el interés social esté fundamentado. Eso no es serio, no es por lo menos lo que entendimos que había sido aprobado por los miembros de la Asamblea Constituyente.

Thémis: Dr. Vega, ¿Qué entiende usted por servicio público?

Vega: Lo que el sentido común, las consideraciones técnicas y la ley señalan. Felizmente, siempre hay una correlación entre una y otra cosa; una ley que carezca en su esencia del sentido común, simplemente me haría pensar en que hay algo extraño. Además, podría resultar contradictoria con otra que sí se sustenta en la razón.

Ha sido muy debatido el tema de la Clasificación Industrial Uniforme de Naciones Unidas; conozco bien el problema por el lado industrial, que es la actividad a la que me he dedicado. Pero pensar en el servicio público, más allá de la propia clasificación de Naciones Unidas, que está enmarcada en un concepto de tipo jurídico, ni hablar. Un servicio público implica que hay un derecho de todos a usar de éste; se halla regulado por tasas, no por el valor de un libre contraprestación. Se me hace difícil imaginar que uno va a obtener un crédito porque todos tienen derecho a éste. Yo creo en el acceso libre al crédito, en función a que hay un riesgo de por medio de quien lo va a pagar y de quien lo presta —porque presta dinero de otros—. Es una actividad complicada, mientras más competencia pudiera haber en ella, mayor garantía habrá de elección y de libertad para quien lo obtenga. Imaginar que la actividad bancaria sea un servicio público —como lo son el agua potable y la luz eléctrica— está fuera de contexto, por lo menos en el Perú.

Thémis: Dr. ¿Cree usted que es compatible la noción de servicios públicos con la existencia de un accionariado difundido minoritario en manos de personas privadas?

Vega: Son temas totalmente independientes. Pero, en todo caso, su pregunta me mueve a hacer una repregunta. Imagínese que la Compañía Peruana de Teléfonos fuera una empresa completamente estatal y pusiera en venta el 20 o 30 por ciento de sus acciones. ¿Compraría usted esas acciones? Por supuesto que no. Con los niveles actuales de inflación y de tasas de interés, tengo mis reservas personales en que un posible accionista se interese por comprar acciones minoritarias de una empresa que la va a administrar totalmente el Estado. Personalmente, yo no lo haría.

Si el Estado toma para sí la mayoría y el control de las empresas financieras y de seguros, dudo mucho de su eficacia en captar nuevos inversionistas. Podría ser que —como hasta ahora lo establece el proyecto— se mantengan aquellos accionistas con una participación menor a 40 unidades impositivas tributarias. No sé qué va a pasar con las instituciones y empresas que en su condición actual, inmediata o futura tengan una participación porcentual diferente. ¿Qué sucedería en una compañía con el 80 o/o de sus accionistas en esa situación? ¿Qué expropiarán y en qué porcentaje?

Thémis: Se discute en la Cámara la posibilidad de declarar en emergencia el sistema financiero, lo que constituiría un paso previo a la posesión provisoria. ¿Piensa usted que estas medidas podrían adolecer de algún reparo de índole constitucional?

Vega: La respuesta no se queda en el plano de lo especulativo o teórico, sino que es mucho más concreta: la respuesta la han dado los jueces. Se ha pedido la intervención judicial para evitar una eventual intervención previa.

Si existiera acuerdo entre el Estado y los posibles afectados, el proceso expropiatorio sería, seguramente, relativamente rápido y todo se podría llevar a cabo dentro de plazos más o menos razonables. Pero, hasta donde yo conozco, la posición adoptada en cada una de las juntas de accionistas de los bancos es que nadie va a cobrar, por lo menos hasta ahora. En este caso, cuando no media acuerdo de partes, se termina en juicio en la vía ordinaria. Entonces, en el caso que la ley dispusiera la administración provisoria de las empresas en tanto se siga el proceso expropiatorio, se generaría una situación de inconstitucionalidad y de confrontación entre los Poderes Judicial y Ejecutivo, lo cual es malo para el país. Yo no tengo dudas de que debe prevalecer la orden del Juez.

Thémis: Algunos insisten en el hecho de que es mucho más importante contar con la propiedad "de la gestión", que permite adoptar las decisiones técnicas y administrativas que se requieran, antes que la propiedad de las acciones. ¿Qué piensa usted al respecto?

Vega: Mire, la actividad bancaria —como la financiera y la de seguros— se basa en la confianza. Yo deposito un dinero en ahorros o en una cuenta corriente, porque tengo confianza en la persona que lo va a administrar.

Lo mismo sucede en el caso de recurrir a un crédito. Yo iré a pedirle a aquel banco en el que —de alguna forma— pueda encontrar mejor comunicación para sustentar mis proyectos y en el que puedan merecer confianza las garantías que ofrezca y mi solvencia personal. Hoy en día, el mundo está invadido por plásticos, por tarjetas de crédito. En Europa, en los Estados Unidos y en gran parte del sudeste asiático, ocurre que aquél que no cuente con una tarjeta de crédito —por más recursos de que disponga— no podrá contraer obligaciones, ni entrar en un hotel o adquirir determinadas cosas, por razones de seguridad del sistema. ¿Y quién tiene una tarjeta de crédito? ¿quién es sujeto de crédito? aquél que posee un historial de pago solvente. Esto es lo que cuenta, más allá de las garantías mismas —que en el Perú son excesivas, porque así las ordena la Superintendencia y porque los funcionarios temen incurrir en graves responsabilidades penales de no cumplirlas—. Entonces, todo esto no va a variar si la administración, el día de mañana se convierte en estatal: las garantías que limitan el crédito existen porque la Superintendencia lo manda, no porque el banco esté mejor o peor administrado.

Thémis: ¿Qué rol debería jugar para usted la Superintendencia de Banca y Seguros?

Vega: Se trata de un órgano fiscalizador, que tiene como función natural regular la actividad bancaria y de seguros, de acuerdo con los objetivos o fines que persigue. Pero no se puede poner tantas restricciones. Más aún —y volviendo al tema anterior— en un país en el cual todo se halla tan regulado y tan tremenda-

mente trabado por mandato de la ley. El Perú padece de una grave crisis en su ordenamiento jurídico. Si uno revisa las leyes de este siglo —numeradas desde 1900— un 40 o/o corresponde al período del gobierno militar: son decretos leyes que, a su vez, han producido otros cientos de miles de dispositivos. Se parte del principio jurídico de que nadie puede ignorar la existencia de la ley y que ésta debe aplicarse siempre. Pero, ¿cuántos peruanos conocen realmente cual es el verdadero ordenamiento que los limita? Estoy seguro de que diariamente se están violando numerosas disposiciones administrativas, municipales y legales, porque el país ya entró en un círculo vicioso. De allí que, para el eficaz cumplimiento de la función de la Superintendencia, un marco de regulaciones tan frondoso como el peruano va a ser siempre una seria complicación; en lugar de los problemas de fondo se estará ocupando de los problemas de forma. Si por el contrario se simplificaran las regulaciones existentes, el Perú estaría pretendiendo, nuevamente, ser un país de desarrollo y no —como nos ha ocurrido en los últimos años o décadas— un país con vocación de permanencia en el subdesarrollo.

Thémis: Usted se refirió a la resolución del Juez Rodríguez Ayma. ¿Considera entonces que la mayoría de los grupos parlamentarios cometió un error al considerarla como un atentado contra la autonomía del Poder Legislativo?

Vega: El posterior silencio de quienes denunciaron eso, creo que fue la mejor prueba del error que habían cometido. La actitud de rechazo inmediato se debió a que pensaron que el juez Rodríguez había dispuesto la abstención, por parte del Senado, de seguir discutiendo el proyecto de ley; cosa que hubiera resultado absurda. Pero como su resolución fue en el sentido de proteger a los accionistas de las empresas afectadas de cualquier perturbación posesoria o de una ilegal administración por el Gobierno, —notificando para tal fin a las fuerzas policiales y a los órganos del Ejecutivo— simplemente creo que quedó claro para todos que no significó confrontación alguna entre el Poder Judicial y el Congreso de la República.

Thémis: Dr. Vega, ¿Qué piensa usted del último artículo del proyecto aprobado en Diputados, por el cual se prohibía la interposición de acciones de amparo contra la ley?

Vega: Yo estoy bastante ausente del tema jurídico, porque me he dedicado a las actividades empresarial e industrial. Por ésto recurro más al sentido común que al conocimiento expreso de la ley, aunque resulta menos que sin razón —por decir algo— que, si un principio jurídico y una norma constitucional establecen que no se puede legislar en función a las personas, se pueda modificar la ley que regula los recursos de amparo para evitar que determinados accionistas de determinadas empresas, los interpongan. Simplemente eso es tan inconstitucional como el resto.

Thémis: ¿Cree usted que la determinación de utilidad y necesidad públicas pueden ser contradichas judicialmente?

Vega: Hasta ahora no se han usado esos conceptos. En lo que concierne a la propiedad —que es inviolable— la Constitución reconoce la expropiación por utilidad pública o interés social; lo que hasta ahora han elegido es el interés social. Insisto en que éste es el interés de los particulares de la sociedad, por lo que mal se podría invocar —para estatizar— el interés de quienes conformamos los veinte millones de peruanos. Tampoco lo han probado, simplemente lo han declarado; ésto es abusivo. Por lo tanto, sigo creyendo que el amparo que los jueces han brindado está revestido de toda razón.

Tampoco se ha invocado la utilidad pública. Se ha recurrido al concepto de servicio público por la razón que mencioné, tratando de encontrar en el Decreto Legislativo 313 el procedimiento más rápido.

Lo último que viviremos —probablemente esta semana— es que, como ambas consideraciones no permiten la intervención posesoria en las empresas sin haberse cumplido antes con el proceso expropiatorio, se recurrirá a la situación de emergencia. A diferencia de los conceptos anteriores, la situación de emergencia tiene que estar probada y sustentada —como debió estarlo el interés social—, pero con mayor razón. Por ese motivo y para poder llegar a una eventual calificación de emergencia, se está invocando otro artículo de la Constitución que permite al Estado imponer restricciones por el interés nacional. Para la Constitución, la emergencia tiene igual magnitud que la crisis grave, ambas son equivalentes. Al ser así, tendría que demostrarse que se ha producido en el país un terrible colapso financiero. Algo así como la Depresión del '29 en los Estados Unidos, o que los depósitos de toda la gente se hubieran perdido porque los bancos se apropiaron ilícitamente de los ahorros del público; por lo que se requiere tomar una actitud ante tal emergencia. Pero estamos asistiendo —en una forma realmente inexplicable para el país— al proceso deliberativo de una ley que, para poder terminar con el 20 o/o de actividad privada que queda en los sectores bancario, financiero y de seguros, tiene que recurrir a la declaratoria de una crisis grave o emergencia, del interés público, del interés social, del interés nacional y del servicio público para justificarse. Hasta ahora, el Presidente no ha contestado una pregunta que le han hecho y que dice: diga Ud. cómo van a democratizar el crédito de una forma en que no lo pueda hacer la banca privada.

Thémis: De conformidad con el art. 132 de la Constitución, las restricciones que puede imponer el Poder Ejecutivo en caso del estado de emergencia son temporales, mientras dure la crisis o se retorne a la normalidad.

Vega: Ciertamente, son de tipo temporal y, su-

puestamente, mientras dure la crisis. Tengo la impresión que, simplemente, lo deseado es tomar la administración a como dé lugar y eso no puede ser. Si el Perú desborda los límites de lo que la democracia y la Constitución señalan, se produce una situación penosa: la de un gobierno fuera de ley. Esto sería malo para el país en todo el sentido de la palabra, tanto a nivel nacional como internacional.

Thémis: El art. 124 de la Constitución establece que el Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades, ¿piensa usted que una ley de esta naturaleza puede significar un avance para lograr ese objetivo?

Vega: Una de las mayores contribuciones al pensamiento occidental del siglo XX fue, precisamente, todo el esfuerzo de los juristas germanos por introducir el concepto de interés social que primara sobre el individual; lo que permitió la evolución del concepto de propiedad que venía desde el Derecho romano.

El Perú ha tenido muy buenos juristas en el curso de su historia, pero que han pecado de legislar en abstracto y de no confrontar la realidad. Esto le ha dado al país deberes y derechos ideales, Cartas Magnas que no han sido tangibles para la sociedad como tal. Sin embargo, no hay duda que, por este afán de querer armonizar el interés social con el individual, se ha incurrido en un exceso de regulaciones. Hoy en día, no se puede disponer de nada sin salvar un sinnúmero de limitaciones. Por estas razones, un adecuado análisis de los que constituyen los problemas de fondo de la sociedad peruana —como el de armonizar el interés particular con el social— nos lleva a la búsqueda de respuestas legítimas. Sin embargo, en lo que va de los regímenes democráticos restablecidos después del '80, nosotros continuamos con las mismas regulaciones del Gobierno militar, los que se agregaron a las que existían en los primeros setenta años del siglo. Ahora, en lugar de reencontrar la noción de fondo, la conciliación, el Gobierno simplemente agrega nuevas trabas. En este contexto, se pretende estatizar cuando lo que se debería promover es el mayor acceso a la propiedad. Lo que se estaría haciendo con el proyecto de estatización de las actividades financieras es totalmente contradictorio con el mandato del art. 124. Como escuché decir a un conferencista la semana pasada, es una lástima que un gobierno con un dirigente tan joven termine aplicando ideas tan viejas.

Thémis: Como usted sabe, la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales no tiene efectos retroactivos. ¿Qué sucedería, a su entender, si esta ley fuera declarada inconstitucional mientras que judicialmente se está discutiendo el justiprecio?

Vega: Sí, se pueden producir muchas situaciones complejas. Indudablemente, en el campo de la hipótesis, una de éstas podría ser que, en la eventualidad que se promulgara la ley y se siguiera un procedimiento ante el TGC que declare su inconstitucionalidad,

dad, el Poder Ejecutivo habría incurrido en graves consecuencias económicas. Los afectados podrían entablarle juicios de responsabilidad por lucro cesante, daño emergente y tantas otras modalidades. De modo que, incluso el período previo, lo veo de por sí grave. Nuestro problema no podemos circunscribirlo sólo al ámbito de lo constitucional, de lo jurídico y de la propiedad; sino que la sociedad peruana en general se halla involucrada. Supongamos que se dicte la ley inconstitucional; ya el Poder Judicial amparó los derechos de los accionistas y ha notificado a las partes, por lo que el Estado no puede administrar provisoriamente, si no cumple con el proceso expropiatorio. Este tendrá que seguirse judicialmente, porque los interesados han declarado que no van a cobrar los montos que determine el gobierno, por no estar de acuerdo ni con la ley ni con la forma como ésta se viene discutiendo. ¿Qué va a pasar con el país si tiene que esperar meses o años para que se determine quién tiene la razón en el medio judicial, respecto de una ley que resulta arbitraria e inconstitucional? ¿Qué ocurre, entre tanto, con las actividades bancaria, financiera y de seguros, cuyos actuales propietarios no podrían administrar sus bienes con la debida amplitud, puesto que se hallarían sujetos a grandes limitaciones? Viceversa, si mañana el Estado toma abruptamente la propiedad y desconoce el fallo de los jueces, ¿qué ocurriría? Los afectados tendrían que iniciar juicios penales a los que intervinieron, y éstos no podrían hacer uso de los bienes administrados, so pena de incurrir en gravísimas responsabilidades. ¿Qué ocurre, entre tanto, con el país?

De una u otra forma, la actividad bancaria queda tremendamente limitada. Un país —como un ser humano— con una circulación a un ritmo mucho menor del necesario, tarde o temprano sufre enormes consecuencias. Entonces, yo no puedo imaginarme —por el sentido de responsabilidad que les compete a los gobernantes— cómo se puede exponer a un país a una crisis sin salida, solo para satisfacer un objetivo político muy discutible.

Somos una nación con el 70 o/o de su población menor de 30 años; el Perú, en teoría, duplicará su población entre 1980 y el 2003. En este lapso, tendríamos que construir el mismo número de viviendas y escuelas, generar similar cantidad de puestos de trabajo y crear las mismas condiciones de vida que lo que se ha llevado a cabo en toda la historia del país, para que la población que nazca —o que ya nació— tenga, por lo menos, nuestras precarias condiciones. Y, si el problema de nuestro país es tan grave, si los peruanos que demandarán trabajo de aquí al 2000 ya nacieron, ¿cómo puede estar dándose el lujo de dividirse, de discutir sobre un proyecto político de la Europa de los años '20, cuando hay 67 años de frustraciones alrededor de este propósito? Para mí, ésto se hace más difícil de entender ante la urgencia social que tenemos, de trabajar para la satisfacción de los objetivos sociales más urgentes. Este proyecto de ley lo veo totalmente contrario a los fines más nobles que el Perú

pueda tener, y lo va a sufrir la gente que menos cuenta se da hoy de lo que estamos viviendo.

Thémis: ¿Qué opina sobre las diversas resoluciones emitidas a raíz de las acciones interpuestas por los actuales propietarios?

Vega: Solamente conozco dos sentencias; en el caso del juez Walde, quien inició la acción se desistió de ella, por lo que no tuvo ningún fallo que emitir. Simplemente negó la posibilidad de que se suspenda la medida porque el peticionario no había cumplido con determinadas formalidades procesales, no por una razón de fondo. Después, ese mismo peticionario se desistió por considerar que dicho juez había sido persuadido por ciertas autoridades políticas.

En cuanto a las dos sentencias, el Juez Raffo no se pronunció sobre el problema de fondo, limitándose a considerar que al haber retirado el gobierno a sus interventores, la razón de la solicitud había desaparecido. Cuando esta resolución fue en apelación a la Corte Superior, ésta consideró improcedente el recurso de alzada, por no haberse pronunciado sentencia sobre el fondo. En lo que se refiere a la sentencia que emitió el otro juez —creo que fue el juez Rodríguez— ésta ha sido apelada y se encuentra en la Corte Superior. Por lo menos hasta ahora, no conozco, que es lo que ésta ha decidido o va a decidir. Pero hasta el momento, no hay incoherencia alguna, parece que todo viene por un mismo camino, aunque recién hay una sola sentencia y todavía desconocemos lo que sucederá con las posteriores.

Thémis: ¿Cuáles son, para usted, las ventajas y desventajas de los artículos que han sido aprobados en el Senado?

Vega: Siento gran preocupación y pena por el Perú. Todos hemos tenido grandes expectativas de que el Senado, —que tiene constituyentes en su seno— no estando sus miembros sujetos a mandato imperativo ni a ningún tipo de presión, hubiera hecho un aporte significativo, sobre todo para las universidades, para la juventud que estudia. Era una oportunidad de poder ilustrar a la Nación sobre sus deberes y derechos, sobre los límites constitucionales, sobre la interpretación que podía merecer un problema. Pero escucho los argumentos que se dan, observando los artículos del Proyecto, y sin embargo éstos se aprueban sin mayores cambios. Suena un carpetazo y se van acercando cada vez más a la aprobación de la ley. Me siento preocupado porque hay inconstitucionalidad de por medio. Preocupación de sólo imaginarme que el día de hoy, en una sesión, el Parlamento pueda aprobar el proyecto presentado por las comisiones dictaminadoras, en el cual los peruanos somos tratados discriminatoriamente en relación con los extranjeros. Simplemente no lo puedo creer.

Hace unos meses dictaba una conferencia en el exterior y se me hicieron observaciones de parte de

los asistentes. Estos sostenían que el Perú no era un país atractivo para la inversión extranjera y me preguntaban qué podía aportar de interés para ellos, de modo que pudiera convencerlos para que invirtieran en el Perú. Entonces, tuve que verme limitado a contestarles que el problema era nuestra Constitución, la que consagra similares deberes y derechos para extranjeros y nacionales. Como tenía que reconocer que nos tratamos tan mal internamente, debía suponer que no existían extranjeros que quisieran hacerse de nuestros deberes y derechos.

El país estará signado por la pobreza y, probablemente, por la violencia, si es que no se da una respuesta auténtica a sus requerimientos. El Perú requiere, más allá de su propia Constitución, un pacto político, económico y social que le dé un marco de veinte años, para que entonces los peruanos tengamos la posibilidad de saber que el país tiene futuro. Dentro de un cuadro de esta naturaleza, no llego a comprender cómo el Senado —y el Congreso en general— no asume su responsabilidad. Le veo una falta de autenticidad enorme, porque no tiene sentido lo que está haciendo. No progresamos nada, antes bien, retrocedemos en todo.

Thémis: La decisión política de no afectar a las sucursales de los bancos extranjeros podría hallarse motivada por el temor de que, en un momento dado, el Perú se viera amenazado por la aplicación de enmiendas que, como la Hicken Lopper, existen en Estados Unidos para los casos en que se toquen capitales o inversiones norteamericanas en otros países. ¿Qué piensa usted al respecto?

Vega: No tanto la Hicken Lopper. En la legislación norteamericana hay muchas enmiendas que se aplican en determinadas circunstancias. Pero no creo que ese sea el problema. El Perú está en vísperas de ser desenganchado de todo el sistema financiero internacional. El Banco Mundial nos ha categorizado junto con Libia, Nicaragua y Siria. La Asamblea del Directorio de este banco, el 3 de agosto, optó por no pronunciarse —apelando a un recurso procesal— sobre el caso peruano, aunque el Perú había llegado a reunir el íntegro de requisitos para ser expulsado. Se ha postergado la decisión y, entre tanto, nuestro país tiene que encontrar una fórmula para no perder su condición de miembro del Banco Mundial. Yo creo que el Gobierno se halla gestionando eso en estos momentos y sería la razón —simplemente circunstancial— por la cual no se quiere incurrir en más causales que traigan como consecuencia su expulsión del sistema financiero internacional.

Pero el que se pretenda —a riesgo de la propia inconstitucionalidad interna— discriminar a los nacionales con respecto a los extranjeros, me parece que no solamente es injusto e indigno, sino que mucha mayor posibilidad de éxito tendría el Perú si el día de mañana, desistiendo de este proyecto, convocara a los peruanos a un proceso de recuperación del país y a su

readecuación al sistema financiero internacional. Nada puede ayudarnos más que una conciliación de posiciones con los propios banqueros nacionales; de esta manera, el Perú obtendría mucho más respaldo para las gestiones que está realizando fuera.

A fin de cuentas, no puede soslayarse que, un gobierno que se reitera nacionalista, termine encargándole la gestión de readecuación con el sistema financiero internacional a asesores extranjeros, privando de la posibilidad de trabajar a los banqueros nacionales.

Thémis: ¿Cree usted que la ley de estatización de la banca podría calificarse de orgánica y, por lo tanto, requerir de una mayoría calificada para su aprobación?

Vega: Creo que ésta fue una moción previa planteada por el senador Osterling y que fue desestimada por la mayoría. Se trata de una ley que transforma el pluralismo económico y la coexistencia de propiedad que la Constitución reconoce. Incluso ingresa en una serie de campos específicos, al transformar la participación de los accionistas en la banca regional y al crear un banco de los trabajadores. Por ello pienso que hay muchas razones por las que se pudo pensar en una nueva ley orgánica de la banca. Una ley ordinaria está cambiando disposiciones que vienen de otras leyes orgánicas y, por otro lado, se pretende cambiar la propia Constitución, cosa que jurídicamente no es imaginable.

Aunque parezca una opinión demasiado optimista, no pierdo todavía las esperanzas —por el bien del país— de que esta ley no prospere. Todo lo que uno puede imaginar de aquí en adelante, es malo. Si el Senado devolviera el Proyecto a Comisiones, para presentar en la próxima legislatura algo coherente, que responda a las inquietudes sociales o políticas de querer tener una banca acorde con la función social que la Constitución consagra, podría pensarse con más optimismo en el futuro.

Thémis: Dr. Vega, ¿querría agregar algo más para THEMIS?

Vega: Yo les agradezco el interés que pusieron por esta entrevista, teniendo en cuenta que me ví obligado a postergarla por falta de tiempo en las dos oportunidades anteriores.

Tengo por THEMIS un especial sentimiento, porque la suerte —o simplemente las circunstancias— determinó que, cuando un grupo de amigos de la Universidad de entonces fundamos THEMIS, ellos tuvieron la gentileza y fineza de pedirme que presidiera la directiva de la institución, siendo el primer presidente de THEMIS. Después, la vida me apartó mucho del Derecho y me dediqué a hacer industria y empresa.

Al salir del mundo de lo abstracto, comprendí que los problemas en las sociedades emergentes están

muy correlacionados entre sí. Empecé a encontrar que, mientras más ingresaba uno al mundo real, más necesidad se tenía de un espectro polivalente para hacer frente a los problemas. Todo esto me fue ausentando del mundo de lo jurídico y lo legal, para tratar —en colaboración con otras personas— de emprender nuevos proyectos, desarrollar nuevas ideas y tomar decisiones que me permitieran avanzar a un ritmo mayor al que se podría en una sociedad desarrollada; en donde las cosas están muy reguladas y definidas y donde existe un mundo rico en lo jurídico. Pero en sociedades cambiantes como el Perú, todo se transforma tan rápido, que uno podría anquilosarse si se queda circunscrito al campo de lo jurídico.

A la vez, vi con pena cómo se destruyó la legalidad en la época del Gobierno de la Primera Fase, porque se legisló intempestivamente y se recurrió a la fe de erratas con una facilidad enorme para corregir deficiencias. Fue entonces cuando empezó a surgir la informalidad a pasos agigantados, porque la creatividad en el campo jurídico marchó a una velocidad menor a la de los cambios sociales del Perú que iba emergiendo.

Todo esto me hace pensar con tremenda añoranza en THEMIS. El esfuerzo que ustedes hacen lo veo no sólo noble y encomiable, sino que estamos asistiendo a una etapa en la cual el Perú debe entrar a un renacimiento que tendrá que contar, necesariamente, con una base jurídica muy sólida. Deben superarse los problemas del pasado, que llegaron a su clímax cuando el gobierno anterior —ya democrático— pretendió sacar adelante determinados códigos que —según quie-

nes lo patrocinaban— nos iban a llevar a tener un Código Civil más moderno que el de Suiza o un Código de Trabajo mejor que el de Canadá. Todo esto me hacía pensar con preocupación que el mundo de lo abstracto nos estaba alejando del mundo real. ¡Dios nos libre de tener leyes como las de Suiza para una realidad como la peruana! Esto querría decir que hemos fracasado los que, de alguna forma, trabajamos por darle al país un orden jurídico auténtico, el que la sociedad reclama.

Tengo el presentimiento de que, entre el exceso de regulaciones, las deficiencias de un orden que termina y el amanecer que veo venir para el Perú, un papel como el de THEMIS va a ser decisivo. Está naciendo una juventud que busca reencontrar en la sociedad peruana la fuente auténtica del Derecho. De esta manera, podremos reconstruir al Perú en lo político, lo económico y lo jurídico, pensando no sólo en que la ley debe ser para el día —defecto que viene desde el período militar y que es lo que está pasando hoy con los bancos—. La virtud de la ley es su capacidad de anticiparse a la realidad a la que interpreta. Ojalá tuviéramos esa capacidad jurídica de las que hoy son naciones desarrolladas y que se enorgullecen de normas dictadas hace más de cien o doscientos años, que aún tienen plena validez. Esto indica que supieron encontrar el verdadero fondo de las cosas y no, como nos ocurre diariamente, que las leyes se dictan pensando más en la forma que en el fondo.

Mis mejores deseos porque este trabajo de THEMIS perdure y que ustedes sean constructores de ese Nuevo Orden Jurídico que el Perú necesita.

LIBRERIA



EL VIRREY

Entrevista a Alberto Borea Odría

Muy poco tiempo después de la aprobación de la ley por el Congreso, el Dr. Alberto Borea accedió a absolver nuestras preguntas. El Dr. Borea cuenta con una amplia trayectoria en la docencia universitaria y es autor de interesantes obras, acerca de las acciones constitucionales.

En la actualidad, milita en las filas del Partido Popular Cristiano (PPC), del que es miembro prominente, e integra la Cámara de Diputados en cuyas Comisiones de Concertación Nacional, Constitución, Integración Latinoamericana y Relaciones Interparlamentarias y Reglamento, tiene una participación destacada.

Thémis: Dr. Borea, ¿cree ud. que la estatización del sistema financiero es inconstitucional?

Dr. Borea: Yo he llegado a la conclusión que por diversos motivos la ley que declara la estatificación del sistema financiero es inconstitucional.

En primer lugar, por lo que es la Constitución, que en el Perú, se basa en dos pilares fundamentales, la democracia en materia política y el pluralismo en materia económica. En consecuencia, ambos implican la posibilidad de competir dentro de lo que la ley establezca.

En este caso, con la quiebra del principio del pluralismo económico, a partir del monopolio de una actividad en manos del Estado, se ha afectado a uno de estos pilares.

Se ha dicho que, en virtud de una interpretación contrario sensu del artículo 153o. de la Carta Política, el monopolio público de la banca es posible; dicho artículo señala que la actividad bancaria, financiera y de seguros, no puede ser objeto de monopolio privado y que la ley indica los requisitos, obligaciones, garantías y limitaciones de las empresas respectivas. Algunos han entendido que el que no pueda haber monopolio privado, no significa que éste no pueda ser público. Sin embargo, ésta es una interpretación equivocada de las normas del Derecho Constitucional, ya que cuando se trata de los poderes del Estado, a diferencia de lo que sucede con la capacidad de las personas, no es que todo lo no prohibido, está autorizado, sino que sólo se acepta lo expresamente permitido.

Jorge Banosi, el gran constitucionalista argentino, afirma que la Constitución es la gran asignadora de

competencias, por lo que todo lo que no se le asigna al poder, no puede ser desarrollado por él. De lo contrario, aquél se estaría extralimitando. Inclusive, para una concepción del pacto social, todo lo que no se otorga al poder, no puede entenderse como cedido por los particulares a éste.

Lo que funciona es el principio a que alude el artículo 112o. del texto constitucional, es decir, que el Estado garantiza el pluralismo económico y que la economía nacional se sustente en la coexistencia democrática de diversas formas de empresa, ya sea ésta, estatal, privada, cooperativa, comunal y autogestionaria.

Además, se ha sostenido, en respaldo de la ley, el artículo 114o. por el que en razón "de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios". Cabe destacar que ésta es una norma de excepción con respecto al principio genérico consagrado por el artículo 112o., y, como todos sabemos, la norma general se presume, no así la excepción, que, por el contrario, ha de demostrarse.

En los debates del Congreso y en las contradicciones del proyecto del Poder Ejecutivo, se confirma que, en la estatización del sistema financiero, no había ningún interés social de por medio.

Thémis: El artículo 152o. de la Constitución enfatiza la función social que en apoyo de la economía nacional, debe cumplir la banca. ¿Considera ud. que el no cumplir con esta función sería causal válida de expropiación?

Dr. Borea: Considero que en una sociedad, toda actividad, no solamente la bancaria, es fundamental.

Hay una cuestión de particular trascendencia, por lo cual la ley deviene en inconstitucional, y es que la función social debe ser definida previamente por el Estado, no adivinada por los particulares.

Se alega, en este caso, que no ha habido un cumplimiento de la función social, pero ¿cómo puede jurídicamente el Estado exigir el cumplimiento de dicha función, si ésta no ha sido señalada por el régimen actual durante sus dos años de gobierno?

Como no lo ha hecho, ésta no sería exigible, en razón de que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Inclusive, ni siquiera la banca asociada, durante estos dos primeros años, habría cumplido con ese rol, sino que ha tenido un comportamiento similar al del sector privado, lo que se evidencia a través de los préstamos al grupo Romero, entre otros. De acuerdo a lo informado por el Superintendente de Banca y Seguros ante la Comisión correspondiente de la Cámara de Diputados, el actual gobierno no ha dictado ninguna medida orientada a una descentralización o a una democratización del crédito.

Thémis: ¿Qué entiende ud. por servicio público? ¿Considera que las actividades bancaria, financiera y de seguros se ajustan a este concepto?

Dr. Borea: Una de las razones que ha dado el gobierno, para esta medida, ha sido que el Banco Continental ha rendido más utilidades que el de Crédito. Una actividad, en la que ellos mismos están loando la capacidad de ganancia de una entidad del sector asociado, no puede considerarse como servicio público, ya que esta noción no es compatible con la obtención de beneficios.

Cuando el Estado presta un servicio público, lo debe dar al costo, aun a pérdida.

En el Perú, los constituyentes no concibieron que el sistema financiero se desempeñara como servicio público, lo que no es incompatible con que aquél cumpla una función pública.

Thémis: Dr., ¿piensa que es congruente esta noción de servicio público con el accionariado difundido?

Dr. Borea: Otra de las inconstitucionalidades de esta ley, se encuentra en la violación de su artículo 1o., de manera que, en sí misma, la norma es contradictoria.

El artículo 114o. de la Constitución, antes mencionado, permite que el Estado, por causa de interés social, pueda reservarse una actividad específica, lo que no concuerda con la posibilidad del accionariado difundido, con el que tal reserva no se daría, ya que la propiedad sería compartida con otros accionistas.

Asimismo, se autoriza la posibilidad de bancos, que, como los regionales, tienen una composición mayoritariamente privada.

La constitucionalidad de esta medida, también podría ser cuestionada a la luz del artículo 53o. de nuestra Carta Política, que propicia la creación del Banco de los Trabajadores, debido a que de haberse pensado en un monopolio estatal de la banca, tal precepto no tendría sentido. Situación similar se da con el caso de la banca cooperativa e igualmente, en relación al justiprecio, hay una violación, en tanto que éste debe ser el pago justo. En ese sentido, primero, debe establecerse la justicia del pago y, luego, proceder a la expropiación. Aquí, se recoge la figura del pago a cuenta, como medio para tomar el control de las empresas, con lo que se daría al gobierno una gran discrecionalidad.

En conclusión, estamos ante una ley plagada de inconstitucionalidades.

Thémis: Algunos tratadistas sostienen que es posible, de acuerdo con el artículo 125o. de la Constitución, la expropiación por acto administrativo "conforme a ley" que lo regule, señalando, sin embargo, que en esta situación, deben fundamentarse la necesidad y utilidad públicas o el interés social.

Dr. Borea: Pienso, en primer lugar, como lo digo en mi libro sobre el Amparo y el Habeas Corpus, que el Estado tiene el derecho a calificar el acto.

La Constitución de 1979, establece que la expropiación no se hace por ley, sino de acuerdo a ley y, por tanto, podría consagrarse un procedimiento distinto para lograr dicho fin. Este último, de contarse con la autorización respectiva, se alcanzaría por medio de un acto administrativo, un Decreto Supremo o una disposición del Ejecutivo. No obstante, todas las normas del sistema jurídico, entre las que están las expropiatorias, son revisables por la autoridad judicial, porque es consustancial a nuestro ordenamiento el principio de razonabilidad. Este último ha de ser autorizado por todo el tribunal, por tratarse de un sistema jurídico en el que priman las normas y no las voluntades, la razón y no la arbitrariedad. Al respecto, Argentina y Estados Unidos tienen una copiosa jurisprudencia, que establece que judicialmente se puede y se debe revisar toda disposición emanada del poder político, tanto del Legislativo como del Ejecutivo.

Concuerdo con la tesis de Alberto Ruíz Eldredge, que admite la posibilidad de expropiar mediante un acto administrativo, siempre que éste sea conforme a ley.

Thémis: ¿Podría el Poder Judicial discutir la calificación de utilidad pública?

Dr. Borea: Considero que la calificación de utili-

dad pública es discutible. No lo es, en cambio, la falta de declaración expresa del interés social que motive la expropiación. En el primer caso, podrían presentarse arbitrariedades, si, por ejemplo, se expropiara una casa equivalente a otras de la misma urbanización, por quererse afectar a un propietario concreto.

¿No se trataría, entonces, de quitarle la casa a un propietario para darla a otro sujeto ni de una falta de especificación de lo que será objeto de expropiación, que son los casos de arbitrariedad, en que, según el tratadista argentino Quiroga, procede la revisabilidad judicial?

Dr. Borea: Aquí, se está expropiando para terceros, porque el Estado permite la posibilidad de transferir, posteriormente, un porcentaje accionario a otras personas. Este alcanzaría un 49 o/o, en el caso de las compañías de seguros, y un 70 o/o en la banca regional. En esto, hay una inconstitucionalidad evidente.

Thémis: ¿La ilegalidad estaría, en este caso, en el accionariado difundido?

Dr. Borea: No. La cuestión no estaría en el accionariado difundido, sino en la expropiación para terceros.

Pudo haberse emitido una ley, como sostiene el Partido Popular Cristiano, que limitara la propiedad a un pequeño porcentaje accionario, con lo que los que lo sobrepasen tendrían que vender. De esta manera, se mantendría el sistema de propiedad privada, junto con las empresas autogestionarias, cooperativas y estatales. Lo grave es que, rompiéndose el pluralismo económico, se está cancelando dicho sistema, para determinadas actividades.

Thémis: Dr. Borea se ha declarado en emergencia al sistema financiero del país, para poder proceder a su posesión provisoria, en base a lo estipulado por el artículo 132o. de la Constitución y a las normas del Decreto Legislativo 313. A su entender, ¿tendría esta medida algún reparo de carácter constitucional o legal?

Dr. Borea: Me parece que el artículo no tiene nada que ver. Normalmente, la situación de emergencia, primero, se presenta y, después, se declara, mientras que en este caso, sucede lo inverso. Sería como si el médico dijera que se va a tener gripe dentro de tres semanas y que ésta va a durar exactamente una.

Lo aprobado es realmente ilógico, ya que la emergencia se produce, cuando este llevándose a cabo el proceso de expropiación. Esta es una situación distinta a la contemplada por el citado artículo de nuestra Carta Política, que se refiere a la existencia de una grave crisis. La única crisis, que actualmente, tiene el Perú, es que nos esté gobernando el APRA. El sistema estaba funcionando bien, lo que se comprueba en el discurso que, con posterioridad al de Larco Cox, pro-

nunció el Presidente García. En esta oportunidad, el señor García Pérez dijo que su modelo es bueno y que solamente ha habido mala aplicación, con lo que, dicho sea de paso, echa la culpa a Alva Castro. Insiste en que su planteamiento es excelente, al punto que los agentes económicos han respondido muy bien y están gastando los dólares en importar insumos para la industria.

Tres semanas después, dice todo lo contrario, por lo que la referencia al artículo 132o. resulta inaplicable. Ahí, se plantea, nuevamente, lo relativo al principio de razonabilidad, porque no basta para que una cosa esté bien con que un gobernante decida hacerla.

De no haber una lógica y un proceso razonable, se incurriría en arbitrariedades. La democracia es el gobierno de los más, pero es también el respeto a los derechos de los menos; sino, bastaría con que hubiera una mayoría para cambiar la Constitución, inmediatamente, y decidir que vamos a estar en una dictadura permanente. Dicha mayoría, cancelaría el sistema constitucional; ello no debe ocurrir, en razón de tratarse, de lo que Kelsen concibe como el sustento lógico jurídico de todo Estado de Derecho. Aquí, se viola esta base, constituida por las premisas lógico jurídicas del Estado.

Thémis: El texto finalmente aprobado, queriendo salvaguardar las atribuciones de la Superintendencia de Banca y Seguros, establece el nombramiento, por parte de dicho ente, de representantes ante los comités de administración de las empresas financieras. ¿No habría sido mejor mantener a los directorios y que se hiciera tal designación ante ellos?

Dr. Borea: Lo lógico hubiera sido que la Superintendencia nombrara a un funcionario. Aquí, se está tratando de dar visos de legalidad a una cuestión absolutamente inconstitucional.

El ente mencionado, sin necesidad de que exista un proceso expropiatorio, puede designar a un supervisor, respetando a los órganos de decisión de estas sociedades. Excepciones a esta regla estarían dadas, de mediar una declaración de quiebra o si hubiese una intervención abierta, en que de acuerdo a la ley de Superintendencia de Banca, se procedería a poner un interventor. Esto se parece a lo que Lowenstein llama normas semánticas. Hay que imaginar toda una serie de cosas, para seguir los deseos del señor García y no, como en el caso de las normas normativas —valga la redundancia—, en que el gobierno debe sujetarse a la disposición.

En el Perú, las normas van al encuentro de la voluntad presidencial, lo cual es inexplicable en un Estado de Derecho que se respete.

Thémis: ¿Qué opina ud. del artículo por el que se varía el trámite para la acción de amparo?

Dr. Borea: Desde el punto de vista del amparo, se

tradictorias resoluciones que han emitido los jueces respecto de las acciones de amparo interpuestas?. ¿Cree que adolecen de deficiencias procesales? ¿Cuáles?

Dr. Borea: Creo que las resoluciones del juez Raffo y del juez Morán, en las primeras acciones planteadas frente a la intervención transitoria de los Bancos, por parte del Poder Ejecutivo, así como la decisión de la Corte Superior, que declara fundada la suspensión del acto reclamado, son válidas.

En lo que no estoy de acuerdo es con el amparo, que declaró procedente el juez Rodríguez Ayma, porque en ese momento, no podía suponerse cómo iba a darse la ley; él no estaba en disposición de presumir las voluntades del Senado y del Presidente de la República, quien, eventualmente, puede vetar la norma.

Una amenaza, para dar lugar a una acción de garantía, ha de ser concreta y no, como ocurrió en este caso, cuando el hecho era totalmente incierto.

Thémis: ¿Qué impresión le merecen los comunicados de la Fiscalía de la Nación en torno a la intervención de la Banca y su expropiación?

Dr. Borea: El señor Fiscal de la Nación tiene dos profesiones: es ingeniero y también abogado. Parece que, en sus comunicados, se ha dedicado al ejercicio de la primera.

No tienen ninguna lógica jurídica; el primero, fue desastroso y el segundo, sigue el mismo camino.

Thémis: ¿Considera, ud. que la no afectación de las sucursales de Bancos extranjeros resulta discriminatoria?

Dr. Borea: El artículo 112o. establece, con toda claridad, que los extranjeros en materia de propiedad, están en la misma situación que los naturales. A esto se ha llegado, tras una larga evolución en el Derecho del mundo, porque antes aquéllos eran tratados, primero, como enemigos y, luego, con una capitis diminutio asombrosa. Paulatinamente, se les fue dando un tratamiento similar al de los nacionales, hasta llegar a una situación de igualdad.

No obstante, en ningún momento, pueden ser más que los peruanos y eso lo consagra el citado artículo de la Constitución. Aquí, se invoca una norma de excepción, lo que me parece inconstitucional y que contradice eso de gobierno nacionalista, democrático y popular.

Además, no creo que el señor Rockefeller sea menos poderoso que el señor Dionisio Romero o que el grupo Wells Fargo sea más débil de lo él llama, el imperio de los Nicolini o de los Brescia.

Thémis: Para terminar, ¿cuáles serían, para usted, las ventajas y desventajas de esta ley?

Dr. Borea: Hemos analizado, como compete a una revista de Derecho, el aspecto jurídico de la cuestión, mas, desde otros puntos de vista, es absolutamente inconveniente, porque el poder económico queda en manos de un solo agente. Dicho agente, a la vez, es político, lo que implica que no puede haber ningún tipo de fiscalización sobre el monopolio peligroso, que pretende imponer el régimen. Aquél, sea público o privado, es malo, pero cuando se encuentra dirigido por particulares, queda el consuelo de la regulación por parte del Estado y ello no resulta claro cuando él mismo es el propietario.

Se va a dar lugar a una mayor concentración de poder, la cual, teniendo en cuenta la trayectoria del gobierno, no sólo es absorbente, sino inconveniente y excluyente. Durante estos dos años, el país ha constatado que, para obtener un trabajo y ascender en la carrera, se necesita carnet o padrino apristas. No hay razón para pensar que tal situación, en el caso del crédito, no se presentará.

Controlar lo económico y el aparato estatal puede conducirnos al totalitarismo. Así, podrá irse, indirectamente, en contra de la libertad de expresión, por medio del aviso, y de la iniciativa privada, ya que, si quiere perjudicarse a un opositor —buscando que permanezca callado o que, eventualmente, se halle controlado—, sencillamente, se le niegan los préstamos.

Políticamente, ahí está el riesgo, en tanto el factor de coacción, el vector fuerza, ya no —como en el tiempo de San Agustín o Santo Tomás— es solamente físico, sino que incluye la posibilidad de coaccionar, mediante presiones económicas.

La referida concentración sería utilizada, en beneficio de un determinado partido, conforme ocurrió en las elecciones de 1986, donde hubo un fraude escandaloso.

Asimismo, es perjudicial a la nación, si vemos que se destinarán, aproximadamente, cuatrocientos millones de dólares, según unos, y ciento cincuenta millones, en opinión de otros, en pagar a los banqueros el precio de sus empresas. Este monto pudo servir, en Lima, para ampliar el radio de los servicios esenciales y crear nuevos puestos de trabajo, pero no aprovecharlo en provincias, es realmente un crimen.

Con la cantidad mencionada, la carretera longitudinal de la sierra, que va de Cutervo a Cajabamba, beneficiando fundamentalmente al sector dependiente de la cuenca lechera de Cajamarca, podría concluirse, al igual que la que uniría Casma y Monzón y la Chimbote—Sihuas—río Marañón, que hubiesen integrado las vertientes del Pacífico y del Atlántico. También, se terminaría de electrificar el Perú, tanto con pequeñas hidroeléctricas, cuya implementación no requeriría de grandes desembolsos —la de Chima, en el departamento de San Martín, cuesta tres millones

de dólares—, como con la finalización de centrales, entre las que se encuentra, la de San Gabán, en Puno.

Inclusive, se comenzaría el proyecto de Olmos, calculado en un máximo de mil quinientos millones de dólares. El mismo tren eléctrico dejaría de ser una fantasía ...

Por lo expuesto, el balance acaba siendo negativo, en términos del desarrollo nacional y por el sistema recogido, que impide que el ser humano, fin supremo de la sociedad, llegue a colmar algunas de sus aspiraciones.

Estamos recayendo en una opción estatista, imperante desde la época de Velasco, que ha demostrado ser un fracaso. Esto se evidencia, en el escaso desarrollo alcanzado a lo largo de los últimos veinte

años y en que la tentación totalitaria se ha acentuado.

Pienso que, uno de los grandes errores del segundo período de Belaunde, estuvo en no revertir esta tendencia. Desgraciadamente, estamos acelerando ese proceso.

Thémis: Dr. ¿Quisiera agregar algo más?

Dr. Borea: Considero que Thémis es una revista que nos enorgullece a todos los de la Universidad Católica y espero que continúen con el estudio y la investigación en el campo del Derecho, para que, algún día, cuando tengan que cumplir funciones de responsabilidad en la conducción del país, no incurran en los mismos yerros de quienes nunca han estudiado y, por el simple hecho de hablar bien, creen que lo saben todo.



Entrevista a Javier Valle-Riestra Gonzales-Olaechea

El Senador Javier Valle Riestra, de las filas del Partido Aprista (PAP), fue otro de nuestros entrevistados. El también recibió a miembros de Thémis tras la aprobación de la ley, pero con posterioridad al Dr. Borea.

El Dr. Valle Riestra es un reputado constitucionalista, lo que se evidencia, entre otras cosas, por su destacada actuación en el seno de la Asamblea Constituyente, donde propuso varias de las instituciones recogidas por nuestra Carta Política de 1979.

Asimismo, ha escrito varios libros en el campo del Derecho Constitucional y, en el Senado, toma parte en las Comisiones de Constitución, Derechos Humanos, Reglamento y Justicia, de la que es presidente.

Se le honró, reconociendo su trayectoria, al designarlo como delegado del Perú, durante 1987, ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Thémis: ¿Cree Ud. que la estatización del sistema financiero y de seguros es una medida inconstitucional?

Dr. Valle Riestra: Yo he dicho claramente que no era uno de lo más entusiastas partidarios en fabricar una ley en torno a ello, pero las objeciones que se han planteado contra su constitucionalidad, no tienen asidero alguno. Si las resumimos, serían las siguientes: en primer lugar, que es una ley orgánica y que no ha sido votada como tal. No se trata de una ley orgánica, aunque la mayor parte de los artículos los hemos votado con treinta y un votos.

Ya García Calderón en su Diccionario de la Legislación Peruana señalaba que ese concepto correspondía a toda norma legislativa que regula, de manera inmediata, una institución creada por la Constitución, como, por ejemplo, la ley electoral o la de municipalidades. Sin embargo, la teoría moderna que prevalece al respecto es la que sostuvo contra mí Ramírez del Villar en un debate, hace dos años, ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. El afirmó que, a diferencia de lo que sucede en España, en el Perú, corresponde a las cámaras la facultad de determinarlo.

Como vemos no se trata de una ley orgánica, debido a que no estamos desarrollando una institución constitucional, sino frente a una expropiación, contemplada en nuestra Carta y regulada por el Decreto Legislativo 313. Por otro lado, las leyes que se tocan y que supuestamente serían orgánicas —la de la Banca y la Superintendencia—, son parte Decreto Ley y parte Decreto Legislativo. Como todos sabemos, las normas a las que venimos haciendo referencia, son necesaria-

mente aquellas que con mayoría calificada, aprueba el Congreso, buscando darles una mayor jerarquía. Se sostiene, en segundo lugar, que no es un servicio público. La definición de éste recae en el parlamento. Hay servicios públicos propios e impropios. Los primeros son los que realiza directamente la Administración: transporte, luz, educación, salud, etc. E impropios, los que están en manos de particulares, aunque podrían ser asumidos por aquélla.

El Estado moderno no sólo cumple funciones típicas de un municipio, sino que también —sobre todo en nuestro país— interviene en cuestiones industriales, económicas y militares, en vistas a garantizar su defensa y la función social a su cargo. Nosotros seguimos la tendencia de México y la de una sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales francés, que se pronunció sobre la supuesta inconstitucionalidad de la estatización hecha por Mitterrand hace cinco años. En ella se sostuvo que, conforme al párrafo noveno de la Declaración de la Carta Política de 1946 —que forma parte de la Constitución francesa de 1955—, la banca era un servicio público.

También se nos dice que hemos violado el principio de igualdad, al expropiar a los nacionales y no a los extranjeros: Banco de Tokio, Bank of America, Citibank, etc. ... Sin embargo, el principio de igualdad consiste en tratar igual a los iguales y de manera diferente lo que es distinto. Y es distinto, porque el Bank of America no tiene capital, sede social, junta de accionistas, ni directorio; simplemente, es una oficina que tramita líneas de crédito. De tal manera que si, por ejemplo, pretendiésemos expropiar el Citibank estaríamos clausurando un local, pero no haciéndonos

de la institución, porque lo fundamental en un banco es el nombre. El Perú no puede estatizar una entidad, que, como ésa, es una transnacional. Por lo tanto, este cuestionamiento no es válido.

En lo que se refiere a la declaración de emergencia, cabe hacer ciertas consideraciones: en primer lugar, las medidas de la intervención resultan explicables en una situación emergente, producida por la expropiación. Además, la situación económica nacional no requiere explicación, es de emergencia, de virtual bancarrota; la deuda externa no puede ser cubierta y las balanzas están desequilibradas. Lógicamente la banca no puede ser un asunto privado, —a diferencia de una fábrica textil o una metal mecánica, que pueden fundarse libremente—. Un banco crea dinero, es un centro neurálgico de promoción económica. La tendencia de la minoría capitalista es de autoprestarse, en detrimento de otros intereses que son tutelables. Es cierto que el burócrata es funesto y que no ha cumplido su rol bien, pero aquí debemos escoger entre el burócrata mediocre y el capitalista codicioso. Entonces, ¿cuál es el valor que debe prevalecer? La opción no es inconstitucional.

En lo que respecta al justiprecio, yo creo que la ley ha sido tímida, porque éste es el que fija la Administración y no el que establece el Poder Judicial, —el cual puede reajustarlo—. El art. constitucional señala que la expropiación debe ser hecha por utilidad o necesidad, previo pago de indemnización en dinero, que hace el gobierno a través de la Administración y, si el sujeto pasivo no está de acuerdo reclama ante el Poder judicial. La prueba de que el justiprecio se refiere al pago administrativo, está en que en el tercer párrafo del art. 125 se habla de los casos de calamidad y guerra. Si se tratara del judicial, habría que esperar la sentencia de la Corte Suprema, hay inundaciones, terremotos, lluvias, y se está esperando que ésta diga cuál es el precio para expropiar determinados terrenos o edificios que son necesarios para salvarse del desastre. O en el caso del estado de guerra, con las tropas enemigas en las puertas de la ciudad y teniendo que expropiar determinados bienes, habría que esperar el justiprecio judicial. La tendencia moderna busca acabar con estos mitos de la propiedad; lo que se tutela no es ésta en sí, sino el contenido económico de la misma. En una sentencia del Tribunal Constitucional español, hay un voto singular de Truyol Serra —que es un hombre sumamente valioso— en el que se dice que el pago puede ser relegado hasta el último momento y, no por eso, es inconstitucional. Esa es la línea de la Constitución peruana, porque mientras las Constituciones venezolana, argentina y colombiana señalan que la indemnización y la expropiación deben ser hechas por sentencia, la nuestra no lo dice, ni tampoco la española. No lo dice, a pesar que los señores del PPC —en la ponencia presentada por Rodríguez Vildósola, en 1978— sostuvieron que la expropiación debía ser previo mandato judicial. Así es que en estos momentos, el justiprecio, tal como se va hacer, —con-

signando en el juzgado— resulta constitucional y es sumamente tímida la posición del Gobierno. Al contrario, los que han aprobado no tuvieron por qué poner que las transferencias de las acciones recién se realiza cuando el juzgado la decreta. Eso ha debilitado la ley y podría permitir amparos. La tesis que yo sostengo es que la expropiación priva de la propiedad al sujeto pasivo y que, por lo tanto, éste no puede accionar en vía de amparo, pues ya no está defendiendo su propiedad debido a que le queda sólo un crédito. El amparo no es para cualquier alegato o lesión, únicamente procede para los derechos consagrados en la Constitución.

Pero la ley está reconociendo que la propiedad se mantiene hasta que el juez decida y por allí podría haber una filtración peligrosa, contraria a la doctrina y a la legislación comparada y, sobretodo, a lo que está manifestado en la Constitución. Esto no es lo que quiso el constituyente, ni lo que se interpreta superficialmente; sino lo que está en la norma, con una voluntad autárquica y autónoma.

Así que yo no le veo, sinceramente, la inconstitucionalidad a esta ley. Ahora si habláramos de su conveniencia o inconveniencia, sería otra cosa. Dudo muchísimo que los afectados puedan obtener —si llegan al Tribunal de Garantías— los seis votos que se requieren para declarar su inconstitucionalidad.

Thémis: El art. 153 de la Constitución del 79, establece que la banca no puede ser monopolio privado. Contrario sensu, ¿piensa que pueda ser monopolio público? ¿Estaría de acuerdo con el Dr. Borea cuando señala que no cabe una interpretación en contrario de la Constitución?

Dr. Valle Riestra: La interpretación en contrario creo que la hace Alberto Borea, porque si la Constitución dice que las actividades financiera, bancaria y de seguros no pueden ser objeto directa o indirectamente, de monopolio privado, el hecho que se construya un monopolio estatal no viola nada en absoluto. Lo que se está prohibiendo allí es el monopolio privado, relegándose a la ley señalar los requisitos, obligaciones, garantías y limitaciones de las empresas respectivas. No se trata de una cláusula "pétrea", sino que se ha dejado a la ley la facultad de regular, liberándose —de esta manera— de una supuesta rigidez.

Se trata de una Constitución que es una transacción, porque toda Constitución lo es. Como no es hecha por una clase sino por varias, y por diversos partidos, es como decía La Salle, la síntesis de los factores reales de poder y, como tal, contiene esas ambigüedades que la doctrina reconoce como lícitas.

Decía un juez constitucional que la Constitución no debe tener la rigidez de un reglamento de tráfico, porque está hecha para el futuro; se trata de algo que debe regir muchos siglos. Es lo que pasa con la Carta

Política estadounidense, luego de, doscientos años, no puede prevalecer el pensamiento de los cuáqueros que la redactaron en 1787, sino que se producen dos tendencias: el interpretativismo y el no interpretativismo, que son las que existen en los EE.UU. y que deben existir en la interpretación de toda constitución.

Volviendo a la nuestra, debemos reconocer que hubo una tendencia socializante, por la que no consideramos a la actividad bancaria como un asunto totalmente privado, sino que podía tener perfiles estatales, como se ha señalado en la reciente ley.

Thémis: Según el Dr. Borea, en el derecho Constitucional, a diferencia del Civil, el Estado sólo puede hacer lo que la Constitución le permite y no ir más allá. En su opinión, no se puede interpretar el art. 153 en el sentido de que permita el monopolio estatal. Para que ésto fuera así, tendría que haber un artículo expreso. ¿Qué piensa usted?

Dr. Valle Riestra: El monopolio que se combate en el mundo económico de hoy es el privado y no el estatal. Se trata de que no sean violadas las reglas de la competencia por los privados, y eso sucede tanto en los EE.UU., como acá. Además, la verdad es que el Estado en el mundo moderno es el titular de todas las cosas, de los bienes muebles e inmuebles, ya que la propiedad no es el derecho absoluto, perpetuo, invariable del *ius utendi* y *abutendi* que viene desde Roma. La propiedad se ha convertido en una especie de concesión que el Estado hace y que puede revocar, simplemente se reconoce su contenido económico. Si se observa el criterio absolutista de siglos pasados, uno cree que la propiedad es eterna y que los hijos, nietos y bisnietos la heredarán. Pero, examinemos por ejemplo, lo que ha posado en el Perú con la propiedad agraria: los azucareros —que han sido un poder tan importante— ¿cuántos años fueron propietarios? Sesenta, desde los fines de la guerra con Chile hasta 1968, en que los decapitaron y se acabó. O sea que ya no hay nada absoluto.

Por eso, creo que el art. 153 refleja el espíritu de lo que es la Constitución: todo parte del Estado, el cual lo deja transitoriamente, en manos privadas, prohibiéndoles monopolizar. Pienso que lo que la Constitución —que no puede ser interpretada como una ley civil— pretende decir es claro: lo único que queda prohibido aquí, es el monopolio privado. No puede inferirse la conclusión de Alberto Borea, creo que en ésto no ha actuado como constitucionalista, sino como político apasionado.

Thémis: Dr. Valle Riestra, el art. 152 de la Constitución enfatiza la función social que debe cumplir la banca en apoyo de la economía nacional. ¿Cree usted que el incumplimiento de esta norma sería causal válida para proceder a la expropiación? ¿considera que los seguros deben cumplir también con dicha función o se encuentran en una situación distinta?

Dr. Valle Riestra: En lo que respecta a los seguros no hay efectivamente, relación alguna que haya justificado su expropiación. Tan es así, que se ha retrocedido en el tema y se ha señalado que se puede expropiar no menos del 51 o/o, porque realmente, el papel de las Cías. de seguros en la marcha económica del país no es determinante, el de la banca sí, ya que es creadora de dinero. La Banca ya no es aquella del siglo XIX, en que un señor iba, depositaba sus ahorros, giraba un talón y se llevaba el dinero, ahora tiene un papel más decisivo. No es lo mismo en el caso de las Cías. de Seguros por lo que haber llevado las cosas a ese extremo no tenía justificación.

La actividad bancaria y financiera cumple función social de apoyo a la economía del país; precisamente por eso es que se ha producido esta expropiación. Simplemente se ha visto que la tendencia de los bancos ha sido actuar como un cartel, como un sindicato o circuito financiero, prestándose entre ellos mismos y a sus empresas, lo que es beneficioso para los intereses económicos de nuestra patria. Se ha estatizado, aún a costa de la burocratización para evitar el fortalecimiento de grupos de poder económico, pretendiendo que la actividad bancaria y financiera cumpla con ese rol social. Yo no soy apasionado de ésta ley y por eso prefiero limitarme a tratar lo relativo al amparo y el Habeas Corpus.

Thémis: Dr. ¿Qué convertiría una ley de expropiación en inconstitucional?

Dr. Valle Riestra: Por ejemplo, si en estos momentos se expropiara mediante una ley que no establezca la utilidad o necesidad. Si no las define, habría un error formal. Sería también inconstitucional la expropiación de bienes urbanos, salvo casos de calamidad pública o ensanche de poblaciones, pagada en bonos o a plazos.

Thémis: ¿Y la expropiación de los medios de comunicación?

Dr. Valle Riestra: Bueno, eso sería flagrantemente inconstitucional, ahí no cabe la posibilidad de expropiación. Otro ejemplo sería si pretendiéramos nosotros expropiar la banca y pagar la indemnización justipreciada por armadas o, en bonos de aceptación obligatoria de libre disposición. Allí sí procedería el amparo, por la propia inconstitucionalidad de la medida y porque realmente el derecho de propiedad estaría siendo conculcado; no tendría justificación. Otro caso sería el de una expropiación que pretendiese ser sin pago —como permitía la Constitución española de 1931— para la que dos tercios de las cámaras podían acordar la eliminación del pago justipreciado.

Si se cumple con la utilidad, con la necesidad y con el pago, justipreciado, es decir, con el pago en dinero de la indemnización, no hay inconstitucionalidad, lo que no significa que considere a toda expropiación como constitucional.

Thémis: Dr. ¿Qué entiende Ud. por servicio público?

Dr. Valle Riestra: Definido clásicamente por el Derecho Administrativo, es todo lo que es propio a la función del Estado que tenga un carácter uniforme, general y permanente: salud, transportes, educación, policía, etc., o esa definición, como dije antes, pertenece al siglo XIX, el Estado no sólo es eso, también es industrial, económico y militar. Eisenhower lo definía como un complejo industrial-militar. Lógicamente, en el mundo moderno, la banca no puede reducirse a un asunto particular, no obstante que tres señores se pongan de acuerdo para fundar un banco, sino que actúan como delegados del Estado, porque se les va a exigir requisitos de capital, de encaje y se les someterá a una vigilancia continua de la Superintendencia. Nos encontramos simplemente ante lo que es un servicio impropio, no clásico pero que hoy pertenece al Estado. La industria del cemento, al igual que la siderúrgica, eran vistas de una manera, pero, paulatinamente, el Estado tiende a asumir estas actividades, debido a que por su significación en los campos de la vivienda, militar y de la economía, no podían delegarse a particulares.

Thémis: ¿Cree Ud. que la actividad de las Cías. de seguros también puede considerarse como un servicio público?

Dr. Valle Riestra: Eso no lo creo, porque mientras que el mundo moderno la operación bancaria tiene necesariamente que ser utilizada por la población, el seguro de riesgo es otra cosa, en tanto está limitado a contratar o no una póliza. Algo muy distinto es la seguridad social, aquí ha habido confusión, pues se ha querido invocar el art. 14 de la Constitución, para justificar la expropiación de los seguros. Yo no veo la razón por la cual se los pudo identificar como un servicio público, ahí sí creo que puede haber un error jurídico, mas no por eso la ley deviene en inconstitucional. El Parlamento se puede equivocar en definir la utilidad o la necesidad, pero basta con que las declare, para que se conviertan en cosa juzgada y no haya nada que decir.

Thémis: Dr. finalmente, se aprobó la declaración de emergencia del sistema financiero, que permite proceder a la posesión provisoria, de conformidad con el art. 132 de la Constitución y el Decreto Legislativo 313, ¿considera que esta interpretación es constitucional? Si el Decreto Legislativo mencionado establecía la posibilidad de la posesión provisoria para el caso de un servicio público, ¿hasta qué punto era necesario recurrir a la declaración de emergencia?

Dr. Valle Riestra: La ocupación provisoria quedaba a criterio de los jueces, de quienes se desconfía, se trata de una desconfianza histórica, que, como lo recordé el otro día, tuvo La Revolución Francesa, en la que buscando prohibir las interpretaciones de las le-

yes por los magistrados, se dictaron normas expresas en ese sentido y fue creado el Tribunal de Casación.

En la Asamblea Constituyente, fuimos muy claros en que debía crearse la jurisdicción constitucional, porque no confiábamos en los jueces, los que, a la hora de un conflicto entre el poder y la Constitución, prefieren inclinarse ante aquel, sea político o económico. Entre la quincena y la historia, la quincena; entre la librea y la toga, la librea. Por ese temor a que, pese a que es servicio público y a que nos debían dar la ocupación provisional, no lo fueran a hacer, se ha recurrido al estado de emergencia, que no es traído de los cabellos. ¿No hay acaso una crisis grave y una situación de emergencia en el Perú, que debe catorce mil millones de dólares, que tiene una inflación que se está desatando, una condición económica precaria, una informalidad mayúscula y una alta tasa de desocupación? Eso es una verdad autocrítica.

Existen tres caminos para que el gobierno pueda ocupar estos bienes: en primer lugar, creo que, doctrinariamente, desde el pago del justiprecio, el Estado ya es propietario, con lo que, abonando al publicar la ley y las resoluciones ministeriales respectivas, la suma correspondiente, a los afectados sólo les quedaría un crédito; una segunda posibilidad está en el reconocimiento como servicio público, mientras que la tercera vía sería la declaración en emergencia, por la cual resulta posible la intervención. Eso no es inconstitucional, debido a que se encuentra librado al criterio del Congreso, que es el representante de la voluntad general e intermediario de la Nación. Por lo tanto, si el Parlamento, cumpliendo con las formalidades legales, lo decide, nadie tiene por qué rasgarse las vestiduras. Si el Perú estuviera en una situación idílica y dijéramos que hay crisis grave, sería una falsedad, pero en medio de la falencia en que se halla, reconocer por ley esa situación y decir que hay que intervenir la banca, no tiene nada de anticonstitucional.

Thémis: El comentario que acerca de la declaración en emergencia hacía el Diputado Borea, era que esta ley establece cuándo comienza la emergencia y cuándo termina lo cual es bastante arbitrario.

Dr. Valle Riestra: La ley no dice que la emergencia concluya en una circunstancia determinada, sino que, "habiéndose creado una situación de emergencia, intervengase la banca", etc. Lo interesante es que dicha situación no va a concluir, tampoco, por el hecho de que el Estado se haga cargo del sistema financiero; la emergencia va a continuar y la crisis de la economía peruana proseguirá, mientras no resolvamos estos valores constantes a que he aludido.

Realmente, en virtud de ese artículo, y de ese postulado, otras actividades estratégicas también podrían ser intervenidas, porque en estos momentos, el Estado peruano no puede ser un "Estado gendarme", que deje hacer y deje pasar, sino que debe actuar vi-

gilantemente sobre la economía nacional.

El Perú está sometido a distintas amenazas, provenientes del imperialismo, del exterior, de la banca foránea, del terrorismo y el narcotráfico. Ese Estado, lógicamente, se encuentra en crisis y necesita defenderse, por lo que no me alarmo ante esta declaración, aunque creo que habría bastado simplemente con sostener la tesis que he planteado claramente, consistente en que el justiprecio es el fijado administrativamente. Así, sólo se debatirán judicialmente el quantum de la indemnización y, eventualmente, el daño emergente y el lucro cesante. Vemos entonces que en base al incuestionable principio de reconocerse o autoreconocerse como propietarios, no habría sido imprescindible hablar del servicio público ni de emergencia; basta sólo con eso.

Creo que los autores de la ley no tuvieron un conocimiento claro de la expropiación y de lo que significa; ella no es una compraventa voluntaria, en que se discute con el vendedor los términos del acuerdo. Tampoco supone una compraventa forzosa, ya que la compraventa exige, de una u otra forma, un consenso. De lo que se trata es de una transferencia coactiva de la propiedad, en base al derecho de superioridad del Estado. Este y el particular en materia de dominio no son iguales; existe igualdad entre los hombres más no frente al Estado. Ello no quiere decir que los agentes estatales puedan vulnerar la libertad, que es anterior a cualquier otra cosa. Este artículo era suficiente; de manera que no habría habido siquiera necesidad de mencionar al amparo o que, reconociendo que éste cabe, se indicara que debe ser tramitado ante la Corte Superior.

Si estuviéramos en un país de jueces imparciales honrados y con ética, se hubiera dicho que se expropiaba por razón de utilidad y necesidad y que el justiprecio se señalaba administrativamente con lo que, de haber discrepancias, se ventilarían ante el Poder Judicial. Lo que ocurre es que nuestra judicatura no es la más calificada para intervenir en estas situaciones, en tanto se inclina frente al poder político o el económico.

Thémis: El Diputado Borea señala que pueden contradecirse, en la vía judicial, las consideraciones de necesidad y utilidad públicas, en base al criterio de razonabilidad ¿qué opina Ud. al respecto?

Dr. Valle Riestra: El Poder Judicial no puede sustituirse al Parlamento, que es autónomo. Con el mismo argumento y porque somos el primer Poder del Estado, también nos podríamos poner en lugar de los tribunales y discutirles el criterio de conciencia con que han actuado. Se trata de poderes autónomos interrelacionados, lo que no significa que las razones invocadas para definir si algo es útil o necesario, puedan ser debatidas ante un juez. De considerar el Congreso que algo es útil o necesario, no cabe que otro órgano pueda variar esa apreciación, aunque su funda-

mentación resultase frívola. Lo único que puede hacer el Tribunal de Garantías Constitucionales —productor negativo de normatividad— es examinar si, por razón de forma o de fondo, la ley resulta inconstitucional.

Lo que se pide al Legislativo es que en su procedimiento, en su *modus operandi*, cumpla con los trámites; es decir, que la norma tiene que ser aprobada por las dos Cámaras y no por una sola, que debe promulgarse por el Presidente de la República y que, de no hacerlo, no puede publicarse. Estos son los requisitos formales y extrínsecos.

Las condiciones intrínsecas están referidas a que lo que forma parte de la ley no se encuentre en contradicción con la Constitución; que ésta última —aunque sea implícitamente— permita legislar en un sentido y que, de presentarse una falta de pronunciamiento de la Carta Política en torno al tema, éste no se halla reñido con aquélla. Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional sólo podrá declarar la inconstitucionalidad, si descubre los errores in procedendo o in iudicando a que he aludido. Sin embargo, no estará capacitado para pronunciarse acerca de si algo no era útil o necesario, ya que de lo contrario, constituiría una tercera cámara y no simplemente un cuerpo encargado de indicar si algo se sujeta o no al texto constitucional.

Los jueces gozan de la facultad de preferir la Constitución a la ley, o sea, que en el raciocinio de sus sentencias, nunca podrán optar por la segunda antes que por la primera.

El amparo, finalmente, consiste en estudiar si el hecho de algún poder estatal o de sus agentes se enfrenta a nuestra Carta Magna. Si en alguna forma se viola un derecho, el magistrado puede disponer que se restaure la cosa al estado anterior, lo que no supone entrar al análisis de la constitucionalidad. Borea desarrolla la tesis de Bidart Campos. Esa es una opinión polémica de Bidart y de Quiroga Lavié, que, en todo caso y conforme a nuestro sistema, no es aplicable.

Thémis: Además, señalábase, en el caso de Quiroga, que los jueces podrían contradecir esta expropiación, si la ley fuera arbitraria, es decir, cuando se le quita a alguien, para darlo en exclusivo provecho a otra persona. Borea indica que aquí lo arbitrario estaría en otorgar la propiedad a otros accionistas, a través del accionariado difundido. ¿Qué opinión le merece esta apreciación?

Dr. Valle Riestra: Nuestra Constitución, el propio decreto legislativo 313 y la doctrina permiten la expropiación para terceros.

Aquí tenemos un sistema de jurisdicción constitucional, por lo que no es cuestión de ir al Tribunal de Garantías, para que éste, actuando políticamente, diga que no había utilidad ni necesidad.

Supongamos que, por razones de utilidad y necesidad, expropiamos, para ampliar la Plaza de Acho, todos los inmuebles que están alrededor de ella. Las consideraciones aducidas no se cumplen, pero se procede en ese sentido e, inclusive, se paga, con lo que el criterio que ha orientado a estos taurófilos no puede ser modificado por el Tribunal Constitucional.

De haberse dicho que se trataba de fines de reforma agraria, ahí sí estaríamos ante un asunto de fondo.

Thémis: Dr. Algunos acusan a esta ley de ser con nombre. Dicen que estaría discriminándose, porque, por un lado, se habla de un accionariado difundido y se fomenta la creación de bancos de trabajadores de empresas autogestionarias y de banca regional con un fuerte porcentaje de accionariado privado, mientras que, por otro lado, se expropia a unos propietarios, casi como si se estuviera afectando al grupo Romero o al Wiese.

Dr. Valle Riestra: La expropiación pretende reorganizar la situación bancaria y económica. De allí se desprenden el banco de los trabajadores, la regionalización de la banca y otros preceptos.

Se expropia en vistas de cambiar el estado de las cosas, por lo que no hay discriminación.

Lo que pasa es que el grupo puede tener nombre propio, porque, por carecer de accionariado difundido, es minoritario. Así, podemos ubicar cuatro grupos de poder.

El problema está en que, justamente por ser pocos, constituyen oligopolios y de lo que se trata, en el Perú, es de reconstruir el sistema bancario, con el objeto de ponerlo al servicio de la nación, arrancándolo del dominio de grupúsculos. Por eso es que a la medida la llaman nacionalización y no estatización.

Thémis: El artículo 20., inciso 20,1 de la Constitución señala que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada. A su entender, ¿la ley de expropiación estaría violando esta garantía constitucional?

Dr. Valle Riestra: Eso sí lo creo con sinceridad. Lo que la Constitución prohíbe es que ex post facto —es decir, luego de los sucesos—, se establezca un órgano o una legislación especiales para la cuestión. Ejemplo de ésto sería que se cometiera un hecho punible y, posteriormente, se sancionen disposiciones destinadas a tipificar al delito y la pena.

Lo ocurrido con el Presidente Leguía, que derrocado por el golpe de estado de Sánchez Cerro, es sometido a un tribunal ad-hoc de sanción nacional, formado tiempo después de aquéllo por lo que iba a ser procesado, es una muestra de apartamiento de sus jue-

ces naturales. El camino legal ahí era que la Cámara de Diputados presentara su acusación al Senado y, más adelante, se actuara ante la Corte Suprema; podría afirmarse que no había Congreso y, en todo caso, poner el asunto a consideración del máximo Tribunal de justicia, pero no de uno como el mencionado.

No obstante, la norma consagra un camino; no suprime el amparo ni señala un juez especial, sino que respeta el doble grado de que habla la Carta Política. Esta última exige que las cosas sean vistas por el Poder Judicial ordinario, en doble instancia y no en una sala.

Sostener que el nuevo hecho que se va a producir con la ley, sea tramitado de una forma, no está prohibido por el texto constitucional. Eso no supone crear un fuero particular ni apartar a nadie de su jurisdicción, porque no hay alguien designado específicamente para ver las causas relacionadas con los banqueros.

El Poder Judicial constituye un cuerpo colegiado y es tal a nivel de los magistrados de primera instancia, como de los de las Cortes Superior y Suprema. Podría haberse dicho, inclusive, que el debate tiene lugar en primera instancia ante la segunda sala civil de la Corte Suprema, que encomienda a uno de sus miembros el hacer del instructor; que el fallo resultante es recurrible ante la referida sala y que el recurso de nulidad se dirige a la Corte Suprema.

Muchos asuntos se ventilan directamente en la Corte Suprema, como los juicios de responsabilidad de los vocales supremos, del Presidente de la República y de los ministros y viceministros. Los reparos de la Contraloría General de la República son analizados en instancia única por la Corte Suprema, mientras que los expedientes de extradición se examinan exclusivamente en sala plena.

El legislador debe actuar dándose cuenta de la sociedad a la que pertenece; no es lo mismo legislar en Lima y el Perú, que hacerlo en Londres o Madrid, capitales de naciones altamente civilizadas y democráticas. En un país donde hay sospechas éticas de la conducta de la judicatura, hemos de llevar los temas polémicos en que se ventilan fortunas no a los jueces, sino a sus superiores, que tienen mayor preparación e invulnerabilidad.

Esa es la razón sociológica, pero la jurídica consiste en que siempre que se respete el doble grado y no se cree un fuero especial o posterior a los hechos, no se produce ninguna infracción constitucional. De eso, sí estoy seguro.

Thémis: Se han hecho algunos comentarios críticos acerca de que la indemnización sea en base a los últimos balances. En una de sus intervenciones en el Senado, Ud. comentaba que cuando la expropiación de la banca en Francia, el Consejo Constitucional de

ese país se pronunció en contra de la forma en que iba a determinarse el justiprecio ¿podría utilizarse esto como un precedente para cuestionar el mecanismo establecido por la ley aprobada o sería válido el criterio de señalamiento del monto a pagar fijado por el legislador peruano?

Dr. Valle Riestra: Nuestra Carta Política prescribe que la expropiación se hace por ley, en la que han de establecerse las normas de procedimiento, caducidad y abandono. Dichas normas están en esta ley y a ellas hay que remitirse. Precisamente, en las Cortes Superior y Suprema se tiene oportunidad de debatir e indicar qué es lo que corresponde como valor objetivo del bien, el daño emergente y el lucro cesante, a que se puede recurrir.

Se debe tener en cuenta que el Consejo Constitucional francés actúa apriorísticamente, es decir, que una ley puede ser sometida a consulta antes de su promulgación.

Si nuestra forma de pago fuera puesta a la consideración apriorística de un tribunal, sí resultaría constitucional, porque estamos pagando de acuerdo al primer párrafo del artículo 125 y no conforme al tercero, con lo que se infringiría la Constitución.

Hay que recordar que no ha faltado quien dijera que no se pague o alguien que propusiera que paguemos a plazos. De consagrarse alguna de estas opciones, se incurriría en una inconstitucionalidad. Aquí no se abona una cuota inicial, sino el total. Lo demás, que es diferente, constituiría un reajuste.

Thémis: La sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales no tiene efectos retroactivos. Sin embargo, ¿qué sucedería si mientras se está discutiendo el justiprecio en el Poder Judicial, la ley es declarada inconstitucional?

Dr. Valle Riestra: Si la ley fuera declarada inconstitucional, se desmoronaría la expropiación, de manera que el procedimiento de justiprecio quedaría en nada y todo volvería a fojas uno. Habría que archivar el proceso expropiatorio y el Parlamento, viendo las observaciones formuladas por el Tribunal de Garantías Constitucionales, tendría que reconstruir su norma, mientras que los banqueros regresarían a sus oficinas y todo continuaría como antes.

El principio es hágase justicia y perezca el mundo, por lo que los órganos de control jurisdiccional no han de actuar con un criterio político. En Colombia, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha dispuesto la inconstitucionalidad de un acto legislativo que, en 1978, modificó su Carta Política, con lo que quedaron sin sustento programas de integración nacional, desarrollo rural y alimentación y nutrición. También la creación del Consejo Superior de la Judicatura, del tribunal disciplinario de la justicia y de la comisión

nacional de plan o comité asesor del gobierno en asuntos económicos, junto con la reforma de los partidos políticos, corrieron la misma suerte en esa nación vecina.

Si el Tribunal Constitucional peruano, en contra de lo que he dicho, determinara la inconstitucionalidad, por razones formales o de fondo, todo se desplomaría, pues para eso existe. Como la ley rige para el futuro, si, por ejemplo, pudiésemos haber sometido a dicho tribunal la constitucionalidad del decreto ley de reforma agraria de Velasco, basándonos en que quien lo dio había usurpado autoridad y que sus estipulaciones eran violatorias de la Constitución de 1933, debido a que se no daba un pago real y efectivo, la declaración resultante habría sido un poco lírica; en este caso, en cambio, las cosas, atendiendo a la naturaleza de su expropiación, podrían ser reparables. Por más radicales que sean las consecuencias de lo acordado por el Tribunal de Garantías, éstas, como sucedió en Colombia, deben cumplirse.

Thémis: ¿Qué opinión le merecen las resoluciones judiciales, que, buscando resolver las acciones de amparo interpuestas, se han dado hasta el momento?

Dr. Valle Riestra: La primera, la de Raffo, fue constitucional y ajustada a la realidad, en tanto sostuvo que la intervención decretada por el gobierno, en agosto pasado, era lesiva o afectada presuntamente a derechos reconocidos en la Constitución, por lo que suspendía el acto reclamado. Allí sí tenía razón ya que no preexistía ley; en virtud de qué el Estado podría dar un Decreto Supremo suspendiendo las facultades de la junta general de accionistas y de los directores. Esa norma era copia de un Decreto dictado, en los días de Velasco, a raíz de la reforma agraria de 1969; ello pudo ser aceptado entonces por la fuerza de las bayonetas, pero no en este momento, de manera que Raffo sí cumplió con el rol de defensor del amparo, porque había evidentemente un contrafuero.

No obstante, las acciones posteriores y, singularmente, las ventiladas ante el juez Rodríguez Ayma, son inconstitucionales, en razón de pedirse la suspensión del acto reclamado, que haciendo referencia a la publicación de unos dictámenes en "El Peruano" y a que la expropiación lesiona derechos constitucionales. Así, este magistrado asumía atribuciones, con las que ni siquiera cuenta el Consejo Constitucional francés, que, con el objeto de evitar interferencias, sólo realiza un control apriorístico cuando la disposición ha sido sancionada.

En este caso, pese a no saberse el texto definitivo de la ley ni si habría insistencia por la Cámara de Diputados o si el Presidente de la República la promulgaría o no, Rodríguez Ayma, por sí y ante sí, hacía un control apriorístico y usurpaba funciones del Jefe de Estado, que es el único que puede observar, vetar o suspender lo que ya ha sido aprobado por el Congreso. Tales resoluciones, claramente aberrantes, cons-

tituyen un prevaricato, debido a que son contrarias al texto expreso de la normatividad, al punto que la tercera sala civil, presidida por el Dr. Chumbiauca, ha revocado los autos que, en lo relativo a la banca y a las compañías de seguros, suspendían el acto reclamado. Es presumible que cuando dicte la sentencia, en que seguramente declarará fundado el amparo, el Tribunal se la revoque, puesto que se está abusando del amparo.

En segundo lugar, en el Perú, se viola el principio, por el que toda resolución que afecte al Estado, ha de ser elevada en consulta. Por otro lado, el Código Penal prescribe que aquél que propicie el incumplimiento de las órdenes de la autoridad comete delito. Quien emitió el auto, al incitar a la desobediencia, lo hizo dolosamente.

Lo expuesto nos ha hecho preferir la referida opción, en aras de asegurar una mejor formación y más ética.

Asimismo, lo fundamental en la suspensión del acto reclamado está en que no puede basarse en una simple afirmación del perjudicado, que se reserva para su real ánimo las razones, sino que supone la irreparabilidad, que acá no estaba presente.

Se han contrariado los preceptos propios de la suspensión del acto reclamado, a los que en relación a situaciones de otra naturaleza, he recurrido en varias oportunidades.

Un ejemplo es el del Jockey Club, que sin proceso previo y sin que sus estatutos lo permitieran, determina, sustituyendo al Poder Judicial, que por haber incurrido un socio en defraudación, se ha de proceder a su expulsión. No hubo, para aplicar al señor Moral una sanción que corresponde a la justicia ordinaria, ni audiencia ni reglas preestablecidas. Como se trataba de una cuestión entre particulares, no se atentó contra los preceptos antes mencionados.

Tampoco se desvirtuaron cuando el General Hardy Montoya, Vice Decano de la Fuerza Aérea, pasado al retiro, a consecuencia de un proceso írrito hecho por oficiales de menor graduación y de una ley inexistente —no publicada en "El Peruano"— solicitó que se suspendieran los efectos de tal decisión. En los casos de Octavio Bertolero, quien era extorsionado por el General Jorge Zárate de la Policía Fiscal, y de la revocatoria por el Concejo Provincial de Lima de una licencia otorgada por la Municipalidad de Santiago de Surco, para el funcionamiento de un grifo, que ya contaba con un derecho adquirido, era lógico que procediese. Los jueces pueden dejar de aplicar una norma, que rige a la colectividad, respecto a un individuo. Aquí, se trata de una ley dirigida a un grupo y si la totalidad de éste, pidiera su inaplicabilidad, se le estaría dejando en suspenso, lo que no puede, mientras dura el debate, ni el Tribunal de Garantías Cons-

titucionales. En conclusión, como dijimos, hay un control apriorístico de una ley no nata; estamos ante un delito, al pretenderse que el dispositivo legal, una vez promulgado, no sea cumplido por las autoridades respectivas, y se usurpan atribuciones del Presidente de la República.

La doctrina discute, si procede que se interponga el amparo contra las leyes. En España, se niega esa posibilidad y en México, por la triple naturaleza con que cuenta —casación, control constitucional y derecho de garantía—, sí se admite. En el Perú, en cambio, existen un Tribunal de Garantías Constitucionales, la casación y acciones de garantía; vertientes que no deben confundirse. Eso nos animó a tomar la citada posición.

Thémis: Dr., algunas personas, recientemente han sostenido que en el caso de la estatización del sistema financiero, los accionistas podrían recurrir al Tribunal de San José de Costa Rica, alegando que su derecho de propiedad ha sido violentado. ¿Cuál es su impresión al respecto?

Dr. Valle Riestra: En primer lugar, la cláusula décimo novena del Pacto de San José de Costa Rica, señala que las personas pueden ser privadas, por razón de utilidad o necesidad, de su propiedad. Dice lo mismo que nuestra Constitución e, inclusive, si la examinamos es un poco más libre.

En segundo lugar, un caso ilustrativo es el de Tuman, Pucallá. Chicama y Laredo que, al recurrir a esta instancia, originaron la resolución número dos de 1985, en la que se declaró inadmisibile el reclamo presentado por esas sociedades anónimas. El fundamento de este fallo se encuentra en que el preámbulo de la mencionada Convención americana hace referencia a la persona, en tanto ser humano y no como ente colectivo.

Se podrá sostener, ante este precedente, que no los alcanza, debido a que se trataría de personas naturales y no jurídicas. El Tribunal de San José deberá cotejar lo prescrito en el Perú con las estipulaciones correspondientes del Pacto, de manera que, al constatar que son iguales, tendrá que declarar la inadmisibilidad de las hipotéticas reclamaciones. Sería sumamente peligroso que la citada Corte, organismo supranacional, pudiese entrar a discutir la legitimidad o ilegitimidad de las leyes dictadas por los Estados miembros.

En segundo lugar, el criterio moderno de propiedad, presente en algún instrumento interamericano, consiste en lo que el hombre necesita a efectos de expandir su personalidad, por lo que no se comprendería al oligopolio, al cartel del equipo de millonarios, del pandero de los ricos. No considero que eso sea tutelado por el Derecho Internacional.

Entrevista a Enrique Bernales Ballesteros

Luego de la promulgación y publicación de la ley 24723 y de producirse la toma por el gobierno de los Bancos de Crédito y Wiese, junto con la de la Financiera de Crédito, pudimos entrevistar al Senador Enrique Bernales.

El Dr. Bernales, maestro universitario de reconocido prestigio y, además, estudioso de las cuestiones sociales y constitucionales, ha publicado diversas obras, en torno a tales asuntos.

Se le considera como el vocero más autorizado del Partido Socialista Revolucionario (PSR) y es, indiscutiblemente, uno de los líderes al interior de la Izquierda Unida. Dentro de su Cámara, ocupa la Presidencia de la Comisión de Deporte y Recreación e integra las correspondientes a Constitución, Justicia y Familia y Población.

Thémis: Dr. Bernales, ¿Cree que la estatización del sistema financiero es inconstitucional?

Bernales: No. El artículo 125 de la Constitución no hace ninguna excepción en cuanto a la posibilidad de expropiar un bien —no importa cuál sea éste— si es que la ley cumple con tres requisitos: la declaración del interés social, el establecimiento de la necesidad del interés social y el pago previo en dinero de la indemnización justipreciada. No olvidemos, por otro lado, que en el art. 153 se establece claramente una limitación al sector privado, en cuanto a la posibilidad que pueda ejercer, de manera monopólica, la actividad bancaria. Más esto no es así en cuanto al Estado; hay fuentes provenientes del debate en la Constituyente que establecen esa posibilidad. E, inclusive, le puedo dar un dato adicional que se menciona poco: ya en el año 1931 nos encontramos que la Misión Camerer —que es la que sentó las bases para el establecimiento de los sistemas monetario, financiero y bancario en nuestro país— contemplaba en su dictamen la alternativa de que el Estado tuviese una intervención dominante, —y en determinados casos excluyente— en todo lo que se refiere a la actividad bancaria.

Thémis: El art. 152 enfatiza la función social que debe cumplir la banca, en apoyo a la economía nacional. ¿Piensa usted que el incumplimiento de dicha función constituiría una causal válida de expropiación? ¿Cree que las Compañías de Seguros se hallan en la misma situación?

Bernales: El art. 152 de la Constitución establece, en efecto, que las actividades bancaria y financiera cumplen una función de apoyo. Y es muy importante la forma como está presentado este artículo, porque cumplir no es ser. Hay un mandato que es de orden

constitucional y que exige que las referidas actividades se encuentren vinculadas a la economía del país y, en general, a la actividad de todos los sectores y de toda la población. De tal manera que su cumplimiento es de carácter obligatorio, es una especie de taxativa, de mandato, del cual no puede excusarse quien desarrolla la actividad bancaria. Tan cierto es esto, que nadie podría decir que, en el Perú, dicha actividad es una de libre empresa, que pueda funcionar en los mismos términos, supuestos y condiciones jurídicas que cualquier otra empresa privada de los sectores agrario, industrial o de servicios. No, hay una serie de características que están dadas por la ley de Bancos, por el B.C.R., por la Superintendencia de Banca y Seguros —que es el órgano de control directo—; las que determinan ciertas exigencias —que al mismo tiempo son garantías—. El fin de éstas es que los bancos puedan cumplir, efectivamente, con el requisito de la función social por un lado y, al mismo tiempo, puedan ser entidades que, al trabajar con fondos públicos, no vayan a causar situaciones que ocasionen una penalidad para aquéllos que hayan depositado su dinero.

Por lo tanto, pienso que, el no cumplimiento de la función social —que se constata por las vías del análisis económico, sociológico y político— puede ser una causal legítimamente invocable para proceder, bien a una intervención transitoria o temporal del sistema financiero, o bien para que se tome alguna decisión de mayores proyecciones en el tiempo.

Thémis: En su opinión, ¿tendrían los Poderes Legislativo y Ejecutivo la atribución de determinar el incumplimiento de la función social?

Bernales: No. Yo diría que el Ejecutivo, lo más que puede tener en esta materia, es iniciativa; al ejer-



COMO TARJETA DE CREDITO: Usted puede comprar en más de 5 mil establecimientos afiliados, incluyendo grifos, y pagar al crédito hasta en 10 meses.

COMO BANCO: Puede retirar efectivo en establecimientos comerciales.

Puede operar nuestra red de cajeros automáticos de Lima y Provincias.

Puede girar nuestro CHEQUEEFFECTIVO, el cheque garantizado por el Banco Latino.

Todo totalmente gratis. Venga al Latino...y llévese el banco en el bolsillo.

Latino
TARJETA BANCO

cerla, tiene a su cargo —de algún modo— las probanzas económica, política y jurídica, que determinan el incumplimiento de la función social. El Parlamento declara el interés social, por razones que competen al conjunto del país.

Yo creo que ésto es de la mayor importancia porque una de las objeciones que se ha esgrimido es que no se ha demostrado, jurídicamente, el interés social. Pero éste —al igual que el interés nacional— no es demostrable jurídicamente. La probanza se da en el campo de los hechos, en la dinámica de la relación social, cuya observación y estudio están remitidos a otras disciplinas: la Economía, la Ciencia Política y la Sociología.

Con respecto a la función social que deben cumplir los seguros, ésta se encuentra en su propia definición: se trata de una entidad que no está en el sector de lucro, en la medida que constituye la previsión de un riesgo posible; su finalidad misma es atender necesidades y situaciones de riesgo de personas y empresas. En dicha cobertura está dada su función social.

Thémis: El Dr. Valle Riestra sostenía que la diferencia entre estatizar la banca y estatizar los seguros estriba en que aquélla constituye una necesidad de gran parte de la población —tanto para el que ahorra como para el que invierte—. Por el contrario, los seguros son opcionales, no todo el mundo necesita asegurarse —debiendo distinguirse, en ese caso, la seguridad social de lo que es el seguro de riesgo—. Por lo tanto, para el Dr. Valle Riestra, la Banca cumple una función social mucho mayor que los seguros.

Bernales: Esa es la situación actual, pero la realidad es perfectible. Yo pienso que deberíamos marchar hacia una organización social, en donde todos tengan la posibilidad de acceder a un seguro de vida y a cubrir una serie de situaciones de riesgo. No entiendo la distinción por la cual, unas personas sí están en estas situaciones y otras no; evidentemente, ello hace alusión a que aquí muy pocos son propietarios.

Entonces, el concepto apunta a una constatación de hecho, la que me lleva a una conclusión de necesidad: crear condiciones en las cuales todos tengamos acceso a cubrir una serie de riesgos, los que a su vez están determinados por la necesidad de que crezca el número de propietarios, es decir, el número de peruanos que tienen un auto u otra clase de bienes que requieren de alguna protección.

Thémis: Dr. Bernales, de acuerdo con la Constitución de 1979, la planificación de la actividad económica puede ser indicativa o concertada, más no centralizada. En el hipotético caso que el Plan de Desarrollo se hubiera concertado con los empresarios, ¿cree usted que, ante su incumplimiento, procedería la expropiación del sistema financiero?

Bernales: El art. 111 de la Constitución es bas-

tante completo. En primer lugar esta planificación, en lo que se refiere al sector público, rige para el conjunto de este. Toda la política económica y social tiene que adscribirse a planes de desarrollo, puesto que la acción gubernamental en el Perú está determinada por éstos. Lo que sucede es que la vida de un país como el nuestro deja —felizmente— un amplio margen para la actividad privada, la cual debe concertarse con la planificación estatal. De tal manera que, una vez concertada, adquiera un carácter obligatorio. Por tanto, son dos los elementos sustantivos que están previstos en el referido artículo constitucional.

Lo que hay que lamentar es que, hasta el momento, no hayamos dado una ley que traslade al Derecho positivo esta prescripción. Y por esta situación —anómala, a mi juicio— nos encontramos con instrumentos de planificación que, desgraciadamente, no tienen la eficacia que debieran en lo que se refiere al sector público; además de no existir —real y prácticamente— planificación alguna en el sector privado. Hay situaciones en la vida económica del país que son en verdad demostrativas de lo que estoy refiriendo. Por ejemplo, la importación de insumos para producir bienes que son de carácter suntuario significa gastos excesivos de un recurso que poseemos de manera escasa: la divisa extranjera. Sin embargo, no hay forma de decirle al importador —o directamente al productor— que al país no le interesa, en verdad, un ejercicio libérrimo de importación de insumos industriales, que nos descapitalice con relación a otras necesidades que sí deben ser provistas.

Creo que hay que buscar alguna fórmula: Congreso Económico, Consejo Económico Social, una estructura participativa de empresarios y trabajadores, con alguna instancia de deliberación y proposición. El país requiere de un mecanismo que, efectivamente, tienda a la planificación democrática y a la formalización de la concertación con carácter obligatorio.

Thémis: Insistiendo en este punto, Senador, hay quienes dicen que la expropiación no sería válida, puesto que en el Plan de Desarrollo no se hace referencia a la función social que deben cumplir la banca y los seguros. ¿Cree que éste es un argumento válido para cuestionar la ley?

Bernales: No, porque la función social está determinada por mandato constitucional. De tal manera que, el hecho de que tengamos un vacío en el Derecho positivo respecto de cómo se hacen los conciertos económicos y financieros, no exime a la banca de cumplir con su función social.

Thémis: En "Constitución y Sociedad Política", libro que usted escribió conjuntamente con Marcial Rubio, se hace la siguiente afirmación: "Por lo tanto, debe entenderse que la parte final del art. 152 es una norma especial que limita fuertemente, por la misión especial que cumplen las instituciones financieras y

bancarias, la libertad de industria y comercio y la aplicación de los criterios de la economía de mercado a la decisión sobre los recursos financieros. Como es lógico, ello implicaría que **para las instituciones financieras, la planificación no actúa bajo concertación, sino que les fija márgenes de obligatoriedad**".

Bernales: Es evidente que en ésto, como en el conjunto de la normatividad jurídica, hay que atender no sólo a la naturaleza de las cosas sino a la naturaleza de las actividades. Ya he señalado con anterioridad que una empresa bancaria tiene características singulares, que la diferencian de empresas que actúan en el campo de actividades como la industrial, comercial o de servicios; aquí estamos frente a empresas de naturaleza especial, a las que ahora la ley ha definido como de servicio público, precisando más su concepto y ubicando su actividad en el campo donde —correctamente, a mi juicio— deben de estar.

Por lo demás, y en abundancia de lo que Marcial y yo hemos señalado en ese libro, hay que recordar que, mientras todo lo que se refiere a la actividad empresarial está consignado en el Capítulo IV del Título III del Régimen Económico, los bancos tienen un tratamiento por separado, se encuentran en el Capítulo IV. Si la Constitución hubiese querido que no existiera ninguna diferencia entre las empresas bancarias y el resto, las hubiera tratado conjuntamente en un mismo capítulo; pero si las distingue es porque quiere precisar, justamente, que ellas tienen una naturaleza específica y, por lo tanto, las somete a un tratamiento jurídico también diferente. Así, el art. 152 establece un conjunto de obligaciones que no incluyen, solamente, a la función social de apoyo a la economía del país, sino también el sometimiento de la actividad bancaria a planes de desarrollo que tienen que ver con las necesidades de los distintos sectores productivos de la población. En otras palabras, ¿con qué trabaja la banca? con el recurso financiero, ¿qué cosa es la banca? un agente de crédito y, como tal, tiene la obligación de poner este recurso al servicio de las distintas necesidades que requieren un financiamiento. La ley simplemente establece determinados requisitos —que se llaman garantías— para que se dé cumplimiento de la actividad bancaria, pero éstos mismos nos demuestran que no estamos en el mundo de la libertad empresarial absoluta y discrecional.

Thémis: ¿En su opinión, los planes de desarrollo en lo que respecta a la banca serían obligatorios, sin requerir de concertación?

Bernales: Lo uno no excluye lo otro, porque dentro de la actividad bancaria hay aspectos —tal vez los esenciales— que están directamente vinculados a los planes de Desarrollo. Pero hay otros —como su expansión en cuanto a diversas líneas de servicios, fortalecimiento de su patrimonio, etc.— que pueden perfectamente entrar dentro del plano de la concertación. No olvidemos que ésta, una vez formulada, es de carácter

obligatorio. De manera que yo no encuentro contradicción entre una cosa y otra. En el caso de la banca, la planificación tiene un carácter obligante previo que no excluye —en el conjunto más amplio de las actividades que puede desarrollar— que se entre también en la línea de la concertación.

Thémis: ¿Qué sectores de la Economía no podrían ser expropiados, según nuestra Constitución?

Bernales: De suyo —si nosotros hacemos una lectura atenta de la Constitución— podemos perfectamente sostener que no hay ninguno que no pueda ser intervenido, ni tampoco expropiado. Toda actividad económica configurada como empresa generadora de bienes —sean éstos muebles o inmuebles— es expropiable. Es más, yo haría la siguiente reflexión: si una casa —que es un bien inmueble que otorga la seguridad de la vivienda a quien la tiene como propiedad— es expropiable, ¿cómo no va a serlo una actividad lucrativa? Si un bien tutelado especialmente como la vivencia es expropiable por razón del interés social, tenemos claramente que deducir que también las actividades empresariales, económicas, generadoras de una utilidad y, al mismo tiempo, ubicadas en algún sector de la producción, son también expropiables. Lo esencial es que, en todos los casos, se respete esta regla: la existencia de un interés social —es decir, superior— que el Estado se vea precisado a declarar, para poder atender a una necesidad social mayor.

Thémis: ¿No se estaría cambiando de régimen económico? ¿No alteraría ésto el concepto mismo de una Economía Social de Mercado?

Bernales: No, porque justamente el concepto del interés social introduce allí un punto de obligatorio cumplimiento. No olvidemos que el principio genérico es que la propiedad es inviolable y que sólo por razón del interés social, declarado por ley, se puede proceder a la expropiación. Pero el principio es la inviolabilidad y corre por cuenta del Estado la carga de la prueba. Cuando se da ley, tiene que sustentar y probar en sus fundamentos el interés social.

Thémis: ¿Considera que el interés social ha sido probado en esta ley?

Bernales: Si, aunque desgraciadamente la dimensión de debate político que tomó el asunto, desde que fue anunciado el propósito por el Presidente de la República, ha impedido que exista la calma y el desapasionamiento que eran realmente necesarios para hacer el análisis de la situación económica, referida al sistema financiero nacional. De haber existido esos elementos se habría verificado, ciertamente, un estado abusivo y negatorio de la Constitución; lo que ha existido en el país ha sido una concentración del sistema crediticio y una asignación de crédito terriblemente arbitraria y discriminatoria.

Yo no quisiera agotarlos con una descripción muy pesada en el análisis de este tipo de probanza, tan sólo mostrarles un dato que, a mi juicio, es muy relevante para demostrar lo que estoy diciendo. Fíjense ustedes, en el país —de acuerdo al informe estadístico del I.N.E.— hay 339,314 empresas formalmente registradas en los sectores de comercio, servicios, minero, agrícola, industrial, etc. En el área industrial —que es la más importante, porque da mayor valor agregado a su producción— tenemos un total de 11,977 establecimientos divididos entre pequeñas, medianas y grandes empresas. En cualquier país, el principal sujeto de crédito es la empresa —cualquiera que ella sea— porque ésta no sólo requiere trabajar con capital propio, sino que su proceso productivo necesita de crédito adicional para cubrir sus costos y expandir su mercado. Ahora bien, si la banca en el Perú cumpliera adecuadamente su función de servicio al desarrollo del país, teóricamente estas 339,314 empresas deberían ser sujetos de crédito. En el supuesto que no lo sean, podríamos pensar en la mitad de ellas. Y si no logran cubrir la mitad, deberíamos por lo menos aspirar a que las empresas industriales —que son las que mayor riqueza producen para el país, las que generan más empleo, etc.— las 11,977 existentes, tuviesen acceso al crédito. Sin embargo, lo terrible, lo trágico, es que la estructura del crédito en el Perú nos demuestra que apenas hay 500 grupos prestatarios, los que suman un total de 2,680 sujetos de crédito significativo y que absorben el 33.8 o/o de éste. Al 30 de junio, en el total del sistema —incluyendo a las personas naturales jurídicas— los sujetos de crédito que tiene el Perú ascienden a 96,437. La variabilidad de éstos cambia de mes a mes, pero el padrón o registro de deudores de la Superintendencia de Banca y Seguros es de 220,000. Sea que unos cancelan su deuda, se entran otros, pero esos otros que entran nunca son nuevos, están siempre registrados en el padrón. Eso se llama pobreza y se llama concentración del crédito. ¿Pueden ustedes, entonces, suponer qué hacen aquellas empresas que trabajan sin crédito? ¿Creen que pueden sostenerse, ser realmente productivas, contratar y absorber mayor empleo? Entonces, ¿a quién sirve la banca en el Perú?

Más allá del momento en que se anunció la estatización, de los defectos que pueda tener la ley y de una medida que, evidentemente, tuvo todos los visos de ser improvisada, a mí lo que me interesa es la justicia de ésta con relación al servicio que prestaba la banca y con relación a las necesidades objetivas del país. Y yo llego a una conclusión de pleno y absoluto convencimiento respecto de su necesidad. Ahora, dentro de cincuenta años a lo mejor este país crece, se desarrolla, adquiere tal estabilidad económica, que puede llegar a ser necesario que el Estado no tenga el control del sistema crediticio. Yo no soy un estadista por convicción —en esto me diferencio de otros que sí creen que la única solución posible es la estatización— pero pienso que ahora, en estos momentos y debido a las circunstancias históricas que vive el Perú,

la democratización del crédito exige la nacionalización y estatización de su sistema financiero. Definitivamente.

Thémis: Dr. Bernal, ¿ha habido diferencias, en el tratamiento dado a los deudores, entre la banca asociada y la privada?

Bernal: Ha habido diferencia, pero a mi juicio no es muy significativa. Fíjense ustedes, el total de lo que la banca asociada ha prestado al sector privado constituye el 36 o/o de su crédito. Para mí, esto es excesivo, la banca asociada —por su propia naturaleza— ha debido estar más vinculada con el apoyo a empresas públicas o de carácter asociativo. Sin embargo, el 36 o/o de su crédito ha estado asignado a los propios grupos empresariales que tienen el mayor acceso y la mayor participación en el crédito privado. Por eso, yo he sostenido que la banca asociada requiere también una reforma de los criterios con los cuales asigna sus recursos, porque si sigue pidiendo como garantía principal la propiedad, —en un país donde casi nadie es propietario—, evidentemente siempre serán más los que no accedan al crédito, que los que tengan participación en él.

Thémis: De acuerdo con las estadísticas que usted ha mencionado, tanto la banca privada como la asociada han sido igualmente incapaces de democratizar el crédito. ¿Qué es, entonces, lo que lo lleva a la convicción de que con la expropiación la banca asociada va a cumplir con una función social que, en todos los años que tiene de existencia, no ha tomado en cuenta?

Bernal: ¿Sabe quién dió la mejor respuesta a esa objeción? Dionisio Romero, cuando dijo en la televisión: “nos han afectado tremendamente, porque nos han quebrado el espinazo”; con eso, lo dijo todo. El problema de la estructura del sistema bancario no estriba en que la banca privada tenga “x” porcentaje y la asociada el resto. El problema es de poder. Los grupos que giraban en torno a la banca privada controlaban, al mismo tiempo, la producción industrial, el comercio, la exportación, la importación, la pesquería, la minería, etc.; hacían sistemáticamente frente a la banca asociada, lo que recién ahora han oficializado: el chantaje, “o me prestas, o no produzco”. Como tenían este inmenso poder, la banca asociada terminaba siendo, finalmente, una entidad o sistema vinculado a criterios de funcionamiento similares a los de la privada, cuyos propietarios eran, en su mayor parte, los mismos dueños de la estructura productiva del país. Es evidente que, al unificarse el sistema bancario, el Estado va a tener una mayor independencia frente a la presión de estos grupos que, en un gran porcentaje, poseen empresas que funcionan con un carácter oligopólico. La independencia del crédito es una garantía para poder asignarlo sin que se vea sometido a una presión de poder. Es decir, el Estado va a tener mayor libertad para decir “muy bien, yo a tí te

asigno este crédito, pero me interesa también que esta empresa asociativa produzca y compita contigo”.

Thémis: ¿Sería entonces necesaria una ley que reforme el sistema bancario?

Bernales: Justamente nosotros tuvimos una iniciativa, en el sentido de darle un plazo al Poder Ejecutivo para que presentase el proyecto de Ley. Desgraciadamente, el Apra no aceptó y ha decidido que sea el propio Ejecutivo el que —vía delegación de facultades a través de un Decreto Legislativo— dé el instrumento correspondiente. La verdad es que yo tengo mis dudas de que puedan hacerlo con la profundidad y la proyección de eficacia que esto requiere, pues estoy absolutamente convencido de la necesidad de reformar el sistema financiero.

Thémis: Volviendo a una pregunta anterior, si decimos que, constitucionalmente, toda actividad privada es expropiable, ¿no iríamos en contra de la idea de un Estado promotor del acceso a la propiedad en todas sus modalidades y del pluralismo económico que la sustenta?

Bernales: Yo no creo que haya oposición. El Estado peruano —de acuerdo con nuestra Constitución— es un Estado de promoción, pero también de intervención, sea para regular o para producir, cuando las circunstancias lo aconsejan. Entonces, el principio es la propiedad, la excepción es la expropiación. En varias ocasiones, puede darse el caso de que el Estado tenga que expropiar un bien concentrado, para poder promover un mayor acceso a la propiedad; de manera que no hay ninguna contradicción entre una cosa y otra. La finalidad de la promoción es crear un país donde se extienda la propiedad y, si ésta se encuentra concentrada, habrá que hacer una reforma en ese campo para permitir un mayor acceso de la población al bienestar.

Thémis: ¿Considera que la compra de acciones por los trabajadores del Banco de Crédito es un ejemplo de cómo promover el acceso de la población a la propiedad?

Bernales: No quiero caer en subjetividades, porque aparentemente hay mucha discusión en torno. Yo creo que, si los trabajadores del Banco de Crédito han sido adquirentes de buena fe; si no se han prestado a lo que se llama el fraude en la ley —y que, entre peruanos, se conoce como “sacar la vuelta”—; si su conducta no expresa una especie de desplazamiento que les hace perder sus convicciones y condición de trabajadores independientes, para convertirse en testaferros de quienes, mediante esta maniobra, han disfrazado su control verdadero y persistente en la propiedad de ese banco; si ninguna de estas cosas han sucedido y, efectivamente, ha habido una voluntad real de que sea un colectivo de trabajadores el que ejerza con plena independencia la propiedad, no habría absolutamente

nada que objetar. Pero un trabajador, cualquiera sea su situación respecto del contratista, patrón, o como quieran ustedes llamarle, no puede nunca jamás renunciar o degradar su condición de tal. Para mí se trata de una exigencia implícita y demandable en la conducta de toda persona que tenga situación laboral y jurídica.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la sustancia misma del Proyecto y de la Ley, busca que el accionariado difundido sea una promoción desde el Estado hacia el acceso a la propiedad mediante colocaciones que no vayan más allá del 30 o/o, tratándose de la banca con sede en Lima que tiene un carácter nacional, y del 70 o/o como máximo, en el caso de la banca regional. Creo que el espíritu de la ley no puede distorsionarse, no sería correcto.

Thémis: Como usted señaló, la posibilidad de una intervención transitoria de la actividad económica por parte del Estado, es claramente excepcional. Una vez salvada la situación de emergencia deberá de regresarse, en la medida de lo posible, al estado anterior. ¿No sería éste un argumento más para insistir en que la Constitución busca evitar que el Estado acapare la actividad económica?

Bernales: Si, pero la intervención tiene su propia lógica. Aquí se ha tratado de vincular una cosa con otra ¿no es cierto? Yo creo que es necesario ser muy claros en este punto: no se requiere que un bien sea expropiado para que se produzca una situación de emergencia. No un estado, sino una situación, que se presenta por una contingencia imprevista, por un accidente. Supongamos que este problema que ha habido el lunes pasado en Wall Street hubiera tenido repercusiones internacionales de pánico colectivo, como sucedió en 1929, de tal manera que la reacción aquí en el Perú —olvidémonos, por un instante, que hay una ley de expropiación— hubiera creado el riesgo de una quiebra bancaria en cadena ... ¿Qué debería hacer el Estado? Aplicar el art. 132; y eso no implicaba, para nada, afectar la propiedad. El bien mayor era evitar los efectos del pánico en el conjunto del país, por lo que el Estado debía intervenir y tomar medidas transitorias. Evidentemente, el Directorio del banco tendría que suspender sus actividades, porque la necesidad nacional obligaba a atender la situación emergente con una medida de intervención. Los días anteriores, estos bancos eran boyantes, no pasaba nada, pero el lunes tenían que ser declarados en emergencia —o constatarse que ésta se había producido—.

Podría citar ejemplos en otros sectores de la actividad económica, de manera que no se puede decir que la intervención es un atentado contra la propiedad. Además, el art. 127 refuerza esa idea, porque dice: “La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condi-

ción o ubicación". En este caso es evidente que, si hubiera existido menos tensión, menos pasión, tal vez la transferencia de la propiedad decretada por la ley se hubiera producido sin necesidad de intervención alguna, porque no se había producido una situación de emergencia. Pero aquí, el hecho real es que la reacción de los banqueros fue de tal naturaleza que, ellos mismos, —no por razón de la expropiación, sino de su actitud— crearon una situación de descalabro bancario, pusieron en emergencia sus propios bancos. Hay que ver nomás las corridas auspiciadas por los dueños de los bancos Latino y Mercantil. Nadie me puede decir que éste último no tenga una situación de emergencia, comenzando por su propio Presidente, quien es el primero que está en emergencia —médica, por supuesto—. Entonces, frente a eso, ¿qué queda?

Si estamos viendo las maniobras que se han hecho para "sacarle la vuelta" a la ley, ¿Acaso se pretendía que, cuando finalmente el juez ordenara la transferencia de la propiedad, el Estado se encontrara con que dentro de los bancos sólo quedaba una ventanilla? ... si es que todavía estaba allí.

Ustedes saben que hay principios fundamentales del Derecho que cautelan y tutelan los bienes adquiridos, o por adquirir. El único derecho que tiene el expropiado es el pago, nada más.

Thémis: En el caso de Wall Steet, la situación de emergencia surge de un factor extrínseco a la intervención misma. Por el contrario, la ley de expropiación es la que crea la emergencia y decide que ésta terminará cuando los bancos pasen a manos del Estado. ¿No la considera algo arbitraria?

Bernales: Tengan en cuenta que el art. 7o. no declara la emergencia, sino que la constata: "Por razón de interés nacional y habiéndose provocado situaciones de emergencia ...".

Además, tú has dicho bien, bastaba con el art. 1o. para que el Estado solicitase la posesión provisoria, de acuerdo al art. 61 del Dr. Leg. 313. Claro, ésto habría sido posible si la expropiación se hubiera producido en un clima de tranquilidad —relativa, si quieres, pero tranquilidad al fin y al cabo—, pero no (permítame la licencia) cuando se ha generado un auténtico despelote. O sea, si queremos ubicarnos en el terreno de la dialéctica, el Estado tiene que responder a las situaciones sociales que se le plantean, en tanto retos. Aquí ha habido, desde el comienzo, un enfrentamiento sistemático y es evidente que nadie, en su sano juicio, puede pretender el desarme legal y la impotencia del Estado. De producirse éstos, tendríamos que preguntarnos si una sociedad sin Estado no es, acaso, aquélla en anarquía, donde prima la ley del más fuerte.

Thémis: Dr. Bernales, ¿qué entiende usted por servicio público?

Bernales: ¡Vaya! Yo creo que toda definición es siempre provisional; además voy a darla a pesar de no tener a mano ningún texto de Doctrina al cual referirme. Pero hay un elemento, un dato, que me parece importante señalar o rescatar: el servicio público está determinado por la necesidad social y por el acceso garantizado al público; su esencia es el público.

Thémis: ¿Para usted, el sistema financiero y la actividad de seguros se encuentran ubicados dentro de esta definición?

Bernales: La misión Camerer lo dice sin ningún problema, y la menciono porque fue ella la que organizó el sistema bancario en el Perú.

Por lo pronto, trabaja con fondos públicos. En segundo lugar, está remitida a la necesidad de emplear el crédito, en vinculación directa y subordinada a las actividades económicas y, por último, a las necesidades de la planificación. Aquí hay tres elementos, más que suficientes, para entender la naturaleza pública del servicio que presta la banca.

Thémis: ¿Y los seguros?

Bernales: Por lo mismo, porque están dentro del sistema financiero. Además, trabajan también con fondos públicos.

Thémis: ¿Existe contradicción en el hecho que, por un lado, la banca y los seguros son un servicio público y, por el otro, se permite un accionariado difundido, que puede llegar al 70 o/o en el caso de la banca regional?

Bernales: No, porque ustedes saben perfectamente —de acuerdo a la Doctrina y a la Teoría del Derecho— que el servicio público se puede prestar de manera directa o indirecta; que puede tener carácter ordinario o extraordinario; hay distintas modalidades. El servicio público no necesariamente lo tiene que prestar el Estado, también lo puede delegar a particulares. La educación, ¿es un servicio público? ¿La presta el Estado, exclusivamente, o también los particulares? ¿Y qué cosa es la salud si no un servicio público? y la prestan el Estado y los particulares.

Thémis: Dr. Bernales, ¿qué opina del Decreto Supremo que ordenó la intervención de la Banca y de las acciones de amparo que se interpusieron contra éste?

Bernales: El Decreto No. 158 era realmente lamentable; yo creo que se justificaba cualquier tipo de amparo frente a una norma tan mal redactada y que pretendía para el Estado un derecho que éste no tiene. No se puede disolver la Junta de Accionistas —que es la titular de la propiedad— mientras no sea transferida ésta. Solamente eso era causal más que suficiente para presentar acciones de garantía con relación al decreto, aunque no con relación al debate de la ley.

Thémis: ¿Cabría una acción de amparo contra la ley?

Bernales: No pues, ni hablar. Eso no tiene ni pies ni cabeza.

Thémis: El Diputado Borea sostiene que los jueces pueden contradecir judicialmente la determinación de necesidad y de utilidad públicas, basándose en un criterio de razonabilidad. ¿Está de acuerdo con esta afirmación?

Bernales: Que lea, y que aprenda lo que ha escrito.

Thémis: El Senador Valle Riestra —a quien entrevistamos no hace mucho— nos decía que la opción de la ley no había sido absolutamente clara, puesto que debió de haber establecido que, la transferencia de propiedad a manos del Estado, se producía desde el momento en que consignaba lo que consideraba como justiprecio, y no después de seguido el procedimiento judicial. En su opinión, el justiprecio en el Perú —a diferencia de otras legislaciones— no es el judicial sino el que se fija administrativamente. Para él esto habría evitado que, en un momento dado, se pudiera alegar la existencia de un derecho constitucional porque lo único que poseían los antiguos propietarios era una simple acreencia frente al Estado, es decir, un derecho obligacional y no un derecho de propiedad. ¿Qué piensa usted?

Bernales: Es evidente que la vía que sugiere el doctor Valle Riestra legalmente es posible, pero yo no sé si, en el contexto socio—político del debate, era lo mejor. En todo caso, lo que sí es cierto, es que la ley es terriblemente ambigua, confusa, híbrida; no me gusta la ley. Creo que se debió hacer un esfuerzo de claridad, de mejor concepción en la arquitectura jurídica de la misma; va a ser sumamente difícil de aplicar.

En todo caso, para ustedes —que son estudiantes de Derecho— lo sucedido debe constituir el mejor testimonio, la mejor reflexión, de cómo no se debe discutir ni aprobar una ley tan compleja. Hacer concesiones por buscar la conciliación, no hace otra cosa que llenar de oscuridades la norma; en ese sentido, lo que ahora está sucediendo en casos como el de la compra de acciones, proviene, justamente, de sus ambigüedades, vacíos y presuntas concesiones.

Pudo haberse fijado la fórmula del justiprecio en la misma ley, pero entendamos que éste es el pago justo. ¿Pago justo es el valor de las acciones en libros? No, por una razón muy sencilla: porque en una venta forzosa hay daños y perjuicios, hay expectativas de ganancias que son eliminadas —me estoy refiriendo

a un criterio estrictamente jurídico— y, en ese sentido, es evidente que no se puede expropiar sólo con el pago referido al valor en libros, sino que hay que incorporar al concepto de justiprecio, aquellos derechos expectáticos que son eliminados por razón de la venta forzosa. Ahora, es evidente que ese pago puede hacerse luego de una serie de deducciones y depreciaciones sobre el bien administrado: la ganancia acumulada, etc.; porque esos también constituyen criterio de justicia.

Thémis: Otras dos razones para discutir la constitucionalidad de la ley son, por un lado, la discriminación frente a la banca extranjera y, por el otro, que el art. 7o. que aparece en ésta no fue el mismo que el Senado aprobará. ¿Qué impresión le merecen estos argumentos?

Bernales: Bueno, voy a plantearles una pregunta: supongamos que mañana la Superintendencia de Banca le cancela la licencia de funcionamiento al City Corp y éste tiene que irse, junto con todas las demás sucursales extranjeras que tienen autorización para funcionar en el país. Una vez que se han ido, se presenta una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. ¿Qué podría resolver éste, si las sucursales han cerrado sus oficinas y se han ido? Ya no existiría banca extranjera en el Perú. Lo fundamental que ustedes tienen que entender, es que debe tomarse en cuenta la naturaleza de las cosas. Si las bancas extranjera y nacional estuvieran en igualdad de condiciones en el Perú y la ley sólo toca a la nacional, habría una discriminación. Pero las sucursales extranjeras funcionan con una autorización, no tienen capital social —sólo de trabajo—, no tienen Junta de Accionistas; dependen, simplemente, de una autorización que se da a nivel administrativo.

En lo que respecta al art. 7o. éste, verdaderamente, no es el que se aprobó en el Senado; por error se aprobó el artículo que nosotros presentamos, pero se aprobó. Sin embargo, ustedes saben que —de acuerdo con la Teoría del Acto Jurídico— el error de forma no anula el acto, se supera haciéndole las necesarias correcciones, porque no es un vicio absoluto de la voluntad. Definitivamente se ha actuado mal en esto, no se puede rectificar en vía administrativa lo que ha sido una decisión del Senado. Si el Presidente de la República encontró que habían errores en la autógrafa que se le enviaba, debió devolverla al Congreso para su rectificación.

Thémis: ¿Qué opinión le merecen las contradictorias resoluciones judiciales que se han dado?

Bernales: No hay respuesta jurídica para lo que está sucediendo en el Poder Judicial. Algunos jueces merecerían tener un capítulo especial en la historia de la picaresca por su actuación en este asunto.

La ley de “nacionalización” Vs. Decisión 220 de la comisión del acuerdo de Cartagena

Alejandro Peschiera B.

Alumno del 7o. Ciclo de la Facultad de Derecho en la PUC.

Urge establecer que la Ley de Estatificación de los bancos, financieras y seguros, (en adelante Sistema Financiero Nacional Privado S.F.N.P.), erróneamente denominada “de nacionalización”, constituye una fuente generadora de caos en el ordenamiento jurídico interandino creado a partir del Acuerdo de Cartagena.

En efecto, el texto íntegro de la Ley de “Nacionalización” del S.F.N.P. No. 24723, iniciado por el Poder Ejecutivo y modificado alternativamente por ambas Cámaras Legislativas, promulgada por el Presidente de la República el 10 de octubre del presente año y publicada dos días después en el Diario Oficial El Peruano, merece serias objeciones a la luz de la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, recientemente en vigor al haber sustituido la Decisión 24 y conexas sobre el Régimen Común de tratamiento a los capitales extranjeros, marcas, patentes, licencias y regalías en los países de Venezuela, Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú.

Para ello es preciso manifestar, previamente, que las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena **entran en vigor con fuerza de tratados en los países miembros**, a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior, de conformidad con el ordenamiento jurídico creado por el Tratado que dió origen al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, incorporado al ordenamiento jurídico nacional mediante los Decretos Leyes No. 17581 y 22679, respectivamente; y también según lo dispuesto por la Decisión 218 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

En primer lugar, ha sido conocida por todos la denominación de “nacionalización” del S.F.N.P. creada por iniciativa del Poder Ejecutivo y secundada por la mayoría de sus voceros en los recintos de las Cámaras de nuestro “Primer Poder del Estado”. Gracias a

los medios de comunicación hemos podido apreciar cómo el Presidente de la República, en su mensaje a la Nación el 28 de julio del presente año, los señores Ministros de Estado y diversos parlamentarios apristas entre otros propulsores de esta norma, han venido coreando el nombre de “nacionalización” del S.F.N.P.

Sin embargo, según lo dispuesto por el artículo 1o de la antes referida Decisión 220, se entiende por empresa nacional aquella constituida en el país receptor y cuyo capital pertenece en más del 80 o/o a inversionistas nacionales, siempre que a juicio del organismo nacional competente, esa proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa. A su vez, dicho artículo 1o. define como inversionista nacional al Estado, las personas naturales nacionales, las personas jurídicas nacionales que no persiguen fin de lucro y las empresas nacionales.

En consecuencia, si la expropiación establecida por la Ley No. 24723 se realizará sobre aquellas acciones pertenecientes a personas naturales o jurídicas nacionales en **las empresas del S.F.N.P. ya definidas y reguladas por ello como nacionales**, mal puede hablarse de Ley de “nacionalización”. Resulta apremiante una honesta rectificación en la confusa y demagógica denominación que se ha venido utilizando.

En segundo lugar, el artículo 1o. de la Ley de Estatificación ha declarado de interés social la actividad del servicio público del S.F.N.P., reservándose para el Estado su ejercicio en las condiciones que señale la ley citada.

Al respecto, aunque la ya derogada Decisión 24 imponía en su artículo 41o. la prohibición del establecimiento de nuevas inversiones extranjeras directas en el sector de los servicios públicos, también definía para tal efecto de manera taxativa a los mismos como los servicios de agua potable, alcantarillado,

energía eléctrica y alumbrado, aseos y servicios sanitarios, teléfonos, correos y telecomunicaciones. Esta definición sigue siendo válida por cuanto lo que la nueva Decisión 220 ha querido y en efecto ha derogado, no es la definición que de servicios públicos consagraba, si no la prohibición de que estos sean atendidos por nuevos flujos de capital extranjero.

En consecuencia, esta definición sigue siendo útil y legítima para saber que los servicios públicos por ella definidos, hoy ya no se encuentran prohibidos de ser manejados por empresas extranjeras según lo estipulado por la decisión 220.

Es tan evidente que la actividad bancaria y financiera no fue, no es y nunca pudo ser considerada como un servicio público, puesto que, dicha actividad bancaria y financiera tuvo que merecer una prohibición específica para su tratamiento por capitales extranjeros en el artículo 42o. de la Decisión 24, que de manera separada definía a los servicios públicos en su artículo 41o.

Resulta entonces inexplicable como puede calificarse o definirse en la Ley de Estatificación como un servicio público a la actividad de las empresas bancarias, financieras y de seguros, máxime cuando estas actividades, dentro de las cuales no se encuentra la actividad del S.F.N.P., están actualmente permitidas para las inversiones foráneas.

De otro lado, en la negada e improbable hipótesis de que la actividad del S.F.N.P. pudiera ser considerada un nuevo y peculiar tipo de servicio público, al amparo de la misma Decisión 220 del Acuerdo de Cartagena, dicho servicio público estaría permitido para las empresas extranjeras y con mayor y justa razón para las empresas del S.F.N.P.

En tercer lugar, si la actual decisión 220, ya no contiene la prohibición recogida en el artículo 42o. de la derogada Decisión 24, en relación a la posibilidad de aceptar inversión extranjera directa en el S.F.N.P., no entendemos cómo ni por qué el artículo 19o. de la Ley de Estatificación no permitirá la creación y funcionamiento en el Perú de nuevas empresas bancarias extranjeras, manteniendo para las sucursales de bancos con sede en el extranjero la posibilidad de mantener líneas de crédito en favor de la banca estatal así como de aceptar depósitos para tales efectos.

Sin embargo, estas mismas operaciones, que también se venían desarrollando eficientemente por las empresas del S.F.N.P., hoy le son mantenidas en privilegio al sector extranjero, lo cual atenta directamente contra lo dispuesto en las declaraciones 4 y 5 y en el artículo 33o. de la decisión 220 del Acuerdo de Cartagena, las cuales obligan a los países miembros a "no conceder a los inversionistas extranjeros ningún tratamiento más favorable que el que otorgan a los inver-

sionistas nacionales".

En consecuencia, si la actividad bancaria y financiera del país se encontrará en adelante manejada en su mayor parte por el Estado y el sector extranjero, los inversionistas extranjeros de otros sectores también estarán privilegiados frente a los inversionistas nacionales, puesto que siendo extranjeros les resultará muy fácil optar y acceder al crédito de su propia banca, mientras que los nacionales tendremos que hacer frente a la futura e impredecible banca estatal.

También podemos reflexionar, entonces, que si en el exterior se ve que en el Perú su gobierno pone en la práctica medidas legales que ponen a su sector privado nacional en situación desventajosa frente al sector extranjero, jamás se podrá llegar a generar la confianza necesaria para que se incremente la inversión exterior y menos aún para que el inversionista nacional arriesgue sus capitales, puesto que lógicamente es impensable que esta situación coyuntural será estable.

Si lo que hoy el gobierno pretende, según las declaraciones del Señor Presidente del Consejo de Ministros Guillermo Larco Cox, es tratar de utilizar la deuda externa como "palanca" para captar inversión extranjera, no tiene sentido anhelar esta común y generalizada ambición cuando no se crean reglas que obedezcan a políticas estables o cuando se crean reglas de juego que resquebrajan normas subregionales, lo cual obviamente frustra la poca riqueza que se iba a ganar en el futuro.

Es innegable para todos que la integración latinoamericana constituye una meta nacional, pero para llegar a su concreción, no podemos dejar de lado el hecho de que la integración económica del Perú será el pilar y base para la materialización de una auténtica integración latinoamericana.

Tal como lo sostuvo el Dr. Roberto Dañino en su artículo publicado en la Edición anterior de *Thémis*: "Inversión Extranjera: La Tentación Pendular y otras Opciones", la experiencia histórica ha demostrado que las razones que agudizaron nuestro conflicto con el capital extranjero y su consecuente alejamiento fueron, en su mayor parte, medidas arbitrarias y desde arriba, como las expropiaciones de sus inversiones, el agudo intervencionismo estatal, incertidumbre económica, control de cambios, entre otras medidas análogas.

Creemos que la realidad y experiencia económica vivida por nuestros países de la región andina ha dado lugar a la flexibilización de la Decisión 24, plasmada hoy en la nueva Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Es halagueño, pues, a pesar que sólo lo sea en el nivel jurídico, que el Derecho haya seguido a la realidad socio-económica, pero es lamentable que el poder político se aleje de las normas

de integración latinoamericana por cierto reformuladas a partir de la problemática de los países de la Subregión Andina.

Consideramos elocuente traer a nuestro contexto, las recientes declaraciones sostenidas en Estados Unidos de Norteamérica por Daniel Ortega, Jefe del Gobierno Sandinista de Nicaragua, en el sentido de tener que afrontar realísticamente la imperiosa necesidad de convocar y ampliar la inversión extranjera hacia su patria, lo cual refleja un pragmatismo, que de ser sincero y verdadero, no puede dejar de ser admirable y tomado en cuenta, más aún cuando dicho Régimen no le cierra las puertas a su propio pulmón financiero nacional, o sea, a sus bancos y seguros privados y nacionales.

Finalmente y en conclusión, expresamos que la Ley de Estatificación del Sistema Financiero Nacional Privado trastocará de manera casi irremediable el avance logrado por la Decisión 220 del Acuerdo de

Cartagena, constituyéndose a todas luces, al margen de las demás inconstitucionalidades que puedan existir en la referida ley o las violaciones de derechos constitucionales que se vulneren en su aplicación, la violación de un tratado de integración, que según lo dispuesto por los artículos 101o. y 106o. de la Constitución Política del Perú, tiene jerarquía constitucional por tener primacía en los casos en que se encuentre en conflicto con una ley o cualquier otro tratado suscrito por el Perú.

Asimismo, la aplicación de la Ley No. 24723 producirá una oscura senda en la labor de adecuación y reglamentación de la Decisión 220 a cargo de la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (CONITE) y, consecuentemente, un obstáculo más en la promoción de la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, consagrada en el artículo 100o. de nuestra Constitución Política y concebida por Víctor Raúl Haya de la Torre como "el camino verdadero de salvación".

restaurante bar
FREDO'S
pizzas y pastas

Av. Conquistadores 512

El derecho de retracto: dos comentarios

Humberto Jara F.

Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUC

El 19 de julio de 1987 el diario oficial "El Peruano" publicó una separata titulada "Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil de 1984". La separata contiene las razones de la citada Comisión respecto del articulado correspondiente al Derecho de Retracto en el Código Civil de 1984.

El texto en mención tiene la virtud de efectuar un análisis detallado que permite afirmar que, efectivamente, se trata de una exposición de motivos y no de comentarios que refrasean los artículos del Código.

Por eso, consideramos justo destacar el mérito del Dr. Jack Bigio en su afán por mostrar con detalle, las razones de la Comisión Revisora del Código del 84.

En las siguientes líneas nos vamos a referir a dos aspectos que contiene la ya mencionada Exposición de Motivos y que, en nuestra opinión, son discutibles. De este modo, así como reconocemos el mérito también ejercemos la saludable práctica de la discrepancia.

1. ARTICULO 1596

"El derecho de retracto debe ejercitarse en el plazo de treinta días contado a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho o del aviso inserto en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales del lugar de la situación de los bienes salvo disposición distinta de las leyes especiales".

Dice la Comisión Revisora: "El artículo 1596 establece un plazo breve de 30 días para ejercicio del derecho de retracto a fin de rodear al tráfico de bienes de la seguridad jurídica.

Este plazo de 30 días se computa por días civiles (artículo 183, inciso 1), esto es, que incluye feria-

dos y domingos. Se trata de un plazo de caducidad que no admite interrupción ni suspensión de su cómputo, salvo el caso previsto en el inciso 8 del artículo 1994.

Además se establece que el plazo se computa a partir de la comunicación de fecha cierta dirigida al o los presuntos retrayentes con derecho a retraer o del aviso inserto en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales del lugar de situación de los bienes.

La regla agiliza la exigencia del artículo 1456 del Código derogado, que hacía necesaria la notificación judicial, al reemplazarla por una comunicación de fecha cierta.

El plazo de 30 días sólo se aplica al retracto regulado por las normas del Código Civil, quedando librado a las leyes especiales el plazo fijado por estas para casos específicos. Por ejemplo, el artículo 22 del D. Ley No. 21938.

Si no se practica la comunicación o el aviso a que se aluden en este artículo, se entiende que el plazo no corre y debe estimarse la venta como oculta y expedito el derecho del retrayente para plantear el retracto en cualquier momento".

El comentario no aclara un problema central que trae el art. 1596, que consiste en que no se determina la prelación de las dos clases de comunicación que admite la norma. Dicho de otra manera, ¿se puede utilizar **indistintamente** la comunicación de fecha cierta o el aviso inserto en el diario? o por el contrario la secuencia debe ser: primero la comunicación de fecha cierta y sólo cuando ésta no sea posible el aviso en el diario?

Una lectura literal del artículo nos indica que las comunicaciones son indistintas; o una u otra, siempre que alguna sea, a elección de la parte interesada. A

simple vista el asunto parece no albergar mayor problema; sin embargo un análisis más atento nos hará percatar de una cuestión sustancial. Veámosla con un ejemplo. La persona obligada a comunicar la transferencia al retransmisor quiere burlar el derecho de éste último. Para ello sabe que si corre el plazo establecido su burla estará consumada. Entonces a pesar de conocer el domicilio del retransmisor y de serle perfectamente posible efectuar la comunicación de fecha cierta, opta por el aviso en el diario, pues, sabe que siendo su retransmisor un ciudadano que no es abogado, sus posibilidades de leer el diario en que se insertan los avisos judiciales, son mínimas, casi inexistentes.

Reparemos que este deseo de burlar al que goza del derecho de retracto no es excepcional, por el contrario suele tener una frecuente incidencia especialmente en materia de arrendamiento. Asimismo, la lectura del diario encargado de publicar los avisos judiciales, es caso nula para el ciudadano promedio, y si el lector no se convence lo invitamos a preguntarse (y preguntar) cuantas veces a la semana lee los avisos publicados en dicho diario.

Pues bien, en base a lo expuesto podemos darnos cuenta del serio problema que trae la inconveniente redacción del art. 1596: si se lo interpreta literalmente y si los jueces admiten tal interpretación, se podrá burlar con relativa facilidad a quienes tienen derecho a retraer y, además, de manera paradójica "cumpliendo" el artículo 1596 se burlará su finalidad. En efecto, al publicar el aviso en el diario a pesar de que se puede efectuar la comunicación de fecha cierta, se obtiene algo que el propio artículo no quiere, esto es, mantener en ignorancia a la persona que tiene derecho a retraer.

En nuestra opinión la interpretación del art. 1596 no debe ser, en modo alguno, literal y esto es lo que ha omitido aclarar la Exposición de Motivos. Creemos que lo que el art. 1596 busca es que primero se cumpla con la comunicación de fecha cierta y sólo cuando ello no sea posible, se utilice el aviso en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales. Sólo así se evitará, como hemos señalado, que el citado artículo tenga una aplicación que burle su finalidad. A esta razón hay que añadir otra. La notificación por periódico es una forma de excepción que suple a la comunicación normal, es una forma que adquiere vigencia sólo cuando no se conoce el domicilio de quien debe ser notificado. En este sentido León Barandiarán señalaba esta situación ya desde el Código 1936, al afirmar que: "El aviso en el periódico puede utilizarse en el supuesto de no conocerse quienes sean las personas que puedan ejercitar el retracto o cuando se ignore su domicilio".

Que la Exposición de Motivos no haya explicado el sentido del art. 1596 tiene una preocupante implicancia: el automatismo de nuestro Poder Judicial. Nuestros jueces no analizan los artículos, los aplican

ciecamente: el automovilismo de nuestro Poder Judicial. Nuestros jueces no analizan los artículos, los aplican a rajatabla y eso puede dar lugar a que amparen a quienes utilicen el artículo comentado en su interpretación literal, que no es sino un modo tramposo de entender la Ley.

2. ARTICULO 1599

"Tienen derecho de retracto:

1.- El arrendatario conforme a la ley de la materia. (...) Dice la Comisión Revisora: "El inciso 1o. introducido a propuesta de los doctores Alva Orlandini, Haya de la Torre y Cáceres, confiere el derecho de retracto al arrendatario conforme a las leyes especiales.

Se otorga esta facultad sólo al arrendatario respecto a las leyes especiales (decretos leyes Nos. 17716 de Reforma Agraria y 21938 de Inquilinato).

La razón para conferir el retracto al arrendatario de casa-habitación estriba en el interés de legislador de otorgar un derecho especial en favor de quien la habita, esto es, de permitirle el acceso a la propiedad. Si se trata de predio rústico su finalidad es facilitar a quien conduce y cultiva la tierra la posibilidad de convertirse en dueño de ella.

Consiguientemente, este derecho no procede respecto de arrendatario de casas-habitación excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Inquilinato y cuando se trata de inmuebles destinados a otros fines como comerciales, industriales, profesionales, de recreo, etc. ya que en estos casos no existe un interés social digno de protección ni se justifica trabar su rápida circulación.

No ha sido propósito del legislador conferir el retracto en favor del arrendatario de cosas muebles ni del arrendatario de derechos.

Tampoco procede respecto del subarrendatario del bien mueble".

Al promulgarse el Código Civil de 1984, el inciso bajo comentario provocó dudas. No se sabía a ciencia cierta que debía entenderse por Ley de la materia y por qué no podían plantear retracto los arrendatarios bajo el régimen del Código Civil.

La Exposición de Motivos de la Comisión Revisora despeja la duda pero abre la polémica.

La intención ha sido proscribir del retracto a todos aquellos arrendatarios que no ingresan dentro del ámbito de la Ley de Inquilinato. Las razones que se plantean para justificar esta exclusión son por demás inconsistentes y, lo que es peor, están viciadas de inconstitucionalidad. Para demostrarlo, reparemos en las razones que esgrime la Exposición de Motivos. Señala que lo que se ha buscado es "permitirle el acceso a la propiedad" al arrendatario de casa-habitación

bajo la Ley de Inquilinato. Por lo tanto se entiende como contrapartida de esto, y así lo dice expresamente la Exposición de Motivos, que la intención ha sido negarle el acceso a la propiedad al comerciante, al industrial, al profesional y en general al que habita un inmueble bajo el régimen del contrato de arrendamiento del Código Civil porque "en estos casos no existe un interés social digno de protección".

El argumento es a todas luces inconstitucional, pues, se lleva de encuentro fundamentales normas de la Constitución que precisamente impiden la existencia de leyes que se originen en tales razones.

El art. 124 de la Constitución señala que "El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades". Igualmente el art. 2o. inc. 14 proclama el derecho de toda persona "A la propiedad y a la herencia, dentro de la Constitución y las leyes".

Entonces no puede haber diferencia entre la propiedad a que puede acceder un industrial, un comerciante y un profesional y entre aquella propiedad a que puede acceder el inquilino de casa-habitación sujeto a la Ley de Inquilinato. Sostener lo contrario es sostener una inconstitucionalidad.

Pero el asunto no queda allí. También se ha atentado contra otros dos artículos de nuestra Carta Magna, a saber el art. 2o. inc. 2 y el art. 187 que señalan,

respectivamente, que todas las personas tienen derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación alguna y que no pueden expedirse leyes especiales por la diferencia de personas.

El inc. 1o. del art. 1599 es discriminatorio porque el legislador considera, y se atreve a decirlo, que un comerciante, un industrial o un profesional constituyen categorías de personas cuyas actividades no ameritan "un interés social digno de protección". Lo inverosímil del argumento eximé de mayores comentarios.

Ahora bien, la conclusión que puede obtenerse de todo esto es que la norma que comentamos no puede ser aplicable en los términos en que está redactada, lo que equivale a decir que en nuestro sistema civil todos los arrendatarios sin excepción tienen derecho de retracto. La razón es evidente: la remisión a la Ley de la materia que contiene el art. 1599 inc. 1, es inconstitucional, según hemos señalado, por lo tanto es de aplicación el art. 236 de la Constitución "En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera".

En consecuencia, las demandas de retracto de arrendatarios fuera del ámbito de la Ley de Inquilinato, deberán ser acogidas por los jueces, porque de no ser así estarán vulnerando derechos constitucionales de aquellos arrendatarios.



¡Ah... y no se olvide no es mineral!!!

La interpretación del acto jurídico en el Código Civil peruano de 1984

Carmen Arana Courrejolles

Profesora de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUC.

El contenido del trabajo que se desarrolla en los párrafos posteriores, presenta una reflexión sobre uno de los principales problemas del Derecho "La Interpretación de los Actos Jurídicos", un tema poco tratado, que presenta dificultades para definir las unidades constitutivas de su objeto y para determinar sus métodos.

Se proponen conceptos válidos que pueden constituir una base para establecer definiciones y nociones, como los fundamentos para el establecimiento de una sistemática y método para ejercer la interpretación en el Derecho Peruano.

El carácter polémico del tema que trata, puede originar las controversias del caso en las cuales estamos llanos a participar.

1. LA INTERPRETACION DEL ACTO JURIDICO EN LA LEGISLACION Y DOCTRINAS EXTRANJERAS

a) Sistemas puros

En la Teoría de la Interpretación del Acto Jurídico, existen Sistemas Puros y Mixtos para interpretar los actos jurídicos.

Los Sistemas Puros o Polares tienen como característica común sobre valorar uno de los elementos de la estructura del Acto Jurídico, y como característica diferencial buscar el sentido ya sea en la voluntad (Sistema subjetivo) o ya sea en la declaración (Sistema objetivo).

En cuanto a la actividad interpretativa, el sistema subjetivo (De origen Francés) proporciona un conjun-

to de reglas elásticas¹ para averiguar la común intención (voluntad) de las partes, el juez interpreta individualmente lo que ellas han querido en un determinado asunto.

En el sistema objetivo (De origen Alemán) la interpretación se dirige a buscar el Significado de la Declaración de voluntad (es decir la declaración como manifestación externa y objetiva de la voluntad). Este significado es apreciado a la luz de los usos sociales, como cualquier hombre entiende normalmente esa declaración y con un sistema conceptual de principios y criterios interpretativos² definidos detalladamente.

En ambos sistemas la valoración extrema de un factor sobre el otro (la voluntad en el sistema subjetivo y la declaración en el objetivo) ocasiona una perspectiva unilateral que conduce a perder de vista la composición estructural y unitaria del acto jurídico.

Asimismo, en ambos sistemas se pretende construir un camino interpretativo que asegure la mayor fidelidad posible de la voluntad de las partes al momento de celebrar el acto jurídico; según la crítica doctrinaria esta pretensión no se logra porque prevalece otra voluntad ajena a la de las partes.

En el sistema subjetivo la voluntad que el juez cree descubrir no es la voluntad de la gente sino una voluntad ficticia, una construcción que el intérprete se la adjudica a la gente porque el querer de éste, por su naturaleza subjetiva, es difícil de obtener.

En el sistema objetivo, la voluntad reconstruida en base a lo declarado a la luz de los usos sociales, re-

1. En la Legislación Francesa tenemos las siguientes reglas: Contexto Contractual (Art. 1161 C. Civ.), Productividad Jurídica (Art. 1157 C.C.), Carácter Razonable y Lógico (Art. 1158 C.C.), Los Usos del Lugar (Arts. 1159 y 1160) y La Equidad (Art. 1162).
2. En la Doctrina y Legislación Alemanas: Circunstancias del Caso (Art. 133), Fines Económicos, Sentimiento Jurídico, Usos Sociales (Art. 157), Buena Fe (Art. 157).

sulta lejana de la voluntad particular de los autores, porque es una voluntad social propuesta por el intérprete y avalada por la aceptación social.

b) Sistemas mixtos

Existen otros sistemas o métodos de interpretación los llamados sistemas mixtos que se caracterizan por vincular los 2 planos del acto jurídico el subjetivo y el objetivo: el acto jurídico como unidad estructural está constituido por una voluntad jurígena que para ser interpretada necesita ser reconocida externamente bajo la forma de una Declaración verbal o escrita o alguna manifestación conductual.

Los sistemas mixtos se diferencian entre ellos porque algunos consideran ciertos criterios interpretativos específicos dentro de su método y con un orden determinado.

El Sistema Italiano a través de 10 normas interpretativas (Del Art. 1362 al art. 1371 del Código Civil de 1942) disciplina y diseña un modo particular de interpretar con dos orientaciones que integran criterios interpretativos³ subjetivos y objetivos en una unidad metodológica coherente.

La orientación subjetiva que se dirige a la génesis del acto jurídico, vincula el acto con su autor y establece la imputabilidad. La orientación objetiva se dirige a construir la coherencia interna de la declaración para entender la significación del acto jurídico.

El sistema Argentino explica su naturaleza mixta con el principio de unidad del acto que considera que **la voluntad** sólo tiene existencia y relevancia jurídica si se manifiesta externamente (Arts. 897 y 913 del C. Civil).

En base al elemento esencial (Voluntad) y al elemento material (exteriorización) se reúnen los criterios⁴ interpretativos dispersos en la legislación civil y comercial y las pautas o directivas elaboradas en la Doctrina y la Jurisprudencia. La buena fe (Art. 1198 C. Civil) es la directriz fundamental que determina no sólo la generación de los Actos Jurídicos sino su Interpretación y su cumplimiento; los usos sociales se dividen en interpretativos (art. 217 y 218 Inc. 6) e integrativos (Art. 219 C. Comercio); el principio favor Debitoris (Art. 218 inc. 7 C. Comercio) se aplica con

el criterio de la **equivalencia** de las prestaciones, tomada del Derecho Comparado (España Art. 1289, Italia 1371)⁵.

En el Sistema Suizo la interpretación tiene por objeto desentrañar el sentido de una declaración de voluntad. Se establece que la interpretación es objetiva, en eso que ella debe restituir a partir del texto y del contexto; y también es subjetiva, porque funciona en el lugar de las partes dándoles todo lo que deben tener.

Las reglas y preceptos interpretativos se extraen del Derecho Positivo ("Intención Común" Art. 18 C. Oblig.), de la experiencia de la vida ("Concluir en la validez y no en la nulidad del acto inspirándose en favor actus") y de los usos imperantes en el comercio.

En este sistema se combinan el principio de confianza objetiva (las partes se presumen honestas, razonables y de buena fe) y el criterio de intersubjetividad que comprende las tratativas previas al acto, la situación personal del agente, y el comportamiento posterior al acto.

El Sistema Mexicano presenta un criterio subjetivo fundamental: "La intención común" de las partes, (Art. 1851 CC) que es "la voluntad de los contratantes" (Art. 1857 C. Civ.), es decir lo que las partes se propusieron contratar (Art. 1852 C. Civ.). En el artículo 1851 C.C. no se señala a dónde debe dirigirse el intérprete para entender la **intención** común que debe prevalecer y que no se encuentra en las palabras; sin embargo este vacío legal interpretativo ha sido resuelto con una norma de la legislación comparada (Código Civil Italiano, art. 1362 in fine)⁶, que permite al intérprete buscar la voluntad común de las partes en sus comportamientos concretos anteriores coetáneos y posteriores a la constitución del acto jurídico.

Dentro del conjunto de criterios interpretativos⁷ la buena fe no ha sido consagrada en las normas interpretativas pero se considera un criterio aplicable por extensión, ya que la buena fe está en las normas sobre la ejecución de los contratos.

En los sistemas expuestos se observa: Que, la interpretación se dirige a las declaraciones o compor-

3. Tales como: Principio de Unidad del Acto e Intención Común (Art. 1362), Principio Estructural y Criterio de Coherencia (Art. 1363), Reducción y Extensión del Campo Contractual (Arts. 1364 y 1365), Buena Fe (Art. 1366), Usos Sociales (Art. 1368), Conservación del Acto (Art. 1367).

4. Tales como: Buena fe, usos sociales, intención común (art. 218 inc. 1 C. Com.), totalidad del acto (art. 218 inc. 2 C. Com.), conducta de las partes: comportamiento posterior (Art. 218 inc. 4 C. Com.), conservación y validez del acto (art. 1027 y 1039 C. Civ., 218 Inc. 3 C. Com.), Equidad (Art. 218 Inc. 2 C. Com.) y onerosidad (art. 218 inc. 5 C. Com.).

5. Cuando una cuestión no puede resolverse por la ley civil, el intérprete en virtud de los artículos 15 y 16 del C. Civ. puede aplicar "Leyes Análogas" es decir normas de la legislación comercial u otras leyes extranjeras.

6. Art. 1362: "Para esclarecer la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aún posterior a la conclusión del contrato".

7. Tenemos: "La Intención Común" (Arts. 1851 — 1852), La Equidad e Intención (Art. 1857), Conservación del Acto (Art. 1853), Interpretación Sistemática (Art. 1854), Naturaleza y Objeto del Acto (Art. 1855), Uso o Costumbre (art. 1856).

tamientos inscritos en las circunstancias socialmente relevante; Que, el intérprete aplica diversos criterios interpretativos para resolver los problemas de comprensión de dichas declaraciones y determinar sus efectos jurídicos; Que, existe un criterio base de interpretación que tiene en cuenta los requisitos estructurales del acto jurídico de existencia y validez y la relación entre el negocio realizado y el tipo de acto jurídico.

En el Perú la discusión sobre los criterios interpretativos se ha producido recientemente en los trabajos preparatorios al Código Civil de 1984. La Doctrina Peruana ha elaborado dos alternativas metodológicas: El Anteproyecto Sustitutorio elaborado por los Dres. Manuel de la Puente y Lavalle y Susana Zusman, y el Proyecto elaborado por el Dr. León Barandiarán.

El Código Civil Peruano de 1984 consagra tres normas interpretativas pero lamentablemente suprime gran parte de los criterios interpretativos propuestos en los proyectos.

2. LA INTERPRETACION DEL ACTO JURIDICO EN LA LEGISLACION Y DOCTRINA PERUANAS

a) Anteproyecto sustitutorio (1980)

Este anteproyecto elaborado por los Dres. Manuel de la Puente y Lavalle y Susana Zusman, contiene 5 reglas interpretativas ubicadas en la Sección primera, De los Actos Jurídicos, Título Cuarto (del artículo 19 al 23).

(1) El Principio Interpretativo de Base.— Las normas interpretativas contenidas en el anteproyecto siguen los lineamientos teóricos elaborados por las Doctrinas de la Responsabilidad y la Confianza.

La Teoría de la Responsabilidad acepta que la voluntad es creadora de los efectos jurídicos, pero admite que cuando hay divergencia entre voluntad y declaración por negligencia del agente debe valer la declaración.

La teoría de la confianza acepta el valor de la declaración sólo en los casos en que el receptor haya depositado su confianza.

Las consecuencias jurídicas de ambas teorías fluctúan, según los casos, entre mantener la validez del Acto Jurídico o impugnar su eficacia y reclamar indemnización de los daños.

Los autores del anteproyecto estiman que a través de estas teorías intermedias se realizan mejor los principios de seguridad jurídica, buena fe y equidad. Además al aplicar estos criterios, se respeta a cada Institución en particular, porque a cada una se le da un tratamiento distinto pero de acuerdo a su propia naturaleza jurídica, aplicándose el remedio más adecuado. Se resuelven así, en forma práctica los conflictos que se presentan cuando la declaración deja de transmitir fielmente la voluntad.

Conviene resaltar, que los autores del Anteproyecto consideran que **la voluntad evidenciada** del agente, es el principio interpretativo de base para iniciar el proceso interpretativo; asimismo, establecen prioridad de las normas de Interpretación **subjetivas** (que buscan la voluntad del agente en concreto) por sobre las **objetivas** (que buscan el significado objetivo de la declaración, la voluntad en abstracto).

(2) Criterios y Principios Interpretativos

(2.1) La Voluntad Evidenciada del Agente (art. 19 del Anteproyecto)⁸: Es la voluntad real del agente exteriorizada de algún modo en la declaración. Constituye el principio esencial en el proceso interpretativo porque señala la orientación de la interpretación: precisar la voluntad declarada, que coincide con la voluntad interna.

(2.2) Personalidad del Agente (art. 19 del Anteproyecto): Este criterio de extensión amplia, comprende las cualidades personales del agente: condiciones psíquicas, culturales, grado de instrucción, responsabilidad.

(2.3) Comportamiento Total del Agente (art. 19 del Anteproyecto): Es el criterio que pone en relación la unidad del acto jurídico y el Hacer de las partes, el intérprete examinará todo lo que las partes han hecho antes, durante y después del acto jurídico porque de ese conjunto depende la significación del acto.

(2.4) Unidad y Totalidad del Acto (art. 19 del Anteproyecto): Este principio explica que el acto jurídico es un todo orgánico y unitario constituido por interrelaciones de elementos singulares (tratos previos, formación y ejecución del acto) e impide que a través de la interpretación se quiebre esta unidad.

(2.5) Criterio Interdependiente (art. 20 del Anteproyecto)⁹: Es el criterio de coherencia lógica que se aplica en la interpretación sistemática: en un acto jurídico constituido por cláusulas, éstas se encuentran

8. Artículo 19.— Si las expresiones de un acto jurídico son claras y no dejan duda sobre la voluntad evidenciada de la agente, se estará al sentido literal de ellas.

Si se estableciera que las expresiones son contrarias a la voluntad evidenciada del agente, prevalecerá ésta sobre aquéllas, la prueba de la divergencia corresponde a quien la afirma. Para la voluntad evidenciada del agente se debe apreciar principalmente su personalidad y su comportamiento total, anterior, coetáneo y posterior a la celebración del acto.

9. Artículo 20.— Las cláusulas de un acto jurídico se interpretarán las unas por las otras, atribuyéndose a cada una el sentido que resulte del conjunto de todas.

en relación de interdependencia. Para encontrar el sentido de una cláusula es necesario examinar todas las demás, para atribuirle el sentido del conjunto. Sin embargo, si no es posible armonizar una cláusula con las demás de manera evidente será necesario sacrificarla.

(2.6) Conservación del Acto (art. 21 Anteproyecto)¹⁰: Este principio se relaciona con la validez del Acto. Se presume que la voluntad del Agente es crear efectos jurídica es decir producir una declaración útil. Se debe interpretar la declaración en forma tal, que se logre que el Acto produzca efectos jurídicos. Se debe mantener y conservar el acto optando por la validez.

(2.7) Licitud del Acto (art. 21 del Anteproyecto): Los efectos jurídicos deben ser lícitos de lo contrario el Acto Jurídico es inválido en consecuencia no puede conversarse el Acto si se falta a la Licitud.

(2.8) Naturaleza y Finalidad del Acto (art. 22 del Anteproyecto)¹¹: Este criterio se orienta a corregir los efectos de la redacción defectuosa o del empleo impropio del lenguaje. Se considera que el uso poco cuidadoso de las palabras puede desnaturalizar el acto o su finalidad.

b) Proyecto (1981)

El Proyecto de la Comisión Reformadora 1981, elaborado por el Dr. León Barandiarán contiene 08 reglas interpretativas ubicadas en el Libro I, Título IV, (del artículo 23 al 30).

(1) Principio Interpretativo de Base: Las reglas interpretativas del Proyecto tienen una orientación ecléctica, en unos casos prevalece el criterio de la voluntad y en otros el de la declaración.

Los dos criterios no se fusionan sino que se aplica cada uno por separado, según los casos. Por ejemplo se aplica el criterio de la voluntad en los casos de simulación que se atribuye valor al acto oculto sobre el aparente, sobreponiéndose la voluntad real del agente sobre las palabras declaradas. En los casos del tercero, se usa el criterio de la declaración y se prescinde de la voluntad, se interpreta sólo lo que aparece en la declaración, así no coincida con lo realmente querido.

La declaración y la voluntad son los principios de base que orientan la manera de interpretar tal o cual Acto Jurídico, pero como no se aplican juntos, es la naturaleza de determinados Actos Jurídicos la que impone la orientación que seguirá la interpretación.

Se sigue una orientación objetiva en los contratos formales, en los generales, en las declaraciones unilaterales con eficacia respecto a terceros (poderes, letras, cheques); cuando la voluntad de las partes contraria a la buena fe y la equidad. En estos casos se interpreta lo que expresa el documento predominando el criterio de la declaración. Se sigue una orientación subjetiva en los testamentos, en los cuales se toma en cuenta el criterio de la voluntad real del agente.

(2) Criterios y Principios Interpretativos:

(2.1) Intención Evidente del Agente y su comportamiento Total (art. 23 del Proyecto)¹².— El criterio Intención Evidente, elaborado en base a la voluntad declarada, se refiere a que la interpretación pretende llegar al conocimiento de la verdadera intención, acreditable de algún modo racional; por ello se busca en el comportamiento total del agente, en los hechos comprobables.

(2.2) Criterio Lógico de Coherencia (art. 24 del Proyecto)¹³.— Se considera que el acto jurídico es integral, constituido por cláusulas sólidamente relacionadas entre sí; en consecuencia, una cláusula no tiene un significado aislado del conjunto de las cláusulas que integran el acto.

(2.3) Criterio de Extensión (art. 25 del Proyecto)¹⁴. Cuando en una cláusula se indica un caso como ejemplo, éste se extiende a todo el acto y no excluye los casos no expresados sobre el mismo.

(2.4) Principio de la Buena Fe y Criterio de los Usos Admitidos (art. 27 del Proyecto)¹⁵.— El principio de la buena fe es "general", se aplica a toda clase de Actos Jurídicos. Tiene un sentido objetivo porque valora la conducta concreta del agente en relación a la que se debe observar en base a los deberes y facultades, por ejemplo en un contrato las partes deben observar una conducta de recíproca lealtad. Los usos admitidos no se aplican a todos los Actos Jurídicos, sino se

10. Artículo 21.— En la duda, si el acto Jurídico o una de las cláusulas pueden ser entendidas en un sentido según el cual pueden tener algún efecto lícito y en otro según el cual no tiene ningún efecto ilícito, deberá preferirse el primero.

11. Artículo 22.— Las palabras que pueden tener varias acepciones deberán en caso de duda, entenderse en aquélla que sea más conforme a la naturaleza y finalidad del acto.

12. Artículo 23.— Si los términos de un Acto Jurídico son claros y no dejan duda sobre la intención del agente, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Su las palabras parecieran contrarias a la intención evidente del agente, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Para determinar la intención del agente se deberá apreciar comportamiento total, aún posterior a la conclusión del acto.

13. Artículo 24.— Las cláusulas de los Actos Jurídicos se interpretarán las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

14. Artículo 25.— Cuando en un acto Jurídico se hubiera expresado un caso con el fin de aplicar un pacto, no se presumirán excluidos los casos no expresados a los que, de acuerdo con la razón, pueda extenderse dicho pacto.

15. Artículo 27.— El Acto Jurídico debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe, teniendo en cuenta en su caso, los usos admitidos, para interpretar sus ambigüedades, salvo que de las circunstancias resulte evidente que el agente los ha utilizado con un significado distinto.

gún la realización de cada caso en particular. Además se requiere que el declarante conozca los usos y quiera que su voluntad se adecúe a ellos, aunque no lo diga expresamente. Sin embargo, este criterio queda excluido si el agente expresa que tal uso no se debe aplicar a su caso.

(2.5) Principio de Conservación del Acto (art. 28 del Proyecto)¹⁶.— Se basa en que todo acto tiende a producir determinados efectos, por ello, ante la duda se interpreta a favor del acto.

(2.6) Criterio de la Naturaleza y Objeto del Acto (art. 29 del Proyecto)¹⁷.— El intérprete, ante dos sentidos, elegirá aquél que corresponde a la naturaleza y fin propios del acto.

(2.7) Principio de Equidad a través de los criterios de **menor onerosidad y armonización equitativa de intereses** (art. 30 del Proyecto)¹⁸.— La **equidad** decide, ante la duda, a favor de quien recae el peso y la extensión de las obligaciones. Así en el Acto gratuito se interpreta a favor del obligado en el sentido que le sea menos gravoso. En el Acto oneroso la **equidad** aconseja equilibrar dos intereses de ambas partes de manera que ninguna sufra ni disminución ni incremento a su patrimonio.

c) Código Civil (1984)

La Interpretación del Acto Jurídico se ubica en el Título IV del Libro 11 Acto Jurídico con tres artículos (del artículo 168 al 170).

(1) **El Problema del Método Interpretativo.**— La Comisión Revisora redacta el Código Civil después de varias revisiones del Proyecto 1981 y suprime 6 artículos por considerarlos de excesiva peligrosidad en las manos del juez; razonando con el criterio popular de que lo desconocido puede traer más problemas que ayuda.

Así, se suprime el artículo 23, con el criterio de **intención evidente** del Agente y su comportamiento; el art. 25, con el criterio de **extensión**; el art. 26, que

prohibía la interpretación por analogía, por ser idéntico al art. IV del Título Preliminar; del art. 27, se mantiene el principio de la Buena Fe y se elimina el criterio de los **usos admitidos**: el art. 28, con el **principio de la conservación** del Acto; el art. 30, con el principio de equidad y los criterios de menor onerosidad y armonización de intereses.

Asimismo, la Comisión Revisora introduce un nuevo artículo, el 168¹⁹, que manifiesta una tendencia objetivante y el alejamiento de toda teoría referencial y conserva el principio de la buena fe del artículo 27 suprimido.

Estas modificaciones del Proyecto original, producen una quiebra en la sistemática metodológica. Los artículos 24 y 29 del Proyecto 1981, pasan al Código Civil de 1984 como arts. 169²⁰ y 170²¹, sin lograr articularse con el art. 168 para constituir un nuevo método interpretativo. Observamos que los 3 artículos señalan ciertos criterios interpretativos sin constituir necesariamente un conjunto sistemático.

Cuando las normas de interpretación se incorporan en un articulado pretenden servir de guía al intérprete poniendo a su disposición un método, un conjunto Programado de criterios que le permita realizar la práctica interpretativa. Además permiten, establecer un control en el proceso interpretativo y, garantizar la objetividad y exactitud de los resultados.

En nuestro caso las 3 normas interpretativas no constituyen un método, por ello, no pueden servir de guía al intérprete, pierden su función normativa, necesitan ser completadas para ejercer su carácter imperativo.

La jurisprudencia y la doctrina tienen la tarea de completar dichas normas y elaborar los criterios necesarios que deberá tener en cuenta el intérprete²².

(2) **El Problema de la Teoría Interpretativa.**— En el Código Civil Peruano los 3 artículos del Título IV

16. Artículo 28.— En la duda el acto Jurídico o cada una de sus cláusulas deben interpretarse en el sentido en que puedan tener algún efecto y no en aquel, según el cual, no tendría ninguno.

17. Artículo 29.— Las expresiones que puedan tener varios sentidos deberán, en caso de duda, entenderse en el sentido mas conforme a la naturaleza y el objeto del acto.

18. Artículo 30.— Cuando a pesar de la aplicación de las normas contenidas en este título, el Acto Jurídico continúa siendo oscuro, deberá éste ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuese título gratuito, y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de los agentes, si fuese a título oneroso.

19. Artículo 168.— El Acto Jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

20. Artículo 169.— Las cláusulas de los Actos Jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudas el sentido que resulte del conjunto de todas.

21. Artículo 170.— Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

22. Varios casos pueden ser ilustrativos: El sistema Alemán con sus artículos 133 y 157 del Código Civil y el sistema Suizo con el Art. 18 Cód. Comercio, ambos han ido elaborando sus principios y criterios interpretativos a través de la Doctrina y la Jurisprudencia.

Asimismo, el sistema Argentino ha ido supliendo la falta de las normas interpretativas del Código Civil con la ayuda de la Ley Comercial y del Derecho Comparado.

no manifiestan elementos de una técnica interpretativa claramente subjetiva, objetiva o mixta (búsqueda de la voluntad, declaración o ambas). Tampoco podemos afirmar si es declaracionista o voluntarista.

El Art. 140 define el acto jurídico como “manifestación de la voluntad”, esta fórmula no se acoge a ninguna teoría, además, sabemos que la intención de la Comisión Revisora fue alejarse de toda teoría, por tal motivo suprimió la fórmula “declaración de voluntad” para evitar acogerse a la teoría de la declaración.

Las normas interpretativas no siguen los principios teóricos de las teorías clásicas ni tampoco se identifican con las Teorías Mixtas extranjeras o peruanas (expuestas en el Ante-Proyecto y Proyecto). Ante la ausencia de una teoría referencial, sólo nos queda preguntar cuál es la orientación de las normas interpretativas? Observamos en estas normas y en otros artículos (art. 140.— 141) del acto jurídico, la presencia de términos que aluden a datos objetivos, lo cual nos indica que hay una tendencia objetiva, es decir, una preferencia por los datos objetivos y un rechazo a los subjetivos.

Esta tendencia objetiva manifiesta la intención de la Comisión Revisora de “objetivar las cosas” es decir, evitar usar conceptos abstractos y teorías complicadas.

(3) Criterios Interpretativos

(3.1) Criterio de Expresión y Principio de Buena Fe

(Art. 168).— El criterio de expresión manifiesta la tendencia objetivante del Código Peruano; la interpretación sólo deberá tener en cuenta lo expresado lo que tiene una exteriorización concreta y específica.

El principio de Buena Fe se refiere a la buena fe objetiva de confianza y lealtad que da lugar a una exigencia de claridad por parte del destinatario y el deber de hablar claro del declarante.

(3.2) Criterio de Interdependencia (o coherencia lógica) (art. 169).— Contiene un principio general de entendimiento e invoca el criterio contextual; el sentido de una cláusula aparece gracias al conocimiento del contexto (cláusulas que anteceden o siguen) en el cual se ha expresado la cláusula dudosa.

(3.3) Criterio de la Naturaleza y el Objeto del Acto (art. 170).— Según León Barandiarán este criterio se refiere a la relevancia jurídica que tiene en cuenta la relación entre el negocio realizado en un caso particular y, la formación típica legal.

Según la exposición de motivos, esta norma, que se inspira en el art. 1286 del Cód. Español, “ratifica la posición objetivista asumida por el Código”. “Se trata de resolver dudas resultantes de la confusión de ideas que determinan una imprecisión de vocabulario en la declaración y se orienta a la corrección de los efectos de redacción y del empleo impropio del lenguaje”²³.

23. Vidal Ramírez (“Acto Jurídico”, Exposición de Motivos y Comentarios en el Código Civil, Tomo IV, Compiladora Delia Revoredo de Debakey, Lima—Perú 1985, pp. 298). Es de notar la aclaración que hace el autor cuando dice: “La Locución objeto que se utiliza con el numeral es equívoca ya que corresponde al concepto de finalidad”, o sea, el “fin lícito”.

El divorcio en nuestras normas de Derecho Internacional Privado

Fernando Cantuarias S. y Nicolás Lerner V.M.
alumnos del Octavo Ciclo de la Facultad de Derecho
de la PUC y Miembros del Comité Directivo de Thémis

Dictamen Fiscal – Dictamen No. 641 – Exp. No. 2374- 86.- R. 66- 29-10- 86- IC. Viene en consulta la sentencia que declara fundada la demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso, interpuesta por los cónyuges don Ragi Burhum Khalil y doña Rosemarie Ellen Garbe de Burhum.

Fluye del análisis del proceso que se ha expedido a fs. 17 sentencia declarando fundada la demanda, sin considerar que el matrimonio contraído por los recurrentes carece de valor y eficacia legal en el país, por no haber cumplido los contrayentes con inscribirlo de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 449 del Reglamento Consular del Perú, el que concordado por el Art. 450 del mismo cuerpo legal establece un plazo de tres meses para la inscripción del matrimonio extranjero que resida en el país; consecuentemente al no existir para el Registro de Estado Civil Peruano dicho matrimonio, la resolución expedida no se encuentra arreglada a ley; por lo que este Ministerio concluye Opinando: que debe declararse NULA la resolución consultada e insubsistente lo actuado.

Lima, 17 de Noviembre de 1986

Alfredo Estacio Bustamante, Fiscal Superior en lo Civil (e) Lima.

Resolución de la Segunda Sala de la Corte Superior de Lima.- Lima, cinco de enero de mil novecientos ochentisiete.- VISTOS: interviniendo como Vocal ponente el señor Fernández Pérez; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal Superior a fojas veintitrés, cuyos fundamentos se reproducen: DECLARARON NULA la sentencia consultada de fojas diecisiete, su fecha veintiocho de agosto del año próximo pasado e INSUBSISTENTE todo lo actuado e INADMISIBLE la demanda; y los devolvieron.- Reyes Ríos.- Vásquez Cor tez.- Fernández Pérez. Se publicó conforme a ley.

La Ejecutoria bajo comentario está referida al divorcio solicitado ante nuestros tribunales de justicia, por una pareja que contrajo matrimonio en el exterior. En este sentido, habiendo elementos conectados con ordenamientos extranjeros, para resolver el problema planteado habrá que recurrir al Libro X de nuestros Código Civil, referente al Derecho Internacional Privado (DIP).

Como sabemos, cuando nos encontramos ante relaciones conectadas con ordenamientos extranjeros, las normas de DIP nos indicarán cuál legislación será la llamada a resolver la controversia o litigio. Dichas normas no dan soluciones directas al problema planteado, sino que, establecen soluciones indirectas, es decir, reclamando la aplicación de una tercera norma (lo que en la doctrina se denomina el principio de la extraterritorialidad pasiva del derecho). Así el sistema adoptado por nuestro legislador es el conflictual, el cual se construye bajo las normas de conflicto, que tienen una estructura tripartita: categoría – factor de conexión – consecuencia jurídica. La categoría es el

supuesto social que se regula, el cual está compuesto por una serie de conceptos jurídicos a los cuales engloba (ej. contratos, sucesiones, etc.); el factor de conexión es el ligamen entre la categoría y la consecuencia jurídica, es el elemento que determina que norma material va a regular la relación contenida en la categoría; y la consecuencia jurídica designa el derecho aplicable y determina la solución final al caso planteado.

Ahora bien, en primer lugar, debemos señalar que el artículo 2057 del Código Civil establece que los tribunales peruanos son competentes para conocer las acciones promovidas contra personas domiciliadas en el Perú, por tanto, asumimos para el presente caso que ambos cónyuges, partes en el presente litigio, domiciliaron en el país.

En segundo lugar, por razones de método y orden, dividiremos el análisis del caso en (A) Matrimonio entre “extranjeros” celebrado en el extranjero y que intentan divorciarse en el Perú y (B) Matrimonio

de "peruano(a) o peruanos" celebrado en el extranjero y que solicitan la disolución de su vínculo matrimonial en el país.

(A) En este supuesto nos remitiremos a nuestras normas de DIP, para lo cual debemos seguir el siguiente análisis: Para poder divorciar a una pareja, debemos ver, primero, si dicho matrimonio es válido. Para ello, aplicaremos los artículos 2075 y 2076 del C.C., que establecen que la capacidad y requisitos esenciales del matrimonio se rigen para cada contrayente por la ley de sus respectivos domicilios, y la forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de celebración del acto. Es decir, en este caso, respecto a la capacidad e impedimentos para contraer matrimonio deberemos acudir a la ley del domicilio de cada uno de los cónyuges, y para averiguar si se cumplió con las formalidades, acudiremos a la ley del lugar de celebración del matrimonio. Así, nuestras normas internas no intervienen en "momento alguno", salvo si alguno de los contrayentes hubiera domiciliado en el Perú.

Por último, reconociendo la validez y existencia de dicho matrimonio, el artículo 2081 del C.C. establece que el divorcio se rige por la ley del domicilio conyugal, es decir, en este caso por nuestras normas internas de Derecho de Familia. En este sentido, consideramos que la Corte Superior debió simplemente verificar el cumplimiento de los requisitos legales del matrimonio (según las leyes pertinentes) y resolver declarando fundada la demanda de Divorcio si ella se amparaba en las normas que sobre el Divorcio establece el Código Civil Peruano. Asimismo, debemos indicar, que en este supuesto, nuestras normas consulares no son aplicables, toda vez que ellas se ponen en el supuesto que sea un peruano(a) quien contraiga matrimonio en el exterior.

(B) Aquí los requisitos, tanto esenciales como formales, para la existencia y validez del matrimonio celebrado en el extranjero por peruano(s), se rigen por los mismos fundamentos antes señalados, igualmente, en lo referente a la competencia y ley aplicable para disolver el vínculo matrimonial. Pero, donde si nos debemos detener es en el análisis de si resultan aplicables los artículos 449 y 450 del Reglamento Consular del Perú y los artículos 63 y 64 del Reglamento de los Registros del Estado Civil Peruano. Ambos prescriben la obligatoriedad para los peruanos de inscribir los matrimonios celebrados en el extranjero, ante el agente diplomático del Perú en el lugar de celebración del acto, o en su defecto dentro de los tres meses siguientes del regreso al territorio nacional.

Esta obligación formal debe entenderse (como en el caso del dictamen fiscal, asumido por la Corte Superior), como esencial para que el estado peruano le reconozca "valor y eficacia legal en el país", y que la no inscripción determinará en consecuencia, su inoponibilidad ante nuestros tribunales? Consideramos errada esta posición por las siguientes consideraciones:

1) Porque la validez y eficacia del matrimonio celebrado en el extranjero se rigen por las leyes del domicilio de los contrayentes y del lugar de celebración del acto. Por tanto, nuestra ley interna no debe establecer una formalidad o requisito esencial para reconocer un acto que jurídicamente es perfecto y que nuestra propia legislación civil (arts. 2075 y 2076) reconoce como suficientes para ser oponibles ante nuestros tribunales.

2) Desde un punto de vista positivo, el Reglamento Consular y el Registro del Estado Civil Peruano, son normas de menor rango que el Código Civil. Igualmente el Código Civil es posterior y no exige requisito interno alguno, para darle validez al matrimonio celebrado en el extranjero.

3) De una simple lectura de las normas contenidas en los reglamentos antes citados, encontramos que se exige una formalidad, pero no se sanciona su inobservancia con nulidad, por tanto, según el artículo 144 del Código Civil, ello sólo constituye un medio de prueba de la existencia del acto. Así los contrayentes tendrán otros medios de probanza tales como las partidas de matrimonio otorgadas en el extranjero y legalizadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, entre otros, y asimismo podrán probar que han cumplido con todos los requisitos ordenados por las leyes competentes ofreciendo las pruebas a que se contrae el artículo 2052 del Código Civil.

4) El artículo 1158 del Código de Procedimientos Civiles establece tácitamente la exclusividad de nuestra ley para declarar la disolución del vínculo matrimonial de peruano o peruanos casados en el exterior. Hoy esa norma ha sido implícitamente derogada por el artículo 2062 del Código Civil, que establece que los tribunales peruanos son competentes para conocer los juicios de divorcio sólo cuando el derecho peruano sea aplicable por razón del domicilio conyugal (por mandato del artículo 2081 del C.C.), es decir, si en el presente, un peruano que domicilia en el exterior puede divorciarse libremente según las leyes internas del país donde domicilia, resulta un despropósito, que para divorciarse en el Perú, según nuestras propias leyes internas, tenga que cumplirse con una formalidad adicional, bajo pena que "carezca de valor y eficacia legal en el país" el matrimonio válidamente celebrado en el exterior.

5) Siguiendo el planteamiento del Señor Fiscal, el cual, como indica la jurisprudencia, fue asumido por la Corte Superior, parecería que la inscripción en el Registro respectivo fuera un requisito sine qua non para que un matrimonio válidamente celebrado en el exterior fuera reconocido como tal en el Perú, es decir, si no se inscribe "carece de valor y eficacia legal" en nuestro país, ergo, no existe, es inoponible. Así podríamos afirmar que si un peruano se casa en el extranjero y no inscribe su matrimonio en el Perú, podría regresar al país, casarse una vez mas y no ser con-

siderado bígamo, porque al no haber inscrito su anterior matrimonio ese es inexistente, sin valor, sin eficacia. Se nos podría argumentar que aquí entrarían a jugar las normas sobre el Orden Público Internacional; ello es cierto, pero en todo caso el problema está planteado y la solución oscura.

6) Por último, debemos referir que los artículos pertinentes de los Tratados de Montevideo de 1889 y de La Habana de 1928, suscritos y ratificados por el Perú, no establecen norma alguna que cuestione la validez de un matrimonio celebrado en un país no miembro del Tratado. Lo único que señalan es el reconocimiento de la ley del domicilio para la formali-

dad del matrimonio y la posibilidad que un Estado no reconozca un matrimonio celebrado en el extranjero, cuando este infrinje Normas de Orden Público Internacional de ese Estado; estas excepciones se refieren por ejemplo a cuestiones vinculadas a la edad mínima para contraer matrimonio, relaciones de parentesco, entre otras.

En conclusión, en nuestro parecer, la Corte Superior debió fallar declarando fundada la demanda de divorcio, previa constatación de la validez del matrimonio celebrado en el extranjero, según las leyes competentes.

TACAMA

Dirección: Calle Omega No. 255 – Parque Internacional de la
Industria y Comercio Lima y Callao.
Teléfonos: 643544 – 640833

La casación de los Procesos civiles por la Corte Suprema de Justicia

Bruno Marchese Quintana

Tesis sustentada en Julio de 1987 ante los Dres. Carlos Montoya, Aníbal Quiroga y Lorenzo Zolezzi. Sobresaliente.

La primera constatación que la lectura de esta investigación nos debe suscitar es el escaso conocimiento y manejo de las categorías procesales que desde una perspectiva dogmática del derecho se ha realizado en nuestro medio. En efecto, como se anota desde un principio, ha sido muy poca la bibliografía nacional que sobre esta rama autónoma del derecho se ha producido a la luz de la casi desconocida Teoría General del Proceso.

Por ello es que dentro de nuestro medio jurídico nacional aún se mantiene un concepto tradicional del Derecho Procesal como es fácilmente constatable. Este trabajo se sostiene en ello precisamente, tocando una de las instituciones del Proceso Civil —si bien ni la más compleja ni la más rica— sí importante para nuestra actualidad.

Si el proceso civil tiene una doble finalidad en tanto da seguridad para las partes en la solución cierta de su conflicto de interés y determina socialmente un mecanismo legalmente regulado de canalización de los conflictos colectivos, la Tude la Judicial efectiva cobrará una evidente importancia, traspasando los linderos propios del Derecho Procesal para ingresar en terrenos del Derecho Constitucional y de los Derechos Humanos porque el acceso a una pronta administración de justicia que con imparcialidad y

equidad otorgue a cada quien lo que le corresponde dentro de un **Debido Proceso** es, ya lo sabemos, uno de los derechos fundamentales de la persona como se le reconoce tanto en las Cartas Internacionales como en los textos constitucionales.

Por ello anota bien Marchese cuando sostiene que la Casación participa de los fines del proceso añadiendo a la búsqueda de justicia una necesaria seguridad jurídica. La Casación es una novedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico pues como tal aparece positivizada en la Constitución de 1979 y ello necesariamente impulsa (en tanto Casación civil) una modificación del Código de Procedimientos Civiles y de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial. Marchese desarrolla esto con gran solvencia y calidad, iniciando su investigación en la teoría general de la casación desde sus orígenes históricos en el derecho romano, en el derecho francés con el **Conseil des Parties**, el **Tribunal de Cassation**, la **Cour de Cassation** y el necesario análisis en el derecho comparado.

La finalidad de la Casación queda evidenciada por las dos grandes necesidades: equidad y justicia en los fallos judiciales y la unificación de los criterios jurisprudenciales de los más altos órganos judiciales (función nomofilática). Marchese pasa revista a todo ello con gran pulcritud, pasando por la temática del **Error In Iudicando** y **Error In Procedendo** como las dos grandes causales de la Casación, para realizar luego una comparación entre esta Institución y el Principio **Iura Novit Curiae** ahora positivizado en el Art. VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984. También son aspectos dignos de resaltar dos modalidades de la Casación ahora reconocidas en la legislación compara-

da: Casación **Per saltum** y Casación **En Interés de la Ley**.

Otro de los aspectos que se evidencian de este trabajo es el análisis del desarrollo de la función jurisdiccional que en materia civil realiza nuestra Corte Suprema de Justicia de la República a partir de lo que se conoce como **Recurso de Nulidad**; para arribar luego, sobre la base de todo lo anterior, a una concreta propuesta de cambio cualitativo en el tratamiento de este tópico en función de la real dimensión, significación y utilidad de la Casación en el Perú. Para esto, desarrolla los principales lineamientos de lo que debe ser esta Institución, con sus características y consecuencias, para culminar —en un valioso y singular aporte— con una propuesta de ley del Recurso de Casación Civil de treinta y siete numerales, con un contenido —me atrevo a afirmarlo sin ambages— mucho más técnico, desarrollado y profundo que los proyectos que sobre la materia circulan oficialmente y que en punidad constituye la gran conclusión de la tesis. En realidad se trata de una propuesta legislativa sumamente elaborada, técnicamente sustentada y coherente, que pretende reconducir el tratamiento de la Casación por la Corte Suprema regulando su accionar en materia civil. Destaca en la misma la necesaria motivación del recurso, la taxatividad de la procedencia (error in procedendo, error in iudicando, error en la forma y nulidades sustanciales), estableciendo también la Casación **Per Saltum** como una posibilidad de recurrir directamente desde la Primera Instancia a la Corte Suprema “saltando” a la Corte Superior en aras de una celeridad en la respuesta judicial, siempre que ambas partes acuerden esto.

En suma, un trabajo de investigación meritorio, sobrio y técnica-

mente bien estructurado. Una gran satisfacción para su autor, digno de ser leído por los interesados en la desconocida temática procesal. Sólo un comentario adicional que de ordinario no suele hacerse: la excelente defensa personal de la tesis en el examen de grado constituyó sin duda alguna inmejorable corolario para este trabajo y quizás el mayor reto personal de Bruno Marchese. Y supo salir airoso. (Anibal Quiroga León)

El comercio compensado y su aplicación en la legislación peruana

Rosa María Ludowieg A.C.

Tesis de Bachiller sustentada en julio de 1987 ante los Drs. Alfredo Ostojá López—Alfaro, Jorge Muñiz y Gonzalo García—Calderón. Sobre-saliente.

Tema novedoso —que como tal siempre despierta dudas e inquietudes tanto a nivel teórico como a nivel práctico dentro de la realidad jurídica nacional— es investigado por la graduando dentro de un enfoque contractual económico e internacional.

Incide en la necesidad de difundir, regular y normar el comercio compensado toda vez que su utilización es una alternativa para generar divisas en situaciones de crisis económica como las que atraviesa actualmente nuestro país.

Por último, considera que el comercio compensado tendrá un auge cada vez mayor con el transcurso de los años y que es necesario —por ello— legislarlo adecuadamente.

Antes de entrar en materia quisiera indicar que en las conclusiones de la tesis de la señorita Ludowieg se precisaba lo siguiente: "Con el ánimo de evitar trámites burocráticos que dilatan el procedimiento administrativo de aprobación de las transacciones de comercio compensado, consideramos conveniente erradicar la necesidad de obtener la licencia previa de importación para las mencionadas transacciones ... resultaría beneficioso aplicar el mismo procedimiento a la licencia de cambio ...".

Mediante el Decreto Supremo No. 097—87—PCM publicado en el diario oficial El Peruano el 18 de Setiembre de 1987 se suprime el requisito de la licencia de cambio.

He querido mencionar este ejemplo porque es un caso palpable de los múltiples aportes que se dan en las tesis y que —en la mayoría de los casos— al no ser lo suficientemente difundidas son desconocidas, y por ende, no son tomadas en cuenta por los organismos que tienen a su cargo la legislación sobre dichas materias, perdiéndose un valioso conocimiento técnico que sin duda mejoraría el nivel de nuestro ordenamiento jurídico.

El comercio compensado o trueque institucionalizado tiene como característica principal (no la única) la realización de transacciones comerciales de importación—exportación en la que el importador se obliga a cancelar al exportador el precio con bienes, los mismos que podrán ser adquiridos por un tercero que luego cancelará el precio en dinero al exportador.

Como vemos, se trata de una serie de uniones de compras y de ventas en que ambas partes aceptan transferir bienes y/o servicios de uno a otro en forma recíproca y por valores relativamente equivalentes que compensen su pago en forma total o parcial, no existiendo necesariamente una unión específica entre las transacciones de importación y de exportación de productos.

Dice la autora que en el comercio compensado se dan dos transacciones cruzadas y están contenidas generalmente en tres contratos:

1. El contrato de Venta de Exportación.
2. El contrato de compra compensatoria y
3. El protocolo o contrato marco.

Este último engloba a los dos contratos anteriores. La finalidad de esto es que ambas partes puedan ceder su posición contractual a terceras personas, estando vinculados esos terceros adquirentes, al protocolo o contrato marco.

Estas operaciones pueden hacerse a través de los denominados Trading Companies cuya finalidad es involucrar operaciones de intercambio compensado. Nuestro país los ha legislado mediante el decreto

legislativo No. 292 publicado el 21 de Julio de 1984 denominándolas Empresas Comercializadoras de Exportación No Tradicional, sin embargo, tiene grandes vacíos indicándose en la tesis, que dicho decreto legislativo, no se adapta al concepto real de las trading companies.

En el comercio compensado la empresa vinculada no sólo venderá sus productos sino que comprará productos. Cada operación es única con objetivos bien definidos y claros debiéndose considerar cada transacción como un todo, independientemente de las transacciones individuales que la conforman.

Existen diversas modalidades del comercio compensado como el llamado trueque o baxter que consiste en una transacción directa de intercambio de bienes por bienes o servicios. No es común hoy en día este tipo de intercambio. Se trata de una permuta y se realiza en un solo documento, a diferencia de la contracompra o counterpurchase que es la principal modalidad utilizada en el comercio compensado y es un convenio por el cual el vendedor al recibir el pago en efectivo del comprador por la mercadería vendida se obliga —contractualmente— a comprar productos —bienes o servicios— del original comprador en un porcentaje del valor de venta primigenio.

Hablamos, pues, de dos compras y dos ventas entre vendedor y comprador, es decir de dos contratos autónomos, unidos ambos por un tercer contrato que se denomina contrato marco y en el cual propiamente, se definen entre otros, la modalidad de compensación, los puntos porcentuales de las contrapartidas, las leyes aplicables tanto al fondo del asunto como al contrato, las garantías bancarias, los seguros, el riesgo, etc.

En rigor, el contrato marco es el que primero se realiza, ya que de él se desprenden los otros dos contratos, es decir el de exportación o venta y el de compra compensatoria.

En opinión de la autora el contrato marco persigue entre otras ventajas "Facilitar la financiación del contrato de exportación principal, el cual quedará como un contrato "limpio" de exportación; la anulación de la obligación de com-

pensación si el contrato de exportación no entra en vigencia o se suspende su ejecución y facilita la transferencia de las obligaciones del contrato de contracompra a un tercero, el cual, generalmente, está constituido por una trading company".

Estos tres instrumentos, o contratos, se aplican, también, a otras modalidades, como la compra, la cual involucra transferencia de tecnología, y a diferencia, de la contracompra, la compensación está directamente relacionada con los bienes y/o servicios importados bajo el mismo contrato, es decir existe conexión entre los productos de compra y venta que se efectúen, a diferencia de la modalidad denominada contracompra. Se aplican también estos tres instrumentos, al denominado contrato offset el cual es aplicado generalmente a compras militares a largo plazo.

En la tesis se indica que el contrato de venta de exportación es similar al contrato tradicional de compra venta, precisándose en él los productos materia de la venta, su calidad, cantidad, precio, términos de la entrega etc. mientras que el contrato de compra compensatoria es el acuerdo de voluntades por el cual, se acepta como forma de pago del contrato de exportación, una cantidad específica de bienes o servicios los cuales representan un porcentaje del valor de venta.

Para finalizar, la autora indica que los convenios de reestructuración y pago de la deuda externa peruana en bienes y/o servicios son "ab initio" diferentes de las transacciones de comercio compensado. Para ello esgrime diversas razones como que el origen de la obligación es un préstamo en dinero y es debido a una consecuencia posterior—como sería el no pago—que se varía dicha obligación cancelándose con bienes o servicios.

Se trataría entonces, de un mutuo con dación en pago y no de una modalidad de comercio compensado. (Gonzalo García-Calderón).

La excesiva onerosidad de la prestación.

Eduardo Benavides Torres

Tesis sustentada en Marzo de 1987 ante los Dres. Manuel de La Puente,

Lourdes Flores Nano y Jorge Muñiz. Sobresaliente.

La tesis en su parte inicial plantea interesantes apreciaciones respecto del conflicto, que surge entre la seguridad y la justicia cuando las circunstancias que precedieron a la formación del contrato varían cuando éste debe ejecutarse. Apunta el autor de la tesis: "El juez, el hombre de derecho, no puede evitar un estremecimiento al encontrarse en la difícil disyuntiva de tener que optar, en el caso concreto, por uno de estos dos valores. Los dos interpelean profundas convicciones y sentimientos en el ser humano, y los dos podrían motivar si no son utilizados adecuadamente, consecuencias lamentables para la vida en sociedad" (Pág. 20).

Bajo la premisa que antecede, el autor expone las diferencias entre la cláusula rebus sic stantibus, la teoría de la imprevisión y la figura bajo análisis. Se desarrolla igualmente la institución de la "Desaparición de la base del negocio", en la que el graduando incluye tanto la excesiva onerosidad de la prestación como la frustración del fin del contrato. Mientras la excesiva onerosidad de la prestación incide en un supuesto en que la ejecución deviene excesivamente gravosa, la otra figura alude a circunstancias en las que siendo la prestación posible de ejecutar y no excesivamente onerosa, ha dejado de satisfacer el interés esencial del acreedor que era el fin del contrato.

El trabajo que reseñamos no sólo desarrolla con prolijidad múltiples puntos de vista doctrinarios sobre el tema que nos ocupa sino que incluye interesantes aproximaciones a la jurisprudencia, Alemana, Suiza, Italiana, Española, Argentina y Francesa.

Finalmente, en relación al derecho nacional, la tesis analiza los antecedentes de la institución en los códigos de 1852 y 1936 al aludir a la equidad y a la buena fe, estudia el articulado en el código vigente y se aproxima a los problemas procesales que en la aplicación de los artículos 1440 y 1442 se originan.

La tesis no sólo es valiosa por su consciente estudio y por sus valiosos aportes, sino que, fue en su oportunidad brillantemente sustentada, constituyendo un privilegio

para quién hoy la reseña, haber participado en tal sustentación. (Lourdes Flores Nano)

Atribuciones constitucionales del Presidente de la República

Piedad Pareja Pflucker

Tesis sustentada en Julio de 1987 Marcial Rubiño y César Valega. Sobresaliente.

La tesis bajo comentario estudia detenida y cuidadosamente las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República, tales y como ellas aparecen en la Constitución de 1979. Así analiza, a partir del debate constituyente, las atribuciones administrativas, legislativas y normativas del Presidente de la República. Como necesario complemento, el trabajo desarrolla lo que da en denominar "Límites jurisdiccionales de la actuación presidencial". Se revisa, en consecuencia las acciones contencioso-administrativa, de inconstitucionalidad y popular.

Situándose, la graduanda, en una perspectiva histórica—jurídica, llega a conclusiones de indudable trascendencia sobre vg. el Presidente de la República es (y no el Poder Ejecutivo) "el primer poder el Estado", la ausencia de configuración típica de los delitos por los que puede ser acusado el Presidente de la República (salvo el de traición a la patria), la inexistencia de un encaramiento constitucional de la administración pública, los límites de la facultad para el dictado de medidas extraordinarias de carácter económico y financiero.

La presente tesis se inscribe en nuestra reciente tradición universitaria de preocupación por el Derecho Constitucional, a la que cada vez se adscribe un número significativo de nuestros alumnos. Dicho hecho es legítimo motivo de satisfacción para la Facultad, al mismo tiempo que reafirma la línea de investigación jurídica que ella estimula.

El trabajo de la exalumna, Piedad Pareja, saldrá publicado, en los próximos días, bajo el sello editorial de Rickchay Perú. (César Valega García)

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Virgilio Airaldi, Patricia Altuna, Jorge Avendaño, Cecilia Blume, Mauro Calderón, Raúl Canelo, Ana María Cogorno, Aureliano Condor, Elena de Beaumont, Beatriz de Cubas, María de Del Castillo, Ana María de Díaz, Paula de Mallma, Ilda de Zubiría, Silvia Granda, Wally Joly, Esteban Laura, Gulnara La Rosa, Rogelio Llerena, Richard Martin, Manlio Mariátegui, Dante Nagaro, Francisco Navarro, José Nemi, Dante Nieri, Afonso y Fernando Orbegoso, Víctor Ostolaza, Anibal Quiroga, Roger Rodríguez, José Luis Sardón, Filiberto Tarazona, José Tola Pasquel, Ada Ugaz, Alberto Varillas, Milton Von Hesse.

