

THĒMIS

Revista de Derecho



Entrevista a Alfonso de los Heros

Carlos Montoya • Enrique Gherzi • Víctor Ferro
Javier Neves • Gastón Fernández • Roberto Vásquez
Gherman Canelo • Roger Guerra-García.

THĒMIS

Revista de Derecho

Publicación trimestral editada por los alumnos
de la Facultad de Derecho de la PUC.

COMITE DIRECTIVO: Roberto Mac Lean Martins, Martín Mejorada Chauca, Guillermo Miranda Benavides, Fernando Pardo Segovia, Mario Pasco Lizárraga, Gladys Triveño Chan Jan.

MIEMBROS DE LA REVISTA: Fernando Castañeda M., Juan Carlos Crisanto., Arturo Ferrari C., Fernando Hesse A., Eduardo Hurtado A., Rosario Isasi M., Mercedes Martínez M., Raúl Ñato Z., Pilar Pizarro B., Patricia Pow Sang T., Silvia Ruiz S., Eduardo Sotelo C., Rossana Taquíá G., Ma. del Pilar Torres F., Ma. Eugenia Trujillo R., Ximena Zavala L.

COMITE CONSULTIVO: Jorge Avendaño V., Manuel de la Puente L., Francisco Eguiguren P., Javier Neves M., Beatriz Ramacciotti C., Fernando de Trazegnies G.

Diagramación y Edición: Graitextos S.A., 620812

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

© Asociación Civil Thémis-Revista de Derecho.
Casilla Postal 110711 - Lima 11

Carátula: (Cortesía del Estudio Luis Echeopar García)

Auspiciada por el Ministerio de Justicia:
Resolución Ministerial N° 072-88-JUS del 15 de febrero de 1988.

Revista miembro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas
dirigidas por Estudiantes - COLAPJE.

THĒMIS

Revista de Derecho

Indice

3

Presentación

5

Enrique Gherzi

El Costo de la Legalidad

15

La Privatización de Empresas y el Rol del Mercado de Valores (Bolsa de Lima)

19

Carlos Montoya Anguerry

Una Opinión sobre la Jurisprudencia Suprema Amparada en los Decretos de Urgencia

23

Gherman Canelo Davila

Prescripción y Caducidad en la Ley N° 16587

29

Germán Vera Esquivel

Derecho del Espacio y la Costumbre Internacional

35

Gladys Triveño Chan Jan

La Distribución Exclusiva a la Luz del Mandato Constitucional de la Libre Competencia

41

Arturo Ferrari C.

La "Propiedad" como un obstáculo para el desarrollo de la hipoteca en el Perú:

Análisis Histórico y social

47

ACTUALIDAD: Política Laboral

Entrevista al Dr. Alfonso de los Heros

51

Javier Neves Mujica

Gobierno de Fujimori: La Tensa Relación entre la Economía Liberal y los Derechos Laborales

55

Dr. Víctor Ferro Delgado

La Flexibilización del Derecho Laboral Peruano

61

COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL

Roberto Vázquez Ferreyra

Daño a la Estética de la Persona

67

Gastón Fernández Cruz

El Fundamento de la Responsabilidad Civil Deportiva

73

INTERDISCIPLINARIAS

Roger Guerra García

Las Políticas sobre Población en el Perú

79

JURISPRUDENCIA

Guillermo Boza Prô

Contratación Temporal por Aumento en la Producción

Archive

PRESENTACION

Junto a vírgenes que lloran y curaciones milagrosas, el Perú contempla y experimenta múltiples cambios. Algunos tímidos y otros revolucionarios, dichos cambios nos llevan hacia un futuro incierto, pero todos intuimos que en ellos se esta jugando la suerte del país.

Un tema de vital importancia y generador de apasionados debates es el laboral y por ello la sección de Actualidad del presente número está consagrada a tal área. Les ofrecemos una entrevista al señor Ministro de Trabajo y Promoción Social, doctor Alfonso de los Heros, y dos artículos de prestigiados docentes de nuestra facultad, los doctores Víctor Ferro y Javier Neves. Esta entrega también contiene artículos sobre Legalidad e Informalidad, Privatización de Empresas Públicas, un estudio sobre la Prescripción y la Caducidad en la Ley de Títulos Valores, un interesante enfoque sobre la Responsabilidad Civil deportiva, un ensayo sobre las consideraciones que conlleva el daño estético a la persona y la respuesta del doctor Carlos Montoya al Comentario de Jurisprudencia que Alejandro Falla preparó para *Thémis* 17, entre otros. Además, en la sección Interdisciplinaria el Rector de la Universidad Cayetano Heredia, doctor Roger Guerra García, nos presenta con esmerada inteligencia un panorama sobre las políticas de población en nuestro país.

Esperamos, pues, que las páginas de nuestra revista sirvan efectivamente como vehículo de diálogo y debate. Somos firmes creyentes de que únicamente a través de estos medios una sociedad puede crecer en libertad.

El Derecho es una disciplina en la cual las ideas buscan plasmarse y actuar directamente en la realidad, para que ello suceda deben ser claras, surgiendo del contraste de posiciones y superándolo. La universidad tiene -o debiera tener- en ello un papel de primera importancia, al servir de foro privilegiado para el intercambio de pareceres. En este sentido entendemos saludable, necesaria y alentadora la pluralidad de revistas de derecho dirigidas por estudiantes que se está consolidando en nuestra facultad. Derecho y Sociedad, *Ius et Veritas* y *Thémis* tenemos, con todos quienes conforman nuestra casa de estudios, la responsabilidad conjunta de promover y conservar una facultad al servicio del país. Vaya pues nuestro sincero saludo y reconocimiento para "la competencia".

abril de 1991
EL COMITE DIRECTIVO

El Costo de la Legalidad:

Una Aproximación a la Falta de Legitimidad del Derecho

Enrique Gherzi

Abogado. Diputado por Lima.

Profesor de la U. de Lima y la U. del Pacífico

Uno de los hechos sociales más evidentes en el Perú es la falta de vigencia social del derecho. A los dichos tradicionales de "hecha la ley, hecha la trampa" o la corrupción generalizada, se suman datos científicos categóricos que acreditan el aserto: seis de cada diez peruanos trabajan al margen de la ley en la llamada economía informal.

De hecho la informalidad ofrece una prueba incontrovertible de que las inmensas mayorías nacionales no cumplen con la ley, pero también ofrece un contexto social para examinar la falta de legitimidad del derecho.

En cierto sentido podría decirse que la existencia de una informalidad como la peruana representa la posibilidad de estudiar la desobediencia civil como fenómeno masivo y espontáneo frente a una ley que no funciona y sugiere, consiguientemente, un espacio en el cual estudiar la falta de vigencia de la ley.

Tradicionalmente la legitimidad de los sistemas legales ha sido examinada como un fenómeno político, resultante de la forma de gobierno, el consenso o las costumbres y tradiciones nacionales.

El propósito de este artículo es plantear una aproximación diferente, consistente en que la legitimidad de los sistemas legales no es un fenómeno político sino consecuencia de una inadecuada estructura institucional que hace muy difícil y a veces imposible a los ciudadanos cumplir con la ley.

Para el efecto, el presente artículo plantea el concepto "costo de la legalidad" como una variable explicativa de la falta de vigencia social del derecho.

En términos económicos es muy fácil entender que los bienes tienen costos e inclusive que el merca-

do es un mecanismo costoso para la toma de decisiones. Pero en términos institucionales es más difícil entender que también la ley es un mecanismo costoso. Por consiguiente, si bien el derecho tiene como propósito económico fundamental reducir los costos de transacción, la ley que es una de sus fuentes también tiene un costo que es el "costo de la legalidad". En ese sentido, no toda ley abarata las transacciones, sino que es perfectamente posible que las encarezca e inclusive que las encarezca al extremo de hacer imposible su cumplimiento.

1. La Transacción y la Norma

Como resultado de las discusiones acerca de las imperfecciones del mercado y de la presunta necesidad de una intervención estatal para corregirlas, Ronald Coase logró establecer algunas hipótesis de trabajo fundamentales para el análisis económico del derecho¹. La primera es que el mercado es un mecanismo costoso en el que no se puede adoptar todas las decisiones. La segunda, que toda transacción cuesta algo a quien la realiza, independientemente de sus propios propósitos. Este costo de transacción está compuesto por el tiempo y la información indispensables para que la actividad se lleve a efecto. La tercera conclusión es que cuanto más compleja es una economía, mayores serán los costos de transacción. Y la cuarta es que, el derecho es una institución mediadora destinada a reemplazar a las personas individuales y al mercado en aquellas funciones en que los costos serían insufragables en un contexto de intercambio puro.

De estas hipótesis se extraen dos conclusiones fundamentales, que son conocidas por la literatura especializada como las "Leyes de Coase". A saber que:

1 Ronald Coase, "The Nature of the Firm", *Económica* (Nov. 1937), 306-405. "The Problem of the Social Cost", *Journal of Law and Economics*, (1960) 3, 1-44.

- Existiendo costos de transacción, el derecho no es indiferente al óptimo económico. Luego, hay normas más eficientes que otras, según permitan comportamientos más aproximados con ese óptimo, entendido en el sentido que le dio el economista italiano Vilfredo Pareto, como aquella situación en la cual nadie puede mejorar su propia posición a costa de que la de otro empeore.

- Las instituciones jurídicas tienen un fundamento económico: abaratar los costos de transacción. Para el efecto, deben cumplir cuando menos con tres propósitos: definir derechos de propiedad, dar seguridad a los contratos y establecer un sistema de responsabilidad civil extracontractual.

Dado que el derecho procura disminuir los costos de transacción, su función económica principal estriba, entonces, en reducir el tiempo y consolidar la información indispensables para tomar decisiones. Esta información está compuesta, a su vez, por la acumulación de experiencias, valores, juicios y fracasos de los demás. Luego, el derecho permite utilizar más información de la accesible a cada persona individualmente. Supone mucha más inteligencia de la que es capaz de poseer un hombre por sí solo.

Ello ha permitido a Henri Lepage entender al derecho como la clasificación del conjunto de usos, criterios, valores y costumbres que permiten establecer una representación del universo, mejorar la capacidad de previsión y anticipar las consecuencias de determinados supuestos de hecho².

La idea consiste, por consiguiente, en apreciar la manera como el derecho reduce la incertidumbre en un mundo de escasez, de modo tal que permite realizar un conjunto de actividades que en un contexto de intercambio puro resultarían imposibles.

El derecho se entiende, entonces, como el instrumento proveedor de información que, junto con el conocimiento del tiempo y del lugar, establece el marco dentro del cual las personas deciden.

Queda claro, pues, que no todas las decisiones económicas se toman en el mercado, sino que, además de mercado, hay en toda sociedad un metamercado, compuesto por el derecho encargado de regularlo y facilitar la obtención de los objetivos sociales e individuales abaratando los costos de transacción³.

Ahora bien, el derecho tiene distintas fuentes. A

un nivel microeconómico, los contratos. A un nivel macroeconómico, las costumbres, las leyes y la jurisprudencia de los tribunales. Según sean los sistemas jurídicos de los países, varía la importancia o independencia de estas diferentes fuentes. Pero, contrariamente a lo que por lo general se supone, las fuentes del derecho no son alternativas ni excluyentes entre sí sino competitivas. Tratan de organizar y poner en ejecución los acuerdos requeridos para intercambiar bienes o servicios y para combinar los recursos humanos así como materiales necesarios para producirlos. Buscan obtener la cooperación de los individuos para sus fines comunes. Y proveen servicios para facilitar la confección o la puesta en ejecución de todo tipo de acuerdos que versen sobre bienes o servicios: contratos, responsabilidad civil, derechos reales, etc.

No obstante, existe una confusión bastante notable entre derecho y ley. En términos estrictos, la ley es solamente una de las fuentes del derecho o, si se quiere, una de las maneras en que las sociedades pueden producir normas para reducir los costos de transacción. Esta confusión probablemente tiene muchos orígenes, pero es especialmente marcada en países como los nuestros, que están inscritos dentro de la tradición jurídica romano-civil, sobretudo después del positivismo kelseniano.

Sin embargo, es muy probable también que se deba a una cierta ventaja comparativa del Estado como productor de derecho. En efecto, por definición, el Estado tiene el monopolio de la coacción y de la coerción legítimas. Por ende, el tener también el monopolio de la legislación, puede suceder que el derecho generado a través de ella tenga mucho más vigencia social porque es aplicable erga omnes. Pero puede suceder también todo lo contrario, como veremos más adelante.

La doctrina jurídica tradicional ha tendido a considerar que la ley es un elemento neutro o gratuito que se introduce en la sociedad de manera tal que ordena, como por arte de magia, todas las cosas o relaciones humanas. Inclusive criterios tradicionales más superficiales han llegado a suponer que es posible convertir en leyes de cumplimiento obligatorio cualquier disposición que aprueben los legisladores. Esta creencia ha venido a concurrir con la deformación de los ideales democráticos que, en palabras de Federico Salazar, consiste en "la suposición de que el acto legislativo se hace ley con independencia de si se ajusta o no al derecho vigente y de si se adecúa o no al orden moral que le sirve de fundamento"⁴.

2. Cf. Henri Lepage, *Mañana el Liberalismo* (Madrid: Ed. Espasa Calpe, 1980), Epílogo.

3. Cf. Pedro Schwartz y Alfonso Carbajo Isla, "Teoría Económica de los Derechos de Apropiación". En *Jornadas Hispano-francesas sobre la Nueva Economía* (Madrid: Ed. Forum Universidad-Empresa, 1980).

4. Federico Salazar, "El Fundamento Ético de la Libertad Ensayo en Defensa de las Minorías Morales", *Mecanografiado*, Lima, (Agosto, 1987), p.2.

Ocorre, sin embargo, que tal gratuidad no existe. Antes bien, el cumplimiento de las regulaciones implica una serie de costos y beneficios sobre los ciudadanos que deben observarlas. De acuerdo con Carbonier, esto puede conducir a que la ley quede neutralizada por su propio costo de realización⁵. En efecto, las personas que quieran disfrutar de los beneficios de la legalidad deberán asumir los costos involucrados. De no estar en condiciones de hacerlo, puesto que se ha encarecido por encima del nivel sufragable la disposición a cumplir con la ley, sencillamente no podrán aprovechar el sistema legal. Y, paradójicamente, éste habrá quedado neutralizado porque habrá dejado de ser útil para los individuos.

La ley, al estipular la consecuencia jurídica para un supuesto de hecho, proporciona información a tener en cuenta al momento de decidir. Le dice a la persona qué requisitos debe cumplir, con qué protección cuenta, qué tributos lo gravan y a qué consecuencias ha de atenerse. En suma, le revela cuál es el costo que se debe sufragar si es que desea disfrutar de la legalidad y cuál es su beneficio.

Entonces, el costo de la legalidad, en el sentido en que lo entenderemos, es la noción genérica de todos los componentes y cada uno de ellos, en forma conjunta o separada, con los cuales y por los cuales se realiza una decisión con respecto de la legalidad de una actividad. Así, pues, el costo de la legalidad es la apreciación individual de todo aquello que es necesario hacer o no hacer para disfrutar del amparo y protección del régimen legal.

En este contexto es preciso destacar que así como el mercado es un mecanismo costoso en el cual no pueden tomarse todas las decisiones económicas, la ley es también un mecanismo costoso que sólo abarata las transacciones cuando el costo de su cumplimiento no excede al de estas últimas. Si Veljanovski considera los costos de transacción como los costos de usar el mercado⁶, el costo de la legalidad bien podría ser definido como el costo de utilizar la ley.

No obstante, hay que advertir que si bien los costos de las transacciones dependen de la naturaleza de éstas, el costo de la legalidad depende mayormente del proceso por el cual se genera la ley y de las características que tiene. Por lo tanto, se encuentra mucho más relacionado con los procesos políticos y legislativos vigentes que con las características del mercado mismo.

De esta manera llegamos a una de las conclusiones

fundamentales de la ley entendida como uno de los mecanismos del derecho para reducir los costos de transacción: su carácter instrumental. La ley es, en realidad, sólo un medio puesto a disposición del individuo para elegir. Luego, la gente al obedecerla persigue sus propios objetivos y no los del legislador. Por consiguiente, toda modificación legal que se haga altera los medios a disposición de las personas, tergiversa el mecanismo de información o modifica el tiempo de las decisiones, pero no puede cambiar los fines de los individuos ni su tendencia a aplicar sus capacidades, escoger sus acciones y determinar sus preferencias de acuerdo con sus propias escalas de costos y beneficios.

De acuerdo con Hayek, en todos los casos en que la coacción sea evitable, el único efecto de la ley consistirá en alterar los medios a disposición de los individuos, pero nunca en determinar sus propios propósitos⁷. Luego, el vínculo de sujeción que se estima inherente al imperio de la ley sólo es tal luego de un análisis racional de costos y beneficios realizado por los individuos. De manera que, si efectuada esta evaluación resulta que las leyes no sirven a los intereses particulares, se habrá establecido una demanda de medios jurídicos alternativos para servirlos. En este contexto la ley empieza a perder vigencia social y se recurre a otras fuentes del derecho, como la costumbre, en busca de normas útiles para reducir los costos de transacción. Sin embargo, por carecer estas fuentes alternativas del mismo nivel de exigibilidad que la ley, se incrementa paradójicamente el grado de incertidumbre de las transacciones económicas y de las relaciones sociales.

Es claro, pues, que cuando el costo de la legalidad se eleva a un punto tal que es insufragable para la mayoría de la población, no reduce sino encarece las transacciones. Es más difícil entrar al mercado y seguir dentro de él, por cuanto cada una de las operaciones que se realicen incorporan cargas proporcionales a la incidencia de las leyes. Por ejemplo, al establecerse un conjunto de requerimientos legales a fin de contar con terrenos y viviendas, se estipula también una carga para todas las transacciones que se produzcan sobre tales bienes, de manera que se debe observar lo prescrito a fin de gozar de los beneficios de la legalidad.

Lo importante en cada caso es entender que la existencia de una legalidad excesivamente onerosa no necesariamente supone que las actividades dejen de llevarse a cabo sino que se trasladen de un mercado a otro: de la formalidad a la informalidad. Dado el carácter instrumental de la ley, ésta no es

5. Cf. Jean Carbonier, "Derecho Flexible. Para una Sociología no Rigurosa del Derecho". (Ed. Tecnos, Madrid: 1974).

6. Cf. C.G. Veljanovski, "The New Law and Economics. Research Review" (Oxford: Centre for Socio-Legal Studies, 1982), p. 53.

7. Cf. Friedrich A. Hayek, Derecho, Legislación y Libertad. (Madrid: Unión Editorial, 1978), Tomo I, pp. 177-181.

más que un mecanismo de información por el cual los individuos pueden advertir la cantidad de recursos que les representaría gozar de la protección del Estado para el desarrollo de su actividad. Por consiguiente, como la gente tiende por naturaleza a hacer lo más barato y evitar lo más caro, el cumplimiento de la ley está sujeto a que ella tenga mas beneficios que costos, puesto que las personas al evaluarla persiguen cumplir sus propios objetivos y no los del Estado ni mucho menos los de las autoridades.

Entonces, si el costo de la legalidad es tal que resulta insufragable o bien supera los beneficios de las transacciones, la gente optará por quedarse fuera, es decir, en la informalidad.

Igualmente, si los costos de la legalidad se elevan por encima de sus beneficios, la gente opta por escapar de su ámbito a pesar de ya haber ingresado en él, es decir, deserta hacia la informalidad.

Sin embargo, con respecto a la legalidad, el carácter subjetivo e inaprehensible del costo se hace más evidente e importante por cuanto intervienen de manera crucial consideraciones no monetarias o, al menos, no directamente monetarias, como la seguridad, el prestigio, el miedo o la potencial protección de la ley.

2. El Problema del Costo

Es preciso distinguir dos dimensiones en el concepto de costo, desde el punto de vista de la elección individual.

De un lado, la noción de costo evoca una evaluación personal y subjetiva acerca de la importancia que se atribuye a una carga, en función de una expectativa de beneficio. De otro, el concepto es más un resultado que una expectativa y está referido al pasado antes que al futuro.

En el primer caso, el concepto es relativo a un hecho ideal que influye en la elección del individuo. En el segundo, a un acontecimiento de la realidad influido por la elección del propio individuo. En el primer caso, a la lógica de la elección; en el segundo, a un problema de contabilidad.

Las decisiones vienen determinadas por experiencias subjetivas. Sin embargo, se reflejan objetivamente en resultados verificables y cuantificables que, a su vez, actúan como fuentes de información respecto de las nociones subjetivas.

Si bien el concepto de costo de la legalidad se refiere más a la acepción subjetiva, su evaluación proviene tanto de operaciones subjetivas cuanto de resultados objetivos. Por ende, las aproximaciones sistemáticas al tema pueden hacerse a través del concepto subjetivo -examinando las conductas hipoté-

ticas, posibilidades y perjuicios resultantes- y a través del concepto objetivo -examinando cuánto ha costado la legalidad a quien ya realizó una elección-. En este caso, sin embargo, el resultado que se obtenga, si bien será más fácil de cuantificar, no necesariamente reflejará el proceso individual de la lógica de la elección, sino los resultados de ciertas experiencias individuales frente a la legalidad.

Estas mediciones, siempre y cuando no se confundan con la noción objetiva del costo de la legalidad, pueden dar una idea aproximada de lo que sucede a nivel de la decisión individual y, de hecho, una más exacta de la experiencia confirmada de algunos individuos de la sociedad.

Esta experiencia realizada, a su vez, forma parte inicial de la información que los individuos pueden reunir para formarse una noción de lo que cuesta la legalidad. Ella crea una especie de acervo social de la información, conocimiento, intuiciones y emociones respecto de la legalidad. Puede transmitirse directamente, mediante amigos, paisanos u otros. También indirectamente, a través de la mediación de profesionales, tales como abogados o contadores, que precisamente tienen por función acopiar todo ese acervo informativo.

Podría insinuarse que hay también una relación entre niveles de ingresos y estos dos tipos de fuentes de información. En efecto, las personas de menores ingresos tendrán probablemente una mayor proclividad a recurrir a primos, amigos o parientes, mientras que las personas de mayores ingresos acudirán a profesionales. Esto se explica porque las satisfacciones alternativas a sacrificar para recurrir a un amigo o pariente son menores que las comprometidas al contratar a un mediador profesional.

Obviamente, todo ello favorece las transacciones cara a cara, así como los negocios familiares. Este es un punto sumamente curioso que llama a reflexión. Nuestros pueblos se caracterizan por la gran cantidad de negocios familiares, donde padres, hijos, primos o hermanos trabajan cotidianamente. Los antropólogos, sociólogos y demás científicos sociales han sostenido a través de los años que ello se debe a un ancestro cultural que caracterizaría nuestra presunta raigambre colectivista. Sin embargo, tengo la convicción de que la causa es diferente. Los latinoamericanos tenemos que trabajar entre familiares porque no tenemos acceso a un mecanismo de contratos eficiente ni libre para combinar y aprovechar los recursos. O, dicho en otras palabras, porque tenemos una legalidad excesivamente cara en relación con los ingresos de nuestra población. Obviamente, si tal acceso no existe, es muy natural que la gente tienda a realizar las transacciones entre sus familiares porque son quienes más confianza le inspiran. No se trataría, pues, de una prueba de colectivismo, sino de una reivindicación de la libertad de contratar.

Sin desmedro de las precisiones advertidas, es necesario tener en cuenta dos elementos adicionales. El primero es el carácter global del costo de la legalidad. El segundo, la función de los precios.

Los individuos frente a la legalidad no entran en detalles ni consideraciones mayores. La aprecian en su conjunto, por su onerosidad agregada y por su dificultad total. Las decisiones personales frente al derecho no están perfectamente discriminadas. Antes bien, dependen de una serie de consideraciones como conocimiento, información o disponibilidad de asesoría. Algo así como un carácter común engloba los diferentes componentes del costo de la legalidad en un bosque de cargas que asusta más que cada uno de sus árboles.

La gente puede tener nociones no siempre exactas respecto de estos costos. Algunas personas pueden estar más aventajadas en la comprensión de uno u otro de sus componentes. Pero, sin duda, será muy difícil que entren a evaluar detallada y detenidamente cada uno de los trámites y procedimientos, a fin de determinar el costo que ellos impliquen monetaria o no monetariamente, compararlos con los beneficios inherentes a tal decisión y finalmente hacer una elección personalmente satisfactoria. A esto podemos llamarle carácter global del costo de la legalidad.

Así, pues, cualquier individuo que quiera invertir sus recursos, tiempo y conocimiento en una actividad deberá evaluar **grosso modo**, por un lado, lo que puede costarle cumplir con las obligaciones legales, y, por otro, lo que puede obtener de la ley a cambio de ese cumplimiento.

Por supuesto, la opción que el individuo escoja no supone una evaluación exacta ni rigurosa de las cargas legales, pero sí una intuición genérica en torno a lo que ellas representan respecto de su actividad o respecto de lo que está dispuesto a hacer.

Si su disponibilidad de recursos (dinero, trabajo, tiempo y conocimiento) es elevada, será probable que tenga más que ganar con el acatamiento del orden legal establecido.

Si, en cambio, su disponibilidad de recursos es limitada, será muy probable que tenga más que ganar actuando al margen de la ley. Aunque aquí hay otro factor a considerar: la imposibilidad absoluta de realizar una actividad dentro de la ley. Un caso particular de esta situación es aquél en el que un individuo sencillamente carece de todo conocimiento respecto de los requisitos de la legalidad. Esto significa,

simplemente, que su capital humano es excesivamente escaso con respecto de los requerimientos legales, situación que, si se toma agregadamente, puede sugerir la existencia de un costo social elevadísimo resultante de una discriminación legal contra personas de menores recursos u otras culturas.

Entonces, el costo de la legalidad no es una medida exacta ni particular, sino imprecisa y global. En 1946 Thirlby escribió que el costo "no es objetivamente describible ... es una cosa que existe en la mente de quien toma decisiones antes de que su curso comience y que puede haber sido vagamente aprehendida ..."⁸.

Así como el costo de la legalidad tiene un carácter global, su evaluación implícita también puede estar incorporada en el mecanismo de los precios.

Recuérdese que los precios, como se sabe desde los trabajos de Menger, Böhm-Bawerk, Mises y Hayek⁹, tienen entre sus características principales transmitir información acerca de los valores relativos de bienes y servicios en una sociedad. Expresan no sólo lo que el bien o el servicio representa subjetivamente para las personas involucradas, sino también su relación con la estructura institucional. Por ende, contienen una evaluación automática del costo de la legalidad. De hecho, lo incorporan, porque al expresar el costo de oportunidad de la utilización de los recursos lo hacen en relación a la estructura legal vigente¹⁰.

Dicho de otra manera, en los precios de los terrenos debidamente urbanizados o de las casas formalmente edificadas o de los productos legalmente expendidos están incorporadas alícuotas correspondientes al costo de la legalidad. Así, el mecanismo de los precios es el gran evaluador impersonal del nivel de costos impuestos por la legislación.

3. ¿Cuánto Cuesta la Legalidad?

Uno de los principales aportes del libro de "El Otro Sendero" ha sido tratar de cuantificar la legalidad vigente en el Perú. En ese sentido, planteó una metodología original consistente en determinar qué tipos de componentes tenía tal costo. Así llegó a la conclusión de que, por lo menos para propósitos prácticos, había dos componentes importantes de cuantificar.

Ello se explica en el hecho de que hay dos tipos de individuos característicos que se dedican a actividades informales. Los que nunca entraron al circuito

8. Citado en James Buchanan, *Cost and Choice* (Chicago: University of Chicago Press, Midway Reprint, 1967), p. 31.

9. Karl Menger, *Principios de Economía Política* (Madrid: Unión Editorial, 1983). Eugene Böhm-Bawerk, *La Teoría de la Explotación* (Madrid: Mirasierra, 1976). Ludwig von Mises, *La Acción Humana* (Madrid: Unión Editorial, 1980). Friedrich A. Hayek Op.cit.

10. Cf. Juan Torres López, *Análisis Económico del Derecho* (Madrid: Ed. Tecnos, 1987), p.21.

legal y los que, habiendo entrado, desertan de él haciendo informal parte de sus actividades. De un lado, los ambulantes, microbuseros o invasores de terrenos; de otro, los empresarios privados que no facturan parte de sus ventas o eluden el cumplimiento de determinadas regulaciones.

El migrante del campo a la ciudad no es un agente económico neutro, ya que necesita acceder a las actividades económicas. Y requiere acceso no sólo al trabajo, sino a la vivienda, el transporte, el comercio y, en general, a cualesquiera de las actividades que quiera desempeñar. Ocurre, sin embargo, que, dadas las características de nuestra legislación, no existe libre acceso. No basta que una persona quiera entrar a un mercado, hacer una casa, habilitar un terreno, formar un negocio o emprender una industria para que, en efecto, lo haga. Es menester recabar permisos previos. Hay que pasar por el tamiz del derecho. Esto determina un primer nivel de relación entre el individuo y la ley que interesa con el fin de cuantificar el costo de la legalidad, que podemos llamar "costos de acceso de formalidad".

El segundo momento ocurre cuando, logrado el acceso, el individuo quiere hacer algo -casa, urbanización, servicio, industria o comercio- y encuentra que no puede operar autónomamente. Antes bien, su conducta está ligada, condicionada y estimulada por la legalidad. Hay que pagar tributos y cumplir reglamentos laborales. Hay que tramitar licencias de cambio y observar procedimientos administrativos. Hay que edificar de acuerdo con el Reglamento Nacional de Construcciones o servir la ruta según tal o cual regla. Hay, en suma, muchas normas que cumplir: un individuo no sólo debe lograr acceso legal a su actividad, sino que también debe conservar esa legalidad. A este segundo componente lo podemos llamar "costos de permanencia en la formalidad".

Para cuantificar los costos se examinó los casos de la industria, la vivienda, el comercio y el transporte. En lo que a industria se refiere, en 1983 se realizó una simulación de los trámites necesarios para constituir legalmente un pequeño taller de confecciones. Se propuso como meta tramitarlos como si se tratase de un ciudadano común y corriente, sin información técnica ni asesoría profesional y con un propósito eminentemente honesto. Por ende, se decidió no pagar soborno alguno para acelerar el procedimiento y tener así una medida cabal del problema.

Pues bien, el resultado fue que los investigadores tuvieron que tramitar durante 289 días para poder obtener los once permisos necesarios a un costo total de 1.231 dólares -entre gastos realmente desembolsados y lucro cesante-, suma que a la fecha significó 32 veces el sueldo mínimo vital. Por añadidura, se les pidieron sobornos unas diez veces, a los que hubo que acceder por lo menos en dos, pues, pese a cumplir con las regulaciones, no se podía pasar sin sobornar a los funcionarios.

Entusiasmados por el experimento -si puede existir entusiasmo en todo ello-, los investigadores decidieron comprobar cuán universal sería el problema. Para tal efecto, procedieron a repetir el experimento en base al mismo **know how**, en la ciudad de Tampa, estado de Florida, en los Estados Unidos. Allí, el resultado fue que el trámite de constitución legal de un pequeño taller de confecciones demoró sólo una hora. La abrumadora diferencia entre un resultado y otro me exime de mayor comentario, salvo por el hecho de que pudiera sugerir la existencia de indicadores institucionales para explicar las diferencias entre el desarrollo de un país y otro.

En el caso de la vivienda, no se pudo realizar una simulación, ya que, por ejemplo, no era viable organizar una falsa invasión. Así es que se decidió estudiar un conjunto de expedientes reales, a fin de obtener una medida del costo de acceso a la propiedad inmobiliaria para vivienda.

El resultado de tal ejercicio demostró que los trámites de adjudicación, habilitación, licencias de construcción y certificado de conformidad de obra necesarios para aprovechar un terreno eriazos del Estado, legalmente tardan un promedio de 80 meses e involucran no menos de 500 actos administrativos diferentes -inclusive con intervención del Presidente de la República-. Solamente el costo de la adjudicación del terreno para una asociación de pobladores promedio asciende a unos 2.156 dólares por miembro, aproximadamente 56 veces más que la remuneración mínima vital vigente a la fecha del cálculo.

El caso del comercio no es menos patético. Se examinaron los costos de acceso a una tienda formal y a un mercado de abastos por ser las dos posibilidades más comunes y observables que tienen que desempeñar esta actividad. En la primera posibilidad se procedió a una simulación, que arrojó como resultado que los trámites para abrir una pequeña tienda formal demoran unos 43 días a un costo de 600 dólares, unas 15 veces el sueldo mínimo vigente a esa fecha. En la segunda, se procedió a un examen de cinco casos reales, el que dio como resultado que los trámites para levantar legalmente un mercado tardan en promedio 18 años.

En el caso del transporte, el problema es más simple y dramático a la vez, porque sencillamente no hay acceso. Para entrar al servicio hay que invadir y, luego, exigir o negociar políticamente el reconocimiento legal. La legislación ni siquiera contempla la posibilidad de acceder al mercado. El costo de la legalidad es sencillamente insufragable.

En lo referente a los costos de permanencia en la formalidad, se ha tratado también de obtener algunos indicadores. Así, en base a una muestra de 50 pequeñas empresas industriales, ha determinado que los costos de permanencia en la formalidad represen-

tan el 347.7% de sus utilidades después de impuestos y el 11.3% de sus costos de producción.

En cuanto a su composición, el 21.7% de los costos de permanencia son tributarios; el 72.7% son laborales y burocráticos, y el 5.6% restante, costos por uso de servicios públicos. De allí se deduce que la tributación es un factor mucho menos importante de lo que comúnmente se cree para definir la formalidad o informalidad de las empresas. Son mas bien los costos de origen laboral y burocrático los que tienen incidencia definitiva en la legalidad de las actividades económicas.

Ahora bien, es preciso indicar que la discriminación entre los diferentes costos de acceso y permanencia es un recurso metodológico para cuantificar el costo de la legalidad, pero no es la manera como procede una persona en la vida diaria. De hecho, los individuos que enfrentan a la legalidad o se sirven de ella no entran en detalles ni consideraciones profundas, sino que evalúan *grosso modo*, generalmente a través del mecanismo de los precios, lo que puede dificultarles cumplir con las obligaciones legales y lo que pueden obtener de ellas a cambio de ese cumplimiento

Por ello la utilización en este recurso metodológico no es más que una aproximación muy inicial a la cuantía del costo de la legalidad, ya que sólo permite llegar a su dimensión objetiva y no a su efecto subjetivo, que hemos considerado no sólo el adecuado para situar el concepto, sino también el que más nos aproxima a la lógica de la elección individual.

4. El Revés de la Trama: Discriminación Legal y Mercantilismo

Se ha comprobado que el exceso de regulaciones encarece de manera sistemática el costo de la legalidad, fundamentalmente porque al elevarlo respecto de la información y el tiempo, se incrementan proporcionalmente los costos de transacción. Analizaremos a continuación la manera como este encarecimiento ha afectado a los estratos menos favorecidos de la población.

Como se ha insistido, el derecho no es neutro. Antes bien, crea costos que inciden directamente en las condiciones que los individuos deben observar para ejercer o recibir determinados derechos, lo que significa que se ha excluido del ejercicio o merecimiento de tales derechos a todos aquellos que no pueden cumplir las regulaciones, en otras palabras, a quienes no pueden sufragar los costos de la legalidad.

Ocorre que tal imposibilidad tiene una clara relación con los niveles de ingreso. North y Leroy Miller

sostienen que toda limitación en el tiempo y en la información afecta a las personas de manera inversamente proporcional a la cuantía de sus ingresos¹¹. Es decir, las personas que más tienen enfrentan con menos problemas las dificultades originadas por la legislación. Por el contrario, aquellas que menos tienen, encuentran más dificultades.

En el punto óptimo, para un nivel dado de ingresos, el cumplimiento de disposiciones y procedimientos se encontrará dentro de lo razonable y podrá ser sufragado sin sacrificar satisfacciones fundamentales. Por encima del óptimo, a su vez, lo que tenga que sacrificarse a fin de observar la legalidad descenderá conforme crezcan los ingresos, de manera tal que, por cada punto adicional, habrá un nivel de sacrificio menor.

Finalmente, por debajo del óptimo, el sacrificio será mayor cuanto menor sea el ingreso y, por consiguiente, el cumplimiento de las obligaciones, según el ingreso descienda, comprometerá fracción creciente de satisfacciones fundamentales.

Así el nivel del costo de la legalidad puede desembocar en un incremento de las desigualdades sociales por comparación con lo que hubiera sucedido en condiciones de menor restricción; toda vez que al introducirse normas y procedimientos con el propósito de corregir los defectos del mercado, mantener el orden o garantizar la justicia distributiva, se ha producido el efecto inverso y, de seguro no deseado, de discriminar a los pobres que no pueden cumplir las exigencias que la situación impone.

Una consecuencia del costo de la legalidad es elevar los precios de las mercaderías, dado que los costos inherentes a su cumplimiento son trasladados a aquéllos. Otra consiste en limitar el acceso o la permanencia formal en las actividades económicas, dado que sólo entran o mantienen la protección de la ley quienes están dispuestos a sacrificar mayor número de satisfacciones alternativas para el efecto. Por ambas vías se discrimina a los pobres. En la primera, porque no cuentan con capital suficiente para sufragar el precio al nivel que ocasiona el cumplimiento de las regulaciones. En la segunda, porque las satisfacciones alternativas que se tendrían que sacrificar comprometerían su supervivencia y más elementales necesidades.

Este razonamiento nos conduce a la crítica de la función tuitiva y redistributiva del Estado en nuestras sociedades. En los últimos años estas dos finalidades son reconocidas generalmente como parte de sus funciones naturales. Sin embargo, lo que no se ha hecho hasta ahora es constatar los objetivos propuestos por las disposiciones tuitivas o redistributivas con los efectos que, en realidad, producen.

11. Douglas North y Leroy Miller Roger, *Análisis Económico de la usura, el crimen, la pobreza, etc.* (México: Fondo de Cultura Económica, 1978).

El costo de la legalidad puede excluir a los pobres de la utilización de las normas, a diferencia de las personas con mayores recursos o contactos en el aparato estatal. Por consiguiente, la legislación no está cumpliendo los propósitos tuitivos o redistributivos esperados por autoridades o legisladores. Antes bien, está profundizando las diferencias sociales al negar el acceso a los mercados a grandes contingentes de personas y, paradójicamente, está creando también rentas en favor de pequeños grupos de la población.

Si el marco jurídico encarece el acceso por encima del nivel sufragable, favorece la creación de rentas o privilegios, determina un nivel de ineficiencia general en el aprovechamiento de los recursos y discrimina a gruesos sectores de la población, ¿qué alternativa les queda a las personas de menores recursos?

Lo que en abstracto la teoría puede predecir es que cuando se tiene un canal de acceso a un conjunto de derechos determinados y el recurso sobre el cual recaen tales derechos es progresivamente escaso con relación a las necesidades de la población, puede esperarse que se produzca una atribución de derechos alternativos. Es decir, que se quiebre la legalidad.

Todo ello deja en evidencia un efecto fundamental del elevado costo de la legalidad. Si bien las regulaciones perjudican a determinados estratos de la población al impedirles el goce de los beneficios de la legalidad, resulta obvio que no produce el mismo efecto contra aquellos que están en disposición de afrontar sus exigencias. Antes bien, es presumible que haya un grupo de gente al que la sobrerregulación beneficie directamente, sea porque reduce la competencia real o potencial sobre los bienes materia de control o porque estipule requisitos que sólo ellos pueden cumplir. Esto nos lleva al problema de la creación de rentas o privilegios a través de la regulación.

Una visión tradicional de la función de la ley en la sociedad podría soslayar el poder que tienen las normas para asignar recursos cuando, en realidad, éste es uno de sus propósitos esenciales. En efecto, las leyes afectan la forma como se aprovechan los escasos recursos disponibles, al establecer un rango permisivo o prohibitivo de acciones, estipular un conjunto de requisitos para obtener licencias o crear procedimientos que permitan determinar las valoraciones relativas de los recursos.

Por consiguiente, el beneficio social más importante que resulta de acceder a la estructura legal consiste en la clara y definida asignación de recursos que es inherente a la ley.

Luego, si se regulan de una cierta manera las actividades económicas, es obvio que se está creando una renta en favor de quienes puedan satisfacer los estándares legales y en contra de quienes no pueden hacerlo. Se determina, a la postre, quién aprovechará las oportunidades económicas sólo porque puede cumplir las regulaciones y se excluirá a otros sólo porque no pueden hacerlo.

Ello no creará, necesariamente, una situación de justicia mayor. Por lo general, toda norma tiene un impacto redistributivo. Cuando este impacto reduce los costos de transacción se produce una situación semejante a la "posición original" de Rawls¹², según la cual, por tratarse de reglas abstractas y no excluyentes, es muy probable que al ganar un individuo se beneficie a todos los demás. Sin embargo, cuando el impacto redistributivo de la ley encarece las transacciones se produce una situación asimétrica, donde reglas particulares y excluyentes favorecen a los que tienen una posición privilegiada en trato con el aparato estatal.

La ley, en tales supuestos, sirve a intereses particulares y no a intereses generales y determina, por consiguiente, que cierto grupo de personas puedan aprovechar con mayor facilidad legal los recursos disponibles.

Ello tiene un particular interés, puesto que permite reconocer en qué casos hay una norma de carácter general y en cuáles hay una pura y simple creación de privilegios que acarrea rentas para un reducido grupo con acceso a los mecanismos del poder.

Asimismo, permite reconocer cómo tras de un proceso de regulación, que a menudo parece guiado sólo por inercia, desidia o incuria burocrática, hay una racionalidad interna que lo hace responder a la creación de privilegios y que tiene, finalmente, el efecto dramático de encarecer la legalidad por encima de los niveles sufragables por las personas de menores ingresos.

Este encarecimiento de la legalidad, resultante de la sobrerregulación que establece rentas en favor de cierto grupo de personas torna, a la vez, atractivas las soluciones alternativas como la informalidad.

El problema de la percepción de rentas a través del encarecimiento de la ley nos lleva hacia otro tema fundamental. A saber, la manera cómo la legalidad puede convertirse en un instrumento asignador de rentas para determinados grupos de la sociedad con capacidad de acudir al mecanismo de producción legislativa o de negociar con quien lo administre.

La profusión legislativa, a menudo generada por respetables propósitos sociales, determinados objeti-

12. CF. John Rawls, *Teoría de la Justicia*. (México: Fondo de Cultura Económica, 1979).

vos políticos, discutibles prejuicios ideológicos, intereses creados egoístas o simple inercia administrativa, tiene el efecto no necesariamente deliberado de crear una renta en favor de alguien y en detrimento de los demás.

En el análisis económico del derecho, este problema suele asimilarse al crecimiento del Estado y del déficit presupuestal y ha recibido hasta el momento tres grandes explicaciones. La primera es la de James Buchanan, quien atribuye el problema a la influencia de un libro: *La Teoría General* de John M. Keynes. La segunda es la del congresista por Texas Richard Armey, quien la atribuye también a la influencia de una idea personal, pero en este caso a *La Sociedad Opulenta* de John K. Galbraith. Y la de Gordon Tullock, quien sostiene que las causas del problema resultan de una técnica de ensayo y error por la cual los políticos habrían aprendido que ciertos dogmas democráticos clásicos, como el déficit presupuestal o el patrón oro, no son pre-requisitos necesarios para la estabilidad de sus gobiernos, sino que a través del "pragmatismo" es posible soslayarlos¹³.

Sin embargo, puestas estas diferentes explicaciones en el contexto de los costos de la legalidad resultan poco satisfactorias. En efecto, la influencia de Keynes o Galbraith puede o no ser significativa, pero no me parece suficiente para explicar por qué la ley, bien público por excelencia, en lugar de reducir, encarece el costo de las transacciones discriminando principalmente a las personas que carecen de contactos con el Estado. Igualmente, el hecho de que los políticos hayan aprendido a través del ensayo o error a justificar sus decisiones puede servir para explicar la génesis de una cierta tecnología política, pero no para esclarecer el problema.

Sin pretender dar una respuesta completamente satisfactoria, tengo la convicción de que las características de la estructura legislativa pueden servir para explicar este problema de una manera más aceptable. En efecto, dada una estructura jurídica como la nuestra, sucede que hay una tendencia natural a multiplicar las normas rentistas y postergar aquellas que sean de carácter general.

Henri Lepage, en el transcurso de una disertación acerca de los alcances del nuevo análisis económico, expresó hace algunos años, una brillante explicación del problema¹⁴. En resumen esta opinión es la siguiente: fundamentalmente en el sistema jurídico romano-civil, y en todo sistema jurídico en general, hay normas de carácter general, con supuestos de hechos abstractos, aplicables a una pluralidad de personas, generalmente ordenadas en razón de la naturaleza de las cosas y no de los individuos, y

normas de carácter particular, con supuestos de hecho concretos, propósitos distributivos, limitado rango de aplicabilidad y ordenadas en atención a las diferencias entre las personas y no de las cosas. A las primeras, Lepage las llama "normas". A las segundas, "privilegios".

Pues bien, ocurre que dadas esas características, en nuestros sistemas jurídicos se produce una asimetría en la repartición de los costos y beneficios de las "normas" y los "privilegios".

Ello quiere decir, sencillamente, que los costos de producir y sufragar o cumplir las "normas" -por su carácter general- se reparten simétricamente entre una gran cantidad de personas, de manera que nadie tiene un interés superior al de cualquier otro para lograr que se aprueben.

En cambio, los costos y beneficios de los "privilegios" se reparten asimétricamente. Es decir, mientras que los costos están diluidos entre una gran cantidad de personas, los beneficios se concentran en un grupo concreto y definido. Esto, de hecho, plantea un fuerte incentivo para reclamar la multiplicación de "privilegios": como las rentas que éstos generan van a manos de un número reducido de personas y los costos de sufragarlos se difunden entre todas las demás, aquéllas tendrán un estímulo mayor para obtenerlas que el de quienes deben soportarlas.

Ello determina que en la propia estructura de nuestros sistemas jurídicos exista una proclividad a la multiplicación de "privilegios" por comparación con el establecimiento de "normas" de carácter general. Tal proclividad, a entender de Lepage, sólo podría revertirse eliminando la facultad que tienen los gobiernos de dar reglas de carácter particular. Una posición más realista debería admitir, no obstante, que la creación de reglas de carácter particular es indispensable en toda sociedad compleja y que la solución estaría, antes bien, en introducir algunos mecanismos de división de poderes para provocar competencia entre los diferentes órganos productores de legislación y disminuir la posibilidad de una producción indiscriminada de "privilegios".

De acuerdo con el "principio del óptimo de Pareto", es eficiente un sistema en el cual uno puede mejorar su situación sin que la de otro empeore. Lo que ocurre en estos casos, por el contrario, es que la situación de unos mejora a costa de la de otros. Y tal mejora se produce como resultado de utilizar la legislación con propósitos deliberados, dado que la gente persigue sus propios intereses y no los de los legisladores.

13. Cf. Gordon Tullock, "The Unfinished Agenda". Institute for Economic Affairs. London. 1986.

14. Cf. Henri Lepage, "¿Cómo Canalizar el Crecimiento del Estado?" en *Jornadas Hispano-francesas sobre la Nueva Economía*. (Madrid: Ed. Forum Universidad - Empresa, 1980).

Asimismo, si entendemos que el interés social, de acuerdo con la ya clásica fórmula de North y Thomas¹⁵, consiste en que la tasa de beneficio privado se aproxime a la tasa de beneficio social o, en palabras más sencillas, que cada persona al buscar su propio beneficio persiga el beneficio de los demás, resulta perfectamente obvio que la legalidad, lejos de consagrar los propósitos tuitivos deseados, ha favorecido al rentismo más pernicioso.

Lo que queremos sugerir es que un alza en el costo de la legalidad, pese a que pueda tener justificaciones políticas o sociales, ha tenido efectos reales completamente opuestos a los deseados. Ha permiti-

do que unos pocos mejoren su situación a costa de muchos y que, por consiguiente, la tasa de beneficio privada diverja de la tasa de beneficios social. A la postre, esta situación ha convertido a la legislación en un juego de suma negativa, donde nadie sabe exactamente quién le está robando.

Esa situación ha producido una grave paradoja social: la falta de legitimidad de la ley. En efecto, hay muchas leyes, pero muy pocas personas las cumplen. De hecho, sólo las cumplen aquellos a quienes les conviene hacerlo. A quienes no les conviene, como resultado de un alto costo de la legalidad, ésta les resulta prescindible.

15. Cf. Douglas North y Robert Paul Thomas, *Nacimiento del Mundo Occidental*, (Madrid: Ed. Siglo XXI, 1978).

La Privatización de Empresas y el Rol del Mercado de Valores *

INTRODUCCION

En los últimos años el mundo ha sido testigo de diversos procesos de privatización de empresas estatales, que surgieron como una necesidad de cambio en la estructura empresarial. Estos procesos se iniciaron en países de economías más desarrolladas como Inglaterra, España y Francia, extendiéndose luego a países de economías en vías de desarrollo como México, Brasil, Argentina y Chile.

Este artículo trata sobre uno de los aspectos más importantes de los procesos de privatización, tema que ha cobrado singular relevancia en muchos países en vías de desarrollo, trayendo consigo la esperanza de que al transferir propiedades del sector público al sector privado, la gestión empresarial sea más exitosa, generando producción, empleo y mayor bienestar a la sociedad como un todo.

Deseamos destacar la trascendencia que toma la apertura de los capitales de las empresas, por la confianza que inspira todo mercado libre y competitivo, al asignar de manera racional los recursos de capital y de trabajo.

Nos parece oportuno el hacer una reflexión en cuanto al papel del sector público y el rol del sector privado, para contribuir a poner en claro las reglas de juego que se impondrán en los próximos años.

Con la participación de los mecanismos bursátiles, se puede obtener uno de los elementos más delicados del proceso: el "valor" de la empresa, determinado por el "precio de mercado".

El concepto de "privatización" es complejo. No puede definirse sólo como la transferencia de activos del sector público al sector privado, o como una técnica de ajuste del tamaño del sector público.

El concepto puede ser definido de dos maneras: una técnico-económica y otra político-ideológica. La primera supone la transferencia de la producción de bienes y servicios del sector público al sector privado en búsqueda de mayor eficiencia impuesta por la competencia y el claro objetivo de obtener un beneficio económico. El enfoque político-ideológico, supone un rol del Estado que garantice la adecuada prestación de servicios y producción de bienes, para lo cual racionaliza y readecúa las estructuras económicas existentes a una nueva estrategia de desarrollo, basada en una economía con libre iniciativa privada.

Dentro del contexto de la política delineada por la nueva administración del Gobierno Peruano, resulta imprescindible llevar adelante un proceso de reestructuración del Estado, no sólo por razones de déficit fiscal, sino para crear bases sólidas de desarrollo y una apertura hacia el mercado como regulador de los fenómenos económicos a través de sus fuerzas de oferta y demanda.

A la vista de las experiencias de otros países, se constata que casi todos los procesos de privatización prestan especial atención a la "difusión de la propiedad" y a la participación del Mercado de Valores.

En ese sentido, es importante la participación de la Bolsa de Valores de Lima: la difusión de la propiedad garantiza la irreversibilidad del proceso, lo que está en relación directa con un mayor valor para las acciones de la empresa.

Ambos enfoques implican un proceso de adecuación de la economía hacia la "desregulación", a fin de desactivar la gran cantidad de obstáculos que las políticas estatistas han construido a través del tiempo.

Puede afirmarse que ni la propiedad privada, ni la estatal, son "buenas" o "malas"; ello depende de las

* Elaborado por la oficina de Asesoría Legal de la Bolsa de Valores de Lima.

reglas de juego que se establezcan. El esquema de propiedad privada es eficiente sólo si opera en un contexto competitivo. Por ello antes de implementar una estrategia de privatizaciones, es necesario liberalizar la economía.

Las ineficiencias de un aparato estatal sobredimensionado han significado, para el país, graves problemas por la generación del déficit fiscal que, a su vez, ha sido causa del proceso hiperinflacionario y ha originado una pésima prestación de servicios básicos, generación artificial de puestos de trabajo, e inclusive serios problemas de corrupción por convertirse las empresas públicas en núcleos de poder en favor de ciertos grupos sociales, económicos y laborales.

La privatización más que un "fin", resulta ser un "medio" para alcanzar una estructura de funcionamiento en la sociedad regida por la libre iniciativa, ubicándose el Estado como un gran supervisor que participa neutralizando distorsiones en los mercados y garantizando la redistribución de la riqueza que se haya podido generar.

También existen opiniones de que "toda actividad" es factible de ser privatizada. Puede haber oposición cuando se trata de las empresas denominadas "estratégicas". Sin embargo, según avance el proceso y de acuerdo a la aceptación pública que se logre, a veces, conviene postergar la enajenación, mientras que en otros casos conviene apresurar la venta.

DEFINICION DE LOS OBJETIVOS

Los objetivos que orientan los procesos de privatización de empresas del sector público, pueden enumerarse como siguen:

- a) Disminuir el déficit fiscal.
- b) Mejorar la eficiencia de la unidad empresarial.
- c) Por ideología.
- d) Redistribuir la propiedad y el ingreso.
- e) Desarrollar el mercado de capitales.
- f) Aumentar la competencia.
- g) Aumentar la inversión.
- h) Expandir y modernizar empresas mediante aumentos de capital.
- i) Otros.

El éxito de los programas de privatización depende de la adecuada identificación de los objetivos reales, lo que suele representar una de las primeras dificultades para llevar adelante el proceso con decisión y entereza.

EL PROCESO DE PRIVATIZACION

Depende de la realidad de cada país, y de los objetivos trazados, la determinación de una estrategia general de privatización. Pero, básicamente se tendrán que observar las siguientes etapas:

I. El Anuncio de la Privatización

Por lo general hay dos posibilidades bien definidas: el anuncio de un amplio programa (por ejemplo, coincidente con un cambio de conducción política y económica); y, los anuncios caso por caso.

La primera modalidad, hace mucho más transparente el proceso y tiene la desventaja de permitir a la "oposición", que se organice y pueda obstaculizar las primeras decisiones.

Antes de anunciar la privatización de una empresa se debe contar con una clara definición de aspectos para su ejecución, por ejemplo: objetivos, cronograma y programación ("timing"), modos de financiamiento, tratamiento a inversionistas extranjeros, situación de accionistas minoritarios, valoración, "prospecto de venta", detalles de preparación de la empresa (legal, la inscripción en Bolsa, etc.), así como un análisis de la situación financiera, tributaria y legal.

II. La Organización Ejecutiva

Puede optarse por nombrar un "comité permanente de privatización", conformado por técnicos de primer nivel, con acceso directo a los más altos niveles de decisión política.

Resulta conveniente "privatizar la privatización" evitando crear organismos estatales a encargarse del proceso. A veces es más efectivo que el Comité forme un "staff", tanto de consultores, bancos de inversión y valuadores.

También se puede encargar la privatización a cada ministerio, o crear un "holding" bajo la forma de Sociedad Anónima que detente la propiedad de otras empresas de las que se deberá ir desprendiendo. Asimismo, se puede crear una unidad "ad hoc" al interior de la empresa a privatizarse.

III. Selección de Empresas

Dentro de la estrategia de privatización, resulta conveniente seleccionar empresas que no generen resistencia, sea por la evidencia de la incompatibilidad de su giro con el interés público, como por su dimensión y saneamiento económico-financiero y legal. Debe tenerse en cuenta la capacidad de absorción que pueda tener la inversión privada tanto nacional como extranjera, así como el nivel de desarrollo del mercado de capitales.

En algunos casos, se suele dejar a un segundo momento la privatización de empresas que detentan "monopolios naturales" (servicio de agua y electricidad, por ejemplo), para tener el tiempo suficiente para su saneamiento y para preparar la nueva regulación de su actividad.

IV. Guías de Procedimientos de Privatización

Si bien resulta complicado estandarizar los procedimientos de privatizaciones que se pueden aplicar conjunta o aisladamente a cada empresa, vale la pena hacer el esfuerzo de determinar una "Guía General de Privatización" que asegure estándares mínimos a lograr.

Estas Guías además permiten participar en igualdad de condiciones a los interesados y un manejo adecuado del procedimiento de venta, permitiendo una mayor recaudación para el Estado.

Ellas deben atender aspectos como: el rol de los diversos organismos que participan, los métodos de privatización permitidos, la reglamentación de las subastas bursátiles, pautas para otorgar créditos, pautas para la preparación de empresas a vender y otros aspectos similares (dicha preparación considera su evaluación legal, administrativa, laboral, financiera, etc.) así como calificaciones mínimas para inversionistas nacionales y extranjeros.

Adicionalmente debe contener: la definición del rol de los Asesores e Intermediarios bursátiles, criterios para prever niveles de concentración de la propiedad, posibilidades de otorgamiento de créditos con garantías y el tratamiento de incentivos especiales.

EL MERCADO DE VALORES

Uno de los objetivos principales que anima un proceso privatizador es la difusión de la propiedad, vendiendo las acciones de empresas estatales a un gran número de personas, siendo uno de los aspectos más delicados de la venta, el precio al que se debe realizar.

En ambos aspectos, cumple un rol fundamental el Mercado de Valores en general, y el Mercado Bursátil en particular. Agregando el factor "transparencia" al proceso, surge la necesidad de utilizar los mecanismos de mercado de las Bolsas para concretar privatizaciones, más aún si se quiere "competir" en el mercado internacional de inversiones.

La transparencia en la negociación, las reglas a las que ésta debe sujetarse, y la concentración de la totalidad de oferta y demanda existente, además de la objetividad con que se lleva el proceso, permiten afirmar ese principio.

El Mercado Bursátil cumple su papel formador de precios, mediante diversos métodos, que van desde la venta ordinaria en el mercado, el Remate Público de grandes paquetes, la colocación continua, etc.

Una venta abierta plenamente a todo tipo de inversionista -Oferta Pública- se concreta de manera natural en este mercado; al igual que una venta

directa a cierto tipo de inversionistas previamente calificados puede concretarse, mediante una "competencia" de precio de manera transparente, con los mecanismos que suelen ofrecer las Bolsas.

Para poder contar con una efectiva participación del Mercado de Valores es necesario implementar políticas que permitan su crecimiento y desarrollo, como:

- modernización del mercado de valores
- medidas que incentiven la demanda de títulos, por ejemplo, creación de Fondos de Pensiones.
- desarrollo de la Banca de Inversión, que ha de contar con áreas especializadas en servicios de privatizaciones. La presencia de estas instituciones tiene el efecto adicional de propiciar un contacto más fluido con potenciales inversionistas internacionales.
- eventualmente, un régimen temporal especial que haga atractiva la "apertura del capital" de las empresas.

MÉTODOS DE PRIVATIZACIÓN

Existen diversas modalidades de ejecutar transferencias de empresas al sector privado. Ellas dependen de los objetivos que se pretenden alcanzar, tanto a nivel general del proceso, como en el caso particular de una empresa; así como de la peculiaridades de la empresa a privatizar. Así, no se puede afirmar que determinado método es más efectivo que otro; sino por el contrario, gran parte del éxito de un proceso privatizador depende de la adecuada elección del método o combinación de métodos.

Los métodos más usuales han sido: oferta pública (doméstica o internacional), venta por bloques, venta a los empleados, donaciones, conversión de deuda por inversión, venta de participaciones indirectas, entre otros.

No puede afirmarse que un método eficiente en un tipo de realidad lo sea necesariamente en otra. Es preferible usar un método que despierte una reacción lo menos contraria posible en la opinión pública, aunque no parezca ser el más apropiado para la recaudación fiscal.

Cuando se genera un fuerte rechazo, se afecta el precio de venta, por el peligro de futuras re-estatizaciones. Puede ser el caso de ventas de grandes paquetes a inversionistas extranjeros o grupos económicos (en mercados de capitales de escaso desarrollo como el peruano, las ventas externas suelen ser una buena alternativa para procesos de gran envergadura).

LA VALORIZACIÓN DE LA EMPRESA

En la privatización, el tema de la valorización reviste fundamental importancia, por las implicancias

derivadas del precio al que finalmente se vende una acción.

Como en todo mercado, cada inversionista tiene una idea del valor de la empresa. En ello participan diversidad de elementos tanto de orden económico-financiero, como factores colaterales en función al perfil de cada inversionista.

La tasa de descuento que utilizará cada inversionista puede ser diferente, siendo difícil la determinación de una tasa de descuento para el Estado.

La valoración permite al órgano privatizador contar con una referencia inicial que también neutralice intereses políticos de la oposición. En este tema hay opiniones de que la valorización por parte del Estado no es necesaria, pues será el mercado quien finalmente brinde la "auténtica valoración".

Se suele contar con, por lo menos, tres valuaciones referenciales efectuadas por diversos organismos (por ejemplo: el Estado, la propia empresa, y un organismo técnico).

Entre los métodos para valorizar empresas se encuentran los siguientes:

- **De Costo de Reposición.**- Determina el valor de reponer una empresa desde el punto de vista de los

activos (se puede calcular la "reproducción" y la "reposición").

- **La Comparación con el Mercado.**- Determina el valor de una empresa mediante el análisis comparativo de empresas "similares" evaluando precios, ventas, costos, tecnologías, etc., ajustando las diferencias. Se consideran premios por participación mayoritaria o "prima de control" en otras compañías, o "castigos" por participaciones minoritarias.

- **De Ingresos Descontados.**- Se estiman los flujos de caja de los beneficios esperados a un valor presente dada una "tasa de descuento" determinada, considerando un escenario de supuestos. Esto resulta aplicable para empresas que mantienen un nivel importante de actividad.

Es importante considerar la "dimensión política del avalúo". Así, el proceso debe ser transparente y gozar de credibilidad. En muchos casos, es conveniente "sanear" la empresa antes de efectuar el avalúo para la venta. Así, resulta beneficioso asumir un costo adicional presente que será recuperado por una mejor valorización.

Finalmente, hay que considerar que en todo proceso de privatización, lo más importante no es el precio que se obtenga en la transacción de venta; sino el retorno que obtiene la economía como un todo en el mediano y largo plazo.

Una opinión sobre la jurisprudencia suprema amparada en los decretos de urgencia

Carlos Montoya Anguerry
Profesor Principal de la PUC.
Ex-magistrado y Vocal Supremo suplente.

INTRODUCCION

Apenas terminada la lectura del artículo "Los Decretos Supremos de Urgencia y La Corte Suprema..."¹ surgió un sentimiento de intranquilidad y a la vez, un irrefrenable deseo de dar respuesta a la íntima inquietud que el artículo en referencia contenía, es decir, encontrar coherencia en las Ejecutorias Supremas.

Por lo visto el autor de ese artículo estaba insatisfecho, críticamente desilusionado. El contenido de las Ejecutorias Supremas que comentaba no le inspiraba respeto, todo lo contrario, las rechazaba en los términos más duros posibles.

Frente a esto no queda sino intentar un planteamiento distinto, es decir, enunciar pensamientos y afirmaciones destinadas a presentar uno de los aspectos olvidados de la labor diaria de administrar justicia; nos referimos al trabajo en equipo y sus connotaciones, principalmente las referidas al tiempo con que se cuenta y al ritmo de trabajo que ello impone.

LA POSICION DEL AUTOR COMENTADO

Es indispensable ante todo, utilizar el mismo método de análisis y, por lo menos, ubicarse en la misma perspectiva que el autor comentado. En ese sentido puede afirmarse que inicia y trata el tema de las Ejecutorias Supremas con un juicio antelado y no expreso. Del mismo modo tenemos nosotros un juicio antelado, pero esta vez sí expreso en estas líneas, acerca del artículo publicado en *Thémis* N° 17: Ese juicio antelado es estar seguros de la convicción del autor de que la labor que cumplen legisladores y jueces deja mucho que desear; bajo este prejuicio, se puede ya entender con claridad la línea de pensa-

miento que se manifiesta a través de las críticas expuestas en el artículo que ahora comentamos. Nada puede decirse al respecto, pues, evidentemente, estamos ante un sentimiento profundo del autor y los sentimientos son -de alguna manera- indebatibles.

Asimismo, al sostener que "no es el propósito del autor de este artículo ahondar en la discusión teórica sobre la norma constitucional... tampoco sobre la constitucionalidad de las normas especiales sobre arrendamiento..."² expresamente manifiesta su intención de hacer un análisis neutral, esto es, sin contenido sobre el fondo del tema. Sin embargo, del primer examen de sus propias afirmaciones se desprende todo lo contrario: Sí tiene una idea, preconcebida o no (pero ciertamente no expresada), sobre el fondo del tema y esa idea es la que le sirve de patrón para comentar en sentido totalmente negativo, 'bloquealmente' negativo, el texto de las Ejecutorias transcritas. En otras palabras, debemos tener en cuenta que el autor comentado ha efectuado un análisis de la Ejecutorias asumiendo con convicción la certeza de dos asuntos: el primero, entendiendo que legisladores y jueces no saben lo que hacen, el segundo aceptando que los Decretos de Urgencia deben ser cuestionados desde el punto de vista de su constitucionalidad.

LA POSICION DEL OBJETANTE SUSCRITO

No cabe expresar justificación personal³ ni menos explicación. De eso no se trata. Tampoco se tiene el propósito de eludir los ácidos calificativos utilizados por el autor comentado. Menos aún es discutir los fundamentos implícitos y referencia in-pectoris que el autor abiertamente intenta ocultar en el fondo de sus comentarios.

1. *Thémis* N° 17, pág. 90.

2. *Thémis* N° 17, pág. 91.

3. La Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe a los jueces dar explicaciones o justificaciones sobre sus resoluciones.

El propósito de este artículo es otro. Se tratará de explicitar y, por lo mismo, solamente informar acerca del trabajo judicial; no sobre el resultado de este trabajo, pues esto queda siempre sometido a los análisis, críticas y comentarios.

EL TRABAJO JUDICIAL

Varias son las ideas a exponerse en esta materia. Escogemos las siguientes y de ellas sólo algunas facetas en ánimo de ser muy precisos. Recurrimos para esta exposición únicamente a nuestra vivencia.

1) No son en nuestro sistema el Poder Judicial ni la Corte Suprema entidades de pensamiento unitario, identificable, preciso; no puede pedirse una adhesión a una escuela o doctrina alguna. No puede concebirseles como afiatado conjunto de personas que desarrollan un trabajo colectivo intelectual para producir un resultado único.

Sólo en cierto modo se utilizan las expresiones "¿Qué dice la Corte Suprema?" o "¿Qué dice el Poder Judicial?". Al contestar a estas interrogantes es necesario hacer precisiones. De esto resulta que una pregunta más correcta es "¿Qué dice la Sala tal de la Corte Suprema?"; del mismo modo las Cortes Superiores de diluyen en Salas Civiles y Tribunales Correccionales. Respecto de los Juzgados, la situación es aún más clara pues cada uno de ellos es la autoridad judicial. Así, percibimos que el Poder Judicial no es una asamblea, ni un directorio y, por tanto, no tiene una opinión colectiva propiamente dicha en materia de jurisdicción⁴.

Al interior de cada Sala o Tribunal colegiado, la situación es también especial. La labor jurisdiccional se realiza mediante el sistema de ponencias. El vocal ponente estudia el expediente y propone el caso aportando una solución. Los otros vocales pueden pedir el expediente y revisarlo personalmente. Después se produce la resolución mediante el voto singular de cada integrante, empezando por el menos antiguo. Esto significa que la atomización del Poder Judicial es aún mayor pues de lo que se trata, finalmente, es de la opinión o decisión jurisdiccional de cada integrante del tribunal colegiado. Nada ni nadie puede sustituir al Juzgador individualmente considerado.

2) En el Poder Judicial no existe dependencia funcional ni jerarquía funcional, entendiéndose esto en el sentido de que cada juez es por sí y ante sí independiente aunque integre un órgano colegiado. Estudiada la ponencia o leído y estudiado el expediente el vocal vota, produce un resultado. Las motivaciones personales pueden ser explicitadas o no, excepción hecha de los fundamentos de derecho

en que se apoya que sí deben ser expuestos y formulados por escrito. La redacción de la resolución, por ejemplo, corre a cuenta del ponente y si otro vocal tiene observaciones al estilo, no tiene facultad para variar la redacción, pero sí para emitir voto singular aunque éste sólo se refiera al estilo del texto a utilizarse.

3) En la carrera judicial el juez sufre un fenómeno que llamaremos 'despersonalización'. Salvando lo enunciado anteriormente, es necesario tener en cuenta al Juez individual, unipersonal, el que lleva toda la responsabilidad en cuanto al fondo de la cuestión que resuelve, así como en cuanto a la forma y texto utilizados. El decide sin confrontar su criterio con nadie; no está en situación de convencer o explicar, sino solamente de tomar una decisión.

Al ascender en cambio, pasa a formar parte de un tribunal colegiado, sin perder a su propia individualidad debe compartir el trabajo, admitir opiniones contrarias, aceptar confrontaciones aunque al final pueda ser inflexible; pero ya no es el Juez, es sólo uno de los integrantes de la Sala o el Tribunal. Téngase en cuenta que el Derecho es polémico por esencia, que existen diversos puntos de vista y que en muchos casos la resolución no sale del pensamiento del ponente sino de una mezcla de ese pensamiento con el pensamiento aportado por los otros vocales. En una palabra, no puede ya más decidir solo; no puede luchar más por su criterio, por su estilo, por su redacción. Debe aprender el 'trabajo de equipo' que se desarrolla en los difíciles términos ya expuestos. En determinadas ocasiones puede mantener su criterio y su estilo; para ello tiene el voto singular que puede formularse tanto para la parte considerativa como la resolutive de la Ejecutoria o Sentencia de Vista.

4) El trabajo jurisdiccional no tiene pausa. Es posible válidamente hacer una comparación con el académico y con el profesional en la defensa libre. Ambos se encuentran en una situación especial, pues están en la posibilidad de tomarse el tiempo necesario para llevar a cabo su importante función. Pueden suspender el estudio de una institución o de un caso y retomarlo cuando lo deseen.

El Juez unipersonal o colegiado en este país, en estos tiempos, además de estar premunido de una formación profesional similar a todos los demás egresados de las facultades, no cuenta con tiempo. Tiene que "disparar" resoluciones al ritmo de la agitada vida social; siguiendo el símil utilizado, puede decirse que no es un tiro al blanco inmóvil, sino tiro con blanco móvil y no uno, sino cientos y en algunos casos - alimentos, arrendamientos, títulos valores, etc- miles de blancos. Expedientes arrumados, crecientes en número que aumentan a un ritmo mucho mayor al que puede imprimirse al dictado de resoluciones. Sin

4. En uno de los proyectos para la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, aparece una iniciativa al respecto. Según ella, la Sala Plena de la Corte Suprema adoptará 'acordadas' respecto de asuntos de índole jurisdiccional.

contar con las presiones y las gestiones para que una causa entre muchas sea vista.

PRECONCLUSIONES

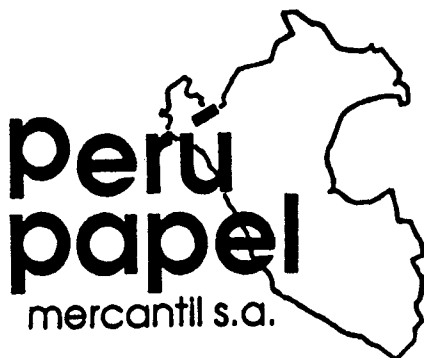
Los criterios para calificar el trabajo de las personas y las instituciones corresponden a cada observador. Sin embargo, es posible establecer algunas ideas base para mejorar la perspectiva. En este sentido puede ser útil tener en cuenta las siguientes preconclusiones:

- 1) Las resoluciones que provienen de un tribunal colegiado, normalmente son el resultado de criterios confrontados hasta el punto de enunciarse una fórmula transaccional. Tanto en la forma como en el fondo.
- 2) El contenido de las resoluciones judiciales no constituye un aporte académico per-se; es la decisión (razón más volición) de un juzgador

colegiado respecto de un conflicto muy concreto sometido a su conocimiento. Así, la lectura de la sumilla de una Ejecutoria y aún la lectura del texto de la Ejecutoria misma, son siempre insuficientes para intentar su comprensión; es indispensable desarrollar la búsqueda a través de todo el expediente y 'aprehender' el caso, generalmente singular en facetas, variaciones, individualidades, etc.

- 3) Es necesario ser positivo para considerar que es posible, debe ser posible mejorar los resultados contenidos en las resoluciones judiciales. Debe plantearse como una exigencia positiva, incluso sin pensar en que previamente deben variar las condiciones en que se desenvuelve el trabajo jurisdiccional. Esa intención de mejoramiento existe en el interior del organismo, siendo una clara expresión de ello, quizá la más importante, la creación y funcionamiento de la Academia de la Magistratura.

L.T. 93R3358



Oficina de ventas: Cmdte. Espinar 798 Miraflores - Telfs: 465229 - 479124
Almacén: Psje. Marcavilca 150 Stgo. de Surco (Costado Normal de Mujeres)



Prolg. Av. Javier Prado Este 540 - La Molina
Teléfonos: 366345 - 370700 - 355500

Prescripción y Caducidad en la Ley de Títulos Valores *

Gherman Canelo Dávila
Abogado.

I. LOS DERECHOS SUBJETIVOS CAMBIARIOS Y LA PRETENSION CAMBIARIA. TUTELA JURISDICCIONAL

1. La relación jurídica cambiaria y los derechos subjetivos cambiarios

Es frecuente cuando se celebra un contrato de mutuo u otro cualquiera, que el acreedor garantice su acreencia girando una letra de cambio a su orden y a cargo del deudor y, al mismo tiempo, se haga endosar dicha cambial. En estos actos se han superpuesto¹ dos relaciones jurídicas, una que nace directamente del contrato de mutuo, y otra que nace al haberse girado una letra de cambio.

A la relación jurídica que nace del contrato de mutuo (o cualquier otro contrato) se le conoce con el nombre de relación jurídica causal, la misma que tiene naturaleza civil.

En cambio, la relación jurídica que nace como consecuencia de una letra de cambio (o cualquier otro título valor), se le conoce con el nombre de relación jurídica cambiaria. Esta última es autónoma de la relación jurídica causal, en razón que se abstrae de los negocios para cuyo cumplimiento, garantía o perfeccionamiento se emite. La relación jurídica cambiaria surge exclusivamente de la suscripción del título valor.

Ahora bien, la relación jurídica cambiaria -como toda relación jurídica- se establece entre dos o más sujetos negociables que se ubican en ambos extremos de la relación. Uno es el acreedor cambiario (tenedor del título), quien ostenta el poder jurídico para exigir al otro, es decir, al deudor cambiario, la satisfacción de un crédito. Por tanto, el objeto de la relación jurídica cambiaria será siempre un crédito.

En consecuencia, conviene dejar establecido que la relación jurídica cambiaria da nacimiento a derechos y obligaciones cambiarias, que difieren de la relación jurídica causal. A manera de ejemplo citamos los siguientes derechos que emergen de una relación jurídica cambiaria:

a) Derecho a exigir el pago de la cambial, con abstracción del negocio causal que le dio origen;

b) Derecho a hacer circular la cambial;

c) Derecho a exigir en forma solidaria el cumplimiento de la obligación cambiaria, en relación a todas las personas que han intervenido en la circulación del título valor, etc.

A estos derechos se les conoce con el nombre de derechos subjetivos cambiarios².

Lo anterior nos lleva a sostener que la relación jurídica cambiaria es una relación jurídica compleja,

* Con la colaboración de Ana María Arrarte.

A los doctores Javier de Belaunde López de Romaña y Juan Monroy Gálvez con gratitud y afecto.

1. El título valor no debemos entenderlo como una simple instrumentación del negocio fundamental (negocio causal), orientada a reforzar los medios probatorios en la relación jurídica causal, tal como lo entendieron CARNELUTTI Y REDENTI, entre otros. El título valor debe entenderse como un "título" que sustenta una relación jurídica autónoma, del cual emergen derechos subjetivos cambiarios, totalmente independientes de aquellos que emergen de una relación jurídica causal. Esta relación jurídica autónoma -que es la relación jurídica cambiaria- no extingue la relación jurídica causal, pues ambas coexisten, y solamente queda en suspenso una de ellas, cuando la otra, se hace valer (se ejercen los derechos subjetivos). Esta doctrina es recogida por nuestro Código Civil en los Arts. 1233º y 1279º.
2. El derecho subjetivo cambiario puede definirse como "... el poder atribuido por el ordenamiento jurídico al portador legitimado de un título (valor), correlativo a la obligación cartular asumida por cada uno de quienes lo han suscrito; y que se concentra en el cobro de la suma de dinero expresada (en el título valor) y en la realización de todos los actos

cuyo contenido está dado por derechos, obligaciones y garantías³, que ubican a los sujetos de dicha relación en situaciones jurídicas muy distintas a las que se hubieran encontrado en la relación jurídica causal. La nota constante de la relación jurídica cambiaria es la sujeción del deudor al titular del título valor.

2. Acción y pretensión en el derecho procesal

Conviene relevar que un sector de la doctrina y algunas legislaciones, han reconocido como correlato de los derechos subjetivos cambiarios, la existencia de acciones cambiarias⁴ que permitan al acreedor cambiario una mejor y eficaz defensa de sus derechos. Esta terminología de "acciones cambiarias" ha traído confusión. Incluso, hay quienes clasifican las acciones en "acciones cambiarias" y "acciones procesales". Siendo así, conviene delimitar el concepto de acción.

2.1. El derecho de acción

En doctrina se admite que la acción es un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo. El derecho de acción permite exigir al órgano jurisdiccional la tutela de un derecho que es materia de controversia o de incertidumbre jurídica. El derecho de acción como categoría procesal, es válido para ejercer la protección de cualquier derecho, llámese derecho cambiario, derechos constitucionales, derechos civiles ordinarios, etc.

Siendo así, constituye un error denominar "acción cambiaria" al derecho de acción que tiene toda persona para reclamar ante el órgano jurisdiccional el cumplimiento de una obligación que emerge de un título valor. Esto por cuanto el derecho de acción es un derecho abstracto⁵. Del mismo modo, debemos dejar establecido que por su carácter abstracto y autónomo, el derecho de acción no está sujeto a prescripción extintiva. Lo que prescribe es la pretensión y, más concretamente, la pretensión procesal⁶.

2.2. La pretensión cambiaria y la pretensión procesal

La pretensión material es la facultad que tiene una persona de exigir a otra el cumplimiento de una prestación debida⁷. La pretensión material participa de la naturaleza del derecho subjetivo. Esto en razón que la pretensión material importa la afirmación de un derecho subjetivo y, por tanto, forma parte de la naturaleza sustancial del propio derecho subjetivo⁸.

Siendo esto así, es correcto referirnos a la pretensión cambiaria como la facultad de exigir al deudor cambiario, el pago de la suma contenida en un título valor, en razón de haberlo suscrito. Por tanto, habiendo reconocido la existencia de derechos subjetivos cambiarios como consecuencia de la suscripción de un título valor, debemos admitir que la **exigencia del cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicha cambial, forma el contenido de la pretensión cambiaria**. Con mucha precisión, Bergel ha sostenido que "la pretensión cambiaria es un reflejo del derecho subjetivo cambiario que posee el portador del título valor"⁹.

Ahora bien, cuando el titular de la pretensión material (pretensión cambiaria) ejercita su derecho de acción, la pretensión material se convierte en pretensión procesal¹⁰.

Lo afirmado nos sirve para sostener que las llamadas "acciones cambiarias", en estricto, no son más que pretensiones cambiarias. En efecto, de acuerdo a la Ley N° 16587 (Ley de Títulos Valores), la acción cambiaria -con el alcance atribuido por la Ley- es toda pretensión que fundada en el vínculo literal, autónomo y abstracto creado por la suscripción de un título valor, se dirige a la obtención del pago de la suma de dinero consignada en dicho documento.

En tal sentido, conviene precisar las características de esta pretensión cambiaria. Veamos:

tendientes a la conservación de las acciones" (la nota puesta entre paréntesis es nuestra). BERGEL, Salvador Darío "Derecho, Pretensión, Acción y Proceso en materia cambiaria". Revista de Estudios Procesales. Rosario, Diciembre 1969, N° 2, p. 25.

3. El aval -por ejemplo- es una garantía cambiaria.
4. Estas son la "acción cambiaria directa" y la "acción cambiaria de regreso".
5. La acción es un derecho abstracto porque no precisa de un contenido. Es un derecho de continente y, por tanto, vacío de derecho material. Se puede accionar sin tener un derecho material. Esto último es válido también, para afirmar que la acción es un derecho autónomo del derecho material.
6. Teniendo en cuenta el concepto moderno de acción, el profesor nacional MONROY GALVEZ sostiene: "... la prescripción extintiva no ataca el derecho de acción genérico y, en estricto, tampoco el derecho material, sino a la pretensión procesal respecto de ese derecho material". MONROY GALVEZ, Juan. "Temas de Proceso Civil". Lima, 1987, p.168.
7. Ibidem, p.220.
8. REIMUNDIN afirma que en su naturaleza "la pretensión sustancial o material es una figura jurídica que pertenece al campo del Derecho privado ...". REIMUNDIN, Ricardo. "Los Conceptos de Pretensión y Acción en la Doctrina actual". Buenos Aires, 1966, p.40. En igual sentido BERGEL, Salvador Darío, Ob. cit., p.25.
9. BERGEL, Salvador Darío. Ob. cit., p.25.
10. MONROY GALVEZ, Juan. Ob. cit., p.220.

a) Se ejercita en base al título valor que el deudor cambiario (pueden ser varios) ha suscrito. Por cierto, es necesario que el título valor reúna los requisitos y formalidades que la ley exige.

b) La "causa petendi" de la pretensión cambiaria es el vínculo literal, autónomo y abstracto creado por la suscripción del título valor.

c) El "petitum" está dado por la suma de dinero precisada en el título valor.

d) Se dirige **directamente** contra el aceptante y sus avalistas (Art. 122 de la Ley 16587), o en vía de regreso, contra los endosantes, giradores u otros obligados (Art. 123 de la Ley 16587). Estas variantes dependen de la calidad del deudor cambiario (deudor principal o subsidiario), o de la tenencia del título valor por parte del acreedor cambiario. Pues en este último caso, para exigir directamente a los deudores principales (aceptante o su avalista) el cumplimiento de la prestación, el acreedor cambiario deberá ser siempre el tenedor del título valor. En cambio, para exigir en vía de regreso el cumplimiento de la prestación, el acreedor cambiario puede ser el tenedor del título valor, o cualquier otra persona que haya pagado la deuda¹¹. Incluso, en sede procesal es posible demandar acumulativamente ambas pretensiones (acumulación objetiva) (Art. 10 de la Ley N° 16587).

e) Es susceptible de prescripción extintiva, por cierto sólo luego de convertida en pretensión procesal.

f) Se dirige contra el deudor cambiario¹². Esta característica ayuda, con mayor rigor, a sostener que la llamada "acción cambiaria" es por naturaleza una pretensión cambiaria. En efecto, el derecho de acción se ejercita ante el Estado, mientras que la pretensión se dirige contra el deudor. Tal como está regulada la "acción cambiaria" en nuestra Ley de Títulos Valores, no tenemos la menor duda, que ésta se dirige contra los deudores¹³, ergo, tiene la naturaleza de una pretensión cambiaria.

3. Tutela Jurisdiccional

La pretensión cambiaria es tutelada a través del ejercicio del derecho de acción. El ejercicio del derecho de acción pidiendo tutela para una determinada pretensión cambiaria, puede efectuarse en diversas vías procedimentales, esto es, en el proceso ordinario, sumario o ejecutivo, para el caso nacional.

En nuestra opinión, dado que se está solicitando amparo para una pretensión cambiaria, se debe cumplir estrictamente con todos los requisitos y formalidades que la ley exige para la plena eficacia de un título valor, sin importar la vía procedimental donde se hace valer dicha pretensión. Siendo así, tanto en el proceso ordinario como en el proceso ejecutivo (en estricto proceso monitorio), donde se solicita amparo para una pretensión cambiaria, se deberá cumplir con todos los requisitos para la validez del título valor. Esto por cuanto los derechos subjetivos cambiarios (ya hemos explicado que la pretensión cambiaria es un reflejo del derecho subjetivo cambiario) sólo existen si el título valor que lo contiene, es un título perfecto y eficaz. Un ejemplo grafica lo dicho: si se demanda en la vía ordinaria o ejecutiva el pago de una cambial sin haberse protestado el título valor, la demanda que contiene la pretensión cambiaria es defectuosa, pues conforme al art. 124 de la Ley N° 16587, se exige para la "acción cambiaria" (léase pretensión cambiaria) el requisito del protesto de la cambial. Por cierto, dependiendo de la vía procedimental donde se ha solicitado tutela para la pretensión cambiaria, es necesario cumplir con los requisitos y formalidades que la ley procesal exige. Por coincidencia, en el ejemplo propuesto el Decreto Ley N° 20236 exige como requisito para demandar en la vía ejecutiva el amparo de una pretensión cambiaria, que el título valor que lo sustenta esté debidamente protestado (Art. 2., Inc. 4).

De otro lado, debemos precisar que la pretensión cambiaria material puede ser exigida extra-judicialmente, verbigratia, a través de una nueva letra o "resaca" (Art. 117 de la Ley N° 16587).

II. LA CADUCIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN EN LA LEY DE TÍTULOS VALORES

1. Caducidad de los derechos subjetivos cambiarios y prescripción de la pretensión cambiaria.

Inicialmente, conviene relevar que el término caducidad encierra una polisemia, en tanto sirve para referirse a la extinción de instituciones o actos (verbigratia: caducidad del testamento arts. 715° - 720° del Código Civil; caducidad de poderes art. 264° del Código Civil; caducidad de la oferta, etc.) y, en otros casos, sirve para referirse a la extinción de derechos y acciones. Consideramos que nuestro Código Civil regula la caducidad, en tanto institución orgánica, en este último sentido, es decir, como forma de extinguir

11. PINO CARPIO, Remigio. "Ley de Títulos Valores". Lima, 1984, p. 241.

12. REIMUNDIN sostiene que la pretensión material es un "derecho (facultad) contra el 'adversario' (deudor); mientras que la acción se dirige contra el Estado". Ob.cit., p.40.

13. El art.122° de la Ley N° 16587 prescribe: "Procede la acción cambiaria directa, por falta de pago, **contra el aceptante y sus avalistas**". Del mismo modo, el art. 123° de la misma Ley prescribe: "El tenedor puede ejercitar la acción cambiaria de regreso **contra los endosantes, el girador...**" (resaltado es nuestro).

derechos y acciones¹⁴. En tal sentido, para fines operacionales la caducidad puede ser definida de acuerdo a nuestro Código Civil, como un modo de extinción de ciertos derechos por el transcurso del tiempo y en razón de su falta de ejercicio.

En el contexto de la Ley N° 16587 y en la doctrina, el concepto caducidad es otro y tiene un significado muy preciso. En efecto, se afirma que en la "caducidad no se trata propiamente de la extinción de un derecho por el decurso temporal, sino de la no adquisición de ese derecho por el transcurso inútil del tiempo"¹⁵. En igual sentido se manifiesta REYES MONTREAL cuando refiriéndose a la caducidad, afirma: "...su esencia consiste en constituir un fenómeno impeditivo del nacimiento o adquisición del derecho o de la acción, y no extintivo, por inoportunidad del ejercicio de uno u otra"¹⁶. Por su parte, BECERRA TORO es de igual parecer cuando afirma: "... para que la obligación cambiaria pueda reputarse caduca, debe existir inobservancia de las condiciones para hacer exigible el derecho incorporado al título"¹⁷. (Lo resaltado es nuestro)

Lo anterior nos lleva a establecer las diferencias entre prescripción y caducidad. Citando a GRAWIN podemos decir que "...la caducidad es un obstáculo al nacimiento del derecho subjetivo, y la prescripción uno de los medios legales para perderlo..."¹⁸. En opinión de REYES MONTREAL, "...para que haya prescripción es necesario la preexistencia del derecho o de la acción en su titular"¹⁹. En consecuencia, habrá caducidad cuando el acreedor cambiario no cumple en tiempo oportuno con actuar las formalidades o requisitos que la ley exige para adquirir o consolidar

los derechos subjetivos cambiarios. Y habrá prescripción, cuando habiendo cumplido con dichos requisitos o formalidades y, por consiguiente, estando la obligación cambiaria en el plano de la exigibilidad, el acreedor cambiario no exige judicialmente su acreencia, o lo que es lo mismo, su pretensión cambiaria no es llevada al plano jurisdiccional²⁰.

Lo anterior requiere una precisión. En nuestra opinión, la caducidad opera en torno a los derechos subjetivos cambiarios²¹, mientras que la prescripción se da en torno a la pretensión cambiaria, o más concretamente, cuando dicha pretensión material se convierte en pretensión procesal por ejercicio del derecho de acción.

Las características de la caducidad cambiaria son:

a) Se puede declarar de oficio²².

b) Afecta la validez o eficacia del título valor y, consiguientemente, acarrea la pérdida de los derechos subjetivos cambiarios, verbigratia, la falta de protesto de una letra de cambio.

c) Los términos son perentorios y breves. No existe la posibilidad de suspensión o interrupción²³.

Tratándose de la prescripción, conviene establecer como características las siguientes:

a) Solamente se declara la prescripción a pedido de parte.

14. El art. 2003 del Código Civil prescribe: "La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente".

15. VALLE TEJADA, José. "Prescripción, Caducidad, y conceptos complementarios en la Ley de Títulos Valores N° 16587". Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi. Lima, 1989, p.717.

16. REYES MONTREAL, José María. "La Caducidad Cambiaria". Revista Jurídica de Cataluña. Barcelona, 1968, N°3, p.594.

17. BECERRA TORO, Rodrigo. "Teoría General de los Títulos Valores". Colombia, 1984, p.226.

18. Citado por REYES MONTREAL, José María. Ob. cit., p.597.

19. Loc. cit.

20. "Dentro de la doctrina que informa la Ley N° 16587, las acciones cambiarias potenciales contenidas en un título valor están sujetas a caducidad si se incumple con determinadas formalidades. Las acciones cambiarias ya existentes por haberse cumplido con la formalidad quedan sujetas a plazos prescriptorios". VALLE TEJADA, José. Ob. cit., p. 722. Con algunas diferencias en el uso de las categorías procesales, coincidimos con el autor citado en la cuestión de fondo.

21. Si bien la falta de protesto es causal de caducidad y, por tanto, frustra derechos subjetivos cambiarios que están por consolidarse, de acuerdo a la Ley N° 16587, es posible dotar de eficacia a estos derechos a través del reconocimiento judicial -en vía de diligencia preparatoria- del título valor. Esto de conformidad con lo dispuesto por el art. 59° de la Ley N° 16587, en concordancia con lo dispuesto por el art. 196° del mismo cuerpo legal. En consecuencia, si el título valor no ha sido protestado y es reconocido -posteriormente- en vía de diligencia preparatoria, los derechos subjetivos cambiarios tendrán plena vigencia, quedando sujeto al plazo prescriptorio. Por cierto, la eficacia del título valor reconocido judicialmente, sólo alcanza para exigir el cumplimiento de la obligación cambiaria a los deudores principales (aceptante y sus avalistas), mas no alcanza para exigir a los deudores subsidiarios (endosantes, girador, etc.). Esto de conformidad con lo dispuesto por el art. 59° de la Ley N° 16587.

22. BECERRA TORO, Rodrigo. Ob. cit., p.228. Igual opinión tiene REYES MONTREAL, José María. Ob.cit., p. 598.

23. En opinión que compartimos, el profesor VALLE TEJADA sostiene: "...no debe considerarse como causal de interrupción el reconocimiento del derecho sujeto a caducidad, dado que sólo la ejecución del acto previsto por la ley (...) dentro del término fijado, impide que la caducidad se produzca". Ob. cit., p. 718. Incluso el reconocimiento judicial de la cambial no interrumpe el plazo prescriptorio. Este se interrumpirá sólo con la demanda exigiendo el pago (art. 205° de la Ley 16587).

b) Afecta a la pretensión procesal, es decir, cuando la pretensión cambiaria se hace valer en un proceso.

c) Es susceptible de suspensión o interrupción.

d) La prescripción de la pretensión cambiaria no involucra la pretensión material que emerge del título negocial que sirve de fundamento a la relación jurídica causal.

Finalmente, en cuanto a los plazos de prescripción -según la legislación nacional- conviene precisar que la pretensión cambiaria contra los deudores principales (acción cambiaria directa) prescribe a los tres años, computados a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del título valor. Tratándose de la pretensión cambiaria contra los deudores subsidiarios (acción cambiaria de regreso), la prescripción opera al año, computado a partir del día siguiente a la fecha del protesto.

2. Pretensiones Extra-cambiarías

a) Pretensión jurídica sustentada en el negocio causal

Como se ha explicado, es posible la coexistencia de dos relaciones jurídicas que se superponen, como consecuencia de la suscripción de un título valor para garantizar el cumplimiento de un contrato. De un lado, se tendrá la relación jurídica cambiaria y de otro, la relación jurídica causal, con el consiguiente complejo de derechos y obligaciones que responden a la naturaleza de la relación jurídica creada. Así, en la relación jurídica cambiaria los derechos subjetivos y las obligaciones que de ella emergen tendrán naturaleza cambiaria, con los alcances que hemos precisado. Por cierto, la obligación que emerge de la relación jurídica cambiaria no implica novación de la obligación que emerge de la relación jurídica causal. Ambas coexisten, quedando en suspenso una de ellas, cuando la otra es exigida²⁴. Siendo esto así, es correcta la regulación que hace el art. 18° de la Ley N° 16587, cuando faculta al tenedor del título valor a promover, alternativamente, demanda sustentada en la relación jurídica causal o en la relación jurídica cambiaria, si las calidades de tenedor y obligado principal corresponden al acreedor y al deudor de la relación jurídica causal, siempre que el título valor no hubiera sido endosado a tercera persona. Semejante situación se reconoce en relación con el endosante y

el endosatario siempre que haya tenido como base una relación jurídica causal entre endosante y endosatario, teniendo éste la calidad de acreedor y el endosante la de deudor²⁵.

Tratándose de la pretensión jurídica causal, la prescripción opera en el plazo legal que le corresponda, según la naturaleza de la relación jurídica de la que deriva. Así, si la relación jurídica causal nace 'ope legis' por responsabilidad extracontractual (accidente de tránsito), el plazo de prescripción será de dos años conforme al art. 2001°, inc. 4 del Código Civil. En este caso, si para responder por la responsabilidad extracontractual se hubiera suscrito un título valor (letra de cambio), la relación jurídica cambiaria y, consiguientemente, la pretensión cambiaria, tendría un plazo mayor para prescribir, esto es, tres años, en relación a la pretensión jurídica causal que prescribe a los dos años. Asimismo, si la pretensión causal se sustenta en un contrato de mutuo, la prescripción de dicha pretensión se daría a los diez años, conforme a lo prescrito por el art. 2001°, inc. 1° del Código Civil. En síntesis, tratándose de la pretensión causal, rigen las normas del Código Civil.

De otro lado, importa relevar que la prescripción de la pretensión causal, se computa a partir de la fecha en la cual es exigible la obligación causal, sea porque el plazo ha vencido, o porque se ha cumplido alguna condición. Finalmente, conviene dejar establecido que el acreedor deberá acreditar la existencia de la relación jurídica causal por otros medios que no sea únicamente el título valor²⁶. Esto por cuanto el título cambiario no es un simple instrumento destinado a constatar una obligación (tesis de CARNELUTTI y REDENTI), sino más bien un título que da origen a obligaciones nuevas sujetas a una reglamentación especialísima y, consiguientemente, con un plazo especial de prescripción. Con razón ha dicho DASSEN: "Resulta además ilógico que una letra de cambio no pueda servir de base a una ejecución por hallarse prescrita, pero pueda en cambio dar base a un simple juicio por cobro de pesos si la firma que la suscribe no es desconocida".²⁷

b) Enriquecimiento sin causa

Si el tenedor del título valor no tiene expedito su derecho para exigir el cumplimiento de la obligación cambiaria o el cumplimiento de la obligación causal de conformidad con lo dispuesto por el art. 18° de la Ley N° 16587, puede exigir una restitución patrimonial

24. VALLE TEJADA, afirma que: "...tratándose de títulos valores (todos los regulados por la Ley 16587), la creación de los mismos no implica novación de la obligación original, la cual queda en suspenso hasta que se efectúe el pago". Ob. cit., p. 723. En igual sentido, MONTOYA MANFREDI, Ulises. "Comentario a la Ley de Títulos Valores". Lima, 1987, p. 66. Esta doctrina es recogida por nuestro Código Civil en los arts. 1233 y 1279.

25. PINO CARPIO, Remigio. Ob. Cit. p. 385.

26. El título valor servirá de medio probatorio, no para probar la relación jurídica causal, sino la falta de pago de la obligación causal, si es que por otros medios se llegara a probar la existencia de dicha relación.

27. DASSEN, Julio. "Estudios de Derecho Privado y Procesal Civil". Buenos Aires, 1959, p. 248.

que permita equilibrar el enriquecimiento del deudor y el empobrecimiento del acreedor (tenedor del título valor)²⁸. Esto en razón del principio que nadie puede enriquecerse a costa de otro, sin que haya una causa justa. En tal sentido, el orden jurídico no puede impedir que ello ocurra, pero en cambio provee los medios para evitar que tal situación se consolide definitivamente, estableciendo un deber jurídico de restitución a cargo del enriquecido (deudor) y acordando al empobrecido (tenedor del título) una pretensión restitutoria, para procurar el restablecimiento del equilibrio patrimonial alterado sin causa.

La pretensión restitutoria por enriquecimiento sin causa, es una pretensión extracambiaria en razón que el 'petitum' no es el pago del título valor, sino el importe por el cual se ha enriquecido el deudor y, lo que se hace valer no es una obligación cambiaria, sino una distinta obligación que nace "ex-lege", a fin de mantener el equilibrio patrimonial alterado. Siendo así, dicha pretensión se rige por las normas del Código Civil.

Conforme al art. 21° de la Ley N° 16587, la pretensión restitutoria por enriquecimiento sin causa, es una pretensión subsidiaria, es decir, el demandante (tenedor del título valor) no debe tener expedito ningún derecho material ni procesal para exigir el cumplimiento de la obligación cambiaria o el cumplimiento de la obligación causal. En otras palabras, el demandante no debe tener expedito ningún derecho material ni procesal para exigir válidamente el cumplimiento de las pretensiones principales, llámese pre-

tensión cambiaria o causal²⁹. En este último caso, la inexigibilidad de la pretensión causal debe ser originaria, pues si hubiera devenido inexigible por prescripción o por otra causa extintiva (extinción de la obligación causal por haberse perjudicado el título valor por culpa del acreedor; art. 1233° del Código Civil), entonces no podrá ser sustituida por la pretensión de enriquecimiento sin causa.

Se admite que la pretensión restitutoria por enriquecimiento sin causa, a efectos de ser amparada, debe cumplir cinco requisitos:

- a) Enriquecimiento del demandado.
- b) Empobrecimiento del demandante (tenedor del título valor).
- c) Relación causal entre enriquecimiento y empobrecimiento.
- d) Ausencia de causa que justifique el enriquecimiento³⁰.
- e) Ausencia de todo derecho material o procesal para exigir el cumplimiento de la obligación cambiaria o causal.

En cuanto al plazo de prescripción de la pretensión restitutoria por enriquecimiento sin causa, éste opera a los dos años computados a partir de la fecha en la cual se extingue la pretensión cambiaria (sea contra los obligados principales o subsidiarios).

28. "La acción de enriquecimiento sin causa más que una finalidad indemnizatoria, persigue el restablecimiento de un equilibrio patrimonial alterado". TRIGO REPRESAS, Félix A. "Dos Nuevas Fuentes de las Obligaciones en el Proyecto de Código Civil". Revista del Colegio de Abogados de la Plata, Año XXVIII, N° 48°, 1987, p. 166.

29. TRIGO REPRESAS justifica el carácter subsidiario de la pretensión restitutoria por enriquecimiento sin causa, en razón que: "...de rechazarse el carácter subsidiario, se podría trastornar el orden jurídico al modificarse las soluciones específicamente previstas y resueltas por éste, tal como es el caso de la prescripción o de la cosa juzgada". Ob. cit., p.165.

30. Aun cuando es materia controvertida, la doctrina mayoritaria entiende que la palabra causa, en el tema que nos ocupa, debe tomarse en su sentido tradicional de **causa fuente o eficiente**; de manera que el enriquecimiento será "sin causa" cuando no medie interpartes una relación contractual, un hecho ilícito u otra fuente de las obligaciones, que legitime el traspaso patrimonial.

El Derecho del Espacio y la Costumbre Internacional*

Germán Vera Esquivel

Egresado de la Facultad de Derecho de la PUC

1. Planteamiento del Problema

El Derecho del Espacio Ultraterrestre es una de las ramas jurídicas más novedosas y apasionantes. En efecto, su desarrollo autónomo aún no llega a las tres décadas y como toda disciplina jurídica nueva, sus principios y normas todavía se encuentran en formación.

Vinculada a esta problemática del Derecho del Espacio se encuentran la Costumbre Internacional, la cual, como sabemos es fuente privilegiada del Derecho Internacional Público y por esta razón su relación con el Derecho del Espacio en formación es muy importante.

Esto conduce a señalar un problema actual. El constante uso del espacio por parte de los países desarrollados (especialmente de la órbita geoestacionaria) podría estar creando costumbres internacionales de aplicación en el espacio ultraterrestre dadas sus actividades de exploración y explotación. Esto sería aún más preocupante, si los países subdesarrollados, como el Perú, no se están oponiendo a estas prácticas.

Nuestro artículo abordará esta problemática, analizará cada componente de ella y postulará algunas reflexiones finales acerca de su solución.

2. El Derecho del Espacio: Nueva rama jurídica

2.1. Propósito y alcance

Debemos señalar, coincidiendo con la mayoría de la doctrina, que el Derecho del Espacio es parte del Derecho Internacional General. En efecto, el Derecho Internacional que regula la conducta de todos los agentes internacionales (Estados, Organismos Internacionales e inclusive la persona humana) es aplica-

ble tanto dentro de la Tierra como fuera de ella. Sin embargo, no podemos negar que dadas las características especiales del medio en que se desenvuelve, este Derecho tiene caracteres propios y una dimensión especial dentro del Derecho Internacional General. De esta manera este Jus Novum, tiene por ejemplo principios que lo diferencian de otras ramas jurídicas como es el caso del principio de no apropiación del espacio exterior, incluyendo la Luna y otros cuerpos celestes. Por esta razón la doctrina más moderna tiende a considerar el Derecho del Espacio como ley especial dentro del Derecho Internacional General.

2.2. Definición

Dado su carácter reciente, el Derecho del Espacio no tiene una terminología unívoca. En efecto, los autores discrepan sobre cuál debe ser el contenido de la nueva rama jurídica. Por otro lado el grado de desacuerdo llega incluso a la denominación exacta de la nueva disciplina. Así algunos autores han nombrado al Derecho Internacional del Espacio de diversa manera como por ejemplo, Derecho del Espacio Exterior, Derecho Cósmico, Derecho Aeroespacial, Derecho Interplanetario, Derecho Astronáutico, Derecho Exoatmosférico, Derecho Intergentes, Derecho de Cooperación Interplanetaria, Derecho Astral, Derecho entre Gente Planetaria, etc.

Sin embargo, de todas estas denominaciones la que más se acerca a su noción exacta es precisamente la de Derecho del Espacio ya que este término connota el carácter ultraterrestre de la nueva rama jurídica y además esta denominación es la que usualmente es más utilizada por los tratadistas internacionales en la actualidad.

Por otro lado existe el problema de definir con precisión cuál es el ámbito de este nuevo derecho.

* Al doctor Enrique Becerra Palomino.

Para efectos prácticos vamos a adoptar una definición que en nuestro concepto es lo suficientemente comprensiva de la materia a tratar. Es la definición que nos da el tratadista Manuel Augusto FERRER:

"El derecho espacial es la rama de la ciencia jurídica, ciencia del deber ser, que estudia y desarrolla los principios y normas públicas o privadas, nacionales o internacionales, en lo relativo a navegación por el espacio superior y las relaciones siguientes, así como el régimen jurídico de dicho espacio superior y de los cuerpos celestes".

Creemos que esta definición es lo suficientemente exhaustiva ya que señala dos elementos que son determinantes del Derecho Espacial. El primero de ellos es el referido a la navegación por el espacio exterior. En efecto, es precisamente la navegación uno de los usos más comunes del espacio exterior y por ello debe ser tomada en cuenta. Por otro lado, como segundo elemento, está el carácter de las relaciones y el régimen jurídico del espacio ultraterrestre, elemento este último de trascendental importancia en la creación de un corpus juris del espacio.

Sin embargo, como toda materia novedosa el Derecho del Espacio no está exento de dificultades en su desarrollo. Una primera dificultad reside en el hecho de no haber una delimitación precisa entre el espacio aéreo y el espacio exterior, lo cual permitiría definir el ámbito de aplicación de cada uno. Por otro lado, está también la dificultad que estriba en que el Jus Novum, depende en gran medida de los adelantos de la ciencia y tecnología espacial, ciencia y tecnología que está en constante avance y que no permite un estudio estático sino dinámico, por esta razón también se ha señalado que el Derecho Espacial es una disciplina jurídica que se encuentra siempre en status nascendi².

2.3. Sujetos

De acuerdo al tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, de 1967, dos son los sujetos del Derecho del Espacio:

a) los Estados y, b) las Organizaciones intergubernamentales. Es claro entonces que hasta el momento el Derecho Internacional del Espacio no permite que personas individuales utilicen el espacio ultraterrestre.

En consecuencia, los sujetos del Derecho del Espacio son estos dos ya mencionados. La actividad de los Estados no sorprende, ya que éstos han sido

naturalmente los actores del Derecho Internacional General, y sin embargo sí llama la atención la presencia dentro de los sujetos del Derecho del Espacio, de las organizaciones internacionales. Estas últimas de acuerdo al Tratado del Espacio de 1967 tienen la posibilidad del uso y explotación pacíficos del espacio ultraterrestre.

2.4. Fuentes

De acuerdo al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes del Derecho Internacional General, así como por extensión, las fuentes del Derecho del Espacio, son en primer lugar, las convenciones, luego la costumbre, a continuación los principios generales del Derecho y finalmente la jurisprudencia y la doctrina de los publicistas más reconocidos.

2.4.1. Los tratados y las convenciones internacionales

Los tratados y convenciones internacionales por su carácter representativo de la voluntad contractual de los Estados son fuente principal del Derecho del Espacio.

En la actualidad, las fuentes convencionales del Derecho del Espacio consisten en los siguientes cinco tratados:

a. El tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados, en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre incluso la Luna y otros cuerpos celestes (suscrito en la ONU el 27 de enero de 1967).

b. El acuerdo sobre salvamento y devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (adoptado el 22 de abril de 1967).

c. El convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (suscrito el 29 de marzo de 1972).

d. El convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (suscrito el 14 de enero de 1975); y

e. El acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes (concluido el 18 de diciembre de 1979, no vigente aún).³

De estos tratados, los cuatro primeros han sido aprobados y ratificados por el Perú.

1. FERRER, Manuel Augusto, citado por Carranza Reyes, Alexander, en: "Aspectos Científicos y Jurídicos de la Teleobservación Terrestre de Recursos Naturales desde el Espacio Ultraterrestre", p. 19.
2. MARCHAN, Jaime, "Derecho Internacional del Espacio", p. 138.
3. MARCHAN, Jaime, op. cit., p. 161-162.

2.4.2. Los Principios Generales del Derecho

Como es comprensible fácilmente, los principios generales del Derecho no pueden estar excluidos de ningún ordenamiento jurisdiccional, ya que estos principios son grandes lineamientos ordenadores de todo sistema jurídico y además son normas de carácter superior comúnmente reconocidas. En consecuencia, los principios generales del Derecho son también una fuente importante dentro del Derecho del Espacio.

Cabe resaltar a este respecto la imperatividad de estos principios generales, imperatividad que se da reflejada en normas como aquellas de Jus Cogens, normas de carácter ético contra las cuales no se puede pactar en contrario. Sin embargo podemos decir con MARCHAN:

"¿Cuáles son las normas de derecho internacional del espacio que tienen carácter JUS COGENS? No existe una codificación general de estas normas elaborada por una autoridad jurídica internacional. La Comisión de Derecho Internacional no quiso asumir esa tarea oficialmente, pero algunos de sus miembros han sugerido ciertos ejemplos de normas Jus Cogens: (i) prohibición del uso de la fuerza en forma contraria a los principios de la Carta de la Naciones Unidas; (ii) proscripción de actos referentes a trata de esclavos, piratería o genocidio; (iii) normas que prohíben la violación de los derechos humanos; (iv) normas contrarias al principio de autodeterminación, etcétera"⁴.

2.4.3. La Jurisprudencia y la Doctrina

Dado el carácter novedoso de esta disciplina jurídica son casi inexistentes las decisiones judiciales al respecto. Es de esperar que con el correr del tiempo, la Jurisprudencia se incremente notablemente. Entre tanto la opinión de los juristas y tratadistas respecto al Derecho Espacial es una valiosa fuente de consulta profesional y guía los trabajos de investigación en este campo.

3. La Costumbre como fuente de Derecho Espacial

3.1. Noción

Veamos la explicación que sobre la costumbre nos presenta el maestro PODESTA COSTA:

"Esta, que es la fuente más antigua, se origina por el hecho de que algunos estados se comportan de una misma manera ante una relación que a ellos afecta: tal conducta, cuando es continuada y un número notorio de estados la adopta visiblemente y sin oposición de las demás, se transforma en una

acquiescencia internacional, entra a formar parte de las reglas que gobiernan a la generalidad de los Estados, se torna obligatoria como regla de derecho..."⁵.

Esta explicación muestra claramente que la costumbre para ser tal requiere de cierto número de elementos que la doctrina considera que son cuatro: (1) que sea una práctica común, (2) general en el espacio, (3) de uso continuo en el tiempo, (4) y que sea una práctica comúnmente aceptada en el Derecho, es decir el elemento subjetivo de la opinio iuris sive necessitatis.

La Costumbre entonces tal como equivocadamente podría pensarse no es una pauta a seguir, es una regla de carácter obligatorio con igual o mayor validez que un tratado.

Existen costumbres universales y asimismo también hay costumbres particulares o regionales, como el caso del asilo en los países latinoamericanos.

3.2. Problemas actuales referidos a la costumbre y al Derecho del Espacio

Durante algún tiempo se tuvieron reparos a la costumbre como fuente de Derecho Internacional.

Así, los tratadistas de la Unión Soviética en el período de la guerra fría sostuvieron que la costumbre sólo tenía el valor de un acuerdo tácito, negando toda su vigencia como norma internacional.

Es claro, que muchas naciones no compartieron esta opinión. Estos países señalaron que la costumbre no sólo era un acuerdo tácito, sino que además era una norma de validez universal, ya que se decía en ese momento que poseía el elemento subjetivo de la opinio iuris sive necessitatis. Demás esta señalar que ésta es la opinión prevaleciente en nuestros días.

La validez de la costumbre internacional ha sido cuestionada también por algunos países en vías de liberación. Indicaban estas naciones que las costumbres internacionales habían sido creadas y aplicadas en beneficio de potencias colonialistas. Esta opinión fue prevaleciente sobre todo en los países recientemente descolonizados en el África. Sin embargo, esta situación ha sido remediada. La doctrina publicista más moderna ha sostenido que pueden establecerse reservas a las costumbres que no se deseen reconocer. Los países descolonizados han encontrado una manera de ejercer este planteamiento al momento de su ingreso al organismo multilateral (ONU) estableciendo reservas a las costumbres que ellos consideran lesivas a sus intereses. En la prácti-

4. CSABAFLI, "The concept of state jurisdiction in International Law", p. 44-45, citado por Marchan, op. cit., p. 194.

5. PODESTA COSTA, L.A., "Derecho Internacional Público", 1955, Tomo I, p. 31-32, en: Materiales de enseñanza de Derecho Internacional Público, Eduardo Ferrero Costa, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 47.

ca, la entrega de las reservas se ha hecho en la persona del Secretario General del Organismo multilateral.

Respecto al Derecho del Espacio y específicamente relacionado con el tema de la costumbre, cabe señalar tal como ya se ha mencionado, que las grandes potencias están creando un nuevo derecho, al enviar sus cohetes y naves espaciales a la zona ultraterrestre (especialmente satélites en la órbita geoestacionaria), sin considerar que los países menos desarrollados no tienen el poder económico suficiente para hacerlo. En consecuencia, es válido señalar que con estas prácticas pueden estarse creando nuevas normas, costumbres frente a las cuales los países pobres no se están oponiendo.

Por ejemplo, se están creando usos como aquél que señala que en materia espacial regula el que llega primero (*first come, first served*). Esto, que en principio pareciera ser correcto, no lo es, en la medida que no todos los países están en condiciones de llegar al espacio sin problemas.

Para ello sin embargo, el Derecho Internacional franquea una posible salida. La llamada oposición a la costumbre en formación. Este tipo de costumbre se conoce en la doctrina como costumbre "*in fieri*". Un ejemplo de este tipo de oposición se ha dado recientemente con la declaración de Bogotá suscrita el 3 de diciembre de 1976 y que reivindica la órbita geostacionaria, de la que hablaremos más adelante, para los países ecuatoriales.

4. Aspectos relevantes del Derecho Espacial en los cuales se están creando costumbres internacionales

4.1. La Órbita Geoestacionaria

Un valioso recurso natural en el espacio es la órbita geoestacionaria. Sobre ella MARCHAN indica:

"La órbita geoestacionaria -aunque es más correcto hablar de "órbita de satélites geoestacionarios"- es una órbita circular en el plano ecuatorial, en el cual el período de revolución sideral del satélite es igual al período de rotación de la tierra, y la dirección del movimiento del satélite está en la dirección de la rotación terrestre. Cuando un satélite describe esa órbita particular, se dice que es un satélite geoestacionario. Tal artefacto parece estacionado en el cielo cuando es visto desde la tierra y está fijo en el cenit de un punto dado sobre el Ecuador. La longitud de esta órbita -ubicada a una altitud aproximada de

35,871 kilómetros sobre la línea ecuatorial de la tierra- es, por definición, la del satélite"⁶.

La órbita geoestacionaria en estos momentos se halla casi saturada por la presencia de satélites de diverso tipo. Sin embargo, poco o nada se ha hecho para preservarla. En esta órbita los satélites se hallan casi uno junto al otro y por otro lado ya casi se han utilizado todas las frecuencias de transmisión que dicha órbita posee.

Entonces, nos preguntamos, ¿puede afirmarse que se está creando una costumbre que permite el uso libre e indiscriminado de esta órbita o por el contrario lo que sucede es que está reafirmando una situación por la no oposición a ella?

Estos planteamientos que tienen que ver mucho con la costumbre internacional a formarse deben ser analizados con sumo detenimiento. Sin embargo, para los efectos de este artículo baste señalar que en lo referente a la órbita geoestacionaria, los países de la órbita ecuatorial han decidido preservar sus derechos y oponerse a una supuesta costumbre en formación. En efecto, al suscribir en Bogotá una declaración en 1976 y reivindicar derechos sobre las parcelas de dicha órbita que se encuentran sobre sus países, han hecho sentir su oposición y rechazo a una costumbre que para ello es lesiva⁷. Sin embargo, no debemos olvidar que esta solución sólo beneficia a los países de la órbita ecuatorial y no así a los demás, razón por la cual nuestro país debe diseñar una política a este respecto.

4.2. La teleobservación terrestre de recursos naturales desde el espacio ultraterrestre

La teleobservación es la detección o evaluación de objetos sin contacto directo. En nuestro caso particular la teleobservación de recursos naturales desde el espacio exterior se da cuando un satélite de un país "X" observa o detecta desde el espacio sideral recursos o fuentes de beneficios naturales de un país "Y", distinto al suyo. Esta situación que se da muy comúnmente en nuestros países ha sido recusada en más de una oportunidad. La razón es sencilla. No es equitativo que países de mayor avance tecnológico puedan tener información adecuada sobre los recursos naturales de otras naciones y no se les comunique a éstas últimas esa información.

Estas actividades que de alguna manera están creando una costumbre, aquella referida a la no comunicación de información sobre detección de recursos naturales, no debe continuar. No sólo porque afecta la soberanía de los países al pasar los satélites

6. MARCHAN, Jaime, op. cit., p. 896.

7. Se conoce con el nombre de Declaración de Bogotá al documento suscrito por la Primera Reunión de Países Ecuatoriales, reunidos el 3 de diciembre de 1976. Lo suscribieron Brasil (como observador), Colombia, Congo, Ecuador, Indonesia, Kenya, Uganda y Zaire.

sobre las órbitas de los países teledetectados⁸, sino también por el hecho de que siendo en su mayoría estas naciones tercermundistas y consecuentemente pobres, no puedan obtener información sobre recursos naturales que los podrían aliviar en sus problemas.

Por esta razón se sugiere que dado que no hay aún una manifestación en contra de estas prácticas, los países afectados, -entre ellos el Perú- convoquen a una reunión internacional para discutir estos tópicos.

5. Hacia una política Peruana en materia espacial

Finalmente el problema del novísimo Derecho Espacial y la Costumbre Internacional nos llevan a un problema mayor: El de la existencia o no, de una política Peruana definida en materia espacial.

El Perú ha suscrito el tratado de 1967 sobre el espacio, sin embargo desde entonces no hay lineamientos claros sobre lo que debe ser una política en materia espacial. Urgen estudios más profundos sobre el tema. Será importante para las nuevas generaciones abordar con mayor dedicación lo referido al espacio ultraterrestre.

6. Conclusiones

I. El Derecho del Espacio es aún un Derecho en formación. En consecuencia, las normas que lo deben regir carecen de la especificidad de otras ramas del Derecho.

II. La Costumbre como fuente del Derecho del Espacio es por todos reconocida. Sin embargo, existen intentos de algunos países de formar costumbres lesivas para los intereses de los países menos favorecidos (v.g.: regulación por el primero que llegue al espacio, no obligatoriedad de la información en caso de teledetección de recursos naturales desde el espacio ultraterrestre, uso indiscriminado de frecuencias, etc.).

III. Es necesario que frente a esta práctica los países menos favorecidos económicamente, se opongan a la formación de estas costumbres, ya que ellas tienen el carácter de "in fieri", es decir en el momento de su formación. Un ejemplo a este respecto es la Declaración de Bogotá que reivindica la órbita geostacionaria para algunos países.

IV. Es necesario el fomento de mayores estudios académicos referidos a la materia espacial y a su regulación jurídica.

8. Si se adopta el criterio de la Declaración de Bogotá de 1976.



**PRODUCIMOS
PETROLEO
PARA EL
DESARROLLO
DEL PERU**

**OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION OF PERU
SUCURSAL DEL PERU**

La Distribución Exclusiva a la Luz del Mandato Constitucional de la Libre Competencia

Gladys Triveño Chan Jan

Alumna del 9 ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC.

Coca Cola Interamerican Corporation (U.S.A.) nombró hace algún tiempo a la Compañía Embotelladora Leopoldo Barton S.A.¹ como su distribuidor **exclusivo** en Lima y como consecuencia de dicho contrato Leopoldo Barton no puede vender Pepsi, ni Inca Cola, ni Guaraná, ni ninguna otra bebida gaseosa.

La Nissan designó como distribuidor **exclusivo** en el Perú a la Compañía Maquinarias S.A. y por lo tanto esta empresa no puede vender vehículos Toyota, ni Mazda, ni Citroen, ni ningún otro tipo de vehículos aunque el hacerlo le significase poder salir de la crisis en que se encuentra y evite tener que despedir a 100 de sus trabajadores. Del mismo modo, la fábrica de conservas de pescados Del Mar S.A. celebró un contrato con Nacional Mercantil S.A. (NAMESA) para la distribución **exclusiva** de sus conservas marca Timonel, por el cual Del Mar se compromete a vender en forma exclusiva a NAMESA dichas conservas en cualquiera de sus presentaciones.

La Constitución sanciona la libre competencia y prohíbe todo acuerdo que restrinja la misma. ¿Significa acaso, que los contratos de Coca Cola, Nissan y Del Mar están violando las normas existentes sobre libertad de contratación y de libre competencia? ¿Por cuánto tiempo cabría pactar la exclusividad? ¿Es posible pactar la exclusividad de forma tan absoluta en el Perú?

El propósito de este trabajo es analizar la validez, las modalidades y la regulación que sufre en nuestra legislación la **cláusula de exclusividad** a la luz del mandato constitucional de la **libre competencia** y determinar así los alcances de ambas instituciones.

1.- CLAUSULA DE EXCLUSIVIDAD

a) Concepto

En Doctrina no existe consenso sobre la definición que debe darse a la exclusividad². Una sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 29 de octubre de 1955, señala que "es un pacto que supone una obligación de no hacer, respecto del tipo de prestación objeto del contrato, bien obligación de no realizar en favor de otros una prestación semejante, lo que se refleja en un mayor valor de la prestación para el acreedor, aparentemente en una cualidad de la prestación, o bien obligación de no recibir de otros una prestación semejante que se refleja a favor del deudor en un mayor valor de su actividad (acaparamiento del mercado), o bien ambas obligaciones en todo caso dentro de límites de tiempo, frecuentemente también de espacio"³. Esta definición permite entrever que la esencia de la **exclusiva** es implantar limitaciones a la libertad de contratar de una o ambas partes de la relación según como se pacte. La consecuencia inmediata es la imposibilidad de contratar con terceros sobre prestaciones similares a las que se han obligado de modo exclusivo.

1. Justamente mientras se estaba elaborando el presente ensayo se planteó el problema de quién tomaría el negocio de la Coca Cola en Lima. Leopoldo Barton luego de largos años de dedicación al negocio, se retira y la central de Coca Cola en U.S.A. busca al reemplazante. (Dato de Rev. 1/2 Financiero Año VI-Nº 277-278, p.2 1990).

Al momento de terminar la redacción del presente trabajo ya se conocía al ganador de la franquicia de la Coca Cola en el mercado de Lima. El grupo Michell-Picasso reemplazaría a Barton luego de 53 años. Para efectos del análisis se tomó como referencia a Barton. (Dato de la publicación THE LIMA TIMES, Viernes 22 de Febrero de 1991, p.1).

2. En Doctrina se suele denominar a la cláusula de exclusividad como exclusiva o pacto de exclusividad. Para efectos de este ensayo se usará indistintamente estas tres denominaciones.

3. AJ, 1955, 3.090. PUENTE MUÑOZ, Teresa (El Pacto de exclusividad en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, RDM Nº 121, 1971, p. 456), en: Acuerdos Restrictivos de la Competencia por Eduardo Galán Corona, Ed. Montecorvo. S.A., Madrid, 1977 p. 242.

Resulta interesante, entonces, saber por qué las partes celebran un pacto semejante. Así pues, se descubre a la exclusiva como un aspecto peculiar del más amplio fenómeno de la integración económica, como una modalidad de colaboración que se instaura entre empresarios en el campo de la integración vertical⁴, es decir, que se trata de una disposición negocial que va a imponer derechos y obligaciones que pueden ir más allá de las que surgen a raíz de la aplicación del principio de la buena fe de las partes en la celebración y ejecución de todo contrato, pero que al mismo tiempo genera una relación más estrecha entre las partes contratantes. En síntesis, la exclusividad es un pacto al que las partes recurren con el fin de lograr una mayor cooperación entre las actividades que realiza cada una, y que generalmente consiste en una obligación de no hacer o realizar las mismas prestaciones que son objeto del contrato para otro u otra que no sea la parte con la que se obliga.

b) Fundamento comercial

El desarrollo industrial y la consecuente expansión económica derivada del desarrollo progresivo de las comunicaciones hizo surgir en los empresarios el deseo de ampliar el mercado para sus productos. De esta constatación surge la necesidad de que el Derecho configure nuevas formas contractuales que incorporen ciertas prácticas comerciales entre empresarios.

En un primer momento el productor era el propio distribuidor de sus productos. Así, por ejemplo, un fabricante de jabones ofrece su producto directamente al consumidor final.

A medida que esos jabones van siendo reconocidos en el mercado como ideales para cierto uso y el nombre con que se les llama adquiere cierta importancia, el fabricante puede pensar en establecer un canal de distribución para su producto, el mismo que consiste en el conjunto de empresarios o individuos que colaboran en el paso de la mercancía del productor al consumidor. Tenemos un productor independiente, mayoristas y detallistas, cada uno de los cuales cuenta con un negocio aparte en el cual buscan maximizar sus utilidades sin que ninguno de ellos pueda influir sobre la actividad que realiza cualquiera de los otros⁵.

El fabricante se ha dado cuenta que estos intermediarios gracias a su experiencia, especialidad y el número de las operaciones que realizan, aportan a su empresa mayores beneficios de los que ella podría conseguir con sus propios recursos, pero al mismo

tiempo percibe que es necesario tener un mayor control sobre los miembros del canal para evitar los conflictos que pudieran surgir derivados de los intereses particulares de cada uno y al mismo tiempo supervisar la llegada de sus productos al mercado. Así, surge el sistema de mercadotecnia vertical formado por el productor, el mayorista y el detallista que actúan como un sistema unitario, sin perder su independencia, con el fin de lograr una mejor comercialización de los productos. Hay tres tipos de sistemas de mercadotecnia vertical: El sistema de mercadotecnia vertical corporativo, el sistema de mercadotecnia vertical por contrato y el sistema de mercadotecnia vertical por administración⁶.

La cláusula de exclusividad se encuadra dentro del segundo tipo. Este sistema se compone de firmas independientes ligadas por contratos, las cuales coordinan sus actividades para lograr un mayor impacto en las ventas del que conseguirían por su cuenta⁷. En estos casos el fabricante espera que las ventas sean más agresivas, un mayor control de los precios del producto y cuidar de la imagen del mismo, para lo cual acude al establecimiento de cláusulas como la exclusiva que permite que una empresa controle mejor todos los estadios de comercialización del producto, tal como sucede con la Coca Cola, los automóviles Nissan y las conservas de pescado Timonel.

c) Modalidades

La exclusiva al interior de los contratos de distribución donde instaura una mayor colaboración entre las actividades que realizan empresarios de distinto grado puede clasificarse tomando en cuenta a los sujetos en beneficio de quienes se pacta y por el tipo de prestación en que consiste la obligación.

1) Por los sujetos en beneficio de quienes se pacta, la cláusula de exclusividad puede ser unilateral o bilateral.

- La exclusiva es unilateral cuando se pacta que sólo una de las partes contratantes asume la obligación de no realizar prestaciones idénticas o del mismo ramo, a las convenidas en favor del otro contratante ya sea que se trate de bienes o servicios, así, como de no proveerse de otra fuente que no sea la del otro contratante. Por ejemplo sería el caso de NAMESA si no obstante contar con la exclusividad de la distribución de conservas Timonel, Del Mar pudiese realizar la venta directa de las mismas.

-La exclusiva es bilateral cuando el compromiso de no realizar ni recibir prestaciones semejantes a las prometidas entre sí, lo asumen ambas partes. Esto

4. FAUCEGLIA, Giuseppe. N° 73 Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, p. 214 (1987-1988).

5. KOTLER, Philip. Fundamentos de Mercadotecnia p. 320-321 Prentice Hall Hispanoamericana S.A., 1985.

6. KOTLER, p. 321.

7. KOTLER, p. 323.

es lo que sucede con Leopoldo Barton y Coca Cola respecto a la distribución de Coca Cola en Lima.

2) Por el tipo de prestación en que consiste la exclusiva, ella puede ser de zona o territorio, de clientes o de productos.

- La exclusiva de zona existe cuando se pacta que sobre todas aquellas operaciones que se realicen dentro de los alcances del territorio establecido, la parte en favor de quien se pactó esta cláusula tiene derecho a exigir que nadie más distribuya al interior de ese territorio. Así, por ejemplo, Leopoldo Barton no puede vender Coca Cola en Pucallpa, sólo en Lima, Callao y Huacho que es el territorio concedido en exclusividad.

- La exclusiva de clientes constituye una limitación al compromiso de venta exclusiva a un distribuidor, mediante la cual el productor se puede reservar la venta directa para una determinada categoría de clientes previamente delimitada. Ejemplo de esta modalidad sería el supuesto en que Nissan se reservase la venta directa de sus automóviles a todos los funcionarios diplomáticos acreditados en el Perú.

- La exclusiva de productos es aquella por la cual una de las partes de obliga a abstenerse de comprar, distribuir o promover productos nuevos similares a los productos cuyo origen no sea el de la otra parte contratante. Tal sería el caso de NAMESA que no puede vender otra marca de conservas de pescado que no sea Timonel.

En todos estos casos, existe la posibilidad de que se pacten distintas combinaciones de modalidades de exclusividad que pueden hacer que el pacto resulte más o menos absoluto. Así se puede concebir una exclusividad de territorio, respecto a determinado producto, con la reserva de cierta categoría de clientes.

2.- LIBRE COMPETENCIA

a) Consagración constitucional

Como se ha señalado a la hora de definir la exclusiva, es una característica de ella imponer limitaciones a la libertad de contratar de una o ambas partes de la relación, y como consecuencia de ésto frenar la libre competencia. Una vez analizadas las razones comerciales que explican la existencia de la exclusiva y las modalidades que ésta puede adoptar, resulta importante precisar el concepto de la libre competencia porque dependiendo de la noción que se

tenga de ella, será posible admitir que Coca Cola le exija a Barton que no venda en Pucallpa en virtud de una cláusula de exclusividad.

La Constitución establece en su artículo 133 que están prohibidos los monopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil, consagrando de esta manera la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y servicios. Este artículo dentro del modelo económico que se plantea en el texto constitucional como señalan Rubio y Bernal⁸ no hace sino repetir el principio liberal que supone que dentro de una economía de mercado no existan monopolios u oligopolios que desnaturalicen las leyes de la oferta y la demanda.

En la discusión de este artículo los constituyentes no dieron una definición de la libre competencia que es la institución que se quiere tutelar, esto revela lo difícil que fue la redacción del contenido final del texto por la divergencia de opiniones en torno a la inclusión o no de ciertas prohibiciones que para juicio de algunos era como prohibir la existencia de las empresas⁹.

En Doctrina tampoco existe una definición única. Eso sí, parece haber dos modos de concebirla. Uno de ellos afirma que el sistema de libre competencia implica la concurrencia competitiva de todos los empresarios para lograr la máxima colocación de los bienes y servicios en el mercado, el incremento de la clientela y el aumento de los beneficios. De acuerdo a esto, sólo los mejores consiguen buenas posiciones quedando los demás rezagados en la consecución de los objetivos mencionados y sufriendo un daño económico justo a consecuencia de la vigencia del sistema¹⁰.

El otro modo de definirla¹¹, es contraponiéndola al monopolio, es decir, como aquella situación en la cual el grado de poder de mercado que posee un vendedor o varios de ellos actuando en conjunto, no llega a ser absoluto por cuanto las condiciones del mercado impiden la existencia del monopolio sobre los precios o la producción.

La libre competencia quiere decir todo esto; el libre ejercicio de la actividad de los empresarios en un mercado donde son las leyes de la oferta y la demanda las que determinan la acción y la elección de proveedores y compradores, así como los precios de los productos y servicios.

8. RUBIO, Marcial y BERNAL, Enrique. Constitución y Sociedad Política, p. 438, 1985.

9. Diario de los Debates de la Constitución, publicación oficial, p. 282.

10. FONT GALAN, Juan Ignacio. Competencia Desleal en la Ley de prácticas restrictivas. En Rev. de Derecho Mercantil. Oct. Dic., Madrid, N° 146, p. 558, 1977.

11. CABANELLAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Ed. Heliasta SRL, p. 252, 1983.

El actual Gobierno, a fin de que la norma constitucional tenga aplicación práctica ha considerado su reglamentación. El 4 de noviembre de 1990 emitió el DS 296-90-EF mediante el cual se prohíbe los monopolios, las prácticas de comercio restrictivas, los oligopolios y también el abuso de una posición dominante del mercado. Adicionalmente se crea una Comisión Nacional de Defensa de la Libre Competencia. Los términos siguen quedando imprecisos aunque se establecen dos categorías básicas de normas de defensa de la libre competencia: unas que regulan el abuso de posición dominante y otras las prácticas restrictivas en general.

Para efectos de este ensayo interesa la primera categoría. El Proyecto del Instituto Libertad y Democracia sobre la Ley de Defensa de la Competencia define el abuso de posición dominante como aquella situación en la cual un agente económico que goza del control de un porcentaje importante del mercado, se aprovecha de dicha posición para obtener mayores beneficios¹². La cláusula de exclusividad es considerada como una práctica abusiva.

De esta definición se puede inferir que para que haya abuso de posición dominante debe existir una posición dominante del mercado; pero esto no quiere decir que basta que exista una posición de dominio para que se dé el perjuicio. No parece ser suficiente que una empresa sea grande y produzca una diversidad de productos en una región para catalogar su situación como la de un abuso de posición dominante. Esta calificación debe cimentarse en un análisis cuantitativo y cualitativo de las relaciones de competencia en ese mercado. En algunas legislaciones como la española se hablan de porcentajes, se dice que un control de 30 x 100 del mercado ya es peligroso. No obstante en la misma legislación española, artículo 2 de la Ley sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia se prohíben las prácticas abusivas mediante las que una o más empresas exploten su posición de dominio en todo o parte del mercado de manera injustificada y lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actividad de los restantes competidores¹³, criterios que pueden ser subjetivos pero que dejan abierta la posibilidad a que existan prácticas exceptuables de la prohibición porque mejoran la producción y la distribución de bienes y servicios. En este mismo sentido sanciona la ley argentina 22.262 de agosto de 1980, el régimen de defensa de la competencia, esto es, que las prácticas que restringen y distorsionan la competencia sólo quedan prohibidas en tanto provoquen un perjuicio para el interés económico general.

Adicionalmente, las limitaciones en cuanto a la vigencia de la cláusula en el espacio y el tiempo a que se refería la sentencia del Tribunal español que

se citó al principio, pueden ayudar a excluir la existencia de estos pactos dentro del ámbito de la prohibición. Y no puede ser de otro modo por cuanto siendo de la esencia de la exclusiva limitar la libertad de contratar de las partes, no es admisible que las partes pacten esto de forma perpetua y absoluta.

Parece, entonces, que la exclusiva pactada entre empresas que no gozan de posición de dominio del mercado, no tiene dificultad en ser admitida siempre que esté debidamente limitada en el espacio y el tiempo. A su vez, la exclusiva pactada en favor de una empresa que goza de una posición dominante no provoca perjuicios necesariamente, y puede considerarse exceptuada de la prohibición constitucional si su establecimiento es beneficioso para el interés general.

A propósito del tema, el Proyecto del Código Penal publicado el 20 de enero de 1991 en el capítulo de delitos económicos establece una lista de actividades que importan un abuso del poder del mercado y que se consideran restringen la libre competencia. Entre ellas están los acuerdos que integran empresas, los de reparto de mercados, el establecimiento de zonas exclusivas para la venta de productos y servicios, etc. Esta parte del proyecto hace una enumeración de actividades que constituirían nuevas figuras delictivas, tipificación que resulta ser subjetiva por cuanto se intenta plasmar en normas, realidades en constante cambio como lo son la industrial y mercantil. Toda la norma es genérica e imprecisa y tampoco se cuenta con una exposición de motivos que explique los criterios tomados en cuenta para calificar determinados procesos económicos como delitos. Es de esperarse que antes de la promulgación del Código Penal, se reflexione sobre las consecuencias de que la norma se promulgue tal como está porque de lo contrario se estaría desnaturalizando el principio constitucional de libre competencia prohibiendo incluso los pactos que aunque en cierta forma restringen la competencia son beneficiosos para el interés económico en general.

3.- FUNDAMENTO LEGAL DE LA EXCLUSIVIDAD

Luego de haber fijado los alcances del contenido de la cláusula de exclusividad frente a la normativa constitucional, resulta oportuno establecer cuál es el fundamento legal que ha permitido que esta institución haya sido constantemente utilizada en la práctica mercantil.

La exclusiva no estuvo regulada en el Código Civil de 1933, pero tampoco estaba prohibida y al amparo del principio de la libertad de las partes de establecer el contenido contractual, siempre que no sea contrario

12. ILD, Publicación de Apoyo al Congreso, año 1, Diciembre 1990 N° 6, p. 4 y 5.

13. REICH, Norbert. Mercado y Derecho, Barcelona: Ariel, 1985 p.169.

a norma imperativa¹⁴, ésta era incluida en una diversidad de contratos.

El Código Civil de 1984, en cambio, consagra la exclusiva en el marco del contrato de suministro. Esto no obsta a que este pacto pueda insertarse en distintas modalidades contractuales y en esos casos las normas relativas al suministro serán aplicadas por analogía para todo lo que sea pertinente.

El artículo 1616 del Código Civil, dispone que "cuando en el contrato de suministro se ha pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministrante, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación".

Este artículo sufre los defectos de formulación de toda norma que recién se incorpora a una legislación. En primer lugar, plantea una obligación de **no hacer** sólo respecto a terceros, lo que supondría que el suministrado sí podría producir bienes similares a los del suministrante, y esa no parece ser la intención de un pacto como la exclusiva. En segundo lugar, se refiere solamente a la producción de **cosas**, en lugar de enunciar un universo mayor que incorpore también a los servicios.

El artículo 1617, a su turno, dispone que "si la cláusula de exclusividad se pacta en favor del beneficiario del suministro, el suministrante no puede, directa ni indirectamente, efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquéllas que son materia del contrato, en ningún otro lugar".

Este artículo tiene dos prescripciones importantes:

- Una de ellas es aquella por la cual el suministrante debe abstenerse de efectuar **directa ni indirectamente** prestaciones de naturaleza semejante a las que son parte del contrato.

- La otra es respecto a la obligación de no hacer a la que se somete el suministrante en **ningún otro lugar** al supuestamente pactado y que de acuerdo a la exposición de motivos de este artículo debe hacerse extensiva a todo el territorio nacional en el caso de que no se fije el lugar con precisión. Esto revela una grave deficiencia, porque no se exige que se limite espacial ni temporalmente el pacto y tal como se señaló al momento de argumentar la exclusión de este pacto de la prohibición de todo acuerdo que restrinja la competencia, aquello es un requisito esencial para lo último.

Parecería, pues, que se ha cometido un grave error al omitir un plazo límite para la vigencia de la exclusividad en beneficio de la armonía que era necesario lograr con la prohibición del texto constitucional. Es por ello que es tan importante que las normas se dicten de forma sistemática y con coherencia, tal como debe suceder con el futuro Código Penal, en la parte de los delitos económicos.

CONCLUSIONES

1. La Constitución consagra la libre competencia entendida como aquella situación en que hay libre actuación comercial de los agentes económicos en el mercado.

2. Es posible celebrar contratos de distribución exclusiva sin violar la prohibición constitucional.

3. No toda situación de posición de dominio del mercado implica un perjuicio para la libre competencia.

4. Los pactos de exclusividad que celebra una empresa con cierto predominio en el mercado no son necesariamente abusivos, si se limitan en el espacio y en el tiempo; y si además, son beneficiosos para el interés económico en general.

5. Por lo tanto: Un fabricante no puede prohibirle a su distribuidor, de por vida, que venda un producto de la competencia.

En todo caso, queda abierto el debate.

Lima, marzo de 1991.

14. El artículo 1354 del Código Civil de 1984 recoge el principio sobre libertad de contratación y tiene como antecedente al artículo III del Título Preliminar del Código Civil de 1936.

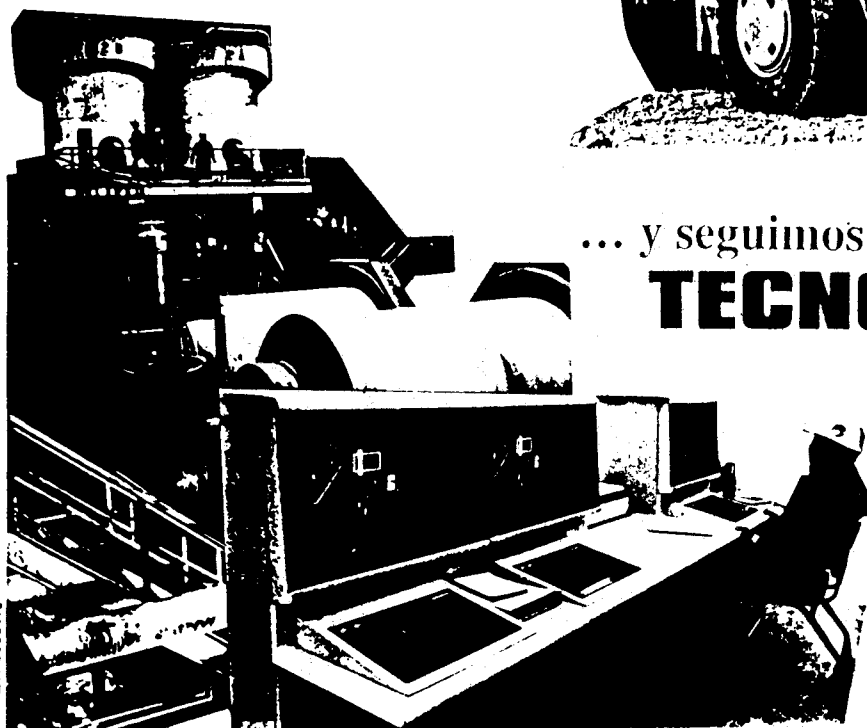
Importamos

FUTURO...

La eficacia de un trabajo se mide, siempre, por los diversos beneficios que produce y genera. En Southern Perú estamos satisfechos con el resultado de nuestro trabajo. Hacemos un verdadero aporte al desarrollo, demostrado en inversión permanente y en innovación tecnológica, que nos coloca en lugar destacado entre los países productores de cobre a nivel mundial.



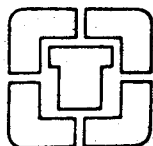
... y seguimos invirtiendo en
TECNOLOGIA



INVERSION EN BIENES DE CAPITAL (EN US DOLARES)

AÑO	MONTO
1985	5'330,000
1986	4'173,000
1987	5'083,000
1988	21'520,000
1989	20'645,000
Total	56'751,000

La inversión en bienes de capital, efectuada por Southern Perú entre los años 85-89, supera los 56 millones de dólares. El cuadro muestra ese detalle.



SOUTHERN PERU

PORQUE CREEMOS EN EL PAIS

La “Propiedad” como un obstáculo para el desarrollo de la hipoteca en el Perú: Análisis Histórico y Social

Arturo Ferrari C.

Alumno del noveno ciclo de la Facultad de
Derecho de la PUC.

Introducción

Hipoteca y propiedad son dos términos que al menos dentro de la realidad jurídica peruana han parecido ser casi inseparables.

Es así que tanto los antiguos Códigos Civiles de 1852¹ y 1936², como el actual de 1984³, establecen como requisito esencial de validez de la hipoteca, que ésta -ya sea por una deuda propia o de un tercero- deba ser constituida por el propietario del bien que se desea gravar.

Podemos ver cómo la influencia que el Código Civil Napoleónico de 1804⁴ ejerció sobre nuestro primer cuerpo legal que regulaba las relaciones entre particulares, el Código de 1852, ha sobrevivido por más de 100 años. Sólo quien es propietario puede hipotecar. Los tres Códigos mencionados han repetido casi con idénticas palabras una misma idea: sólo aquel que es dueño de un bien -y sobre el cual puede ejercer todos aquellos atributos que el ordenamiento jurídico designa como constitutivos del derecho de propiedad - puede hacer uso de esta suerte de privilegio.

Ello, sin embargo, no iba a ser para siempre.

Hace ya casi tres años que surgió dentro de la realidad jurídica peruana una institución que vino a romper con los viejos esquemas que hasta la fecha nuestros Códigos habían manejado. Junto a la tradi-

cional ligazón hipoteca-propietario habría de aparecer una nueva fórmula, la de hipoteca-poseedor.

Creemos que es dentro de la historia misma de la sociedad peruana y de las características que en ella asumió el derecho de propiedad, que es posible encontrar algunas de las razones por las que la hipoteca, como derecho real de garantía, no ha adquirido en nuestro país la importancia que en otras sociedades sí ha alcanzado, lo cual ha llevado a la construcción de figuras jurídicas como la llamada “hipoteca popular”.

En este artículo lo que intentamos es esbozar nuestra línea de interpretación acerca del tema en cuestión; por tanto, no pretendemos que las conclusiones a las cuales llegemos sean compartidas por todos.

Quién tiene derecho a hipotecar

Para la época en la que el Código Civil francés fue promulgado, el concepto de propietario, aparte de revelar que algo se encontraba a plena disposición de un sujeto determinado, connotaba también una idea distinta. El ser propietario equivalía a ocupar un lugar dentro de la sociedad. Era un status que se asignaba a todo aquel que podía ejercer todas aquellas facultades que el Código Civil señalaba como constitutivas del derecho de propiedad sobre un bien cualquiera. El ser propietario no interesaba sólo para fines jurídi-

1. C.C. 1852, art. 2025 (primer párrafo): Los propietarios que tengan capacidad de enajenar sus bienes, son los únicos que pueden hipotecarlos.
2. C.C. 1936, art. 1013: Son requisitos de la hipoteca:
 1. Que afecte el bien el propietario que tenga su libre disposición o en otro caso quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
3. C.C. 1984, art. 1099: Son requisitos para la validez de la hipoteca:
 1. Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
4. C.C. francés de 1804, art. 2124: Las hipotecas convencionales no pueden ser consentidas sino por aquellos que tengan la capacidad de enajenar los inmuebles que sujetan a las mismas.

cos, sino también, y esto parece ser lo más importante, para fines sociales.

El profesor De Trazegnies, en un artículo publicado hace algunos años, manifestaba que "la propiedad liberal otorga una cierta calidad social; es la confirmación pública y objetiva del éxito individual, revela que el propietario es una persona más eficiente, más racional. No olvidemos que durante el siglo pasado, incluso en el Perú, se exigió ser propietario para ser reconocido ciudadano, para tener derecho a elegir y ser elegido".⁵

Al margen de consideraciones éticas que buscan justificar el derecho de propiedad privada⁶, debemos indicar que aquello que el concepto de propiedad engloba ha sufrido cambios a lo largo de los años. De Trazegnies, citando a George Ripert, nos dice que "la ampliación de la noción de propiedad a cosas incorpóreas como la obra literaria, el invento, la cátedra, el empleo, etc., tiene un sentido de clase: los escritores, inventores, profesores y trabajadores en general, asumiendo valores burgueses, quieren también ser propietarios. Este siglo, dice Ripert, está dominado por la idea de propiedad".⁷

Ahora bien, quien es propietario además de poder vender, donar o entregar en arrendamiento, puede también hipotecar. Usualmente de esta manera obtiene en préstamo una determinada cantidad de dinero que él puede invertir en aquello que considera le reportará los mayores beneficios, ya sean éstos patrimoniales o puramente personales.

Esta idea de que sólo quien es propietario puede hipotecar no es, dentro de Latinoamérica, exclusiva del Perú. Países como Argentina⁸, Chile⁹ y Colombia¹⁰, siguiendo también al Código Napoleónico, han incorporado ideas similares en sus respectivos Códigos Civiles. Se repite en todos ellos un mismo concepto aunque con distintas palabras; quien hipoteca es sólo el propietario. Nadie más lo puede hacer.

Si hacemos un repaso de la doctrina, encontraremos en ella iguales ideas. Alvaro Pérez, tratadista

colombiano, va todavía más lejos al decir que no sólo debe exigirse la propiedad del bien, sino también que esté siendo poseído materialmente por quien desea gravar su derecho de propiedad¹¹. No estamos de acuerdo con ello; de exigirse una posesión material del bien sería imposible concebir que una persona que tenga varios inmuebles pueda utilizarlos como garantía hipotecaria para las distintas inversiones que quiera hacer. En cambio, si entendemos la posesión como la define el Código Civil peruano ello no ocurrirá¹², por cuanto el solo hecho de que la propiedad sobre el bien sea gravada con una hipoteca, ya implica que se está ejerciendo un acto de disposición sobre el bien, y ello por sí solo quiere decir que éste se viene poseyendo. Creemos nosotros que esto es lo más apropiado. Facilita una rápida circulación de capitales, además de la construcción de viviendas, que no sólo pueden ser usadas por sus propietarios como objeto de garantía, sino también para otros fines.

Burguesía, revolución y propiedad en Francia.

El historiador norteamericano Leo Huberman¹³ cuando se refiere a la Revolución Francesa indica que mientras fueron los campesinos, artesanos y obreros quienes se encargaron de luchar, fue la burguesía la que asumió la dirección. Fue también la burguesía la que provocó la Revolución y quien más ventajas obtuvo de ella.

Las restricciones en el comercio y la industria, la concesión por el gobierno de monopolios y privilegios a grupos pequeños, la existencia de viejas leyes y la aprobación de otras nuevas en las cuales tenían poco o nada que decir, el número cada vez más creciente de funcionarios del gobierno interviniendo en todo; era el cascarón que, según Huberman, la burguesía debía y tenía que romper en algún momento de su historia.

Los abogados, jueces, banqueros y comerciantes que, entre otros, conformaban esa nueva clase social, necesitaban dejar a un lado las viejas reglas del derecho feudal. La burguesía "necesitaba despojarse

5. DE TRAZEGNIES, Fernando. La transformación del derecho de propiedad. En: DERECHO No. 33. Programa Académico de Derecho. PUCP. Lima, Diciembre de 1978. p. 91.
6. SCHWARTZ, Pedro. La ética del derecho de propiedad privada. En: THEMIS No. 17, Segunda Epoca. Lima, 1990. p.13.
7. DE TRAZEGNIES, Op. Cit. pp. 95-96.
8. C.C. argentino, art. 3153: Para constituir una hipoteca, es necesario ser propietario del inmueble y tener la capacidad de enajenar bienes inmuebles.
9. C.C. chileno, art. 2414: No podrá constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación.
10. C.C. colombiano, art. 2439: No podrá constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos para su enajenación.
11. PEREZ, Alvaro. Garantías Civiles. Temis. Bogotá, 1984. pp. 131 y ss.
12. C.C. 1984, art. 896: La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.
13. HUBERMAN, Leo. Los bienes terrenales del hombre. Merayo Editor. Buenos Aires, 1969. pp. 187 y ss.

de su estrecha casaca feudal y reemplazarla con un holgado saco capitalista."¹⁴ La burguesía francesa aspiraba a que el poder económico que poseía tuviera su correspondiente correlato en el poder político. Además deseaba estar segura que su propiedad estaría libre de restricciones y que los préstamos hechos al gobierno le serían pagados.

Huberman nos habla que el Código Civil francés de 1804 "fue hecho por la burguesía y para la burguesía; por los propietarios, y para la protección de la propiedad."¹⁵ Es importante que aquí pongamos atención en algo. El Código francés respondió a una circunstancia social específica: la ascensión de la burguesía propietaria al poder político en Francia.

El Código de 1804 expresaba los anhelos e intereses de una determinada clase social en un momento determinado de la historia. Es así que encontramos instituciones como la hipoteca, la cual prefiere en su constitución al burgués propietario. La hipoteca, como derecho real de garantía, fue pensada como un mecanismo que a la burguesía le podía ser útil para el logro de las metas que ella se había impuesto. El que un bien sea hipotecado implica que éste pueda ser enajenado en caso la deuda no se pague. Ese bien, entra así a formar parte de un mercado inmobiliario al que pueden acceder muchas personas.

La propiedad pierde su carácter de bien inmóvil vinculado por siglos a una familia para convertirse en un bien intercambiable. Ya no existe más aquella propiedad feudal que se conserva por generaciones y que da origen, inclusive, hasta al apellido familiar. El objeto de la propiedad liberal es simplemente la mercancía, es decir, un bien destinado a la circulación en un mayor o menor plazo¹⁶.

La propiedad crea, sin embargo, una desigualdad entre aquellos sujetos que son propietarios y los que no lo son. La filosofía liberal salva de alguna manera este escollo que podría llevarnos otra vez a la teoría de una oligarquía terrateniente de tipo pre-capitalista. "Como la propiedad adquiere una mayor movilidad, el acceso a ella - al menos en teoría - se hace más fácil y hay numerosos cambios en la estructura social. Existen diferencias, pero es siempre el mercado que crea tales diferencias, no la tradición ni la sangre, ni ningún otro elemento ajeno al puro interés individual."¹⁷

Perú: 1852-1950. Una historia sin cambios

Veamos ahora quiénes han sido los titulares de ese status dentro de la sociedad peruana.

En la época de la dación de nuestro primer Código Civil es evidente que muy pocos. En 1852 aquellos que podían ser calificados como propietarios de bienes verdaderamente hipotecables no pasaban de ser un pequeño grupo de personas que en su mayoría conformaban, para esa fecha, la clase más alta de la sociedad peruana.

El profesor De Trazegnies nos explica que el tipo de modernización que se cumple en el Perú del siglo XIX es un pariente cercano de lo que Roberto Mangabeira Unger denominó la "modernización tradicionalista"¹⁸. Mientras que lo que entendemos por modernización capitalista representa una ruptura respecto del orden social anterior, la modernización tradicionalista busca recibir algunos elementos capitalistas sin modificar la estratificación social existente. Al persistir un clima aristocratizante se generan contradicciones entre aquella percepción aristocrática de la sociedad y las nuevas ideas liberales que se importan.

La burguesía que entra a sustituir a la aristocracia colonial, "... no aporta sino muy marginalmente valores burgueses; en lo sustancial, se asimila a los valores aristocráticos y desarrolla un estilo de vida y un modo de producción lo más cercano posible a la aristocracia tradicional ... estos burgueses que reemplazan a la aristocracia no se perciben a sí mismos como una nueva clase con valores propios sino una suerte de continuación remozada de la aristocracia tradicional."¹⁹

Todos aquellos valores liberales que se importan (la tecnología capitalista, bienes de consumo, el Derecho moderno, etc.) no son difundidos socialmente, sino que son reservados para la clase dirigente. Se profundiza la división social al distanciarse las personas en razón de su mayor o menor contacto con lo moderno importado.

En lo que nos interesa, "la propiedad es garantizada no en tanto que mercancía negociable y piedra angular de la sociedad de mercado sino como fundamento inamovible de las diferencias sociales y alejada

14. HUBERMAN, Op.Cit. p. 193.

15. Ibid, p. 196.

16. DE TRAZEGNIES, Fernando. La idea de Derecho del Perú Republicano del siglo XIX. PUCP. Fondo Editorial. Lima, 1980. p. 300

17. DE TRAZEGNIES, Ibid., p. 301.

18. DE TRAZEGNIES, Fernando. La transferencia de filosofías jurídicas: La idea de Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX. En: DERECHO No. 34. Programa Academico de Derecho. PUCP. Lima, Abril de 1980. pp. 44-45.

19. DE TRAZEGNIES, Ibid., pp. 47-48.

de toda clase de intercambio." ²⁰. Como ya hemos visto, el Código de 1852, siguiendo a su similar francés, estableció como requisito esencial de validez de la hipoteca, que ésta sea constituida sólo por aquellas personas propietarias de bienes inmuebles. Sin embargo, la propiedad no fue aquel elemento que conjuntamente con los contratos y la responsabilidad extracontractual buscó proteger los intereses de los individuos en el marco de una sociedad de mercado.

El papel que a la propiedad le ocupó en el Perú del siglo XIX fue distinto a aquel que le correspondió en la Francia post-revolucionaria. En nuestro país la propiedad funcionó como un elemento diferenciador entre los estratos sociales, ella fue utilizada como una manera más de sentirse superiores respecto del pueblo. La propiedad no sirvió para echar los cimientos de una futura sociedad de mercado, sino todo lo contrario. La mayoría de sectores de la burguesía peruana sintieron que en ella tenían un aliado para poder afirmar aun más la rígida concepción social que ellos manejaban.

La sociedad en la que el legislador francés pensó al redactar el Código de 1804 fue una en la que debían primar la competencia, el esfuerzo y la iniciativa individual. Casi cincuenta años después, al redactarse nuestro primer Código Civil, aquellas ideas estaban todavía muy lejos de nuestras costas.

Al exigirse la propiedad de los bienes para poder hipotecar, ya se había restringido bastante el ámbito de su aplicación. Pero al quedar sólo comprendidos entre aquellos que podían ser catalogados como los propietarios, los sectores de la burguesía peruana, entonces la institución perdió casi toda su utilidad práctica.

El concepto "estático" y no "dinámico" que sobre la propiedad tenían ellos, permitió que junto con el Código liberal de 1852 subsistieran ideas de tipo pre-capitalista; lo cual impidió el uso frecuente de instituciones como las aquí estudiadas.

El Perú de 1852 era un país en el cual todavía se discutía acerca de si los Gremios debían seguir existiendo o no. Recién una resolución del 19 de noviembre de 1862 dejó sin efecto el decreto del 29 de julio de 1840 que reglamentaba los Gremios y ratificó el principio ya establecido en la Constitución de 1860, sobre el libre ejercicio de todo oficio, industria o profesión²¹.

El ambiente económico era dominado por las grandes haciendas y por un recurso natural de fácil

explotación: el guano. De la mente de nuestras clases más altas de la sociedad de entonces estaba muy distante el adoptar las mismas actitudes que para aquella época prendían en Europa. Se copió la moda y los gustos, pero no la avidez por crear nuevas riquezas.

En los años que siguieron a la promulgación de nuestro primer Código Civil la situación social y política del país no cambió demasiado. El advenimiento de lo que Basadre dio en llamar la "República Aristocrática" significó la ascensión al poder político del grupo que hasta la fecha había venido teniendo en sus manos el poder económico. Un pequeño grupo de propietarios que conducía las riendas del país, frente a la gran masa de peruanos que para esa época todavía se encontraban en las zonas rurales. Las haciendas del Norte y Sur del país, así como la actividad minera localizada principalmente en el departamento de Cerro de Pasco, conformaban el carácter de nuestra incipiente economía exportadora de minerales y de cultivos como la caña de azúcar y el algodón. Existía además un pequeño proletariado industrial concentrado exclusivamente en Lima. Alberto Flores Galindo y Manuel Burga al respecto señalan que "la oligarquía fue una clase social numéricamente reducida, compuesta por un conjunto de familias cuyo poder reposaba en la propiedad de la tierra (rasgo inevitable), las propiedades mineras, el gran comercio de exportación-importación y la banca ... la oligarquía se constituyó al interior de un país dependiente, con un mercado escasamente desarrollado y desempeñando el papel de nexo entre el país y las metrópolis imperialistas (Inglaterra y Estados Unidos principalmente)." ²².

Los propietarios eran, como vemos, muy pocos aún. En la Sierra se vivía un ambiente de conflicto, debido a las luchas entre los hacendados y las comunidades campesinas. Los primeros tratando de usurpar las tierras de los segundos. Las novelas de Manuel Scorza son un vívido ejemplo de ello. Gamonales y latifundistas ejercían tal control sobre el pedazo de territorio del cual decían ser dueños que desconocían a toda autoridad estatal. Así "los límites de las haciendas eran también los límites de su poder. Se permitían, toleraban y fomentaban formas de poder local. La propiedad de la tierra en una localidad implicaba el ejercicio del poder político." ²³.

El Código Civil y sus instituciones no existían para ellos. La hipoteca como garantía real era desconocida. Lima quizás era el único lugar donde el Código Civil tenía una relativa vigencia. Aquel ideal de homogeneidad de las instituciones jurídicas que daría a los

20. DE TRAZEGNIES, *Ibid.*, p. 54.

21. BASADRE, Jorge. Historia de la República del Perú. 5ta. edición. T.III p. 1292.

22. FLORES GALINDO, Alberto y Burga, Manuel. Apogeo y Crisis de la República Aristocrática. (Oligarquía, aprismo y comunismo en el Perú 1895-1932). Ediciones Rikchay Perú. Lima, 1979. p. 88.

23. FLORES GALINDO y Burga, *Ibid.*, p. 89.

ciudadanos la seguridad de que las reglas existentes en una parte del territorio de un Estado eran las mismas que se encontraban presentes en otras partes del mismo, como rasgo de modernidad, no estaba presente en el Perú. El Código Civil de 1936 fue sólo un Código para Lima y sus alrededores.

Perú: 1950. El inicio de un cambio

A principios de la década que sigue a la promulgación de nuestro segundo Código Civil, comienza el arribo a Lima, de migrantes provenientes de la Sierra. Al principio fueron cientos, luego miles. Lima, con el correr de los años cambió su fisonomía, de blanca y aristocrática a mestiza y popular.

Todos aquellos que llegaron de la Sierra, especialmente en las décadas del 50', 60' y 70' necesitaban un lugar para vivir. Los antiguos tugurios del centro de Lima se encontraban ya superpoblados y los programas de vivienda desarrollados por el Estado se encaminaban al fracaso. Sin embargo, Lima se encontraba rodeada de una serie de arenales y terrenos eriazos de propiedad estatal principalmente. Dichos migrantes al ser virtualmente expulsados de la llamada "ciudad legal" optaron por retirarse a aquellos terrenos.

Helan Jaworsky decía al respecto que "ya es hora que se incorpore a la opinión pública conciente el concebir a la barriada y su desarrollo como el proceso ascensional de un grupo humano que ha decidido crear su habitat como muchos, innumerables otros grupos lo hicieron a lo largo de la historia sin las artificiales restricciones que hoy han sido levantadas a la categoría de leyes pero que cualquier concepción seria de justicia social cuestiona abiertamente." ²⁴.

Después que los terrenos fueron invadidos las primeras viviendas comenzaron a ser construidas, habiéndose invertido a lo largo de todos estos años millones de dólares. Al margen de la discusión acerca de la legalidad o ilegalidad de la actitud asumida por todos aquellos individuos que recurrieron a la invasión como nueva forma de urbanización, lo cierto es que el Estado se vio en la imposibilidad de erradicar a todos aquellos asentamientos humanos que se comenzaron a formar a inicios de los 50'. Los habitantes de dichos asentamientos ejercían de facto todo el cúmulo de poderes que el ordenamiento jurídico consagraba exclusivamente en favor de los propietarios legalmente reconocidos.

En vista de la situación el Estado tenía que optar por una solución. Así, se comenzó a repartir títulos de propiedad entre los habitantes de todos aquellos asentamientos humanos recién formados. Este es sin

embargo un proceso muy lento y costoso que conlleva a que sólo una muy pequeña porción de los sujetos interesados se beneficie. Mientras tanto la gran mayoría de individuos se veía privada de los beneficios de la legalidad. Entre los principales perjuicios que dicha situación acarrea se encontraba la imposibilidad de ser posibles sujetos de crédito, otorgando lo único de verdadero valor que poseían, su vivienda. Ellos no eran propietarios. No podían por tanto acudir a instituciones como la hipoteca. Ella seguía reservada para los pocos propietarios existentes en nuestro país y por tanto permanecía ajena para un gran número de peruanos.

Nuestro novísimo Código Civil de 1984 no se preocupó por remediar dicha situación. Se siguió legislando para un reducido grupo de individuos. No importaba que los propietarios fueran muchos o pocos, sólo ellos hipotecaban.

EL Doctor Jorge Avendaño sostuvo en su oportunidad²⁵, que la Ley de la Hipoteca Mobiliaria española del 16 de diciembre de 1954 ya había aludido a la idea de posesión como objeto de la hipoteca. La mencionada ley establece en uno de sus artículos que, entre otras cosas, pueden ser objeto de la hipoteca mobiliaria lo que se conoce como establecimiento mercantil.

Lo que la palabra establecimiento mercantil significa para los españoles equivale a lo que los franceses entienden por los fondos de comercio y los italianos por la "azienda". El establecimiento mercantil comprende, por ejemplo, las maquinarias y equipos necesarios para el desarrollo de una actividad económica cualquiera. También están allí incluidos las materias primas e insumos útiles para la fabricación de diferentes bienes.

La Ley de Hipoteca Mobiliaria española dispone que los establecimientos mercantiles deben estar instalados en el local del negocio del que el titular del establecimiento sea dueño o arrendatario con facultad para traspasar. Este último caso es el que nos interesa. La posesión entra a formar parte del objeto de la hipoteca.

Todo esto tiene como fin una sola cosa. Demostrar que en el Derecho Comparado no sólo quien es propietario tiene derecho a hipotecar. Ya al poseedor se le ha permitido tal posibilidad. Ello, sin embargo, fue dejado de lado por el legislador del Código Civil de 1984. La hipoteca, como institución jurídica reservada sólo para los propietarios, no podía ser utilizada por una gran cantidad de peruanos. Algunas personas creyeron, sin embargo, que algo debía de cambiar.

24. JAWORSKY, Helan. Políticas de Vivienda Popular y Barrios Marginales. Cuadernos DESCO. Lima, 1969. p. 33.

25. AVENDAÑO, Jorge. La Hipoteca Popular sobre terrenos en Asentamientos Marginales. Conferencia realizada en el Colegio de Abogados de Lima. Setiembre de 1988.

Es así, que un grupo de investigadores se dedicó a pensar una institución que acogiera a aquéllos que, en su concepto, eran discriminados por el sistema legal. Se realizaron una serie de estudios, la mayoría de ellos recogidos en el libro "El Otro Sendero"²⁶. Se trataba, en esencia, de incorporar a un futuro sistema de economía de mercado a todo un gran conjunto de peruanos y a un mercado inmobiliario a las viviendas por ellos construidas. Es así que nació lo que hoy conocemos como Hipoteca Popular.

Pueden ser objeto de dicha garantía tanto la posesión de los lotes y la propiedad de las construcciones edificadas sobre ellos, así como la sola posesión del lote, cuando nada haya edificado sobre él. La ley establece dos requisitos. El primero tiene que ver con la ubicación de los terrenos, los cuales deben encontrarse en aquellas zonas que la norma califica como Pueblos Jóvenes. El segundo, es un asunto de carácter registral. A la par del establecimiento de instituciones como la Hipoteca Popular y el Seguro de Crédito, se procedió a crear el Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares. Para poder acogerse a los beneficios de la ley es necesario que el lote, y de ser el caso, lo que sobre él se haya edificado, estén inscritos en el referido Registro.

El concepto de quién puede constituir una hipoteca en el Perú fue modificado. Los Códigos Civiles que nuestro país ha tenido, -el vigente y los dos anteriores- establecían que sólo los propietarios podían acceder a dicha garantía. Sin embargo, desde hace ya algún tiempo la situación cambió. El Decreto Legislativo N° 495, promulgado el 14 de noviembre de 1988, estableció que los poseedores de terrenos y edificaciones en los Pueblos Jóvenes podían hacer uso de la citada garantía. Después de casi 140 años de promulgado nuestro primer Código Civil pudo la

realidad de los hechos modificar el alcance de una institución jurídica que parecía inamovible.

Conclusiones

Al momento de comenzar a redactar el presente artículo, colocamos como título de éste la premisa que luego nos ayudaría a trabajar a lo largo de todo el texto.

Pensamos que después del análisis histórico-social realizado por nosotros debíamos de estar suficientemente convencidos de lo que aquí decimos y que por tanto no cabría dudar un instante sobre la validez de los argumentos esgrimidos. No creemos por ello que allí debieran de residir nuestras preocupaciones.

Que en nuestra concepción el derecho de propiedad y por lógica consecuencia el derecho de hipoteca -dentro del esquema adoptado- no hayan cumplido con su papel de verdaderos agentes dinamizadores de la sociedad ha quedado en claro. Pensar que la hipoteca popular es una respuesta a esa situación, es también correcto.

Sentimos, sin embargo, que quizás nos hemos limitado a construir un modelo de interpretación de la realidad peruana tomando en consideración sólo aquellos elementos que nos podían ser útiles para un mejor sustento de nuestra posición. No nos hemos detenido a preguntarnos si aquella figura jurídica concebida como solución a un problema, es respuesta a una verdadera demanda social, o si por el contrario, es sólo consecuencia de la aplicación de una determinada ideología.

La respuesta no la encontraremos aquí, todo lo contrario, ella aparecerá sólo después de una atenta mirada a la realidad que nosotros hemos buscado interpretar y que esta vez, estoy seguro, no se dejará manipular tan fácilmente.

26. DE SOTO, Hernando. El Otro Sendero. Editorial El Barranco. Lima. 1986.

Entrevista al Dr. Alfonso De los Heros Pérez Albela

"El señor Ministro de Trabajo y Promoción Social, doctor Alfonso De los Heros Pérez Albela, accedió gentilmente a responder por escrito las preguntas del cuestionario que le remitimos. De esta forma el debate sobre el tema de Actualidad de la presente edición se ve enriquecido con la participación de uno de sus interlocutores centrales.

Thémis-Revista de Derecho agradece muy sinceramente la especial deferencia del Doctor De los Heros.

La preparación de la entrevista estuvo a cargo de Mario Pasco Lizárraga y Patricia Pow-Sang"

Thémis.- Doctor De los Heros, su antecesor, Dr. Carlos Torres y Torres Lara, manifestó reiteradamente que su gestión estaría encaminada más a la promoción social, plasmada por ejemplo en medidas de aliento a la creación de nuevos puestos de trabajo, antes que a continuar con el rol tradicional del Ministerio de Trabajo de servir como mediador o regulador de las relaciones entre trabajadores y empresarios ¿Comparte Ud. esa idea de lo que debe ser el manejo de su difícil cartera?.

Dr. De los Heros.- En efecto así fue, y cuando he asumido la Cartera de Trabajo, hemos seguido la misma política de privilegiar la promoción social que es un importante rol que debe cumplir el Ministerio y que muchas veces quedó deslucido por la emergencia laboral de cada momento. Por ello nos hemos preocupado del sector de Desempleados y Sub-Empleados del país a través del fomento de la Pequeña y Micro-Empresa que permiten una más rápida creación de puestos de trabajo, cuyo costo oscila entre US\$400.00 y US\$600.00, efectuando convenios que han permitido la creación de 9.500 micro-empresas y formas de auto empleo. Además en el mismo período se han inscrito en el Registro Nacional de Centros de Trabajo 13,720 empresas, lo cual dentro de una proyección razonable puede crear cerca de 30,000 empleos. Adicionalmente, se han creado cerca de 5,000 puestos de trabajo en empleo temporal.

En lo que respecta al rol tradicional de mediación y conciliación entre empleadores y trabajadores, no ha sido abandonado por el Ministerio. Lo que ha ocurrido más bien es que se ha tratado de privilegiar la Negociación Colectiva y el acuerdo de partes como los mejores medios para lograr la paz laboral.

Thémis.- En los últimos meses se han dictado diversas normas sobre estabilidad laboral y contratación a plazo fijo. En ambos casos se ha tratado de decretos supremos que invocan la potestad del Poder Ejecutivo de regla-

mentar las leyes. ¿Considera Ud. que mediante dichas normas tales materias han encontrado ya una regulación adecuada, o sería conveniente la introducción de cambios profundos en las leyes existentes?.

Dr. De los Heros.- Las normas que en general se han dictado desde el inicio de este Gobierno han tenido por objeto, en algunos casos superar la crisis que agobiaba al país y en especial a las empresas de propiedad del estado, lo que dió lugar a la dación de Decretos Supremos que afectaban temporalmente los efectos de los Convenios Colectivos dentro del marco de emergencia y temporalidad que tanto nuestra Constitución como las normas de la OIT señalan.

Se han dictado también normas reglamentarias de la Ley de Estabilidad Laboral, dentro de las potestad constitucional del Poder Ejecutivo. Esta disposición no ha transgredido la ley 24514, pues por tratarse precisamente de un reglamento, contiene normas de aplicación de la Ley, habiendo sido el criterio del Gobierno que éste servirá para otorgar seguridad jurídica a las partes de la relación laboral, después de haber vivido una experiencia de cinco años en la aplicación de la Ley de Estabilidad Laboral y teniendo en cuenta la jurisprudencia que durante ese tiempo ha desarrollado el Fuero Judicial Laboral.

Pensamos que éstas son regulaciones adecuadas, pero desde luego, la legislación laboral en general podría mejorarse, por ejemplo, mediante la Ley General de Trabajo cuyo proyecto se encuentra en el Parlamento desde octubre de 1989, y que ha sido materia de importantes aportes efectuados por la Comisión nombrada para su estudio por el Colegio de Abogados de Lima.

Thémis.- ¿Cómo ha funcionado en la práctica el D.S. 77-90-TR, reglamentario de la contratación a plazo fijo? ¿Ha obtenido la acogida esperada por el Gobierno? ¿No se ha descuidado la protección contra los abusos al ser su aprobación automática?

Dr. De los Heros.- El D.S. 77-90 rige la contratación a plazo fijo y ha funcionado en la práctica normalmente. No ha ocurrido como algunos pronosticaban, que este Decreto se iba a convertir en un sustituto del desaparecido PROEM, pues en el tiempo que lleva vigente se han generado por esta vía 5,000 puestos de trabajo.

Sin embargo, hubiera sido posible obtener una mayor cantidad de empleos a través de esta norma porque es evidente que, en proporción al número de trabajadores estables existentes, debe haber muchos más casos en que se justifique la contratación temporal. Sin embargo, la norma no ha tenido la difusión suficiente, entre otras cosas, por falta de medios económicos del Ministerio.

En cuanto al contenido, considero que se trata de casos que efectivamente constituyen por su naturaleza situaciones de empleo temporal o a plazo fijo y el hecho de su aprobación automática no propicia el abuso, por cuanto la contratación debe obedecer a la naturaleza específica del servicio que justifique la temporalidad, existiendo además el derecho de la autoridad del trabajo de constatar la correcta aplicación de la norma, tanto en forma espontánea, como a pedido de parte. Además, por el principio de la primacía de la realidad el trabajador está garantizado si el contrato no obedece a la naturaleza del servicio.

Por lo tanto, mal haría el empleador en usar este medio para burlar la estabilidad, pues no lo habría conseguido.

Thémis.- Por D.S. 64-90-TR se aprobó el Reglamento de Formación Laboral Juvenil y Pre-profesional ¿Ha rendido tal dispositivo los resultados que se buscaron con su dación?. ¿Es equiparable su importancia económica y social con la del D.S. 77-90-TR?.

Dr. De los Heros.- La Formación Laboral Juvenil y Pre-Profesional materia del D.S. 064-90-TR implica cerca de 2,000 jóvenes involucrados en estos sistemas formativos. El Ministerio esperaba una mayor acogida a este sistema, que no constituye un contrato de trabajo, pero que ayuda a formar jóvenes que se preparan para la vida laboral o que deseen capacitarse después de haber obtenido conocimientos técnicos o profesionales formales.

No podemos equiparar este régimen al del contrato a plazo fijo, porque este último tiene carácter laboral y sus objetivos son diferentes, pues como se ha dicho, el primero es formativo y el segundo obedece a situaciones que justifican una relación laboral de carácter temporal.

Thémis.- Varios de los dispositivos dictados por el Gobierno tienen como finalidad la promoción del empleo. Por otro lado, se aplica una política que, con medidas como la apertura de importaciones, exige a

las empresas incrementar su eficiencia y productividad en un marco de recesión, lo cual en muchos casos promueve solicitudes de reducción de personal ¿Cómo se resuelve la aparente contradicción?. ¿Cuál es la actuación del Ministerio de Trabajo al respecto?.

Dr. De los Heros.- La posible contradicción que se plantea entre la nueva política empresarial en un marco recesivo frente a la promoción del empleo, es más aparente que real, pues lo que ha ocurrido, como he mencionado anteriormente, es que han creado más de 30,000 puestos de trabajo con los pocos recursos con que cuenta el Ministerio de Trabajo, sin contar con algunas empresas que puedan haber creado otros puestos de trabajo y que por diversas razones no se llegan a contactar con el Ministerio.

Además, en la práctica, si hablamos de recesión, de 84 expedientes de reducción de personal, 67 han quedado sin efecto por incumplimiento de trámites, 6 se encuentran en trámite ante la Autoridad de Trabajo, 8 se encuentran pendientes del informe de CONASEV o del Ministerio del Sector y 3 han sido resueltos por el Ministerio y en cuanto a liquidación de empresas sólo existen 8 expedientes en trámite ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, lo cual indica pues, que no existe una situación negativa de envergadura, como consecuencia de los cambios operados.

Entre tanto, mi Despacho continúa haciendo los esfuerzos necesarios para fomentar el auto empleo y el micro empleo y difundir las normas laborales relativas a la contratación de trabajadores.

No hay que olvidar que si bien algunas actividades han quedado restringidas, en la presente coyuntura hay muchas actividades que se están iniciando, debido precisamente a las medidas económicas dictadas, que permiten abrir otros campos y frentes empresariales.

Thémis.- ¿Cuál ha sido la reacción de los Sindicatos frente a las medidas dictadas en materia laboral? ¿Cuál es el rol que les corresponde en la actual coyuntura de cambios, que para muchos supone retrocesos?

Dr. De los Heros.- La reacción de los Sindicatos frente a las medidas han sido de diversa índole. Algunos consideran que estas medidas están dentro de un proceso de recuperación y hay que darles la posibilidad de su aplicación para constatar su anunciada eficacia.

Otros se han enfrentado de inmediato a las normas expedidas por considerar que constituyen formas de flexibilización que tiene por objeto debilitar el poder sindical, disminuir la estabilidad y crear desventajas para los trabajadores.

La libertad sindical y la democracia sindical considero que son indiscutibles y que no tienen porque provocar, como no han provocado hasta ahora, el debilitamiento de las organizaciones sindicales, pues estas tienen vigencia sindical en la medida que cumplen con las auténticas expectativas de sus bases.

Sin embargo, se habla también de un debilitamiento del sindicalismo y creo que no se debe a las medidas legales expedidas por el Gobierno, sino a la realidad del país, pues en muchos casos han perdido terreno ante posiciones radicales o se han agotado en conflictos estériles.

Considero que el rol que corresponde a los sindicatos, es el de conciliar y concertar, el de obtener para los trabajadores derechos que sean efectivos y que no queden simplemente en el papel por su carácter irreal o la imposibilidad de su cumplimiento. Además, el sindicalismo debe cumplir un importante rol en lo que se refiere a la capacitación.

Capacitación para que los líderes puedan responder al reto de la modernización y de los cambios que requiere el país y capacitación de los propios trabajadores a fin de que puedan adaptarse a los cambios tecnológicos y de organización que también se tienen que dar en el Perú para que el país salga de la situación en que se encuentra.

Thémis.- Un indicador clásico, no necesariamente acertado, del éxito de la política laboral de un gobierno es el referido a las huelgas en el país. ¿Han sido los últimos meses especialmente conflictivos?. ¿Cuál es la fuerza real de los sindicatos en el país? ¿Se han visto afectados por las medidas antes mencionadas?

Dr. De los Heros.- Los últimos meses no han sido especialmente conflictivos en materia de huelgas. Si bien los sindicatos han manifestado en algunos casos que les afectaba los cambios no se han reflejado en el número de huelgas ocurridas. Como se conoce, la mayor incidencia de paralizaciones se ha producido en el ámbito del Estado y no en la actividad privada. De un promedio de 4,000 a 7,000 trabajadores en huelgas en el último mes, prácticamente el 96% ha sido de trabajadores del Estado, cuyos conflictos normalmente han sido vinculados a problemas relacionados con el cumplimiento de Convenios Colectivos.

Ello no significa que el sindicalismo no tenga una fuerza real, sino que quizás estamos llegando al momento de considerar que puede haber métodos más eficaces y constructivos, para resolver los problemas y porque en la práctica se da una situación de desprestigio de la huelga al ser utilizada a veces en forma exagerada y aun impopular.

Thémis.- La Ley General de Trabajo ha sido un tema al cual se han referido prácticamente todos los Ministros de Trabajo recientes; sin embargo, tal ley aún

no existe ¿Qué opinión le merece este hecho? ¿Qué intervención puede tener el Poder Ejecutivo en el asunto?

Dr. De los Heros.- La Ley General de Trabajo es un viejo anhelo de todos los laboristas del Perú. Desde Octubre de 1989 se encuentra en trámite en el Parlamento el proyecto de la Ley General de Trabajo que fuera preparada y presentada por la administración del Dr. Orestes Rodríguez Campos.

Este trabajo de gran mérito, ha merecido un análisis profundo por parte del Colegio de Abogados de Lima quien ha contribuido a su mejoramiento mediante un documento en el cual se sugiere algunos ajustes al proyecto original, de tal manera que pueda convertirse en Ley de la República en cualquier momento. Yo lamento que hasta ahora no contemos con ese instrumento legal y considero que el Poder Ejecutivo puede cumplir una función de propagar las bondades del proyecto y de solicitar al Parlamento que se le otorgue la preferencia del caso.

Thémis.- ¿Es el Consejo Nacional de Remuneración Mínima un indicador de que en su gestión se tenderá a la concertación de manera amplia, o se trata de la derivación a los actores sociales de un problema especialmente difícil?. ¿Cuál es el estado actual del referido Consejo?

Dr. De los Heros.- Si bien las remuneraciones mínimas han sido fijadas por el Estado, en forma poco técnica y arbitraria durante estos años, no se trata en el caso concreto de mi gestión de pasar un problema difícil a la responsabilidad de los actores sociales. Se trata de volver al régimen de los estudios técnicos y de la concertación para establecer la remuneración mínima cuya aprobación se proponga al Estado.

En cuanto a la actuación de mi Despacho, obedece a la necesidad de trabajar seriamente en este problema y no de eludir un asunto difícil pues el Estado también participa en el Consejo.

Actualmente, dicho Consejo debe cumplir con instalarse para iniciar el trabajo, después de haberse cumplido con la etapa de nombramientos.

Thémis.- ¿Cuál ha sido la intención del gobierno al derivar a la Dirección General de Trabajo la solución de los pliegos de reclamos? ¿No supone esto un intervencionismo estatal político aún mayor del que existía antes, con el consiguiente menoscabo a la autonomía colectiva?

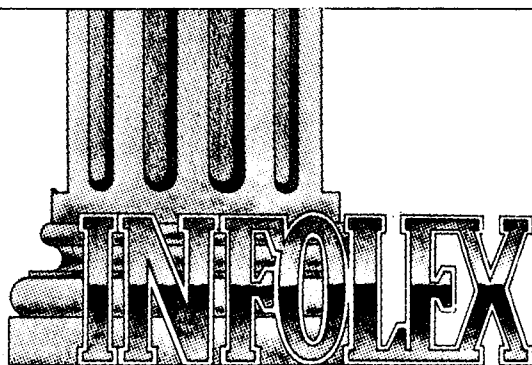
Dr. De los Heros.- La decisión de otorgar a la Dirección General de Trabajo la solución de los convenios no obedece a una excesiva intervención estatal por cuanto el Estado debe intervenir a falta de

acuerdo de las partes, conforme lo establece la propia Constitución.

No hay intromisión en la autonomía colectiva, pues solamente a falta de acuerdo intervendrá el Estado. Hay que modificar si las normas sobre negociación colectiva. Por ello el Poder Ejecutivo ha presentado al Parlamento el 28 de Marzo, el proyecto de Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, para que la negociación colectiva recobre el lugar que le corresponde, propiciando una negociación flexible, sin intervención del Estado, sin plazos perentorios y sin

necesariamente tener que caer fatalmente en las manos del Estado cuando no hay acuerdo.

Así se propone la solución de los conflictos a través de vías tales como la mediación, el arbitraje, la conciliación, se permite la huelga para promover el acuerdo y en general se establece un sistema negocial de gran independencia y de gran autonomía para las partes. Espero que el Parlamento otorgue una favorable acogida al proyecto que además contiene como es lógico, normas sobre la sindicalización y la huelga.



Finalmente, la Informática está con la ley.

INFOLEX es una novedosa herramienta de trabajo, que permite a estudiantes y profesionales de las leyes tener acceso inmediato, a través de un computador personal, a información ordenada, sumillada y concordada sobre las normas legales promulgadas en el Perú y la jurisprudencia en materia laboral y tributaria.

La Base de Datos computarizada, INFOLEX, es la solución de avanzada tecnología que Cosapi Data y Rey & De los Ríos ponen hoy a su disposición. Es que la informática... no podía quedar fuera de la ley.



En asociación con
REY & DE LOS RÍOS

Av. Nicolás Arriola 848 - Lima 13 - Telfs. 710157 / 729272
Anexos: 520 - 553 - Fax: 711488 / 711203 - Télex: 20031

Gobierno de Fujimori: La Tensa Relación entre la Economía Liberal y los Derechos Laborales

Javier Neves Mujica

Abogado. Profesor Asociado de la PUC.

Intentaré hacer en estas páginas un balance de la política laboral seguida por el gobierno actual en sus ocho meses de gestión, como correlato del programa económico liberal adoptado desde sus inicios y después radicalizado. Para efecto de situar la reflexión, expondré primero algunas cuestiones previas y dividiré luego el campo de análisis en un área de relaciones individuales y otro de relaciones colectivas de trabajo, culminando finalmente con un comentario de conjunto.

Tres cuestiones previas

Primera.- Rige en el Perú desde 1980 una Constitución que proclama al trabajo como fuente principal de la riqueza y reconoce los derechos de los trabajadores como fundamentales de toda persona. Esta Constitución, de inspiración democrática y social, es la cabeza de un cuerpo normativo que en lo laboral revela un signo contrario: sofocante intervencionismo en las relaciones colectivas y cierta sobreprotección en las relaciones individuales de trabajo.

Segunda.- Era necesaria una reforma del ordenamiento laboral para adecuarlo a la orientación constitucional. Los dos primeros regímenes democráticos establecidos bajo el imperio de la Constitución, no la hicieron. Belaúnde y García utilizaron la legislación laboral heredada de la segunda fase del gobierno militar, impregnada de las características señaladas. Quizá la única excepción sea la dación de una nueva ley de estabilidad laboral por iniciativa del gobierno de García y la elaboración de varios proyectos legislativos, entre los que destaca el de la Ley General de Trabajo, también durante el régimen pasado.

El actual gobierno conducido por Fujimori sí ha llevado a cabo una reforma bastante amplia - todavía no integral- del sistema de relaciones laborales pre e infraconstitucional. Pero, ¿está la transformación normativa efectuada, ajustada a la Constitución en forma y fondo?

En lo que toca a la forma, creo que la casi totalidad de los laboristas convendrá en la existencia de una manifiesta transgresión de las reglas constitucionales. El Poder Ejecutivo, ha utilizado indebidamente -con muy pocas excepciones- dos vías normativas. La primera es la de los decretos de urgencia, limitados por la Constitución para materias económicas y financieras, ámbito que según la práctica normativa de estos meses -en verdad, estos años- comprende sin embargo todos los derechos laborales. El caso extremo es el de la dación por decreto de urgencia de un nuevo régimen de compensación por tiempo de servicios. La segunda vía es la de los reglamentos de ejecución, irregularmente empleada también para normar derechos, como la huelga por ejemplo, mediante la modificación de antiguos decretos supremos, pre-existentes a la Constitución, pese a que ésta establece una clara reserva legal.

No atribuyo en este punto toda la responsabilidad al Poder Ejecutivo. Pienso que sus excesos son posibles gracias a la expresa o tácita complicidad de los otros poderes llamados a controlarlo. El Poder Legislativo no ha definido aún los alcances de los decretos de urgencia. Y el Poder Judicial considera increíblemente válidas todas las normas expedidas por el gobierno al amparo del art. 211 inc. 20 de la Constitución¹.

1. En el N° 17 de "Thémis", de un lado, Yuri Godoy analiza comparativamente los diversos proyectos de ley que duermen en el Congreso, alguno de los cuales debería estar ya regulando el uso correcto de las medidas extraordinarias por el Poder Ejecutivo. De otro lado, Alejandro Falla presenta un exhaustivo estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia, arribando a una estremecedora conclusión, lamentablemente confirmada por los hechos: basta que un decreto del gobierno se apoye en el art. 211 inc.20 de la Constitución, para que la Corte Suprema considere automáticamente presentes sus aspectos esenciales (urgente y extraordinaria necesidad, materia económica y financiera, y carácter temporal).

Tercera.- ¿En lo que se refiere al fondo, hay compatibilidad entre las reformas laborales de este gobierno y la Constitución? Aquí la respuesta es más difícil, por cuanto la Constitución cuando proclama un derecho no impone un único concepto sobre el mismo, sino que brinda un margen de posibilidades entre las cuales deberá optar el legislador, pero sin salirse del contenido esencial de aquél. Así, el Congreso podría tal vez definir la huelga como cesación colectiva y concertada de labores o como cualquier perturbación en la forma habitual de prestación de los servicios, sin transgredir en ningún caso el marco constitucional. Pero, ¿tendrá también el Poder Ejecutivo esa libertad? Pienso que definitivamente no, ya que éste se encuentra severamente enmarcado por la ley. Y las reformas de estos meses las ha hecho el gobierno. Una cuestión de forma puede volverse, pues, de fondo.

En mi opinión -y esto lo veremos desagregadamente en el punto siguiente- los cambios normativos efectuados se hallan ubicados muy cerca o tal vez más allá del límite derecho del texto constitucional. Esta situación no debe sorprender, aunque sí preocupar, en tanto la política económica liberal asumida por el gobierno, condiciona naturalmente las políticas sociales, entre ellas la laboral. Y esa política económica, ortodoxamente liberal, que busca el imperio absoluto del mercado, colisiona con una Constitución que prefiere una economía social de mercado, en el marco de un Estado social y democrático de derecho. La nítida opción del preámbulo por una economía que esté al servicio del hombre y no un hombre que esté al servicio de la economía, parece no dejar lugar a confusiones.

¿Hay coherencia en el diseño de esta política? Pienso que en términos generales sí, en muy apreciable nivel. El conjunto de las reformas va en una sola dirección. Quizá las únicas -graves- contradicciones provengan del intervencionismo subsistente y hasta reforzado en materia de negociación colectiva y huelga. El cuadro es, descontada esta salvedad, claramente flexibilizador. Problema distinto es que muchos pensemos que esta flexibilización, cuya justificación podría encontrarse en algunos aspectos de las relaciones individuales de trabajo, debería ir acompañada -mejor aún, precedida- de una legislación promocional de los derechos sindicales en el ámbito de las relaciones colectivas. Se pasaría así, como en los modelos que el gobierno ha copiado, de un garantismo estatal a otro colectivo, sin dejar indefensos a los trabajadores. La realidad de estos meses está muy distante de este propósito: el Estado desprotege en lo individual y no favorece la autoprotección en lo colectivo.

Las relaciones individuales

El eje de las relaciones individuales de trabajo en nuestro país es la estabilidad laboral. Ante la preca-

riedad de los derechos sindicales, que son el eje de las relaciones colectivas y deberían serlo de todo el sistema, la estabilidad laboral ha asumido su función, cobrando así una inusitada importancia. En este sentido de la palabra, es en el Perú de hoy la mejor garantía jurídica para el ejercicio de todos los derechos laborales.

El derecho a la estabilidad laboral comprende una regla "de entrada" y otra "de salida". La primera consiste en permitir la contratación temporal de trabajadores sólo para la cobertura de labores de naturaleza eventual. La segunda se traduce en una prohibición de los despidos injustificados de los trabajadores. Una y otra manifestación del derecho se encuentran consagradas, en mi concepto, en el art. 48 de la Constitución, aunque sólo la segunda lo esté explícitamente. La interpretación de las normas que confieren derechos debe ser extensiva y no restrictiva, razón por la cual no veo fundamento alguno para desconocer la recepción por el citado precepto constitucional de la preferencia por la contratación de duración indeterminada, reconocida por la mejor doctrina como elemento central de la estabilidad laboral.

Ambos momentos de la estabilidad laboral han sido regulados en estos meses en la perspectiva de favorecer la autonomía de la voluntad del empleador, ya sea para contratar o para despedir. En el primer caso, se ha facilitado la contratación temporal. El Decreto Supremo 077-90-TR, en vía de reglamentación del Decreto Ley 18138, ha introducido tres tipos y siete sub-tipos de contratos de duración determinada. Asimismo, recogiendo la Resolución Ministerial 430-90-TR, ha simplificado el trámite de aprobación de dichos contratos, concediéndola con la mera presentación de las solicitudes respectivas. Si bien de este lado se abandona una importante tarea fiscalizadora que por ley corresponde al Ministerio de Trabajo -impracticada en verdad desde hace mucho-, de otro lado el decreto comentado fija un plazo máximo de duración a la mayoría de dichos contratos y recoge importantes criterios doctrinarios y jurisprudenciales, mecanismos todos destinados a evitar el abuso de esta figura como forma de elusión de la estabilidad laboral. Hubiera sido deseable una mejor precisión en la regulación de algunos de los sub-tipos de contratos temporales, pero el decreto supremo encuadra adecuadamente en el marco legal, por cuanto trata a la contratación de duración determinada como excepción a la regla de la contratación de duración indefinida. El camino es muy distinto al del PROEM, seguido por el gobierno anterior -e inexplicablemente convalidado por la Corte Suprema, en una deplorable sentencia- que infringía abiertamente el principio, al permitir la contratación temporal para labores permanentes.

En lo que considero sí ha habido un desbordamiento de los límites constitucionales, es en la creación de dos modalidades contractuales denominadas

formación laboral juvenil y pre-profesional, que han sido indebidamente sustraídas no sólo de la estabilidad laboral -pese a no haber justificación para la contratación temporal en la naturaleza misma de la labor sino en el propósito de fomento del empleo, de indudable valor, pero que no es causa apropiada para aquélla- sino también de la propia condición laboral. Hay intercambio de prestación subordinada de actividad por remuneración (llamada en el Decreto Supremo 064-90-TR subvención) y, sin embargo, no hay contrato de trabajo. La irregularidad no puede ser más notoria. En aplicación del principio de la primacía de la realidad, el Poder Judicial debería reconocer en estos casos verdaderas relaciones laborales.

En lo que respecta al despido, el cuadro flexibilizador se ha completado con la reciente modificación del reglamento de la ley de estabilidad laboral. Primero, por Decreto Supremo 069-90-TR, se reguló el despido por causas económicas, normalmente colectivo, a través de la supeditación de las reducciones o liquidaciones de personal a la previa solicitud de suspensión total o parcial de labores, permitiendo al empleador la formulación de propuestas alternativas a las primeras medidas en cualquier estado del procedimiento, en clara transgresión de la Ley 24514, que las admite sólo respecto de condiciones de trabajo y después de recibido el dictamen correspondiente. Luego, se declaró en emergencia varias empresas del Estado por períodos de 60 días, a veces renovados, autorizando las reducciones de personal con la sola presentación de la solicitud, e incluso, en algún caso, la revisión de convenios colectivos celebrados. La procedencia del despido sólo por causa justa debidamente comprobada y la fuerza de ley de los convenios colectivos, garantizadas en los arts. 48 y 54 de la Constitución respectivamente, fueron evidentemente olvidadas.

El controvertido Decreto Supremo 016-91-TR, reformatorio del reglamento de la Ley 24514, se ocupa, más bien, del despido por causas disciplinarias, comúnmente individual, que era el único espacio aún no tocado. El decreto supremo está dirigido a recortar los derechos del trabajador, ampliando correlativamente los del empleador, a través de una sistemática interpretación restrictiva de la Ley 24514, a veces apoyada en una línea jurisprudencial empobrecedora del derecho a la estabilidad laboral. Las notorias vulneraciones al ordenamiento laboral que contiene, se extienden en mi concepto, a la Constitución misma, cuando se tipifica nuevas faltas graves pese al principio de legalidad que rige esta materia, o se afecta los principios de igualdad de trato e irrenunciabilidad de derechos (en los arts. 7, 17 y 18 del decreto supremo comentado, respectivamente).

De otro lado, ha sido modificada sustancialmente la compensación por tiempo de servicios. Es cierto que tal como estaba normada resultaba muy onerosa para los empleadores, no brindaba seguridades ni de cobro efectivo ni de mantenimiento de nivel adquisitivo a los trabajadores y recargaba las labores judiciales. El Decreto Supremo 015-91-TR ha solucionado el problema judicial y los del empleador, pero no los del trabajador: se deposita sólo la remuneración básica y no el íntegro, y se gana apenas los intereses legales, los que además no pueden ser retirados mientras esté vigente la relación laboral. Sólo se ha atendido eficazmente el problema de la garantía de cobro.

En síntesis, en el terreno de las relaciones individuales, la orientación de los cambios no parece ofrecer dudas.

Relaciones colectivas

Los tres derechos fundamentales que conforman el núcleo de las relaciones colectivas: la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, han sido afectados por este gobierno, aunque no siempre en la misma dirección. En materia de libertad sindical, el Decreto Supremo 076-90-TR produjo una reforma de orientación próxima a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: se introdujo la pluralidad sindical a nivel de base, acabando con el régimen de unicidad anterior, tantas veces objetado por ese organismo, se simplificó el registro otorgándolo con la sola presentación de la solicitud y se reconoció la personalidad jurídica a las organizaciones sindicales. Los cambios, sin embargo, no se extendieron a la capital área de la protección de la actividad sindical, donde nuestra legislación sigue reconociendo paradójicamente las medidas marginales, como la licencia o las cuotas, pero no las centrales².

El signo de la regulación de la negociación colectiva y la huelga, por el contrario, sí ha sido más bien controlista. La negociación colectiva está virtualmente intervenida por el gobierno desde agosto del año pasado. Primero fue suspendido el derecho a celebrar nuevos pactos o a ejecutar los celebrados en el caso de las empresas del Estado (Decreto Supremo 057-90-TR). Simultáneamente, en cambio, en el ámbito privado no estatal, se dejaba librada la negociación colectiva al mercado, señalándose que si el Estado resolvía los conflictos, lo haría sobre la base de un informe económico conocido por las partes y sin pautas fijas para los reajustes salariales (Decreto Supremo 058-90-TR). Esta primavera liberal me parecía objetable, no en su finalidad sino en su oportunidad, por cuanto no se había equilibrado antes

2. En su tesis sobre "La protección de la libertad sindical en el Perú", calificada de sobresaliente, David Lovatón llama la atención sobre la absurda situación configurada en nuestro ordenamiento laboral en materia de libertad sindical, en el que gozan de tutela efectiva los aspectos complementarios como las facilidades o prerrogativas, mientras el núcleo esencial carece de amparo: las medidas perjudiciales contra cualquier trabajador, adoptadas desde la constitución de la relación laboral en adelante, consistentes en discriminaciones en el empleo o actos de injerencia.

a ambas fuerzas para arribar a soluciones justas, ni se había reformado el procedimiento para promover la negociación directa y el arbitraje voluntario. El mismo gobierno, por razones distintas - férreo control de la política salarial como importante componente de su política económica basada en la pérdida de la capacidad adquisitiva de las remuneraciones -prefirió volver al invierno intervencionista, estableciendo la solución conjunta (y centralizada en Lima) de todas las negociaciones colectivas sujetas a su decisión (Decreto Supremo 071-90-TR y otros) y la resurrección de las pautas para los reajustes (Decreto Supremo 067-90-TR).

En el caso de la huelga, fue expedido el Decreto Supremo 070-90-TR, dirigido a imponer severas restricciones a su ejercicio en un amplio y abierto sector de servicios considerados esenciales. Es cierto que ha habido graves abusos en el ejercicio del derecho en algunos servicios esenciales -que, sin embargo, andan presupuestalmente abandonados por el gobierno-, pero un listado demasiado extenso de los mismos, al cual además cualquier ministro puede añadir nuevas empresas, sin la contemplación de ninguna medida compensatoria no es la mejor manera de regular un derecho fundamental.

En definitiva, ha habido un avance en materia de autoorganización, pero varios retrocesos en auto regulación y autotutela, que son los tres componentes de la autonomía colectiva consagrada por la Constitución.

Comentario final

El Perú es un país en el que casi nadie puede vivir dignamente de su trabajo honrado. Seguramente que la situación de la población asalariada es menos grave que la de la población independiente en su mayoría y desempleada. De todos modos, los niveles remunerativos actuales no cubren las necesidades más elementales. Es, en consecuencia, razonable que la prioridad en la política social no esté en los asalariados. Lo que no es razonable es que no haya prácticamente política social y que a los asalariados la política económica los empobrezca deliberadamente. Lo menos que una democracia debe ofrecer a este sector, es el respeto a sus organizaciones y a la actividad comercial y de presión ejercidas por éstas. Imperio del mercado para regular todos los precios, menos el de la mano de obra, oficialmente subvaluado, es una grave y dramática contradicción.

La Flexibilización del Derecho Laboral Peruano

Víctor Ferro Delgado

Abogado. Profesor Auxiliar de la PUC.

En los últimos meses hemos asistido a una verdadera flexibilización del Derecho del Trabajo peruano que podría estar pasando inadvertida o no apreciada en su verdadera dimensión. En efecto, se han promulgado un conjunto de dispositivos que han tocado áreas sensibles y conflictivas, no obstante que parecían constituir piezas inamovibles de nuestro ordenamiento laboral. En rigor, dichas reformas no resultan casuales o episódicas sino que constituirían el corrolato que en el campo laboral corresponde a la corriente liberalizadora que ha asumido nuestra economía, y que resulta la constante tanto en América Latina como -mutatis mutandi- en Europa del Este. En nuestro caso el sustrato de esta corriente implica, de una parte, el alejamiento de las fantasías económicas con su secuela de aislamiento internacional, inflación descontrolada e intervencionismo estatal proclive a las prebendas, y de otra, el reconocimiento a la inviabilidad del populismo político. Así, si se pretende revalorar el rol del mercado y la transparencia de su funcionamiento en base a la exigencia de competitividad y eficiencia al empresario, como requisito para su supervivencia, ello no puede dejar de extenderse al campo laboral. En tal sentido deviene en un imperativo el manejo de las relaciones laborales desde una perspectiva más flexible, a fin de adecuarlas a este nuevo esquema. Un repaso de las normas laborales recientemente emitidas apuntarían a corroborar lo afirmado:

a) En materia de Derecho Individual del Trabajo.-

a.1) Contratos de Trabajo a plazo fijo. (Decreto Supremo N° 077-90-TR).-

Se ha previsto una amplia gama de contratos temporales, cuyo común denominador consiste en vincular la contratación con la real necesidad del puesto de trabajo en la empresa. Con ello se modifica el rígido esquema que prevalecía en nuestro ordenamiento y que por falta de una clara norma-

tividad inhibía la contratación de personal temporal, no obstante que el supuesto de la contratación era esencialmente eventual. Han quedado así tipificados supuestos diversos, tales como el inicio de nuevas actividades, el incremento de actividad empresarial, la reconversión tecnológica, las necesidades coyunturales del mercado, los servicios accidentales u ocasionales, el reemplazo, la emergencia, los contratos para servicios específicos y los intermitentes. En síntesis, la norma aspira al encuentro de la oferta con la demanda de trabajo evitando que sean considerados estables puestos de trabajo caracterizados por la eventualidad. Ello favorecerá la generación de puestos de trabajo que sin ser permanentes no incurrir en la fragilidad de un régimen como el ya fenecido Programa Ocupacional de Emergencia -PROEM- cuya constitucionalidad resultaba cuestionable. Paralelamente, se ha simplificado la aprobación de estos contratos obviando la intervención del Ministerio de Trabajo, en base a la presunción de veracidad sobre la temporalidad en la que se fundamenta el contrato. Ello no significa, empero, que no sea requisito fundamental el carácter accidental del contrato, ya que si se comprobaba en litigio su inexactitud, pasaría a ser considerado uno de carácter indefinido.

a.2) Contratos de Formación Laboral Juvenil y Contratos de Formación Pre-Profesional. (Decreto Supremo N° 064-90-TR).-

Su objeto es la capacitación y el ingreso al mundo laboral de aquellos sectores en los cuales el desempleo afecta con mayor intensidad. Sin embargo, no es el objeto de estos contratos -como se les ha criticado- tratar de disfrazar prestaciones de real na-

turalidad laboral y por ende amparados por la estabilidad laboral u otros derechos laborales ordinarios. Por el contrario, el supuesto del contrato de formación laboral juvenil es el entrenamiento en centros de trabajo de jóvenes entre dieciseis y veintiún años que, probablemente tienen su primer contacto con el quehacer laboral. Su duración está limitada a un máximo de dieciocho meses y su contratación sujeta a un límite del 15% del total del personal de la empresa.

Los contratos de formación pre-profesional están destinados a quienes deben realizar prácticas pre-profesionales, esto es, estudiantes de cualquier edad de universidades e institutos superiores y entidades públicas o privadas que brinden formación especializada superior. Para ambos tipos de contrato no resulta aplicable la legislación laboral común, habida cuenta del carácter no dependiente de estos servicios, pero se ha previsto una subvención económica no menor a la remuneración mínima vital, salvo el caso de la práctica en consultorios profesionales, asociados o individuales, en que dicha subvención se reduce al 50%. Por cierto, resulta previsible que de estos contratos podrán surgir relaciones laborales futuras, en la medida que, indirectamente, permiten una mayor apreciación por el empleador de las calidades personales del contratado. Por cierto ello no podría ser estimado una extensión indebida del período de prueba, ya que, como queda dicho; el objeto de estos contratos no es la prestación subordinada de servicios sino la capacitación. Por el contrario, si se acreditase que tal entrenamiento no ha sido brindado y que en buena cuenta el contrato ha servido para el encubrimiento de una verdadera relación laboral será esta situación la que deberá prevalecer. Así las cosas, la empresa tendría que estar en aptitud de demostrar el entrenamiento que ha ofrecido mediante planes de capacitación que impliquen estadios, secuencias y evaluaciones específicas.

a.3) Nuevo Reglamento de Estabilidad Laboral. (Decreto Supremo N° 016-91-TR).-

Se ha flexibilizado a través de esta norma el derecho más controversial y polémico que contiene nuestra legislación laboral. Así, por ejemplo, han quedado tipificados como incumplimiento injustificado de obligaciones de trabajo aspectos fundamentales de la relación laboral que venían perdiendo significación en las relaciones entre empresarios y trabajadores, rescatándose

valores tales como la lealtad, la fidelidad y diligencia al establecerse que incumplimientos a estos supuestos constituyen causal de separación, siempre que revistan gravedad. El concepto de fidelidad y lealtad laborales tienen una connotación particular en el campo del derecho individual del trabajo, distinguiéndose de la simple buena fe contractual en razón de las características propias del vínculo laboral. En efecto, mediante el contrato de trabajo, empleador y trabajador quedan asociados por un interés común ligado al bienestar de la empresa y de ahí que resulte una obligación exigible velar por dicho bienestar. El deber de fidelidad se orienta a que el trabajador atienda con exactitud el cumplimiento de sus obligaciones de trabajo. Por ejemplo, cuando su deber consiste en procesar la materia prima que se le ha proporcionado. Se falta al deber de lealtad cuando ese mismo trabajador deja de advertir al empleador que la materia prima presenta irregularidades que van a afectar la máquina o la calidad del producto. Dicho en otros términos, el trabajador que labora fielmente se limita a cumplir con sus obligaciones, es decir con fidelidad, pero puede hacerlo deslealmente cuando no advierte el perjuicio que puede ocasionarse a la empresa ante determinadas circunstancias.

Se ha precisado igualmente que el paro intempestivo corresponde a la falta grave de incumplimiento injustificado de obligaciones, con lo cual se busca rescatar a la productividad como un bien jurídicamente tutelado en nuestro ordenamiento, habida cuenta que medidas de tal naturaleza no constituyen ejercicio legítimo del derecho de huelga y por ende carecen de amparo legal. El reglamento aclara igualmente que la apropiación ilícita fallida corresponde a la misma causal de falta grave, descartando así algún fallo del Tribunal de Trabajo que consideró lo contrario, hasta que una Directiva Jurisdiccional precisó las cosas. En ese sentido, la norma reglamentaria está simplemente recogiendo aquello que ya había quedado definido por la referida Directiva.

De otro lado, se ha establecido que el cómputo del porcentaje limitativo de personal de confianza se efectúa sobre el total de trabajadores de la empresa cuando existe multiplicidad de centros de trabajo. Así por ejemplo, si una empresa tiene un asentamiento minero con un total de cuatrocientos trabajadores de los cuales seis son funcionarios de confianza, pero en su

oficina administrativa cuenta con ochenta empleados de los cuales cuarenta son trabajadores de confianza, podrá tipificar como tales tanto a los seis del centro minero como a los cuarenta de su oficina central porque el porcentaje podrá calcularlo sobre el total de trabajadores de la empresa. Anteriormente, el cómputo debía efectuarse sobre el centro de trabajo, obviando considerar que la empresa es una unidad con prescindencia del número de centros de trabajo que cuente, y que el personal directivo usualmente está concentrado en un solo local.

En materia de reducción de personal se ha innovado al establecerse que el acuerdo societario para la liquidación de la empresa resulta motivo válido y suficiente para llevar a cabo la liquidación del personal, no resultando así necesario el informe del Ministerio del Sector o de CONASEV para estos efectos, sin perjuicio del pronunciamiento que el Ministerio de Trabajo deba emitir autorizando la medida.

a.4) Nuevo Régimen de Compensación por Tiempo de Servicios. (Decretos Supremos N°s 015-91-TR y 022-91-TR).-

Se ha modificado sustancialmente todo el régimen de compensación por tiempo de servicios que ha regido en el Perú, introduciendo el concepto del efecto cancelatorio de la liquidación abonada al depositario que el trabajador designe, sea éste una institución bancaria, financiera o análoga, o el propio empleador, de mediar convenio individual entre las partes. De esta forma la idea de liquidar los beneficios sociales aplicando la última remuneración vigente multiplicada por la totalidad de los años de servicios, queda sustituida por liquidaciones parciales en base a la remuneración vigente en la oportunidad de cada pago. Simplificando al máximo la idea, el empleador queda obligado a abonar adicionalmente dos remuneraciones al año, una en cancelación de un año de servicios -el más remoto de la reserva acumulada al 31 de diciembre 1990- y otra que corresponderá al año en curso de la relación laboral, siendo que este último debe abonarse a razón del 50% en cada semestre. El efecto cancelatorio implica, pues, que los años así liquidados se tienen por cancelados en forma definitiva, por lo que no son materia de recálculo alguno ni inciden en ellos los incrementos remuneratorios que el trabajador pueda gozar en el futuro. Desde la perspectiva del empleador, ésta es una ventaja innegable, ya que le representaba

una pesada carga el efecto multiplicador que cada incremento remuneratorio tenía respecto de la reserva indemnizatoria, en particular sobre los empleados de cierta antigüedad. Dicho sistema había llegado a representar un verdadero freno a las mejoras salariales, y paralelamente había dado lugar a una frondosa y enrevesada legislación que creaba subterfugios para otorgar incrementos remuneratorios sin carácter indemnizatorio. A ello se agregaba la incertidumbre de amplios sectores laborales sobre la suerte de sus beneficios sociales, los cuales sólo se encontraban garantizados en el caso de empresas de cierta magnitud, siendo que un porcentaje significativo debía acudir a los Tribunales para exigir su pago. El nuevo régimen permite que los trabajadores tengan la certeza que el empleador está observando esta obligación, por lo que podrán accionar desde un inicio en caso de incumplimiento, no teniendo así que esperar al término de la relación laboral. Paralelamente, se han previsto causales para retiros parciales y anticipados del fondo acumulado, por motivos tales como la financiación de la casa única, el fallecimiento de familiares directos o el matrimonio. De la misma forma se admite el retiro de un 20% anual con libre disposición, siempre que haya transcurrido no menos de dos años de realizado el primer depósito.

Por parte del fisco el nuevo régimen permitirá mayores ingresos en atención a que al eliminarse el efecto multiplicador de la última remuneración sobre el total de la reserva acumulada, se reducirá el monto que el empleador podía deducir como gasto, resultando así un mayor ingreso afecto a impuesto a la renta. Desde una perspectiva económica, existirán mayores recursos en el sistema financiero que facilitarán los créditos que requiere la reactivación económica, y adicionalmente, como quiera que existiría preferencia de los trabajadores porque sus depósitos se efectúen en moneda extranjera, es probable que ello ocasiona mayor presión sobre el dólar que facilite su elevación, contribuyendo a devolverle su valor real y de esa forma estimular las exportaciones.

b) En materia de derecho colectivo.-

b.1) Huelga en servicios públicos esenciales. (Decreto Supremo N° 070-90-TR).-

Ha quedado determinado que el derecho de huelga no puede ser ejercido en detrimento de los derechos básicos de la perso-

na, en cuanto éstos gozan también de garantía constitucional para su ejercicio. Si bien la huelga es un derecho constitucional y constituye un elemento básico para la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores, no puede subordinar el ejercicio de otros derechos constitucionales que gozan de mayor jerarquía y reconocimiento. Así por ejemplo, el derecho a la vida, a la salud, al saneamiento público, al aprovisionamiento de agua, de energía eléctrica, de combustibles, al transporte público y a las comunicaciones, a la administración de justicia -entre otros que pudieran merecer expresa calificación- constituyen derechos elementales de la persona a los cuales el derecho de huelga debe subordinarse. En tal sentido, debe garantizarse la continuidad en la prestación de estos servicios a los que por estas consideraciones se les denomina esenciales. Ello no significa que en tales actividades no se reconozca la validez de la huelga, pero ésta sólo puede efectuarse en la medida en que el servicio esencial que brindan a la colectividad pueda mantenerse en lo fundamental, aunque alterado respecto a la prestación normal del servicio. Por cierto, si se prohibiera la huelga en estas áreas se estaría restringiendo a un importante sector de trabajadores del ejercicio de un derecho fundamental que nuestro ordenamiento constitucional cautela. Por el contrario si se le permitiera con la misma intensidad con la que opera en cualquier otra actividad no considerada esencial, se estaría lesionando el derecho fundamental de la persona a recibir los indicados servicios elementales. De ahí, pues, que la norma plantee un justo medio entre ambos derechos constitucionales. En este orden de ideas, la huelga en los servicios esenciales puede efectuarse pero solamente cuando esté asegurada su continuidad mediante un contingente de trabajadores que atienda -aunque parcialmente pero sí en lo fundamental- la prestación de estos servicios durante la paralización.

Se ha criticado que este dispositivo reserve al Ministerio del sector la posibilidad de declarar lo que en determinadas circunstancias pueda considerarse servicio público esencial, ya que se estima que ello confiere un margen muy amplio de discrecionalidad. Este aspecto fue uno de los que objetara el Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. en anteriores proyectos de regulación del derecho de huelga, y es previsible que vuelva a producirse análoga observación. Sin embargo, otras legislaciones,

como la italiana por ejemplo, contienen una amplísima enumeración de lo que se considera como servicio público esencial, entre los que incluye prácticamente todos los vinculados a derechos fundamentales de la persona recogidos en su ordenamiento constitucional, y que en nuestro caso están regulados en nada menos que setenta y siete artículos de nuestra Constitución.

b.2) Pluralidad Sindical. (Decreto Supremo N° 076-90-TR).-

Se ha establecido la posibilidad que al interior de un mismo centro de trabajo coexista más de un sindicato de la misma categoría profesional (obreros o empleados), siempre que cuente con un mínimo de veinte trabajadores. De la misma forma se ha previsto que dos sindicatos formen una federación y que dos federaciones formen una confederación. Ello puede implicar que en una misma empresa coexistan no solamente varios sindicatos sino incluso federaciones y confederaciones.

El sustento de esta disposición habría tenido su origen en una antigua y reiterada observación del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. al régimen de sindicación que regía en el Perú, conforme a la cual sólo podía existir un único sindicato por categoría (empleados u obreros) conformado por la mayoría de trabajadores. Dicho régimen podía coactar la libertad sindical de las minorías, es decir, de aquellos trabajadores que no se sentían representados por una directiva sindical por la que no habían votado o que incluso podía ser renuente a proteger efectivamente en materia sindical a quienes estimaban alejados de sus convicciones ideológicas. Así, el nuevo dispositivo admite la formación de tantos sindicatos como grupos de veinte trabajadores puedan existir. Empero, para efectos de la negociación colectiva se reconoce la personería gremial, es decir el derecho de representar al conjunto de trabajadores a aquél que cuente con el mayor número de afiliados.

Algunos sectores critican la norma porque estiman que favorece la atomización sindical en beneficio del empleador quien en lugar de enfrentar a un movimiento sindical sólido y unido podría orientar su estrategia hacia la desunión de manera de incrementar su propia capacidad negocial. Agregan que el sistema permitiría incluso alentar la formación de sindicatos promovidos por el propio empleador, de manera de neutrali-

zar la combatividad de ciertos sectores. Sin embargo, no puede dejarse de reconocer que los trabajadores deben gozar de la salvaguarda de su autonomía colectiva, y ser ellos quienes determinen la forma cómo desean organizarse colectivamente y quiénes deben ser sus representantes. Por lo demás desde la dación del dispositivo a fines de 1990 no se han producido ejemplos significativos de atomización sindical, lo que significaría que los propios trabajadores gozan de la independencia de criterio suficiente para asumir el derecho, mas no la obligación, de acogerse o no a la pluralidad sindical.

b.3) Solución conjunta de pliego de reclamos. (Diversas Normas).-

El sistema ha consistido en que el Ministerio de Trabajo ha emitido resoluciones de talla única para resolver pliegos de reclamos en los cuales no había mediado acuerdo de partes. El régimen resulta cuestionable porque pretende una solución conjunta a realidades muy diversas: en algunos casos los aumentos han resultado de un nivel difícil de manejar, por la precaria situación económica en la que se encontraba la empresa; en otros casos ha

implicado aumentos ostensiblemente menores a las ofertas ya planteadas en la negociación directa entre las partes e insignificantes para el nivel de remuneraciones vigentes en determinados centros de trabajo. Usualmente, la solución precaria no es solución porque obliga a efectuar reajustes adicionales, o en su defecto es causa de intranquilidad en el centro de trabajo, lo que impide la paz laboral que persigue el convenio colectivo. En tal sentido, es de desear que esta forma de atender la negociación colectiva no continúe y se rescate el derecho y la obligación de empleadores y trabajadores de llegar a una solución directa en sus diferendos.

Por último el Ejecutivo ha planteado un proyecto de Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, a fin de regular integralmente la negociación colectiva, la sindicación y la huelga.

Este rápido recuento de los dispositivos emitidos implican, pues, importantes pasos en estos afanes renovadores del Derecho Laboral peruano en los que se constata un común denominador de dotar a las relaciones laborales de una orientación más flexible y acorde con un manejo más realista de la economía nacional.

Ahora, BANCA MAGISTRAL.

Un servicio exclusivo para
colegios que incluye
el seguro más completo
para los alumnos
y sus padres: **MAGISTER**



MAGISTER

Seguro Educacional y de Accidentes Personales. ✓

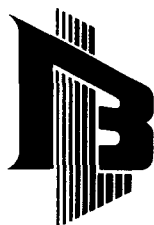
Esto es Magister: Un seguro para el alumno (contra accidentes) y un seguro para el padre de familia (cubre la educación total de los hijos por fallecimiento del padre o tutor).

Afíliese. El Banco Latino con su exclusiva Banca Magistral (sólo para colegios) le brinda un servicio personalizado y, sin costo bancario adicional, más de 18 beneficios diseñados especialmente para su plantel.

Solicite la visita de un Representante.

Llámenos hoy mismo al teléfono 42-3722 en Lima; en Provincias acercarse al Banco Latino.

Respaldo por las compañías de seguros El Sol, La Nacional y Atlas.



Banco Latino

Donde usted exige.

Daño a la estética de la persona*

Roberto Vázquez Ferreyra.

Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Rosario y en la Facultad Católica de Derecho de Rosario.

1) Introducción

Al daño estético se lo ha definido como "una alteración que se traduce en una mengua o deterioro de esa armonía corporal, propiedad de los cuerpos que los hace agradables a los ojos de los demás"¹.

Esta definición, si bien es acertada, resulta insuficiente para comprender todos los problemas que giran en torno al concepto. Así por ejemplo es muy común que en las demandas por daños y perjuicios se reclame la indemnización del daño estético como rubro independiente, esto es, como un tercer género entre el daño moral y el patrimonial.

Por otra parte y como sucede en todo supuesto de daños en los que no se puede equiparar el perjuicio monetariamente, la indemnización queda librada a la discrecionalidad del Tribunal. Esta circunstancia -nos dice de Angel Yaguez- "es motivo de notable inseguridad y causa de otro tipo de fenómenos como es el de la gran litigiosidad, porque las partes no cuentan de ordinario con criterios que les muevan a llegar a acuerdo en materia de indemnizaciones"².

Pensamos por ello necesario realizar algunas profundizaciones en el tema para encontrar la verdadera naturaleza de la cuestión, a efectos de que volcadas esas ideas a la práctica judicial, permitan obtener soluciones más acordes con el ordenamiento y a su vez más justas.

2) El concepto del daño jurídico

A) Importancia del tema

Se suele definir al daño como toda lesión, perjuicio o menoscabo que se irroga a un bien. Esta definición, si bien correcta desde un punto de vista naturalístico, resulta insuficiente para caracterizar al daño jurídico, es decir al daño resarcible³.

Por ello se hace necesario elaborar un concepto de daño jurídico, lo que como bien dice Zavala de González "no constituye una cuestión puramente teórica o especulativa, sino el hilo necesario para componer la trama hacia las soluciones"⁴.

B) El bien dañado

Como primer paso y atendiendo al concepto naturalístico, veamos cuál es el bien que resulta lesionado en el caso del daño estético.

En el derecho italiano se habla de daño biológico haciéndose referencia al perjuicio que afecta la normalidad y plenitud de la existencia de un sujeto. También se lo denomina en forma más amplia daño a la salud y se lo caracteriza como la alteración de la integridad y de la eficiencia psicofísica del sujeto que le impide gozar en la misma medida en la cual era posible antes de la ocurrencia del hecho lesivo⁵. Como recuerda Zavala de González, en Italia, al daño

* Ponencia presentada en las Jornadas en homenaje al Dr. Jorge Bustamante Alsina.

1. Lemega, Miguel Gregorio "El daño estético en la legislación, doctrina y jurisprudencia", L.L. 1977-D-1028.

2. Ricardo de Angel Yaguez "Evaluación del perjuicio corporal en derecho común de la responsabilidad. Los terceros pagadores" en Rev. Española de Seguros 1989, pág. 102.

3. Bueres, Alberto J. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en Derecho de Daños, Bs. As. 1989, pág. 165.

4. Zavala de González, Matilde "Daños a las personas", Vol. 2a Bs.As. 1990, pág. 17.

5. Gallone, Giorgio "Orientamenti della giurisprudenza toscana sul danno biologico". Estratto dalla Giurisprudenza Italiana, 1986 Disp. 3a part I Sez. 2ª Torino pág.22.

biológico se lo considera como un perjuicio autónomo que será siempre resarcible⁶.

En este sentido el Tribunal de Pisa en sentencia del 16-1-85 ha dicho: "Il danno alla salute, inteso quale alterazione dell'integrità ed efficienza fisiopsichica del soggetto che gli impedisca di godere la vita nella stessa misura in cui era possibile prima dell'insorgenza del fatto lesivo, va considerato in modo assolutamente autónomo sia rispetto al lucro cesante da invalidità sia rispetto al lucro cesante in quanto sia pure in misura diversa e sempre presente, va sempre risarcito".

Por nuestra parte creemos que una lesión a la integridad psicofísica del sujeto no constituye un rubro resarcitorio autónomo tal como lo expondremos; sin perjuicio de su consideración específica como configurante de un daño patrimonial o moral.

Dentro de las lesiones a la integridad psicofísica del sujeto encuadra el daño estético. Ahora bien, cuál es la naturaleza del bien que sufre la lesión.

Creemos que ninguna duda cabe respecto a que esta lesión afecta el "derecho a la integridad física o corporal", el que constituye uno de los más preciados derechos de la personalidad⁷.

Configurado el derecho a la integridad física como un derecho de la personalidad, goza de todas las características comunes a estos. Se trata por ello de un derecho esencial, innato, extrapatrimonial, etc.⁸.

Respecto a la extrapatrimonialidad, ello no obsta para que puedan de un modo u otro incidir en la esfera patrimonial, y desde luego para que su transgresión pueda originar derechos de contenido económico⁹. En este último sentido- y adelantándonos a nuestras conclusiones- recordamos que hace ya muchos años Colombo escribía: "se percibe claramente

que las heridas que atentan contra las condiciones estéticas de las personas gravitan sobre éstas de dos maneras diferentes: produciéndoles un menoscabo espiritual y psicológico innegable por la pérdida parcial de la belleza o presentación corporal, y originándoles derivaciones pecuniarias de mayor o menor intensidad según los casos"¹⁰.

En consecuencia ya tenemos en claro cual es el bien sobre el cual recae materialmente la lesión, esto es el daño en sentido físico.

C) El daño jurídico

Respecto al concepto jurídico del daño existen en nuestra doctrina tres orientaciones, las que inciden notablemente al momento de diferenciar el daño moral del daño patrimonial.

Según un primer criterio -sostenido por la autoridad de Brebbia¹¹- el acento se pone sobre la naturaleza del derecho o bien jurídico lesionado; según este primer criterio, cuando la lesión se irroga a un derecho de contenido patrimonial, el daño reviste la misma naturaleza. Por el contrario, cuando el bien es extrapatrimonial -caso de los derechos de la personalidad- el daño es siempre moral. El problema se presenta cuando por ejemplo una lesión en el rostro impide a la modelo trabajar. Así nace la noción de daño patrimonial indirecto. Por nuestra parte no compartimos las conclusiones de esta tesis.

Un segundo criterio, defendido en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil por juristas de la talla de Mosset Iturraspe, Pizarro y Zavala de Gonzáles apunta a la existencia y naturaleza del resultado de la violación del derecho o del interés ligado al bien protegido. Para estos autores el daño patrimonial es el que repercute disvaliosamente en el patrimonio, menoscabándolo, y el daño moral reside en las consecuencias espirituales o inmateriales de la lesión¹².

6. Zavala de González, Matilde "Daños a las personas" op.cit. pág. 79.

7. Están de acuerdo en considerar a la integridad física como un derecho de la personalidad, entre otros juristas: De Cupis, Adriano en "I diritti della personalità" Milano 1950-Gangi "Persone fisiche e persone giuridiche" Milano 1946, pág. 158 y sgtes.- Castan Tobeñas, José "Los derechos de la personalidad" Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia julio/agosto de 1952- Cifuentes, Santos "Tutela integral de los derechos personalísimos" L.L. diario del 2-4-90- Rivera, Julio César "Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos" L.L. 1983-D-846- De Anguel Yaguez, Ricardo "La protección de la personalidad en el Derecho Privado" en Rev. de D. Notarial enero/marzo de 1974 Madrid pág. 8 y sgtes. - Beltrán de Heredia y Castaño, José "Construcción jurídica de los derechos de la personalidad" Madrid 1976, Real academia de Jurisprudencia y Legislación.

8. Rogel Vide, Carlos "Bienes de la personalidad, derechos fundamentales, y libertades públicas" Publicaciones del Real Código de España. Bolonia 1985, pág. 44 y sgtes.

9. Desde ya rechazamos la tesis expuesta por Ricardo David Rabinovich según la cual "el daño causado al derecho personalísimo propiamente dicho es siempre un daño moral y nunca patrimonial". Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Daños en materia Civil y Laboral Bs. As. mayo de 1990.

10. Colombo, Leonardo "Las lesiones que atentan contra la estética personal de la víctima, consideradas como daños materiales y morales" L.L. 29-778. En igual sentido Alberto G. Spota en "La lesión a las condiciones estéticas de la víctima de un acto ilícito" en L.L. 26-654.

11. Brebbia, Roberto "El daño moral" 2ª edic. Rosario, 1967.

12. Pizarro Ramón, Daniel "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación" J.A. 1986-III-899-Zavala de González, Matilde "El concepto de daño moral" J.A. 1985-I-726 y "Daños a las personas" op. cit., pág. 22 y sgtes.

Para esta corriente determinar la sustancia del daño resarcible exige atender a las consecuencias o repercusiones de la lesión. Estas ideas llegan a iguales resultados que el criterio que a continuación exponemos debido a que existe homogeneidad entre el interés y sus repercusiones¹³.

Por último corresponde mencionar el criterio que tiene en cuenta el interés afectado por el hecho, con prescindencia de la naturaleza del bien lesionado. Esta tesis es defendida por dos grandes maestros: Bueres y Zannoni¹⁴. Para su comprensión es necesario desarrollar las siguientes nociones. Según De Cupis "el objeto de la tutela jurídica es siempre un interés humano", por ello el objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un interés humano jurídicamente tutelado¹⁵. El catedrático italiano parte de la distinción entre bien e interés. Por bien entiende todo lo que pueda satisfacer una necesidad. Por ende todo bien reporta una utilidad humana en cuanto deviene idóneo para satisfacer una necesidad del hombre. Esto determina que la tutela jurídica no considere a los bienes en sí mismos sino en cuanto cubren una necesidad humana. Esa necesidad humana es precisamente el interés. Como señala Bueres "el derecho no protege los bienes en abstracto, sino los bienes en cuanto satisfacen necesidades humanas (intereses)"¹⁶.

Según De Cupis "es propiamente el interés así entendido el que se considera como objeto de la tutela jurídica y del daño en sentido jurídico"¹⁷. El interés es el núcleo de la tutela jurídica. Los derechos subjetivos, los bienes jurídicos en general se regulan en vista de la satisfacción de intereses humanos.

Resumiendo: "el bien es el objeto, la entidad capaz de satisfacer una necesidad, mientras que el interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien"¹⁸. De ahí que el daño jurídico es el que afecta un interés, y será la naturaleza de este último el que determine si se trata de un daño moral o patrimonial.

Por lo expuesto el daño puede definirse como la lesión a un interés jurídico patrimonial o espiritual.

Adviértase que para este criterio, al que adherimos, la lesión a un mismo bien puede afectar intereses patrimoniales y espirituales. Por eso un mismo

hecho puede generar daños morales y patrimoniales. En este sentido afirma Zannoni que "aunque el interés jurídico está referido a un poder de actuar hacia el objeto de satisfacción, sucede que a través de bienes patrimoniales el sujeto puede satisfacer también un interés no patrimonial, o sea, un poder de actuar hacia bienes no patrimoniales, y viceversa, a través de bienes no patrimoniales el sujeto puede satisfacer además un interés patrimonial, es decir un poder de actuar hacia bienes patrimoniales. La salud de alguien, por ejemplo, permite trabajar, obtener ingresos económicos"¹⁹.

En esta corriente que venimos relatando, resultan valiosísimas las precisiones de José Beltrán de Heredia y Castaño en su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España del 29-3-76. En determinado pasaje del discurso dice: "en los derechos de la personalidad se tienen en cuenta unos bienes inmateriales, ideales, carentes de valoración económica, que, forzoso es decir una vez más, son tan estimables como los materiales. Sin que haya razón para considerar que no pueden incluirse tampoco dentro de aquellos -a los fines jurídicos- por el hecho de que carezcan de existencia objetiva distinta de la persona, por la circunstancia de que afecten al ser y no al tener de la misma. Si el concepto de bien debe ponerse en relación con la utilidad que algo representa para el sujeto, en cuanto sirve para satisfacer el deseo o estímulo de una necesidad, no se comprende que pueda haber bienes más deseados que los conectados con la propia persona, como la vida, la integridad física o moral, la intimidad, el honor, la libertad. Pero cual sucede en todo derecho subjetivo, el bien en sí no es protegido; lo es sólo en cuanto representa un interés"²⁰.

En conclusión, enrolados en la tesis del interés, definimos al daño como toda lesión a un interés jurídico. Conforme este punto de vista el daño patrimonial reside en la frustración de un interés económico y el daño moral en el menoscabo de un interés extrapatrimonial.

3) El daño estético

Comenzamos este trabajo con una definición del daño estético. Este daño, desde el punto de vista

13. Bueres, Alberto J. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" op. cit., pág. 175.

14. Bueres, Alberto J. "El daño injusto y la licitud..." op. cit., pág. 170 y sgtes. - Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil" 2ª edic. Bs. AS., pág. 24 y sgtes.

15. De Cupis, Adriano "El daño" Barcelona 1975, pág. 108.

16. Bueres, Alberto J. "El daño injusto..." op. cit., pág. 166.

17. De Cupis, Adriano "El daño" op. cit., pág. 111.

18. Bueres, Alberto J. "El daño injusto..." op. cit., pág. 170.

19. Zannoni, Eduardo "El daño..." op. cit., pág. 27.

20. El discurso de Beltrán de Heredia y Castaño se encuentra publicado. El párrafo transcripto corresponde a la pág. 72 y 73. A los efectos de este punto ver pág. 65 y sgtes.

naturalístico se manifiesta como toda especie de desfiguración, afeamiento, deformación o mutilación en el cuerpo de la víctima. Así por ejemplo una cicatriz, la pérdida de un ojo o una oreja, el caminar defectuoso, la amputación de un miembro, lesiones en el cuero cabelludo, etc. Dice Zannoni que es imposible enumerar el elenco de lesiones estéticas que pueden dañar a las personas, ya que cualquier parte de su cuerpo puede verse afectada de modo de provocar secuelas en la integridad corporal a través de ese tipo de lesiones²¹.

Ahora bien, la lesión para ser objeto de indemnización, no necesariamente debe tener consecuencias sumamente desagradables en la imagen del sujeto. Por ello no debe limitarse el daño estético a una imagen horrorífica, repulsiva o extremadamente deforme. Tampoco resulta atendible la limitación del daño estético a determinadas personas o de determinado sexo. Ello sin perjuicio claro está, de la determinación o cuantificación del daño en cada caso concreto²².

Como dice Zavala de González, hoy en día "se computa como perjuicio estético toda modificación exterior de la figura precedente o alteración del esquema corporal aunque no sea desagradable ni repulsiva. El disvalor ínsito al daño estético no es únicamente lo feo, deformante, repugnante o ridículo, sí, además, lo extraño, raro, anormal e, inclusive, lo distinto con relación a la presentación física anterior al hecho"²³.

A esta altura el lector habrá apreciado que no consideramos al daño estético como un tercer género sino que lo ubicamos ya sea dentro del daño moral o del daño patrimonial, únicos tipos de daños conocidos en nuestro sistema jurídico. Esto lo decimos porque hay quienes consideran a la lesión estética como un rubro indemnizatorio autónomo²⁴.

Por ello consideramos acertado el fallo de la Cámara Penal de Rosario Sala 3ª del 18-6-82 según el cual: "el daño estético consiste en cualquier desfiguración producida por las lesiones, sea o no subsanable quirúrgicamente. La lesión estética puede traducirse en un daño patrimonial cuando incide en las posibilidades económicas del lesionado. Sin perjuicio de ello, dicha lesión puede también originar un agravio moral, por los sufrimientos y mortificaciones pro-

vocados a la víctima. Tal agravio es susceptible de reparación, no habiendo objeción respecto de que el damnificado acumule la indemnización del daño patrimonial y la reparación del agravio moral que se ha originado en la lesión estética"²⁵.

Es ésta también la tesis sostenida en Italia por De Giorgi para quien las secuelas estéticas determinan el resarcimiento de un daño patrimonial en lo que atañe a la pérdida de ventajas económicas conexas a la actividad laborativa y la vida de relación, y un daño moral en tanto la disminución repercute en la esfera síquica del sujeto²⁶.

La tesis contraria -que en nuestro país es minoría- que considera al daño estético como un perjuicio autónomo indemnizable per-se, a la par del daño moral y patrimonial, implica en los hechos indemnizar dos veces un mismo daño.

Si quedó bien en claro que el daño estético no es indemnizable en forma autónoma sino en la medida que afecte un interés patrimonial o espiritual del sujeto que lo padece, la pregunta que se impone es cuál es su importancia.

La respuesta es la siguiente: Así como para fijar el daño patrimonial (emergente y lucro cesante) se tienen en cuenta entre otros rubros los gastos de curación, honorarios médicos, días sin trabajar, incapacidad laboral sobreviniente, etc., también debe considerarse como rubro de importancia el daño estético. Tanto como configurador de un daño patrimonial como moral.

Se trata de descomponer tanto el daño patrimonial como el moral en los distintos rubros que los configuran para llegar a una valuación lo más precisa. Esto es muy importante sobre todo con relación al daño moral. En esta materia los jueces ni están obligados ni acostumbran a distinguir en sus condenas de indemnización los diversos capítulos o conceptos que la integran, siendo lo más frecuente que las sentencias impongan indemnizaciones globales, no detalladas. Sobre esta cuestión Zavala de González dice "si bien es cierto que el daño moral de la víctima es uno solo, también lo es que la justa estimación de su mayor o menor gravedad supone la descomposición o análisis de todos los factores que influyen en su existencia y magnitud"²⁷.

21. Zannoni, Eduardo "El daño..." pág. 161.

22. Mosset Iturraspe, Jorge "El valor de la vida humana" Santa Fe, pág. 68 y sgtes.

23. Zavala de González, Matilde "Daños a las personas" op. cit. pág. 141.

24. Ver fallos de la Cám. Civil y Com. de Morón sala 2ª en J.A. 1985-I-552 y en E.D. 117-478.

25. ZEUT T 28-R-29.

26. De Giorgi, María Vita "Danno alla persona" en Riv. di diritto civile 1982 n° 4, pág. 4542.

27. Zavala de González, Matilde "Daño a las personas" op. cit., pág. 167 y 168.

El problema va mucho más allá y se relaciona con la dificultad propia de la valoración en dinero del daño moral. Pero si bien resulta imposible una equiparación entre daños e indemnización en esta clase de perjuicio, no es menos cierto que puede lograrse que la decisión judicial sea lo más acertada posible pues si bien queda librada a la libre discreción judicial ello no quiere decir que pueda ser arbitraria.

Esta inquietud no es propia y exclusiva de nuestro país. En otros países esta cuestión ha dado lugar a abundante bibliografía²⁸. Sobre todo se ha investigado en la búsqueda de los rubros, que a más del dolor, sufrimiento, angustia, etc. comportan daño moral.

Así Chartier menciona los siguientes rubros: a) el perjuicio del placer o privación de satisfacciones diversas de orden social mundano y deportivo de las que debería beneficiarse normalmente un hombre de la edad y cultura de la víctima, b) el perjuicio sexual, c) el perjuicio estético, d) el perjuicio juvenil o reducción de la potencialidad física y síquica²⁹.

En los EEUU en concepto de daños extrapatrimoniales se suele reclamar indemnizaciones por la pérdida de compañía, por la pérdida de libido, por reducción de las posibilidades de contraer matrimonio³⁰, por la pérdida de la posibilidad de ser padres y por la pérdida de la posibilidad de disfrutar de la vida³¹.

4) Lesión estética y daño patrimonial

De todo lo que venimos diciendo se deduce que una lesión estética puede afectar un interés patrimonial dando lugar a un daño de esa naturaleza.

El art. 1086 C.C. en este aspecto es meramente indicativo y no limitativo de otros daños patrimoniales que pueda sufrir la víctima. En una sociedad en la que la belleza física se valora notablemente, en la que la presentación personal abre las puertas de ingreso a diversas actividades, no puede perderse de vista el perjuicio económico que puede presentar la lesión estética. Ya sea como lucro cesante o bien más hipotéticamente como pérdida de chances laborales.

En este sentido la jurisprudencia ha señalado que la lesión estética es susceptible de causar un daño

patrimonial en la órbita laboral desde que genera una desventaja en el desempeño de determinadas tareas y en la elección que para ocupar un cargo se lleva a cabo³².

De más está decir que para fijar la cuantía de la indemnización el Tribunal debe valorar las circunstancias del caso concreto conforme el principio de individualización del daño. A tal efecto ya no resulta indiferente la edad, sexo, profesión, estado civil, belleza anterior de la víctima, etc.

No es lo mismo la lesión en el rostro de la bella modelo publicitaria que en el del obrero industrial.

5) Lesión estética y daño moral

Toda lesión estética en su origen importa un dolor o sufrimiento, que debe ser indemnizado. Pero también la lesión estética como tal debe ser indemnizada en cuanto importa una incorrección orgánica del sujeto que lo torna en situación desventajosa anímicamente respecto al estado anterior.

Es éste también uno de los supuestos donde más se aprecia la desconexión entre daño patrimonial y moral por cuanto una terrible deformación del rostro puede no acarrear perjuicio económico alguno a quien explota un campo mientras que el daño moral sea tal vez en ese caso inconmensurable.

Así como puede ser que la lesión estética no origine daño patrimonial, ella siempre aparea un daño moral por cuanto sobre los derechos de la personalidad siempre existen intereses extrapatrimoniales pues son consustanciales con la misma dignidad humana y el desarrollo pleno de la personalidad.

6) El daño estético en los infortunios laborales

Sabido es que cuando el trabajador reclama indemnización por accidente del trabajo, enfermedad accidente o enfermedad profesional en el marco de la ley 9688 (con sus respectivas modificaciones), la suma a percibir se encuentra tarifada en la misma norma. Dicha indemnización tarifada cubre todo el daño sufrido y no puede por ende pretender apartarse de la tarificación aunque demuestre que el perjuicio sea mayor.

28. Entre otros: Brousseau y Rousseau "La réparation du domge corporel. Methodologie en droit comun" Paris 1982 -Le Roy "L'evaluation du prejudice corporel" Paris 1983- Toulemon y Moore "Le prejudice corporel et moral en droit comun" 3a edic. Paris 1968- Paradiso "Il danno alla persona" Milán 1981 -Bargagna y Busnelli "La volutazione del danno alla salute" Padua 1986- Kemp y Kemp "The quantum of damages" Londres 4ª ed. 1975.

29. Chartier "La réparation du prejudice dans la responsabilité civile" Paris 1983, pág. 221 y sgtes.

30. Sobre la pérdida de la chance matrimonial producida por daño estético ver fallo de la C. Nac. Especial Sala V del 21-8-81 en L.L. 1982-D-9 con nota de Marcelo Urbano Salerno.

31. Sobre la cuestión da cuenta Michael Hanssen en "El sistema legal en EEUU, en relación con la responsabilidad civil de productos elaborados importados" en "Seguridad y responsabilidad de productos", Madrid 1986 pág. 36. En España ver "La Responsabilidad Civil" de Ricardo de Angel Yaguez, Universidad de Deusto, pág. 235 1988.

32. Cam. Nac. Espec., Sala 6ª, 20-2-84 E.D. 111-315.

Distinta es la solución cuando se ejerce la opción por el derecho común conforme lo contempla el art. 17 de la ley 9688. En este caso el trabajador puede reclamar la llamada reparación integral que debe cubrir todo el daño sufrido en la medida de la responsabilidad del empleador. Esta indemnización cubre no solo el daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) sino también el daño moral.

Ahora bien, es muy común que en los juicios laborales por accidentes del trabajo (me refiero a todos los infortunios contemplados en el ordenamiento) al momento de detallarse los rubros cuya indemnización se reclama, no se precisen todos los perjuicios efectivamente sufridos por el trabajador.

Así es que generalmente en las demandas y luego en las sentencias sólo se contemple el daño emergente y lucro cesante en su único rubro correspondiente a incapacidad sobreviniente. En cuanto al daño moral, éste se fija en una proporción del anterior y comúnmente sin mayor fundamentación. Reflejo de esto último es que en las pericias médicas, los expertos se limitan a fijar el grado de incapacidad y en base a ese dictamen se establece la indemnización. En la práctica esto significa también una indemnización tarifada con la única diferencia que en este caso la tarificación o limitación es meramente subjetiva pues tan solo depende del criterio que tenga fijado el tribunal respecto al valor que le otorgue a una incapacidad absoluta.

Creemos que las consideraciones vertidas a lo largo de este trabajo pueden ser tenidas en cuenta en los juicios por accidentes del trabajo. Un trabajador accidentado puede -y es frecuente que suceda- experimentar lesiones estéticas. Es muy común por ejem-

plo la pérdida de un miembro o de los dedos de la mano, etc. Esta lesión, a la par de la incapacidad laboral que signifique, acarrea un daño estético que puede incidir notablemente en la fijación de la indemnización, en la medida en que tenga consecuencias o afecte intereses patrimoniales y extrapatrimoniales.

Por ello, creemos conveniente la alegación de tal perjuicio para que sea tenido en cuenta por el tribunal a la hora de sentenciar. Asimismo resulta importante la prueba al respecto, la que no debe limitarse a una pericial médica. En este caso muestras fotográficas de las lesiones, agregadas al expediente son sumamente útiles.

Ya hemos ejemplificado el caso de un trabajador que reciba una herida cortante en el rostro. Esta herida tal vez no signifique incapacidad laboral alguna, pero el daño moral producido por la cicatriz sin duda será importante y debe ser tenido en cuenta junto con los dolores y sufrimientos propios causados por el accidente.

Conclusiones

I- La lesión estética no configura un perjuicio autónomo sino que como tal puede ser causa de daños patrimoniales o morales.

II- La distinción entre daños morales y patrimoniales radica en la distinta naturaleza del interés jurídico lesionado y no se refiere al derecho conculcado.

III- El daño estético debe ser juzgado con un criterio amplio. Sin perjuicio de individualizar cada caso concreto en orden a las características personales de la víctima.

Rosario, junio de 1990.

El Fundamento de la Responsabilidad Civil Deportiva

Gastón Fernández Cruz
Abogado. Profesor de la PUC.

I. APUNTES PRELIMINARES.-

1. Con miras a afrontar las eliminatorias del mundial de fútbol de 1970, a celebrarse en México, Waldir Pereira "Didí", se hizo cargo del puesto de entrenador del seleccionado peruano; cargo que ocupaba en el equipo de primera división "Sporting Cristal" hasta ese entonces, tomando la alineación titular de esta escuadra, como base del seleccionado. Es así que, en un inicio, la defensa del seleccionado quedó integrada con los zagueros Eloy "Doctor" Campos; Orlando "Chito" La Torre; Fernando "El Cóndor" Mellán; y Fernando "Tito" Elías, aun cuando después sólo quedarán los jugadores Campos y La Torre en el seleccionado de fútbol. Aquella defensa del "Sporting Cristal", hizo historia aplicando en canchas peruanas el viejo dicho deportivo "o el hombre o la pelota", lo que les valió precisamente el sobrenombre antes detallado a cada uno de ellos; especialmente, a Eloy Campos, a quien apodaron "Doctor", por la forma como "operaba" en el campo de juego a los contrincantes. En épocas más recientes, en la década del ochenta y antes del decaimiento del fútbol peruano, se hizo también famoso un jugador del "Universitario de Deportes" como "heredero" de Eloy Campos: Samuel Eugenio quien, en un encuentro jugado en 1984 contra el "Sport Boys" del Callao, lesionó seriamente al jugador Gutti de este último equipo, quien no pudo volver nunca a la práctica activa del deporte; sin embargo, el árbitro de aquel encuentro no sancionó como falta la intervención de Eugenio.

En el año de 1985, jugando en Buenos Aires, Argentina, la selección peruana de fútbol con la selección argentina, el pase definitivo al mundial de fútbol de México-1986, el jugador argentino Julián Camino cometió una artera infracción contra el delantero peruano Franco Navarro, quien tuvo que salir en camilla del terreno de juego. En aquel encuentro, Perú empató dos a dos con la selección argentina, quedando eliminado del mundial de fútbol. En esa ocasión, el árbitro mostró solamente tarjeta amarilla al jugador argentino por su desleal jugada.

2. Más allá de lo anecdótico que resulta el recordar los acontecimientos deportivos antes detallados, la pregunta que cabe realizar siempre en torno a ellos, es la siguiente: ¿los daños sufridos por jugadores en un evento deportivo deben ser indemnizados? -Si a esta pregunta, le agregamos algunas variables, tales como las indicadas a continuación, el panorama de la problemática indemnizatoria se complica:

- a) Ante la jugada artera de un jugador del equipo "A" contra otro jugador del equipo "B" y la pasividad del juez principal de campo, los hinchas de este último equipo reaccionan violentamente causando daños a las instalaciones del Estadio donde se juega el partido de fútbol y a los jugadores del equipo contrario, al arrojarles objetos contundentes. ¿Hay aquí responsabilidad civil?; ¿Quiénes son los sujetos activo y pasivo de la prestación indemnizatoria?.
- b) Ante la actuación inconforme de su equipo, hinchas del mismo que integran la "barra brava", causan serios daños a propiedades en las afueras del Estadio en donde se llevó a cabo el partido de fútbol. ¿Quiénes son responsables?; ¿Abarca la responsabilidad civil a los participantes en el evento deportivo o a las instituciones deportivas de las cuales son hinchas los causantes de los daños?.
- c) Durante el desarrollo de un espectáculo deportivo, una de las tribunas del Estadio, desde donde se especta el encuentro cede, produciendo la muerte y lesiones a varios espectadores e inclusive a jugadores, dentro de la cancha ¿Quién responde?; una vez más cabría preguntarnos: ¿Quiénes son los sujetos activo y pasivo de la prestación indemnizatoria?.

3. Como puede apreciarse de las varias hipótesis antes indicadas, los eventos deportivos pueden dar lugar a diversas esferas de aplicación de la responsa-

bilidad civil; la que obviamente se presenta -en la etapa de incumplimiento y cuando haya daño- no solamente en deportes colectivos tales como el fútbol o baloncesto, sino en otros aparentemente más peligrosos como el fútbol americano, hockey sobre hielo, boxeo, esgrima, lucha grecorromana; o individuales, tales como el automovilismo y el esquí sobre nieve. Dichas esferas de aplicación de la responsabilidad civil pueden abarcar:

- La responsabilidad de un jugador frente a otro.
- La responsabilidad del equipo al que pertenece un jugador, frente al equipo de otro jugador; o frente al jugador mismo del otro equipo.
- La responsabilidad del equipo frente a su jugador.
- La responsabilidad del jugador frente a terceros.
- La responsabilidad del dueño de las instalaciones deportivas frente a los espectadores y jugadores.
- La responsabilidad del organizador del evento deportivo frente a los espectadores y jugadores.
- La responsabilidad de los espectadores frente al dueño de las instalaciones deportivas u organizador del evento deportivo (responsabilidad colectiva).
- La responsabilidad de las instituciones deportivas por los hechos imputables a sus seguidores deportivos.

4. Dada la naturaleza del presente artículo y la necesaria y extrema limitación de espacio destinado a su publicación, nos hemos de ocupar solamente del fundamento de la responsabilidad civil deportiva y su aplicación en la esfera de la responsabilidad de un jugador frente a otro; no sin antes advertir que haremos de las citas bibliográficas una tarea de excepción, por cuanto creemos como DYKE¹ que tal recurso, en artículos de índole general como el presente, no es sino una muestra de erudición, entendida como "piratería redimida con notas a pie de página".

II. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEPORTIVA.-

5. Dentro de la teoría clásica de la responsabilidad civil en general, preguntarse en torno al fundamento de la misma no era sino la búsqueda y el encuentro de la culpa y del daño como nociones correspectivas que explicaban los sistemas de responsabilidad: verificado un daño y la especialidad del mismo (identidad de la víctima), había que buscar al autor material de aquél para "sancionar" su conducta.

Con arreglo a las tendencias imperantes en el

campo de la moderna teoría de la responsabilidad civil, iniciada a partir de la teoría del Débito y la Responsabilidad (Schuld - Haftung), el fundamento de la responsabilidad civil en general no puede encontrarse sino en la propia noción de obligación, respecto a la cual el concepto de responsabilidad, no es sino una noción complementaria², siendo al respecto indiferente el sistema de responsabilidad del cual se trate. Así, en la responsabilidad contractual, implicando la noción de responsabilidad civil, afectación patrimonial o susceptibilidad de afectación, existirá responsabilidad tanto en la etapa del cumplimiento obligacional como en la del incumplimiento; activándose en el primer supuesto a través de las funciones satisfactoria y de equivalencia de la responsabilidad; en tanto que en el segundo supuesto, se adicionará la función punitiva o penal de la responsabilidad que, contra lo que opinaba la teoría clásica, no perseguirá "sancionar" al causante, de acuerdo a su mayor o menor grado de culpa; sino, ser el justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño, con lo cual esta función sólo se activa en la hipótesis de incumplimiento y siempre y cuando exista daño.

En lo que respecta a la denominada responsabilidad extracontractual, en nada se altera el esquema antes planteado, en tanto si bien en el cumplimiento de deberes jurídicos desprovistos de contenido patrimonial no se activa ningún concepto de responsabilidad (afectación patrimonial), sí se activa en el incumplimiento de dichos deberes³, produciéndose una afectación en el patrimonio del causante a través de la realización de la prestación indemnizatoria objeto de la obligación de indemnizar.

En tal sentido, encontrar el fundamento de la responsabilidad civil en la culpa y el daño como nociones correspectivas, no sólo resulta erróneo sino que mutila el concepto mismo de responsabilidad civil, en tanto este concepto no es sinónimo de derecho de daños. En rigor, dicha noción implica el conjunto de consecuencias jurídicas patrimoniales a los que queda sometido un sujeto en cuanto ha asumido una obligación⁴. Así, la responsabilidad civil -modernamente concebida- encuentra su fundamento en la noción misma de relación jurídico-obligatoria como relación jurídica patrimonial y en la teoría del Débito y la Responsabilidad.

Sin embargo, con el único propósito de seguir adelante con la discusión iniciada por la teoría clásica en el ámbito de la responsabilidad civil deportiva y sin que ello signifique aceptar la terminología empleada,

1. DYKE, C. "Filosofía de la Economía". Editorial Paidós. SAICF. 1ra. Edición. Buenos Aires. Argentina. 1983. Pág. 1.
2. CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Tomo II. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata. Argentina. 1984. Pág. 561.
3. Recordemos que la responsabilidad extracontractual implica necesariamente la violación de un deber jurídico de carácter general de "no causar daño a otro".
4. Concepto que permite hacer extensiva la responsabilidad civil al patrimonio del acreedor y no sólo al del deudor en tanto aquél también tiene "cargas" que cumplir.

analizaremos bajo el indicado nombre la problemática de los factores atributivos de responsabilidad en el ámbito de los accidentes deportivos y la naturaleza contractual o extracontractual de la indemnización en este campo.

6. MAZEAUD y TUNC⁵ dentro de la Doctrina Intermedia en materia de responsabilidad, encuentran el fundamento de la responsabilidad civil proveniente de accidentes deportivos en la culpa y, aún cuando no toman partido expreso en este sentido, a través de críticas a las posiciones de SAVATIER y SAVIGNAC, parecieran inclinarse por la naturaleza extracontractual de esta responsabilidad. Así, admiten la responsabilidad de un jugador cuando, a través de su juego, infringe los reglamentos que norman la disciplina deportiva; pero, más aún, admiten la posibilidad de que un juez falle la responsabilidad civil de un jugador cuando, respetando los reglamentos que norman la disciplina deportiva, ha causado un daño a otro; sea por resultar dichos reglamentos insuficientes o, por no haber sido sancionada su conducta dañosa como falta durante el juego.

También dentro de la Doctrina Intermedia en materia de responsabilidad civil, desde otro punto de vista, MESSINEO⁶ encuentra el fundamento de la responsabilidad civil deportiva en el factor atributivo riesgo (actividad peligrosa), siendo la naturaleza de esta responsabilidad contractual, proveniente de la violación del contrato innominado de competición deportiva.

Finalmente, dentro de la Doctrina Latinoamericana y, particularmente, argentina, el conflicto conceptual no es menos arduo: De un lado, LLAMBIAS y BOFFI BOGGERO⁷ se pronuncian por la naturaleza contractual de esta responsabilidad, admitiendo el último autor citado al riesgo como factor atributivo de responsabilidad; mientras que el primero de los nombrados a la culpa como fundamento de dicha responsabilidad. En cambio, autores como MORELLO y BREBBIA⁸, adoptan la naturaleza extracontractual de

esta responsabilidad; y autores como BORDA y BUSTAMANTE ALSINA⁹ prefieren distinguir según se trate de competencias deportivas entre profesionales o aficionados, para discernir si enfrentamos una naturaleza contractual o extracontractual, en materia de indemnización. Al respecto, BORDA¹⁰ señala lo siguiente: "...Si se trata de una competencia deportiva entre aficionados, no cabe duda de que estamos en presencia de una responsabilidad extracontractual, porque quienes se ponen de acuerdo para jugar un partido, no celebran un contrato, desde que ese acto carece de un fin jurídico...".

7. Dentro de todo este espectro contradictorio de posiciones doctrinarias, debemos encontrar nosotros una aparente justificación que nos lleve a fundamentar una opción, tanto a nivel doctrinario como legislativo. Así, cabría preguntarnos en este apartado: ¿es la actividad deportiva una actividad peligrosa, generadora de riesgos?; o, por el contrario, ¿es sólo una actividad lícita y tutelada por el Orden Positivo que sólo genera daños cuando dentro de ellas se realizan comportamientos imprudentes o negligentes?

8. En términos de ESSER¹¹, la responsabilidad por riesgo implica responder por el peligro puesto por sí mismo; esto es, que cierta actividad en su realización presenta riesgos específicos inherentes que deben ser controlados. Sin embargo, la actividad riesgosa implica siempre, cuando menos, un cierto grado de peligro adicional al simple riesgo de vivir en común, con lo que habría que admitir que, para calificar a toda actividad deportiva como actividad riesgosa, el ejercicio del deporte lleva en sí un peligro ínsito a su naturaleza que debe ser regulado por los participantes en el evento deportivo y los organizadores del mismo.

¿Es esta afirmación cierta?; ¿toda actividad deportiva es en sí misma peligrosa? -Personalmente, no creemos posible la generalización conceptual antes señalada. No es que todo deporte sea en sí mismo peligroso; son determinadas disciplinas deportivas las

5. MAZEAUD, Henri y León; TUNC, Andre. "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1977. Tomo I. Volumen II. Numeral 523-2. Págs. 207 y siguientes.
6. MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1979. Tomo VI. Números 162, acápites 13 al 15, y 169, acápite 37. Págs. 205, 206 y 545.
7. En: BOFFI BOGGERO, Luis María. "Tratado de las Obligaciones". Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1985. Tomo VI. Números 2326 y siguientes. Págs. 388 en adelante.
8. En: BOFFI BOGGERO, Luis María. Ob. Cit. Pág. 391.
9. BORDA, Guillermo. "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones". Tomo II. Cuarta Edición actualizada y ampliada. Editorial Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1976. Números 1662 y siguientes. Págs. 495 al 501, inclusive; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Teoría General de la Responsabilidad Civil". Quinta Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1987. Números 1510 al 1527. Págs. 486 al 490, inclusive.
10. BORDA, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 498.
11. ESSER en: SANTOS BRIZ, Jaime. "La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal". Cuarta Edición actualizada y revisada. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. España. 1986. Pág. 483.

que presentan riesgos específicos inherentes a su ejercicio que adicionan un riesgo al presente en toda actividad humana. Así, tendríamos como ejemplo el fútbol, el baloncesto, tiro al blanco, esgrima, boxeo y otros en donde el riesgo, concebido en la forma antes mencionada, está siempre presente. Pero repárese que, otras disciplinas deportivas, particularmente violentas en su ejercicio, podrían llegar a calificarse de ultrarriesgosas, dependiendo del criterio que se adopte para la evaluación del ultrarriesgo, en torno a si para dicha calificación es necesario considerar a la actividad particularmente valiosa o no para la comunidad. De esta manera, disciplinas deportivas como el automovilismo, lucha grecorromana, hockey sobre hielo y fútbol americano, podrían llegar a calificar como actividades ultrarriesgosas, eliminando la aplicación de los supuestos de ruptura del nexo causal.

La objetividad del factor atributivo de responsabilidad en los supuestos antes detallados resulta evidente. Pero, como indicáramos líneas arriba, no podemos llegar al absurdo de plantear una generalización de dicho factor atributivo como inherente a toda disciplina deportiva. Al respecto, ALTAVILLA¹², quien analiza la problemática de la responsabilidad civil en los eventos deportivos desde la óptica de la culpa, refiere cifras estadísticas europeas recogidas por NICEFORO Y VAMPA y en donde se grafica que el coeficiente de lesiones surgidas en competiciones deportivas pasa por el fútbol, seguido por el alpinismo, los deportes invernales, dando el tenis cifras casi nulas. ¿Podría entonces considerarse al tenis -que es sin duda alguna una actividad deportiva- un deporte peligroso?; pregunta que podríamos extender hacia otras disciplinas deportivas de competición tales como el voleybol y el ping-pong.

Creemos que la respuesta es evidente e inmediata: un rotundo no. El deporte en sí, no es necesariamente peligroso; dependerá de la forma en que haya sido concebida la realización de determinadas disciplinas deportivas para calificarlas o no como actividades riesgosas, calificación que debiera depender de una adecuada labor jurisprudencial.

9. En todos aquellos campos del deporte, en donde por su ejercicio no fuera posible calificarlos como riesgosos, resultaría sin duda alguna de aplicación el factor subjetivo de atribución de responsabilidad: la culpa. Todo ello, sin negar que, dada la complejidad de relaciones que se presentan en los eventos deportivos, pueda resultar de aplicación también en algunos casos el factor atributivo de responsabilidad refleja de carácter objetivo, como es la garantía.

El juez, para calificar una actividad deportiva como riesgosa o culposa, debe valerse de ciertos

parámetros de análisis, sin que ello signifique que quede obligado y recortado por dichos parámetros. Así, por ejemplo, deberá evaluar los reglamentos y ordenanzas que regulan una actividad deportiva para ver el grado de riesgo que permite la propia realización de la disciplina deportiva; guiándose también por el hecho que el deporte analizado sea o no de competición y que permita o no el contacto físico entre jugadores, pues a nadie escapa la circunstancia de que al presentarse una competición entre equipos o individuos separados por alguna valla (voleybol, tenis), los riesgos de accidentes se minimizan o desaparecen.

10. En lo que respecta a la naturaleza jurídica de la indemnización proveniente de los accidentes deportivos y si la misma es contractual o extracontractual, dicha discusión -en el ámbito de la doctrina moderna- debe considerarse superada, a la luz del régimen de unificación de la responsabilidad civil.

Sin embargo, desde un punto de vista legislativo, la discusión sigue estando presente; al menos, en el Código Civil peruano de 1984.

Como indicáramos en la primera parte de este artículo, los alcances de la problemática de la responsabilidad civil deportiva son tan amplios, como complejos son las diversas relaciones jurídicas que surgen o pueden surgir de un evento deportivo, por lo que mal puede reducirse dicho problema -en nuestro concepto- al simple análisis de si media o no un contrato en la base de dichas relaciones. Por ello, no compartimos el razonamiento de todos aquellos juristas que se empeñan en ver, dentro de los distintos campos de actuación de la responsabilidad civil deportiva, la aplicación de la responsabilidad civil contractual (cuando media un contrato deportivo) o extracontractual (en ausencia de contrato deportivo. Verbi-gracia: responsabilidad del jugador frente a terceros). No creemos en dicha diferenciación, por cuanto no entendemos la existencia de diferencias entre el alcance o extensión de la responsabilidad civil, sea derivada de incumplimiento contractual o proveniente de hechos ilícitos. Por ello, no creemos que pueda hablarse que la responsabilidad civil deportiva es de naturaleza contractual o extracontractual, pues aquella escapa a la posibilidad de poder ser limitada dentro de estos parámetros.

Lo que sucede, es que existen antecedentes doctrinarios y legislativos que sí han tendido a realizar dicho encuadramiento, entre los cuales se encuentra la doctrina francesa al comentar el artículo 1966° del Código Civil francés que, dentro del contrato de juego y apuesta, hace referencia a "los juegos que contribuyan a ejercitarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de

12. ALTAVILLA, Enrico. "La Culpa". Traducción del italiano por José Ortega Torres. 2da. Edición en Castellano. Librería Editorial Temis Ltda. Bogotá. Colombia. 1971. Pág. 520.

pelota y otros juegos de igual naturaleza que tiendan a la destreza y al ejercicio del cuerpo.”; derrotero que ha seguido también gran parte de la doctrina argentina, en nuestro continente.

11. Lamentablemente, como en repetidas ocasiones hemos indicado, el Código Civil peruano de 1984 no significó ningún avance hacia la unificación de los sistemas de responsabilidad civil, por lo que a la luz de dicho cuerpo legal, que distingue entre la responsabilidad proveniente de inejecución de obligaciones y la extracontractual, habría que seguir discutiendo en forma “segmentada” la naturaleza jurídica de cada tipo de responsabilidad deportiva, según se trate de la responsabilidad de un jugador frente a otro; responsabilidad del jugador frente a terceros; responsabilidad del organizador del evento deportivo frente a espectadores y jugadores; y demás esferas de aplicación de la responsabilidad deportiva. En tal sentido, habría que seguir discutiendo -en cuanto a la responsabilidad de un jugador frente a otro- si entre ellos media o no un contrato y si éste es típico o atípico, nominado o innominado (juego y apuesta; competición deportiva; espectáculo deportivo; etc.), para así aplicar los artículos 1942º y siguientes; 1353º; 1341º y siguientes; o, por el contrario; 1969º y siguientes del Código Civil.

No creemos, al respecto, podernos permitir expresar opinión, por cuanto no pensamos que así pueda y deba enfocarse la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil deportiva. Dicha naturaleza jurídica, no puede ser distinta a aquella reconocida a la responsabilidad civil en general, que se explica en la noción misma de relación jurídico-obligatoria y, particularmente, en uno de sus elementos: el vínculo jurídico; siendo absolutamente irrelevante (o debiendo serlo) el origen voluntario o legal de dicha relación jurídica patrimonial.

III CONCLUSIONES.-

12. A manera de conclusiones de este trabajo, el cual sólo ha tenido como aspiración plantear de manera muy general las nuevas bases sobre las cuales se inicia la discusión de la responsabilidad civil deportiva en la doctrina moderna, diametralmente opuestas a aquéllas que sirvieron de basamento a la teoría clásica de la responsabilidad en esta materia, podemos señalar las siguientes:

- a) La problemática de la responsabilidad civil deportiva involucra un vasto campo de relaciones jurídicas complejas, que dan lugar a distintas y diversas esferas de aplicación de esta responsabilidad; razón por la cual consideramos un error tratar de reducir la explicación de su naturaleza jurídica al ámbito contractual o extracontractual, debiéndose encontrar la explicación -tanto del fundamento como de la naturaleza jurídica de esta responsabilidad- allí donde se explica la responsabilidad civil toda: en el concepto de obligación y, particularmente, en el elemento “vínculo jurídico”.
- b) En lo que respecta a accidentes deportivos, no creemos que exista al respecto un único y excluyente factor atributivo de responsabilidad que explique el desplazamiento del costo económico del daño de la víctima al causante. Vista la forma de desarrollo de cada concreta disciplina deportiva, se estará en aptitud de discernir sobre el factor atributivo de responsabilidad aplicable, entrando al campo de la responsabilidad subjetiva u objetiva y sin que necesariamente ambos tipos de responsabilidad sean excluyentes.

ACELERAR SU DESARROLLO ECONOMICO ES CUESTION DE VIDA O MUERTE PARA EL PERU

Alberto Arca Parró
Senador de la República

En el curso de los últimos 4 años, con insistencia por algunos incomprendida, me he referido al "crecimiento explosivo" de la población peruana y a sus efectos en la tendencia de algunos de los problemas sociales que ese fenómeno determina. Sin embargo, ha sido menester que organismos internacionales y expertos extranjeros analizaran sus expresiones cuantitativas para admitir la necesidad de estudiar seriamente sus repercusiones en la vida nacional.

Hoy, en todos los sectores intelectuales y políticos se sabe que el crecimiento demográfico del Perú, con una tasa de incremento vegetativo del orden del 3% por año, es uno de los más altos del mundo. Así mismo se admite que sobre una población estimada para 1959 en diez millones, son aproximadamente 300,000 peruanos más los que, anualmente, gravitan sobre el consumo de la Nación. Por último que, tal vez, antes de 25 años de mantenerse las mismas tendencias demográficas, la población podría doblar su número y que, entretanto, en el curso de las próximos diez años, un millón de hombres y mujeres - promedialmente cien mil por año- estarán en aptitud biológica de trabajar, esto es, que se incorporarán al sector de la población económicamente activa. Este dato, por sí solo, plantea una grave interrogante: ¿en qué forma y condiciones ese millón de personas, fuera de las que actualmente están trabajando, habrán de encontrar y tener ocupaciones debidamente remuneradas?

La respuesta a tan inquietante pregunta solamente puede ser dada por la resolución del Perú, de acelerar su desarrollo económico, conforme a un plan sistemáticamente elaborado. De lo contrario, el dilema es fatal. El simple aumento de la población del País, no sólo no resolverá sus problemas sino los agravará, toda vez que los niveles de vida de su población, lejos de mejorar, habrán de descender o, por lo menos, estabilizarse lo que, socialmente equivale al pauperismo y a la decadencia. Estos y otros conceptos análogos, fueron esbozados a fines de 1956, en la oportunidad que me correspondió fundamentar ante el Senado de la República, el proyecto de ley que creó el Fondo Nacional de Desarrollo Económico. Sostuve, entonces que era menester que el índice del desarrollo económico de la Nación superara, necesaria y ostensiblemente al del crecimiento de la población. No pretendía, por cierto, como no pretendo ahora, considerar que sea posible alcanzar dicho objetivo con sólo los recursos que aquel Fondo por muy acertada que sea la aplicación de sus programas departamentales de obras públicas. Estos responden, apenas, a una parte de la promoción del desarrollo económico general, en función de la des-centralización.

La cuestión es mucho más compleja de lo que pudiera parecer. Acelerar el proceso de desarrollo económico es empresa de contenido y alcances nacionales. Para ponerla en marcha se requiere la movilización general del País, prescindiendo de diferencias políticas y sin escatimar ni recursos ni esfuerzos. En puridad de verdad el Perú, como otros países en crecimiento impropriadamente llamados subdesarrollados, está frente a una emergencia nacional tan grave y de tan imprevisibles consecuencias, que, para afrontarla, debería empeñarse a fondo con la misma resolución de vencer con que lo haría en caso de un conflicto bélico.

Como toda movilización, la que el Perú tiene que emprender para acelerar su desarrollo económico y social, requiere de un plan, de una estrategia y de una táctica. A su vez, plan, estrategia y táctica necesitan de comando conjunto para su preparación y ejecución. Unidad de comando que, en el caso en cuestión, será posible alcanzar sólo en base a una entidad estatal llamada a estudiar el proceso de desarrollo económico y tomar las previsiones técnicas para su futura orientación y ritmo de desenvolvimiento de la población y otros factores concomitantes. Es pues, urgente, crear como se pensó al proyectar la Ley del Fondo Nacional de Desarrollo Económico, el Instituto de Investigación y Planeamiento Económico. Como será igualmente necesario establecer una Corporación Nacional para promover el desarrollo económico y social de la Nación, mediante un programa de diversificación ocupacional concordante con los objetivos de la Ley de Promoción Industrial elaborada por el Congreso libre y democráticamente elegido en 1956.

Lima, Diciembre de 1960.

- Texto publicado en la revista "Desarrollo Económico", órgano del Fondo Nacional de Desarrollo Económico, Lima-Perú, 1960.

Las Políticas sobre Población en el Perú

Roger Guerra García

Doctor en Medicina.

Rector de la U.P. Cayetano Heredia.

I. Antecedentes

Hay acuerdo entre quienes han estudiado la población del Perú, que la preocupación de los gobernantes hasta la mitad de este siglo fue de incrementar su número, y "mejorar la calidad". Se consideraba al país como vasto y despoblado; y dotado de riquezas naturales cuya explotación daría bienestar a muchos más peruanos. Nadie predijo, ni soñó siquiera, las consecuencias que traería para el Perú el acelerado crecimiento de su población. Alberto Arca Parró, ese gran peruano tan olvidado, escribió el artículo que se publica en recuadro, y que revela su preocupación por el explosivo crecimiento demográfico del Perú.

Ese mismo año, la firma de asesores Arthur D. Little, decía en su informe al Gobierno del Perú "pecaríamos de deshonestos si diéramos a entender que creemos que puede haber una solución a largo plazo para el problema económico del Perú, sin una reducción en la tasa de aumento de la población. Un país con una geografía hostil como lo es el Perú no puede duplicar su población cada veinte años con la esperanza siquiera de mantener un bajo nivel de vida para su pueblo".

Sin embargo, el Instituto Nacional de Planificación creado en 1962 no tuvo en cuenta la variable poblacional, ni recomendó disminuir su tasa de crecimiento; basta revisar los sucesivos planes de desarrollo (que de otro lado, poco se aplicaron). Recién en 1976 el I.N.P. elaboró unos Lineamientos de Política de Población, sin aplicación por el Gobierno Militar, pero que fueron útiles a partir del año 1980.

Rol de las Universidades

Se debe destacar el interés en el estudio de los problemas poblacionales de dos universidades peruanas, la Pontificia Universidad Católica y la Universidad Peruana Cayetano Heredia.

Desde 1965, realizaron investigaciones sobre aspectos socio-demográficos y biomédicos de la población peruana y su acelerado crecimiento y las negativas implicancias que ello conlleva.

Durante el Gobierno Militar, y particularmente en la primera fase (1968-1975) se prohibió toda acción dirigida a planificación familiar en los hospitales del Estado, llegándose inclusive a prohibir acciones educativas para las mujeres y varones que allí se atendían. En esta situación adversa, la UPCH desarrolló programas piloto de planificación familiar en dos hospitales docentes de Lima, el Arzobispo Loayza y el Cayetano Heredia; luego se publicaron las observaciones y difundieron los resultados favorables, tanto para la salud materna, cuanto para los hijos.

En ambas Universidades se ofreció adiestramiento de post grado a los médicos y sociólogos interesados; esta actividad debe presentarse como un hermoso ejemplo de autonomía universitaria, pues fue realizada en épocas de animadversión oficial y también de los partidos de izquierda por cualquier actividad dirigida a moderar el absurdo crecimiento poblacional del Perú.

AMIDEP

También debe ser comentada la actividad desarrollada por la Asociación Multidisciplinaria de Investigación y Docencia en Población, AMIDEP, fundada en 1977 por un grupo de destacados investigadores en los campos social y biomédico, tanto de Lima, cuanto del interior. AMIDEP realizó numerosas actividades de docencia, investigación, discusión y difusión de los problemas poblacionales. Así en 1979, llevó a cabo en Tarma la primera Reunión sobre Población que congregó a un centenar de intelectuales y líderes de diferentes partidos políticos; lo allí tratado se publicó en un libro que fue agotado y planteó por primera vez la gravedad del problema poblacional; su Boletín

se publicó regularmente entre 1979 y 1989 y llegó a 2000 peruanos líderes en opinión.

El Segundo Gobierno Constitucional de Belaúnde, creó el Consejo Nacional de Población e inició las tareas de coordinación de esfuerzos en los sectores de salud y educación, con resultados evidentes: importantes disminuciones de la fecundidad y de la mortalidad infantil, que se analiza luego.

A fines del mandato, el 5 de julio de 1985 se publicó la Ley de Política de Población, esfuerzo multipartidario en el cual colaboré como representante del Sector Educación; esta Ley fue duramente criticada, antes de ser pública, por algunos diarios de la capital. Cuando fue conocida, mereció la felicitación de los Obispos del Perú, y el actual gobierno se dispone a aplicarla.

La Iglesia

En la Semana Social de la Iglesia, 1989, J.J. Wicht presentó el tema "La Población y la Calidad de Vida: Presente y Futuro" que tuve el honor de comentar y calificar de documentada, clara y valiente. Señala este autor "de todos los problemas graves e importantes del Perú, ninguno es más grave e importante que el de su población y su calidad de vida: a este tema central se subordinan todos los demás. Hay **problema poblacional** cuando existe una desproporción estructural entre las generaciones de una población o de ésta con su territorio y recursos disponibles. Más allá de las cifras y coeficientes que miden los demógrafos, lo importante es analizar y comprender las **causas** de esas distorsiones en la pirámide de edades de un pueblo y sus **efectos** sociales y económicos en la vida de las familias y en el desarrollo del país. Los errores e injusticias sociales se reflejan en lo demográfico; y lo demográfico, a su vez, influye en la conducta de las personas y en toda la vida social".

Luego de abordar la doctrina social de la Iglesia sobre la población, Wicht señala en cuanto al Perú lo siguiente: "El Episcopado Peruano desde hace veinte años ha tenido un rol destacado en la promoción de la justicia social y en la defensa de los derechos humanos; pero en lo poblacional, tanto los Obispos como los grupos más representativos de la Iglesia en el Perú han adoptado una posición que puede calificarse de distante y conservadora. Más aún, en los últimos años han publicado varias Declaraciones en las que han criticado duramente algunos abusos atribuidos a organismos laicos que trabajan en programas de planificación familiar. En la última década no han elaborado ningún documento que analice la creciente gravedad objetiva, familiar y poblacional en el país y dé las orientaciones positivas y concretas para superar esta situación real".

Para los interesados en ahondar el tema, recientemente se ha publicado el libro "La situación pobla-

cional peruana" cuyo capítulo 3 trata en extenso sobre el crecimiento poblacional y contexto político (A. Varillas y P. Mostajo, INANDEP, 1990).

II. La evolución demográfica

La puesta en marcha en el país durante la década de los años treinta de programas de salud pública y saneamiento ambiental, dio como resultado pocos años más tarde una disminución de la mortalidad, que devino hacia 1940 en un aumento de la tasa de crecimiento de la población.

Desde el punto de vista de la evolución demográfica, el período 1940-1981, abarca dos etapas claramente diferenciadas, la primera de 1940 a 1961 caracterizada por un crecimiento moderado de la población; y la segunda de 1961 a 1981, en la que este crecimiento se aceleró notablemente. El rápido ritmo de aumento de población se mantiene hasta el presente aún cuando la tasa de crecimiento viene declinando en los últimos años.

Se estima que en las décadas anteriores a 1940 la población peruana crecía a tasas bajas y oscilantes (menos de 1.5% al año) debido a los frecuentes aumentos del nivel de la mortalidad relacionadas con las guerras, epidemias y cataclismos entre otros factores. Hacia 1940 la tasa de crecimiento subió en 2%. En esa fecha el Perú tenía 6.5 millones de habitantes.

En 1950 el Gobierno del general Odría no creyó necesario un censo y por ello, no hay cifras para la década.

El censo de 1961 da cuenta que en este año la población nacional sobrepasaba ya los 10 millones de habitantes y creciendo a una tasa anual media de 2.2% había aumentado en dos decenios (40-61) casi la misma cantidad (3.1 millones) que en los seis decenios anteriores, cuando la población peruana aumentó en 3.5 millones de personas.

El censo de 1972 reporta una población nacional de 14 millones de habitantes (es decir 3.7 millones más que en 1961) que venía creciendo al ritmo más elevado de todos los tiempos (2.95% al año, con un incremento absoluto de 339 mil personas por año) por lo tanto el período intercensal 1961-1972 resulta crucial en el crecimiento demográfico del país.

El último censo reveló que la población del país en 1981 ascendió a 17.8 millones, es decir 3.8 millones más que en 1972. La cifras permiten apreciar que en los 9 años del período 72-81 el incremento absoluto por año de la población (417 mil personas) fue mayor que en el período intercensal precedente a pesar de que la tasa de crecimiento observó una leve declinación a 2.7 por ciento al año.

A junio de 1991 se estima una población de 22.7 millones de personas que se está incrementando a 2.6 por año.

Los componentes del crecimiento demográfico:

La migración internacional no juega un papel importante en la dinámica demográfica peruana; en consecuencia, el crecimiento de la población nacional es el resultado del balance entre los nacimientos y las muertes que ocurren anualmente en el territorio. En ausencia de un sistema de registros de hechos vitales confiable y oportuno que reporte el número de nacimientos y defunciones que ocurre cada año en el país, el comportamiento de la fecundidad y mortalidad se conoce sólo a partir de los datos de censos y encuestas.

a) Fecundidad:

En el período 1940-1981, el nivel de la fecundidad atravesó por tres momentos: aumentó entre 1940 y 1950, permaneció constante entre 1950 y 1965 y declinó de esta última en adelante.

La información disponible muestra que la fecundidad nacional permaneció más o menos constante en torno a un valor ligeramente inferior de la mortalidad pocos años antes de 1940; aumentó después de esa fecha, llegando la tasa global de fecundidad a un valor de 6.85 hijos por mujer en 1950.

Esta cifra al parecer se mantuvo invariable durante 15 años (hasta 1965). En la segunda mitad de la década de los años 60, comenzó el descenso sostenido del nivel de fecundidad, primero lentamente y luego a un ritmo moderado hasta llegar el número promedio de hijos por mujer a un valor de 5.2 en 1981. De acuerdo a los datos recién obtenidos por la Encuesta Nacional de Demografía y Salud, ENDES en 1987 las mujeres tienen al culminar su período reproductivo, en promedio 4.2 - 4.4 de hijos nacidos vivos cada una.

Debe anotarse que el descenso de la fecundidad se inició en las áreas urbanas y entre las mujeres de mayor nivel educativo; de allí se va extendiendo al resto del país y paulatinamente va abarcando a las demás mujeres. Debe reconocerse también que en las áreas urbanas, particularmente en Lima y Callao, la ampliación del sistema educativo, la mayor exposición de las mujeres a medios de comunicación masiva y las mejores oportunidades de empleo femenino han producido cambios en los patrones culturales (nupcialidad entre otros); a la vez que la extensión de las prácticas contraceptivas han modificado los patrones reproductivos limitando la procreación y consiguientemente, reduciendo el número de hijos por mujer.

b) Mortalidad:

El comportamiento de la mortalidad durante el

período 1940-1981 fue de un descenso sostenido con etapas de caída más rápida y otros más lenta.

La información demográfica disponible muestra que, a diferencia del nivel de la fecundidad cuyo descenso se inició tardíamente (1968), el nivel de la mortalidad comenzó su declinación en los años previos a 1940, aunque el ritmo de descenso sostenido no fue homogéneo en todo el período.

La etapa de disminución más marcada está comprendida entre los quinquenios 1965-1970 y 1970-1975, en la que la duración de la vida humana llegó a incrementarse en casi un año por cada año calendario. Esta mayor disminución se debió a un mayor impulso del Estado que emprendió campañas de salud pública orientadas a los grupos más vulnerables como los niños y las gestantes.

La disminución total de la mortalidad, representada por un incremento de la esperanza de vida al nacer, entre 1940 y 1981 fue del 30% al subir de 40.5 años en 1940 a 58.2 años en 1981. Por su parte la tasa bruta de mortalidad disminuyó entre las mismas fechas de 23.2 por mil a 11.3 por mil y la tasa de mortalidad infantil lo hizo de 175 por mil a 105.6 por mil.

La encuesta ENDES revela que entre 1981 y 1986, la mortalidad infantil ha disminuido en forma importante, de 105 a 80 por mil, resultado de la mejor atención de la salud, y de la mayor educación y urbanización de los habitantes. Se estima que un peruano que nace en 1987 espera vivir en promedio 61.4 años; que cada año se producen en el país 9.4 defunciones por cada mil personas y que de cada mil nacidos vivos, 80 no alcanzan a cumplir un año de vida.

Cabe indicar que la disminución de la mortalidad del país se logró gracias a una mejora importante de las condiciones de vida de la población y se debió a la introducción y aplicación en el país de nueva tecnología en materia de quimioterapia, vacunación e insecticidas. Puede decirse que en el descenso de la mortalidad del país actuaron simultáneamente la información de tecnología médica y de fármacos (como sulfas y antibióticos, penicilina principalmente) y el rol dinámico que asumió el Estado en campañas de medicina preventiva y de saneamiento ambiental, iniciado con la creación del Ministerio de Salud en 1936 y que se intensificara posteriormente durante sucesivos y diferentes gobiernos que ampliaron la cobertura de las campañas destinadas a erradicar las enfermedades epidémicas como la malaria, la fiebre amarilla, el tifus, la peste bubónica entre otros, que en esos años ocasionaban gran número de muertes.

c) Migración Interna:

En el crecimiento de la población departamental

juegan un rol muy importante las migraciones internas. Como se sabe hay departamentos que durante los dos últimos períodos intercensales fueron expulsos de población y no hay evidencia de que esa tendencia haya cambiado. En el presente, entre esos se encuentran: Cajamarca, Apurímac, Ancash, Ayacucho y Puno entre otros. En el otro extremo existen departamentos caracterizados por ser receptores de población, en particular Lima y Callao; además de estos figuran los departamentos de selva y frontera.

Perspectivas de crecimiento demográfico

Para estimar el número de habitantes que el Perú tendrá hacia fines de siglo es necesario entender cómo evolucionarán los componentes del crecimiento demográfico: la fecundidad y la mortalidad.

a) Proyecciones de la mortalidad:

El nivel de la mortalidad, no obstante la declinación que ha experimentado en las últimas décadas, es todavía elevado. Las perspectivas de la evolución económica y social del país inducen a considerar que su descenso se acentuará en los próximos años.

La hipótesis adoptada por el Instituto Nacional de Estadística para la proyección refleja un descenso sostenido de la mortalidad que se traduce en un incremento de la esperanza de vida al nacer y en una disminución de la tasa bruta de mortalidad y de la mortalidad infantil.

De acuerdo con ello, la duración de la vida humana en el país que en promedio es ahora de 61.4 años, aumentará a 68 años en el año 2000. La frecuencia de muertes por cada mil personas de 9.4 bajaría a 6.4 hacia fines de siglo y los valores de la tasa de mortalidad infantil serían de 80 y 62 por mil, respectivamente.

La tendencia supuesta de la mortalidad departamental considera un comportamiento similar al del país; es decir, declinante pero con diferente intensidad. Al considerarse la esperanza de vida al nacer, se observa que, durante los años que median entre 1985-1990 y 1995-2000, aumentaría en todos los departamentos, destacando Huancavelica, Apurímac, Cusco, Ayacucho y Puno que actualmente tienen los niveles más elevados de mortalidad. No obstante, dichos departamentos continuarán con los valores más bajos de la esperanza de vida al nacer en el quinquenio 1995-2000.

El resto de los departamentos se estima que tendrán una ganancia media anual menos que el promedio nacional.

b) Proyecciones de la Fecundidad:

Las proyecciones oficiales del Instituto Nacional

de Estadística en 1983, contemplan cuatro hipótesis de fecundidad: alta, media, baja y constante que representan los extremos de la escala que enmarca el posible comportamiento de las variables demográficas.

Las hipótesis media y baja son las más probables. La primera fue recomendada por el I.N.E. por considerarse más plausible, supone un ritmo igual al observado en Lima Metropolitana en las dos décadas anteriores a 1980. Según esta hipótesis el número promedio de hijos por mujer TGF disminuirá de 5.2 en 1980 a 3.2 en el año 2000, totalizando un descenso porcentual de 36%.

La hipótesis baja expresa una disminución más acentuada de la fecundidad (46% entre 1980 y el año 2000), con un TGF de 2.8 hijos por mujer hacia el año 2000.

A nivel de departamentos también se supone un descenso sostenido de la fecundidad. En el quinquenio 1995-2000 Callao, Lima y Tacna tendrían las tasas de fecundidad más bajas del país, con menos de tres hijos por mujer. En el otro extremo, Huancavelica, Moquegua y Apurímac tendrían las tasas más elevadas.

Resultado de las Proyecciones

Si la hipótesis de descenso de la mortalidad se cumpliera y si la fecundidad descendiera como lo propone la hipótesis media, la población del Perú sería de 28 millones de habitantes en el año 2000. Si el descenso de la fecundidad fuese más acelerado, la población nacional llegaría al finalizar el presente siglo a 27 millones de habitantes.

Por otro lado, si se cumplen los supuestos de mortalidad, fecundidad y migración considerados en la elaboración de las proyecciones departamentales, el crecimiento observado en el período 1940-1981 continuará con una leve acentuación hasta 1990.

Hacia el año 2000 la mitad de la población nacional residiría según los estimados en cinco departamentos: tres del litoral (Lima, Piura y La Libertad) y dos andinos (Cajamarca y Junín). En el otro extremo, Madre de Dios con una población de 90 mil habitantes seguiría siendo (como hasta hoy) el departamento menos poblado en el país. Cabe destacar también que el número de departamentos con más de un millón de habitantes se duplicaría en el 2000 al pasar de cinco a diez. En esa categoría estarían en orden descendente: Lima, Piura, La Libertad, Cajamarca, Junín, Cusco, Puno, Ancash, Arequipa y Lambayeque.

III. Reflexión Final

Se deduce de esta exposición que gracias a los

avances de la medicina y la tecnología, el Perú ha experimentado en las últimas décadas un acelerado crecimiento de su población, y que ésta ha de continuar aumentando en cifras absolutas hasta avanzado el siglo XXI.

Lo anterior dificulta enormemente la aspiración de mejorar el nivel de vida de los peruanos, incluida una oportunidad de trabajo debidamente remunerado. Por ello, creo acertada la decisión del actual gobierno de poner en práctica una política de población, que entre otros objetivos, busca disminuir la tasa de crecimiento de nuestra población.

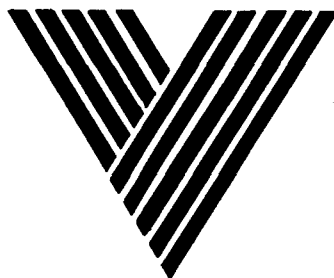
Esta decisión respaldada en el consenso de la población, como lo evidencian recientes encuestas que revelan apoyo del 90% de la población*, ha de encontrar la desafortunada y tradicional oposición de los sectores ultraconservadores, y quizás de la extrema izquierda. Al respecto, es pertinente recordar que

la Constitución del Perú ampara la paternidad responsable, y que por definición, toda política de población conlleva la decisión de afectar su tamaño, composición y distribución a fin de adecuarlos a los objetivos de la política de desarrollo.

Chile decidió disminuir la velocidad de crecimiento de su población hace 25 años; México lo acordó hace ya 15 años. Parece que por fin nuestro país se dispone a hacerlo, y ello requiere de la comprensión y participación de todos los peruanos.

Es significativo que una Ley de Política de Población elaborada y promulgada por un régimen constitucional 1980-1985 entre en plena aplicación por el actual, en cabal expresión de que las decisiones de esta magnitud trasciendan el corto período de un mandato presidencial, y debe estar por encima de discrepancias político-ideológicas.

* Encuesta Bits & Bytes, Feb 1991.



LA VITALICIA

COMPañIA DE SEGUROS S.A.

NOTARIO PUBLICO

J. ANTONIO DEL POZO V.

ABOGADO

Horario de Atención

Invierno: 9 am. – 1 pm.
 2 pm. – 5.30 pm.
Verano : 8.30 am. – 12.30 pm.
 1.30 pm. – 4.30 pm.

Las Begonias 656 Of. 29 "A" S. Isidro Telf: 422120, 408128, 420181 Fax 427232

Contratación Temporal por Aumento en la Producción

Guillermo Boza Pró

Abogado. Profesor de la P.U.C.

Expte. No 009-90-CD

Señores
Gutierrez Ballón
Chumpitaz
Anchante

Lima, 22 de Marzo de 1990

ALEJANDRO VICENTE LAZARO CON VOLVO DEL PERU S.A.

1. ANTECEDENTES

Alejandro Vicente Lázaro (demandante) ingresó al servicio de la empresa VOLVO DEL PERU S.A. (demandada) el 23 de noviembre de 1987, laborando efectivamente en la misma hasta el 27 de julio de 1988 (8 meses y 4 días), impidiéndosele el ingreso al centro de trabajo el 1° de agosto del mismo año. El accionante fue contratado a plazo fijo, al amparo del D.L. 18138, suscribiendo un contrato vigente en el período comprendido entre el 23 de noviembre de 1987 y el 31 de julio de 1988. La empresa justificó la necesidad de contratar personal eventual (a plazo fijo) debido a un incremento extraordinario en su producción: debía ensamblar 250 unidades, adicionales a las que había planificado para dicho año.

El litigio se reducía entonces a determinar si la naturaleza de la labor que realizaba el accionante era permanente, o eventual como sostenía la empresa. De ser lo primero, el contrato a plazo fijo que suscribiera con la empresa, aún con la aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo, sería ilegal ya que a labores de naturaleza permanente corresponde contratos de duración indeterminada, y por consiguiente, se encuentra amparado por el derecho de estabilidad laboral¹.

Los fundamentos de la empresa que, justificaban, según ella, la contratación temporal, eran básicamente dos:

VISTOS en Audiencia Pública del 12 de marzo de 1990; por sus fundamentos y CONSIDERANDO además; que el autor ha prestado servicios a la demandada, en conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 18138 mediante contrato que ha sido aprobado por la Autoridad de Trabajo, como aparece a fs. 38 a 38 vta; que el actor al suscribir el único contrato a fs. 38 se sometió a las condiciones pactadas, de acuerdo al principio de la buena fe y común intención de las partes; que al haber cesado el demandante al vencimiento de dicho contrato, como él mismo lo reconoce en su demanda a fs. 17, no tiene derecho a solicitar la calificación de despido al que se refiere la Ley 24514, que no lo ampara; que en lo demás el fallo se ha expedido de acuerdo al mérito del proceso y de la ley sin que el demandante en su recurso de apelación ni posteriormente haya desvirtuado sus fundamentos; CONFIRMARON la sentencia a fs. 107 a 108, que declara infundada la demanda, en los seguidos por don Alejandro Vicente Lázaro contra Volvo del Perú S.A.; y los devolvieron al Décimo Octavo Juzgado de Trabajo de Lima.

GUTIERREZ BALLON-CHUMPITAZ-ANCHANTE
Adriana Serpa Relatora del Tercer Tribunal

1. Entendemos que tanto la estabilidad de entrada (preferencia por los contratos a plazo indeterminado) como la estabilidad de salida (protección contra el despido arbitrario), están recogidas por el artículo 48° de la Constitución Peruana. Ambas exigencias resultan indesligables y constituyen a la vez requisitos esenciales del derecho de estabilidad en el trabajo, a tal punto que la indefensión de cualquiera de ellos, haría vulnerable el derecho constitucional. En otras palabras, de nada sirve que el despido sólo proceda cuando medie una causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada, si el empleador tiene la posibilidad de contratar indiscriminadamente a plazo fijo, aún tratándose de labores permanentes. Sin embargo, es preciso señalar que esto ha quedado desvirtuado por los ilegales e inconstitucionales Decretos Supremos que establecieron el Programa Ocupacional de Emergencia.

- a. Se invoca un aumento excepcional en la producción, en el período para el que se contrató al trabajador.
- b. El contrato de trabajo a plazo fijo fue aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

2. CONTRATACION TEMPORAL POR AUMENTO DE LA PRODUCCION

2.1. Una de las modalidades de trabajo temporal o propiamente eventual que las legislaciones y la doctrina suelen considerar, es precisamente el incremento transitorio de las labores ordinarias de la empresa. Sin embargo, dicha eventualidad, que justificaría la contratación de personal a plazo fijo, tiene que cumplir determinados requisitos, de forma tal que no se oculte una relación de trabajo distinta (permanente), en abierto fraude a la normativa laboral. MARTINEZ EMPERADOR señala que dichos requisitos son dos²:

a) Excepcionalidad o eventualidad propiamente dicha:

Supone la **naturaleza extraordinaria de la necesidad a atender**, por tanto, el incremento no es susceptible de repetirse periódicamente, **mucho menos en forma continua y permanente**, ya que en este caso, la situación dejaría de ser extraordinaria o excepcional para tornarse ordinaria y permanente, lo que ya no justificaría un contrato a plazo fijo.

b) Temporalidad o transitoriedad:

Es decir, que el incremento se restrinja a un determinado período, razón por la cual se exige que se asigne al contrato un plazo máximo de duración.

En consecuencia, como señala el propio tratadista, se requiere de circunstancias extraordinarias o excepcionales que justifiquen este tipo de contratación "ya que, de otro modo, la eventualidad perdería la causa objetiva que la caracteriza"³.

2.2. Consideramos que este planteamiento doctrinal tiene sede legal y jurisprudencial en nuestro medio:

En efecto, el Decreto Ley 18138 señala expresamente que los contratos individuales a plazo fijo "sólo podrán celebrarse en los casos en que así lo exija la naturaleza eventual o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a efectuar" (Art. 1). Esto quiere decir que, fuera de estos supuestos excepcionales, resulta improcedente e ilegal todo contrato a plazo fijo⁴.

El Fuero de Trabajo por su parte, ha asumido esta misma posición, al insistir, en reiteradas ejecutorias, en el respeto de los supuestos recogidos por el citado dispositivo legal. Dos ejemplos:

"El contrato de trabajo a plazo fijo sólo procede cuando se trata de las labores que no son las ordinarias y continuas"⁵.

"Aún cuando el contrato haya sido celebrado a plazo fijo, el contrato en un centro minero en funcionamiento es de carácter permanente y en consecuencia debe considerársele de duración indeterminada"⁶.

2.3. Algunos hechos que demostrarían la naturaleza permanente de la labor:

No se niega la posibilidad de la empresa de contratar temporalmente cuando hay un excepcional crecimiento en la producción; pero para ello tienen que cumplirse los supuestos contemplados por la doctrina, nuestra legislación y jurisprudencia, lo que no sucedió en el presente caso. Tres razones lo demuestran:

a) Labor desempeñada por el actor: Se constató - con la visita inspectiva- que el accionante realizaba labores de naturaleza permanente: se desempeñaba como obrero operario de ensamblaje, en la sección de preensamblaje de ejes; sección que pese a haber sido despedido el trabajador sigue operando, lo cual demostraría el carácter permanente de dicha función.

b) Sucesivas prórrogas de contratos a plazo fijo: Es interesante resaltar los mecanismos utilizados por la empresa para disfrazar verdaderos contratos a plazo indefinido, no gozando en consecuencia de estabilidad laboral.

2. MARTINEZ EMPERADOR, Rafael. Estabilidad Laboral en el Empleo y Contratación temporal. IELSS, Madrid, 1983, pág. 175.
3. Idem. pág. 178.
4. El reciente Reglamento del Decreto Ley 18138 (D.S. No 077-90-TR del 21-12-90), que fue promulgado en fecha posterior a la solución del presente caso, establece el contrato por necesidades del mercado como una modalidad del contrato de naturaleza temporal. Dicha norma señala en su Art. 6° que el contrato por necesidades de mercado "es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender situaciones coyunturales de mercado, promovidas en función de éste o por carácter estacional". Asimismo, se considera parte de esta modalidad "las actividades feriales, así como los incrementos regulares o periódicos del nivel de la actividad normal de la empresa o explotación, producto de un aumento sustancial de la demanda durante determinado período del año o de explotación de actividades continuas pero permanentes durante todo el año". De otro lado, en el Art. 14° se establece que el contrato a plazo fijo se considerará como de duración indeterminada si "se comprobara que la labor desempeñada por el trabajador no corresponde a la modalidad bajo la cual fue contratado conforme a las presente normas".
5. R.T.T. de 25.06.1975, en De la Torre Ugarte, Carlos. Jurisprudencia del Trabajo. T. III, Lima, 1980, pág. 220.
6. R.T.T. de 27.10.1976, en Angulo, Jorge. La Jurisprudencia del Derecho Laboral en el Perú. T. VI. Trujillo, 1976, pág. 33.

Así, la demandada contrató a muchos trabajadores que encontrándose en idéntico supuesto del actor (contrato a plazo fijo por mayor incremento en la producción de la empresa), vieron renovados sucesivas veces sus respectivos contratos de trabajo. También se dieron los casos, en los que se cesó a trabajadores contratados a plazo fijo, para luego admitir a otros para desempeñar la misma labor de aquellos.

Es evidente que la finalidad de estas modalidades de contratación en abierto fraude de ley⁷, es facilitar el cese del trabajador y evadir así, las normas sobre estabilidad en el empleo. De ser esto así como señalan reiteradas ejecutorias del Fuero de Trabajo⁸, por desnaturalizarse los contratos a plazo fijo, el cese deviene en injustificado y procederá la reposición⁹.

c) Incremento en la producción: Sobre este punto, hay que señalar en primer lugar, que quedó demostrado que los trabajadores a plazo fijo llegaron a ser en 1988 un número mucho mayor (157) que los trabajadores estables (112), lo que significa que la producción "excepcional" de la empresa era mucho mayor que la habitual y permanente.

En segundo término, el supuesto incremento excepcional de la producción no duró 3 meses, 6 meses ó 1 año, períodos razonables, y que suelen considerar las legislaciones comparadas¹⁰, sino por lo menos 5 años (1985-1989). Habría que preguntarse si puede hablarse de un crecimiento "excepcional" o "extraordinario" por un período tan largo.

Finalmente, hay que destacar que -la empresa- no ofreció como prueba, de su parte, un sólo documento que acreditara que tenía una demanda excepcional de 550 unidades como sostenía. Resulta inverosímil que una empresa se embarque en una producción de

550 unidades adicionales (buses y camiones), sin que medie contrato alguno.

3. APROBACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO

Uno de los argumentos principales de la demandada y que fuera recogido por ambas sentencias para declarar infundada la demanda, consiste en la aprobación por la Autoridad de Trabajo, del contrato a plazo fijo. Se sostiene que no corresponde a las partes calificar la naturaleza eventual o accidental de las labores. Dicha calificación corresponde a la Autoridad Administrativa de Trabajo, a través de un procedimiento especial, quien además ya se pronunció en el presente caso por la "legalidad de la contratación". Considero que estas apreciaciones no son del todo exactas.

Es cierto que existe un procedimiento de aprobación de los contratos a plazo fijo por la Autoridad Administrativa de Trabajo, establecido en el Decreto Ley 18138. Sin embargo, esto no significa de ninguna manera que dicha aprobación convalide o no la ilegalidad de un contrato.

Significa sí lo contrario, es decir, que los contratos a plazo fijo que no cuenten con la aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo, serán nulos, por no haberse guardado las formalidades que la ley exige para su validez: se trata de una formalidad "ad solemnitatem". La jurisprudencia es unánime a este respecto. Pero, de ningún modo, puede decirse que ya se dió un pronunciamiento definitivo acerca de la "legalidad" del contrato; sencillamente porque no es competencia suya interpretar o discernir sobre la validez de fuentes normativas o no normativas. Dicha facultad discrecional recae en el Poder Judicial.

7. Para IRIZUBIETA FERNANDEZ, en el fraude de ley se superponen dos figuras jurídicas: "Una, la simulada, que aparece como formalmente única, es la que permite la aplicación de una norma legal distinta de la eludida, lo que produce habitualmente, resultados más beneficiosos para el defraudador. Otra, la disimulada, que no aparece formalmente enunciada, y que, de emerger al exterior, daría lugar a la aplicación de la norma defraudada" (El Abuso del Derecho y el Fraude de Ley en el Derecho del Trabajo, Editorial Colex S.A., Madrid, 1989, p. 64). De otro lado, FERNANDEZ GIANOTTI sostiene que los negocios "in fraudem", tienen como finalidad "conseguir un resultado prohibido; para no acatar, cuando se trata de la parte empleadora, el resultado de la vigencia de la ley imperativa laboral o de otra fuente, de la cual resultan derechos en favor del trabajador". Por ello concluye más adelante que "constituye conducta reprochable la utilización de diversos procedimientos para que la relación no aparezca con sus caracteres normales de continuidad e indeterminación en el plazo, a fin de eludir la aplicación en su plenitud de las normas tutelares del trabajador por despido arbitrario, o, en su caso, de la garantía de mantenimiento o estabilidad en su ocupación" (Fraude de Derechos Laborables: "Fraus omnia corrumpit", Lima, CIAT, 1989, pp. 5 y 19).
8. R.T.T. de 29.09.1980, Exp. No 3097-79 (En Actualidad Laboral, Lima, Mayo de 1981, pág. 42); R.T.T. de 02.04.1982, Exp. No 3109-81 (En De la Torre Ugarte, Carlos. Jurisprudencia del Trabajo. T. II. Lima, 1983, pág. 242); R.T.T. de 05.08.1987, Exp. No 175-87 (En Manual de Jurisprudencia Laboral H. y M. Ediciones, Lima, 1988, pág. 379). En la última ejecutoria señala p.e. que "Las sucesivas renovaciones de los contratos de trabajo a plazo fijo, al desvirtuar su temporalidad, convierten en injustificado el cese y procede la reposición".
9. Sostiene Alonso Olea, analizando la jurisprudencia española, que este tipo de pacto temporales, en los que el trabajo obedece a necesidades permanentes de la empresa, resulta ineficaz, ya que no tiene otra finalidad que la de poner fin al contrato, cuando el empresario lo estime conveniente. Por ello, señala igualmente, en estas situaciones, "la presunción está a favor de que el cese ha sido abusivo" (Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad Complutense. Madrid, 1983, pág. 209 y 210).
10. Por ejemplo, en Francia la Ordenanza Núm. 82-130 del 5-feb-1982, establece como plazo no más de seis meses. En España la Ley 8/1980 del 10-mar-1980 (Estatuto de los Trabajadores), fija un plazo de seis meses dentro de un período de doce meses.

En caso contrario, se estaría sustrayendo al Poder Judicial la competencia de discernir sobre la validez de normas y contratos, para otorgársela al Ministerio de Trabajo. Habría que preguntarse en todo caso si el Fuero de Trabajo no puede pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los contratos de trabajo. ¿Es suficiente decir que se cumplió con las formalidades para quitarle al juzgador la facultad de atacar el fondo del asunto?, es decir, en el presente caso, constatar si realmente la labor desempeñada por el actor es de naturaleza temporal, o por el contrario permanente y en consecuencia no se justifica un contrato a plazo fijo.

De otro lado, se le está otorgando a la resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, que aprueba los contratos de trabajo a plazo fijo, un valor de intocable que obviamente no tiene. El cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley sería suficiente para que sea totalmente válido. Debe recordarse, sin embargo, que nuestro ordenamiento jurídico, contempla la posibilidad de impugnarlos.

En efecto, el art. 29° del D.S. 03-83-TR, que regula la función inspectiva del Ministerio de Trabajo, establece que las actas elaboradas por los inspectores "constituyen instrumento público que merecen fe, mientras no se pruebe lo contrario".

Así mismo, el Código de Procedimientos Civiles (art. 406° y ss) y el D.S. 03-80-TR (art. 40°) sobre el valor probatorio de los instrumentos públicos, prevén que éstos pueden ser objeto de tacha o impugnación. El último dispositivo mencionado contempla, por ejemplo, que las partes pueden impugnar cualquier documento por considerar su contenido como no verdadero.

El caso analizado, partía del supuesto de considerar que la eventualidad de labores en la que se basa la suscripción del contrato a plazo fijo, no es tal, situación que no se convalida con la simple aprobación por la Autoridad de Trabajo¹¹.

Finalmente debe (debió) tenerse en cuenta la línea jurisprudencial sentada por el Fuero de Trabajo, en el sentido que aún contando con la aprobación de la Autoridad Administrativa del Trabajo, el contrato a tiempo determinado no surtirá efectos, si el cargo o puesto desempeñado por el trabajador es permanente¹².

Lo último tiene su fundamento, entre otras cosas, en el llamado principio de primacía de la realidad, como principio protector del ordenamiento jurídico laboral, unánimemente aceptado por la doctrina y jurisprudencia. Esto es, que poco interesa el mundo de las formalidades, lo que aparece en los textos o señalen los documentos; lo que debe importar entonces es lo que sucede en la realidad, por lo que hay que indagar más allá de las simples apariencias, primando lo que los hechos demuestran¹³.

4. LA POSICION DEL FUERO DE TRABAJO

4.1. La sentencia de primera instancia (18° Juzgado de Trabajo) declaró infundada la demanda y tomó como único argumento previamente el hecho de haber sido aprobado el contrato a plazo fijo por la Autoridad Administrativa de Trabajo, dejando de lado -como se ha expuesto-, importantes argumentos que demuestran la invalidez de dicha aprobación.

No se pronunció sobre la labor que desempeñaba el actor; no dijo nada acerca del incremento excepcional en la producción o sobre las prórrogas sucesivas de contratos de otros trabajadores de la empresa. Tampoco se refirió a la aplicación del principio de primacía de la realidad. Todo esto es algo que el juzgador prefirió no hacer.

En otras palabras, no se entró a analizar el fondo del asunto: la naturaleza de la labor realizada por el accionante.

4.2 La sentencia del Tercer Tribunal de Trabajo confirmó la de primera instancia. Tampoco entró a

11. La Resolución Ministerial No 430-90-TR ha introducido cambios sustanciales en el procedimiento de aprobación de los contratos a plazo fijo. Dicho dispositivo legal establece que: "...el contrato a plazo fijo o para obra determinada, se considerará aprobado a la presentación de la solicitud...", para lo cual será suficiente que a dicha solicitud se acompañe una declaración jurada del empleador, en la que indique que la labor que efectuará el trabajador es accidental o temporal. Posteriormente la Autoridad Administrativa de Trabajo "podrá" realizar una visita de inspección.

Como se sabe, la inspección que lleva a cabo el Ministerio de Trabajo para verificar la eventualidad de la labor, que justificaría un contrato por tiempo determinado, no ha sido garantía eficaz para evitar el uso abusivo y fraudulento de la contratación temporal. El camino era entonces dar mayores garantías para la defensa del derecho de estabilidad laboral, mejorar los mecanismos existentes (ver Convenio No 158 y Resolución No 166 de la OIT), pero no, al amparo de la pretendida simplificación administrativa (en la que se ampara la Resolución Ministerial en cuestión), afectarlos o suprimirlos, dejando sin protección derechos fundamentales de los trabajadores. Creemos que esta situación hace indiscutible, la calificación de los contratos de trabajo a plazo fijo de parte del Poder Judicial.

12. R.T.T. de 09.11.1975: "No surte efecto el contrato a tiempo determinado aunque esté aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo si el cargo o puesto es permanente" (en Angulo, Jorge. Ob. cit. pág. 48).

13. PLA RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 252. De la misma opinión son De la Cueva, Deveali, Caldera, todos ellos citados por el autor.

analizar sobre el fondo del asunto. Recogió en esencia los mismos argumentos de la recurrida. Sin embargo, añadió un fundamento adicional realmente inverosímil.

En efecto, en el segundo considerando de la comentada resolución se señala que:

"... el actor al suscribir el único contrato a fs. 38 se sometió a las condiciones pactadas, de acuerdo al principio de la buena fe y común intención de las partes..."

Como puede apreciarse, el Tribunal utiliza un fundamento civilista para declarar infundada la demanda. Señala que el demandante queda sometido a las condiciones pactadas, de conformidad con el principio de la buena fe: principio propio del Derecho Civil, y que en todo caso hace una determinada y distinta manifestación en el ordenamiento jurídico laboral.

4.3. Al parecer, para el Tribunal, la relación laboral queda determinada por el contrato de trabajo, debiendo ejecutarse según lo pactado. Supongamos -sólo como hipótesis- que el trabajador pactó con su empleador que su remuneración mensual sería inferior al ingreso mínimo legal, que no gozaría de descanso semanal, que no tendría derecho al pago de horas extras por el trabajo realizado más allá de la jornada máxima de trabajo, o que no se le abonaría la compensación por tiempo de servicios una vez terminada la relación laboral, ¿habría perdido el trabajador el derecho a dichos beneficios?.

Una respuesta afirmativa, le daría un valor preponderante -que no tiene- a la autonomía de la voluntad, frente a normas de origen estatal o convencional. Recordemos que precisamente, el ordenamiento jurídico-laboral se caracteriza por limitar drásti-

camente la autonomía de la voluntad de los sujetos contratantes. En consecuencia, éstos no pueden pactar libremente lo que quieran¹⁴. Por ello, sostiene con razón GARCIA-PERROTE que el contrato de trabajo prácticamente ha quedado vaciado de contenido, ya que éste viene prefijado por las fuentes legales y convencionales, cuya finalidad fue desde el origen mismo del Derecho del Trabajo, el servir "como un contrapeso dirigido a compensar y equilibrar la desigualdad de poder que es inherente a la relación individual de trabajo, abandonándose la hipótesis de igualdad entre los sujetos de la relación contractual, y de ésta como efecto de un encuentro de voluntades libres e iguales"¹⁵.

De otro lado, una respuesta afirmativa -como la que sugiere la sentencia del Tribunal- nos llevaría a negar el principio de irrenunciabilidad de derechos, consagrado expresamente por nuestra Carta Fundamental (art. 57°)¹⁶, así como del ya tratado principio de la primacía de la realidad.

En el primer caso, porque el trabajador se estaría privando -aún voluntariamente- de determinados beneficios concedidos a su favor por la normativa¹⁷, y que, como se sabe, se trata de un acto prohibido por nuestro ordenamiento¹⁸, sancionado con la nulidad.

En el segundo caso porque se estaría dando mayor importancia a lo que figura en el texto que a lo que sucede en la realidad, no cumpliendo, en consecuencia, función alguna en el Derecho del Trabajo este principio.

4.4. El Tribunal confunde también el principio de buena fe. Este principio no significa de modo alguno que las partes queden sometidas a lo estipulado por ellas en su respectivo contrato de trabajo. Su aplicación no se encuentra en la constitución de la relación laboral, sino en la ejecución de la misma, por tratarse

14. Por eso señala DE LA VILLA que una de las manifestaciones más importantes del Derecho del Trabajo, es que las normas laborales de origen estatal se configuran como derecho necesario porque "sus mandatos se imponen a la autonomía de la voluntad, de modo que ésta no puede alterar las soluciones legales ya sea en sentido alguno (normas de derecho necesario absoluto, máximas y mínimas para las partes), ya sea para modificar in peius su contenido (normas de derecho relativo, únicamente mínimas para las partes).

15. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Ley y Autonomía. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1987. pág. 16.

16. Artículo 57°, primer párrafo: "Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo".

17. PLA RODRIGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Obra citada, págs. 67 y 68.

18. Este principio protector del Derecho del Trabajo, que opera en fases distintas (precontractual, Constitución, desarrollo y extinción de la relación laboral, postcontractual) tiene un doble fundamento: El primero lo encontramos en el espíritu tuitivo del Derecho del Trabajo, que tiende a proteger al trabajador como la parte más débil de la relación de trabajo y que en tal condición, se presume un estado de necesidad por el que podría pactar contra las disposiciones laborales, con la finalidad de acceder o mantener determinado puesto de trabajo. El segundo fundamento sería el que señala que el ordenamiento jurídico contiene mecanismos de garantía interna que permite lograr su plena eficacia. En tal medida, las normas laborales consideradas de "orden público" no permiten ser desvirtuadas por los sujetos de la relación laboral. Ver Prado de Reyes, Francisco. "Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores", en *Revista de Política Social* No 127, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1980.

el contrato de trabajo de uno de ejecución continuada, y que genera una relación duradera entre las partes¹⁹.

Como el objeto del contrato de trabajo es el trabajo como "actividad de carácter personal en la que queda implicada de una manera muy directa la persona del trabajador"²⁰, se dice que el trabajador - también el empleador- debe cumplir su contrato de buena fe, por lo que se le exige "poner el empeño normal en el cumplimiento de la tarea encomendada"²¹.

Se trata en definitiva de una conducta que se le impone al trabajador durante el desarrollo de la relación laboral, y que le genera específicas obligaciones²²:

- Deber de secreto: obligación que tiene el trabajador de mantener en reserva los secretos relativos a la explotación y negocios de su empleador (p.e. secretos de fabricación, secretos comerciales), no sólo mientras dure la relación laboral, sino también después de extinguirse ésta. Se busca proteger al empleador de sus competidores.

- Deber de no realizar trabajos para terceros durante la jornada de trabajo (o fuera de ella): puede

tratarse tanto de la "prohibición de concurrencia desleal" (no realizar actividades análogas o idénticas a las de su empleador) como de un "pacto de no competencia" (obligación del trabajador de prestar sus servicios en forma exclusiva para un solo empleador, quedando vedadas la ejecución de actividades - lícitas- para otros empresarios, durante la vigencia del contrato de trabajo).

- Prohibición de aceptar beneficios ofrecidos por terceros (p.e. comisiones), cuando el trabajador mediara en negocios por cuenta de su empleador, y en perjuicio de éste.

Como se aprecia, el llamado deber de "buena fe" supone en el ordenamiento jurídico laboral la obligación que asume el trabajador de "abstenerse de todo acto que pueda perjudicar al empleador y de cumplir aquéllos que tiendan a la protección de los intereses de éste"²³, pero de ninguna manera la realización de actos que signifiquen el menoscabo de derechos que le han sido reconocidos o concedidos por la normativa laboral (constitucionalmente inclusive), como lo sería en el caso analizado, el desconocimiento del derecho de estabilidad en el trabajo, bajo la figura fraudulenta de un contrato a plazo fijo.

19. SALA FRANCO, Tomás (Director). Derecho del Trabajo. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 522.

20. Idem. pág. 522.

21. PLA RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del derecho del trabajo. Obra citada. pág. 306. Por esa razón, sostiene el citado autor, que hay quienes vinculan -TISEMBAUM p.e.- al principio de buena fe con el de "reconocimiento".

22. Ver: MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1986. págs. 302 y ss.

23. DURAND, Paul. Traité de droit du travail, citado por PLA RODRIGUEZ, Américo. Obra citada. pág. 314.

Todos aquellos interesados en colaborar con *Thémis* mediante sugerencias, comentarios, o la publicación de artículos y/o investigaciones podrán comunicarse directamente con cualquiera de los miembros de la revista, acercarse a su oficina en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarlos a la casilla postal 110711, Lima 11. Los trabajos no deberán exceder de 12 carillas formato A-4, a doble espacio y se deberá entregar dos ejemplares.

Thémis agradece todo envío, no comprometiéndose a su publicación.

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Carlota Lombardi de Zavala, Paulo Guerra García, Armando Lazarte, Filiberto Tarazona, Silvia Granda, Marina Pacheco, Wally Jolly, María Ysimura, Fiorella Alvarado, Renata Alvarado, Gloria Quincot, Paula Calderón, Ana María Asmat, Fernando Salaverri, Miguel Castillejo, Carlos Cárdenas Quiroz, Francisco Navarro, Carlos Bazán.

