

THĒMIS

Revista de Derecho



Entrevistas a Salvador del Rey Guanter y Nicolás de Piérola
Guido Calabresi • Luis Moisset de Espanés • Manuel Pachón • Baldo Kresalja
Wilfredo Sanguinetti • Juan Monroy • Augusto Alvarez Rodrich

THĒMIS

Revista de Derecho

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

COMITE DIRECTIVO: Elizabeth Briones Gómez, José Ignacio Castro Otero, Nathalie Díaz Silva, Mauricio Gustin de Olarte, Ximena Zavala Lombardi.

MIEMBROS: Luis Abramovich, Juan Carlos Alvarado Ortiz, Héctor Calero, Augusto Cauti, Carlos Cornejo, Paul Duclós, Enrique Felices, Enrique Ferrand, José Juan Haro, Juan José Martínez, Sara Sotelo, Robinson Vásquez.

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

Diagramación y Edición Grafitextos S.R.L.

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

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

Auspiciada por el Ministerio de Justicia:
Resolución Ministerial Nº 072-88-JUS del 15 de febrero de 1988.

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

THĒMIS

Revista de Derecho

THEMIS

Revista de Derecho

Indice

3

Presentación

5

Augusto Alvarez Rodrich

Los Objetivos de la Privatización de Empresas Estatales

13

Wilfredo Sanguinetti

La Contratación Temporal en la Ley de Fomento del Empleo

19

Entrevista a Salvador del Rey Guanter

25

Ricardo Herrera

Algunas Reflexiones acerca de la Interpretación del Convenio Colectivo de Trabajo

33

Juan Monroy Gálvez

La Postulación del Proceso en el Código Procesal Civil

43

Guido Calabresi

La Responsabilidad Extracontractual: El Derecho de una Sociedad Mixta

55

Moisset de Espanés

Repetición del Pago Indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina

69

Entrevista al Doctor Nicolás de Piérola

75

Manuel Pachón

La Acción de Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario Andino

89

Baldo Kresalja

La Decisión 313

107

Gonzalo Salas

Los Delitos contra la Propiedad Industrial en el nuevo Código Penal de 1991

115

Jurisprudencia Comentada

Fernando García

La Capitalización de Intereses en las Deudas Laborales

119

Reseñas de Tesis

Segunda Epoca / 1992 / Nº 23

PRESENTACIÓN

Comprometidos con la decisión de llevar adelante nuestros ideales, qué mejor ocasión y espacio para rendir homenaje a nuestra Casa de Estudios en su setentaicinco aniversario, al mismo tiempo que a toda la Comunidad Universitaria.

Ajenos a la indiferencia y próximos a la realidad en que vivimos -y sin la intención de expresar un juicio de valor- miramos con esperanza los cambios político sociales experimentados por nuestra sociedad, producto del esfuerzo del actual Gobierno, que, ha decidido iniciar la marcha hacia los cauces de la Constitucionalidad. Tarea de titanes, el Derecho y la Democracia nos comprometen a alentar y cristalizar esa esperanza, mostrando primero y consolidando después, al Perú como un país libre, pacificado y posible.

Sin que el devenir en que vivimos nos aparte de aquella línea de publicaciones abocadas a la difusión y análisis de la disciplina jurídica, la entrega número 23 de *Thémis* constituye, una vez más, reconfortante respuesta a las exigencias de aquéllos a quienes nos debemos, nuestros lectores.

Para ellos, la presente edición cuenta con importantes trabajos de reconocidos autores extranjeros, entre ellos Guido Calabresi, que muestra una arista más del enfoque económico del Derecho; Moisset de Espanés que desarrolla el tema de la Repetición del pago indebido; Manuel Pachón, con la interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino; Salvador del Rey Guanter, destacado laboralista español que a través de una entrevista resalta los nuevos alcances del Derecho del Trabajo; y, aunque no extranjero pero radicado en España, Wilfredo Sanguinetti se ocupa del tema de la contratación temporal.

Por su parte, entre los autores nacionales, se cuenta con artículos de Baldo Kresalja, que desarrolla el panorama legislativo de la Propiedad Industrial muy bien complementado por Gonzalo Salas, egresado de la Facultad, que brinda alcances penales sobre la materia; Juan Monroy Gálvez, destacado procesalista nacional, realiza un muy buen estudio de la Postulación del Proceso en el nuevo Código Procesal Civil; hacen lo propio Ricardo Herrera con un trabajo sobre la interpretación del convenio colectivo y Augusto Alvarez Rodrich que aborda el tema de la Privatización de Empresas Estatales. Aparece también una entrevista a Nicolás de Piérola sobre el Tribunal Andino de Justicia.

Completando la edición, presentamos un comentario de jurisprudencia sobre la capitalización de intereses a cargo de Fernando García, destacado ex-alumno de la Facultad y hoy prometedor profesor del área laboral, y las siempre interesantes Reseñas de Tesis.

El Comité Directivo.

Los Objetivos de La Privatización de Empresas Estatales¹

Augusto Alvarez Rodrich².

La afirmación de que la iniciativa privada puede tener un rol mayor a la intervención estatal en el desempeño de muchas actividades no es, ciertamente, una idea reciente. Adam Smith la popularizó hace más de dos siglos en la *Riqueza de las Naciones*: «La venta de tierras de la Corona en cada una de las grandes monarquías de Europa produciría importantes sumas de dinero que, de ser aplicadas al pago de las deudas públicas, generarían recursos mucho mayores de los que podrían haber generado para la Corona ... Si las tierras de la Corona se convirtieran en propiedad privada, en el curso de los siguientes años serían mejoradas y mejor cultivadas».

Origen reciente de la privatización

Pero el concepto de la privatización adquirió en la década pasada un impulso renovado a la luz de las expectativas que ha despertado en muchos países, tanto desarrollados como en desarrollo. De un modo simple, la privatización puede ser definida, como en el diccionario económico de Penguin, del siguiente modo: «Principalmente, la venta del patrimonio de propiedad del Estado en industrias nacionalizadas o en otras empresas comerciales a inversionistas privados, con o sin la pérdida del control gubernamental en dichas organizaciones» (Bannock et al 1987:327). Sin embargo, siendo un concepto que es posible enunciar de una manera bastante simple, la privatización encierra diversas complejidades.

Hanke (1988:2) hace notar que el término «privatization» fue introducido recién en la edición de

1983 del Diccionario Webster. Y Norman Macrae (1991:17) señala que es probable que la palabra *privatización* apareciera impresa por primera vez en la revista inglesa *The Economist*, hace unos 30 años. Pero entonces la privatización no era una política de moda sino todo lo contrario. Por ello, agrega Macrae, los autores que hacia 1960 utilizaban la palabra privatización en las páginas de *The Economist* eran parte de «una cruzada sin mayor futuro» ante los discursos de personalidades como J.K. Galbraith, quienes le explicaban a los políticos que los intereses de los pobres podían ser mejor defendidos mediante un mayor gasto público a través de monopolios dirigidos por ellos mismos, en lugar de hacerlo a través de mecanismos de mercado.

En ese contexto, entre 1960 y 1980 se produjo en la mayoría de países un significativo crecimiento del rol económico del Estado, incluyendo el de las empresas estatales. Según cifras del FMI, entre 1960 y 1980 el gasto público de la mayoría de países aumentó a un ritmo anual de entre 2 y 3 por ciento, especialmente entre 1960 y 1975 (Berg 1987a:23). El incremento del papel de las empresas estatales no fue menos notorio. Así, México tenía 150 empresas estatales en 1960, y en 1980 más de 500; en Brasil existían 150 empresas estatales en 1960 y a inicios de 1980 eran entre 600 y 700; en Tanzania habían 50 empresas estatales en 1967 y 400 en 1981³. En el Perú, por su parte, entre 1968 y 1977 se produjo un crecimiento de similar intensidad, al crecer el número de empresas de 18⁴ a 174.

1. Este artículo es parte del libro **Principios de Empresas Estatales y Privatización**, que publicará en breve la Universidad del Pacífico.
2. Economista de la Universidad del Pacífico y master en Administración Pública de la Universidad de Harvard. Es editor general de Apoyo, profesor del Departamento de Economía y de la Escuela de Post grado de la Universidad del Pacífico e investigador asociado de Grade.
3. Información recogida de The World Bank (1983:90) y Berg (1987a:24).
4. Dependiendo la definición de empresa estatal que se utilice, este número podría llegar a 40. Aunque el número de unidades suele ser un indicador poco representativo de la magnitud del sector de empresas estatales en relación, por ejemplo, a indicadores como la participación en la producción nacional, ambos suelen tener una correlación. En el caso peruano, la participación de las empresas estatales en el PBI aumentó, entre 1968 y 1977, de entre 1 y 6 por ciento a más de la quinta parte.

Entonces la corriente predominante en los niveles académico y político era que las empresas estatales podrían tener una formidable contribución al desarrollo económico, evitando la concentración de la riqueza en pocas manos, reduciendo el poder del capital extranjero y promoviendo un crecimiento más acelerado a través de un fuerte proceso de inversión⁵.

Los ochenta, en cambio, trajeron un creciente interés por parte de los gobiernos para reducir el rol del Estado en la economía y para privatizar empresas estatales, tendencia que se acrecentó a inicios de los noventa. Según el Banco Mundial, en 1988 existían no menos de 83 países en donde, con distintos grados de importancia, la privatización formaba parte de los planes gubernamentales (Vuyksteke 1988).

El eclipse de las empresas estatales

Los deseos de los gobiernos por privatizar sus empresas pueden ser explicados por dos grupos de factores. El primero consiste en motivos *ideológicos*, es decir, en la creencia *a priori* que una economía en la que prima el sector privado y en la que el mercado es el principal asignador de los recursos es superior a una economía en la que imperan los modelos intervencionistas⁶.

El segundo grupo de factores que puede explicar el interés de muchos gobiernos por la privatización - varios de ellos con una orientación ideológica no necesariamente proclive a favorecer la plena utilización de las fuerzas del mercado en la economía - incluye una serie de razones básicamente *pragmáticas*, es decir, respuestas concretas a problemas específicos. Diversos estudios sostienen que estos son los factores más importantes para explicar este importante giro en la orientación económica de los gobiernos⁷.

Esto no debería ser una sorpresa si se tiene en cuenta que diversos estudios, como el de Jones y Mason (1982), demuestran que el proceso de proliferación de empresas estatales ocurrido entre 1960 y 1980 también puede ser explicado por razones pragmáticas, las que de manera prioritaria determinaron el tamaño y la estructura de los sectores de empresas estatales en los países en desarrollo.

Si la mayoría de los procesos de estatificación respondió a razones pragmáticas, es posible enten-

der los esfuerzos de privatización como una respuesta en sentido inverso ante modificaciones de aquellas razones o a la aparición de otros factores que las opacaron. Ello explicaría que países con ideologías tan diferentes se propongan hoy en día emprender programas de privatización.

Según Vernon (1985), los principales factores comunes que modificaron el entorno en el cual se produjo la expansión de las empresas estatales son, en primer lugar, las severas restricciones fiscales desde finales de los 70 y el menor deseo y/o posibilidad de los gobiernos de endeudarse en los mercados locales e internacionales para cubrir los desbalances fiscales. En las décadas anteriores, las empresas estatales representaban para el gobierno la posibilidad de contar con instrumentos para canalizar subsidios. Sin embargo, cuando las empresas generan flujos de caja negativos y, a la vez, el gobierno no está en capacidad de solventarlos, surge el deseo de deshacerse de ellas.

En segundo lugar, Vernon destaca la comprobación de los múltiples problemas que los gobiernos han enfrentado en las labores de control y supervisión de las empresas estatales, lo que afecta los deseos de continuar utilizando esta herramienta para perseguir determinados objetivos gubernamentales.

Y en tercer lugar se encuentra una serie de factores que han modificado el entorno económico en el que se desempeñan las empresas estatales, particularmente de los países en desarrollo; es decir, factores que durante los años sesenta y setenta coadyuvaban al crecimiento de las empresas estatales pero que, al haberse modificado a partir de los ochenta, actúan en la dirección contraria. Entre éstos se encuentra la dificultad para acceder al mercado internacional de capitales; el cambio en la actitud de los organismos financieros multilaterales; la tendencia decreciente de muchos de los precios de los recursos naturales; y el convencimiento de que las demandas tanto técnicas como gerenciales para conducir las empresas estatales son escasas en los países en desarrollo.

Así, son razones pragmáticas las que fundamentalmente vienen *eclipsando* el deseo de los gobiernos de seguir siendo propietarios de empresas. Vernon estima en su análisis que el entusiasmo por la privatización

5. Incluso, organismos como el Banco Mundial promovieron en los sesenta la creación de empresas estatales como una manera de generar estructuras empresariales dentro del Estado, a las cuales prestarles fondos con una menor posibilidad de corrupción y mayor eficiencia en relación a los ministerios.

6. Los procesos de privatización iniciados en Inglaterra desde 1979 y en Chile desde la segunda mitad de los 70 responden, en buena parte, a motivaciones ideológicas.

7. Véase, por ejemplo, Vernon (1985), Glade (1983), Boneo (s/f) y Cowan (1987).

estará vigente en tanto los factores anteriormente mencionados sigan siendo válidos. Si ocurriera alguna modificación sustancial en los mismos, es posible que los gobiernos vuelvan a tener incentivos para asumir actividades empresariales; por ello el concepto de «eclipse».

Retórica robusta, realidad anémica

Sin embargo, a pesar del enorme interés expresado por muchos gobiernos por privatizar empresas estatales, este propósito ha sido hasta el momento más retórico que real⁸. Existen diversos estimados con respecto al avance de la privatización a nivel mundial hasta el momento. Según Fixler et al (1989:234), hasta 1986 se habían obtenido ingresos por la venta de empresas estatales en todo el mundo equivalentes a US\$18,000 millones, y en 1987 éstas se elevaron a US\$98,000 millones. Por su parte, según los estimados de Reason Foundation (1990), las ventas totales de empresas estatales en el mundo entre 1980 y 1989 -incluyendo transferencia de activos- fueron de US\$185,000 millones⁹.

Entre los países desarrollados, una experiencia de privatización importante es la de Inglaterra, iniciada en 1979¹⁰. En ese año, las actividades de las empresas estatales representaban el 10.5 por ciento del PBI, daban empleo a 2.065 millones de personas y representaban más de la séptima parte de las inversiones fijas. Hacia 1987, la participación de las empresas estatales en el producto total había descendido en aproximadamente un tercio, siendo de 7.5 por ciento, y se habían transferido al sector privado unos 800,000 trabajadores. En ese período se vendieron al sector privado 54 empresas estatales -tan diversas como British Aerospace, British Gas y diez compañías de suministro de agua y alcantarillado- y, en general, se ha logrado obtener alrededor de US\$57,000 millones por este concepto. Este proceso permitió el incremento del número de propietarios de acciones empresariales en Inglaterra de 2 a 12 millones, y una reducción del sector estatal estimada en 40 por ciento. El proceso ha continuado en los años siguientes¹¹.

En relación a los países en desarrollo, lo que hasta ahora existe son experiencias singulares de gobiernos que han logrado aplicar programas de privatización afectando a una parte significativa de su sector de empresas estatales¹², destacando a este respecto los casos de Chile y Bangladesh (Berg 1987b)¹³.

En el caso chileno, el número de empresas estatales creció durante el gobierno del presidente Salvador Allende de 46 a alrededor de 600, representando su producción, al final de dicho régimen, alrededor de la mitad del PBI. Desde 1974 hasta 1985, se vendió propiedad empresarial del Estado por un monto de US\$1,082 millones, siendo el promedio anual de venta en dicho período de 0.71 por ciento del PBI (Nankani 1988:18-20). Al fin del período mencionado, aún quedaban en manos del Estado 66 empresas estatales que representaban un patrimonio de US\$11,000 millones y alrededor del 18 por ciento del producto (Shirley 1983:59). Ejemplos de este tipo confirman que aún en los casos más avanzados, la privatización es un proceso lento, por lo que esta política gubernamental debe ser entendida como un proceso cuya aplicación requiere de un plan de largo aliento.

¿Por qué ha marchado tan lentamente la privatización, a diferencia del entusiasta discurso público de diferentes gobiernos? La mayor parte de estudios sobre el tema destaca los impedimentos de carácter económico como los principales obstáculos para la adecuada aplicación de la privatización. Algunos de los mismos son las dificultades en la valorización, el escaso desarrollo del mercado de capitales, o los problemas para encontrar compradores con capacidad para adquirir empresas de grandes dimensiones.

Sin embargo, Cook y Minogue (1990) señalan que un análisis de los éxitos y fracasos de los experimentos de privatización basado únicamente en los factores económicos subestima la complejidad de la importancia que tiene el proceso de implementación en sí, en el cual cobra mayor importancia la influencia de los procesos políticos y administrativos particulares de cada contexto institucional¹⁴.

8. Ver, por ejemplo, Nankani (1988) y Candoy-Sekse, (1988).

9. Según la misma fuente, los acumulados entre 1980 y los años previos, son los siguientes: hasta 1988: US\$160,000 millones; hasta 1987: US\$117,000 millones; hasta 1986: US\$23,000 millones; y hasta 1985: US\$7,000 millones.

10. Sobre este tema existe abundante literatura. Una breve revisión global puede encontrarse en Redwood (1987).

11. Se combina información de Vickers y Yarrow (1988), *The Economist* (1989) y Deming (1990).

12. Ver, por ejemplo, Coburn y Wortzel (1986). Una revisión de casos como los de Canadá, Chile, Italia, Malasia, España, Sri Lanka y Togo pueden encontrarse en Nankani (1988); un inventario de la experiencia de la mayor parte de países en materia de privatización puede verse en Candoy-Sekse (1988); para el caso latinoamericano, puede verse la edición especial de *LatinFinance* «Privatization in Latin America», marzo 1991.

13. Cabe destacar que si bien el caso chileno puede ser considerado como exitoso en su conjunto, en el camino hubo muchos errores en su aplicación que llevaron a que, por ejemplo, muchas empresas privatizadas fracasaran y tuvieran que ser rescatadas por el gobierno.

14. Una ampliación de estos asuntos puede verse en Grindle (1984).

Entre estos factores se encuentran la resistencia que las burocracias han realizado a la privatización; la oposición de los sindicatos, especialmente en contextos en donde éstos se encuentran adecuadamente organizados y la privatización implica la reducción de los niveles de empleo; la oposición de grupos de interés vinculados a las operaciones de las empresas estatales; la visión que, en mayor o menor medida, existe en la sociedad respecto del rol que las empresas estatales deben cumplir en favor del bienestar social; o la incertidumbre política que caracteriza a muchos países en desarrollo. Así, de acuerdo a este enfoque, son las interacciones políticas, antes que las de carácter económico, las que, principalmente, han obstaculizado la privatización.

Los objetivos de la privatización

Los gobiernos que recurren a la privatización de empresas estatales lo hacen para alcanzar una variedad de objetivos. Algunos de los más frecuentes se mencionan a continuación.

a) Aplicar una ideología liberal bajo la creencia *a priori* que se requiere una transformación política de la sociedad convirtiéndola en menos estatista y más orientada hacia el mercado.

b) Corregir desequilibrios en las finanzas públicas, mediante la reducción de la carga financiera que las empresas estatales ocasionan o a través de la generación de ingresos para el Tesoro como resultado de la operación de venta.

c) Aumentar la eficiencia y la competitividad en la economía, bajo el supuesto que la privatización generará gerencias con mayor interés por la innovación, más aptas para responder a las señales del mercado y predisuestas a actuar de acuerdo a la disciplina que éste impone.

d) Difundir la participación en la propiedad empresarial en la sociedad.

e) Aumentar la eficiencia de las empresas estatales, situación aplicable a los casos de privatización parcial o cuando lo que se desea es proveer a las empresas de capitales privados -nacionales o extranjeros- dada una situación de descapitalización.

f) Ofrecer oportunidades para el fortalecimiento y desarrollo del sector privado.

g) Cumplir con el propósito original del gobierno al participar en una empresa, cuando entre los objetivos iniciales estaba el de emprender una actividad que pudiera ser transferida al sector privado una vez que se hubieran cumplido ciertos requisitos, o porque la empresa fue estatificada por razones de su fracaso en el sector privado y ya se ha cumplido con reflotarla.

h) Reducir la interferencia política en el proceso de toma de decisiones empresariales.

i) Reducir la carga administrativa y gerencial que representan para el sector público ciertas empresas con muchos problemas, a la vez que liberar recursos que se podrían asignar al cumplimiento de los roles fundamentales del Estado.

j) Responder a presiones de organismos financieros multilaterales y de agencias gubernamentales para incorporar programas de privatización como parte de la condicionalidad para el desembolso de recursos financieros¹⁵.

k) Reducir el poder de los sindicatos públicos.

La lista anterior puede ampliarse al punto que, en general, pueden haber tantos propósitos como gobiernos existan con el deseo de emprender programas de privatización. Generalmente, la estrategia de privatización incluye una combinación de los objetivos anteriormente mencionados.

Sin embargo, es importante tener presente que la combinación de algunos de estos objetivos en un mismo programa de privatización puede resultar contradictoria. Por ejemplo, es claro que hay un conflicto entre el objetivo de maximizar los ingresos provenientes de la venta de una empresa estatal y el de mejorar, paralelamente, los niveles de competencia. Esto es especialmente cierto en el caso en que se transfiere una actividad monopólica del sector público al privado, situación en la que la magnitud de los ingresos que recibirá el Tesoro tendrá una relación inversa con el grado de competencia y rivalidad que se produzca posteriormente. Por esta razón, es usual que los bancos agentes que asesoran a gobiernos en materia de privatización adviertan a los mismos que el fraccionamiento de las actividades de una empresa estatal generalmente reducirá los ingresos procedentes de la venta y que, incluso, podría afectar el éxito de la venta. Asimismo, es claro que el objetivo de maximizar los ingresos procedentes de la venta puede no ser compatible con el objetivo de maximizar la difusión de la propiedad a través de un amplio número de accionistas, puesto que esto último requeriría subvaluar el precio de las acciones¹⁶.

Cada tipo de objetivo será defendido por determinados sectores del gobierno. Por ejemplo, el objetivo de maximizar los ingresos provenientes de la venta suele ser defendido por los encargados de la hacienda pública, mientras que objetivos como la maximización del número de accionistas estará más vinculado a los sectores encargados del manejo político del régimen¹⁷.

15. Ver, por ejemplo, Austin, Wortzel y Coburn (1986:53).

16. Véase, por ejemplo, Hartley y Parker (1991:12) o Heald (1991:20).

17. Usualmente, como en los casos inglés o neozelandés, las propuestas vinculadas al manejo de la hacienda pública suelen imponerse. Ver Heald (1991:20-21).

Hacia una mayor eficiencia

La importancia de la precisión del objetivo a priorizar radica en que éste no sólo determinará las empresas estatales a incluir en el programa de privatización sino, también, la propia estrategia de privatización. Así, por ejemplo, si se prioriza el objetivo de reducir la carga administrativa y gerencial que significan las empresas estatales, la estrategia podría consistir en vender, en primer lugar, las empresas con más problemas.

Uno de las diferencias más importantes entre los procesos de privatización emprendidos en los países desarrollados y en los países en desarrollo, es que, en el caso de los segundos, el principal objetivo que se suele establecer es el de deshacerse de las empresas que pierden dinero (Berg 1987a). Pero este enfoque suele ser equivocado pues puede convertirse en una seria traba para contribuir al objetivo más importante de un programa de privatización, que es el de promover una mayor eficiencia y competitividad en la economía a través de una adecuada provisión de bienes y servicios.

En este sentido, es importante identificar aquellos objetivos que pueden obstaculizar dicho propósito central. Es el caso de la búsqueda de recursos fiscales como objetivo central de un programa de privatización, como señala Kuczynski:

«Una razón subalterna (para la privatización) en la que algunos gobiernos tienen gran interés, es aliviar las presiones presupuestarias. Sin embargo, la venta de compañías sólo reporta una 'renta por una vez'; no constituye una forma permanente o saludable de equilibrar el presupuesto. Además, si uno espera obtener una renta importante de la venta de una propiedad estatal, generalmente se equivoca. El alivio presupuestario que proporciona la venta de bienes estatales proviene, en gran parte, del recorte que ello significa en el flujo de subsidios futuros del Estado.» (Riecken 1986)

Cuando los gobiernos establecen que la privatización será una fuente importante para mejorar las finanzas públicas, usualmente aplicarán una estrategia que otorgue prioridad a la venta de las empresas más rentables para generar liquidez rápidamente, y la venta o liquidación de las empresas que más pierden para reducir los egresos. Pero un programa de privatización que tenga tal direccionalidad puede no alcanzar sus resultados¹⁸ e, incluso, impedir que se capten los principales beneficios que una privatización puede ofrecer.

Por un lado, el monto recaudado por la venta en el corto plazo puede ser reducido debido a que existen diversas restricciones que llevan a que los procesos de privatización sean particularmente lentos y complejos. Asimismo, la urgencia de generar caja a partir de los ingresos de la venta de las empresas presionará al gobierno a aceptar un importante descuento en el precio que se podría obtener de conducirse una privatización

más ordenada. En general, si se buscan resultados rápidos, es probable que se obtengan valores bajos de transferencia.

El objetivo de mejorar las finanzas públicas a través de la privatización tampoco puede ser fácil de lograr porque, usualmente, la mayor parte del déficit que originan las empresas estatales se concentra en las firmas más grandes, las cuales normalmente enfrentan procesos de privatización más complicados y lentos. Asimismo, es necesario tener en cuenta que, en la mayoría de casos, los factores que generan el déficit obedecen, principalmente, a la distorsión en el establecimiento de sus precios y tarifas, y no necesariamente a factores de ineficiencia interna, lo que usualmente constituye una decisión exógena a las propias administraciones de las empresas estatales. Al respecto, Vernon (1989:22) afirma que «es mucho más fácil rastrear el déficit de las compañías estatales en las políticas erradas de sus propios gobiernos que en lo que atañe a la ineficiencia supuestamente inherente a ellas».

En todo caso, estos son temas que podrían ser resueltos como parte de un reforma global del enfoque del programa económico. Si el desequilibrio fiscal es un problema crítico en la economía, su solución debe ser encarada con políticas como una reforma tributaria, una reestructuración del gasto público, o una adecuada política tarifaria. Incluso, la posibilidad de generar ingresos fiscales mediante la privatización puede crear incentivos al gobierno para postergar la ejecución de una reforma tributaria. La privatización puede, colateralmente, contribuir al objetivo de mejorar los ingresos del Tesoro, pero no puede convertirse en su instrumento central ni reemplazar a la tributación. Así, es importante entender que algunos de los fines que generalmente se proponen para la privatización pueden ser alcanzados sin tener que recurrir necesariamente a un programa de privatización de la propiedad.

Por ello, es crítico resaltar que el objetivo central de un programa de privatización debe ser el contribuir a una producción eficiente de los bienes y servicios en la sociedad. Esta es la conclusión central de un trabajo del FMI con respecto a las implicancias de un programa de privatización en un plan global de ajuste económico:

«... la privatización debe ser evaluada en términos de su efecto en la eficiencia económica. La eficiencia económica no sólo es la clave para mejorar la gestión del sector de empresas estatales, sino que es la fuente de otros beneficios generalmente atribuidos a la privatización, particularmente su impacto favorable en el presupuesto. Muchos de los otros beneficios asociados a la privatización -por ejemplo, reducir el poder de los sindicatos del sector público o difundir la propiedad- son improbables de ser vinculados a mejoras en la eficiencia. Y si realmente son deseables, probablemente pueden ser más efectivamente alcanzados mediante otras polí-

18. Salvo que se plantee el "remate" de las empresas, lo que constituiría un pobre objetivo.

ticas, como una reforma de las leyes sindicales, incentivos tributarios o la promoción del ahorro.» (Hemming y Mansoor 1988:19)

El mismo concepto es destacado por un informe del Banco Mundial que revisa exhaustivamente los métodos de privatización:

«Sería superficial considerar la privatización como la panacea para las diversas dificultades que enfrenta el sector público en muchas economías, como si un mero cambio en la propiedad o la introducción de una gerencia privada podría *per se* pavimentar la ruta de la eficiencia económica y financiera. Extensivos esfuerzos están en camino en muchos países para

mejorar la organización y los resultados de la gestión de las empresas estatales, y la privatización constituye tan sólo uno de los muchos métodos para este tipo de reestructuraciones.» (Vuylsteke 1988:xi)

En relación al conjunto de objetivos mencionado anteriormente, en este libro se plantea que el propósito fundamental y prioritario en un programa de privatización de empresas estatales debe ser el de contribuir a que los bienes y servicios generados actualmente por estas organizaciones sean producidos eficientemente -es decir, más baratos, de mejor calidad y en el momento oportuno-. En ese sentido, es importante recordar que la privatización es un medio para alcanzar tal propósito y no un fin en sí mismo.

Referencias

- Austin, James E., Wortzel, Lawrence H. y Coburn, John F.
- 1986 «Privatizing State-Owned Enterprises: Hopes and Realities». *The Columbia Journal of World Business*. Vol. XXI, No. 3 (otoño).
- 1987 *The Penguin Dictionary of Economics*. Londres: Penguin Group.
- Berg, Elliot
- 1987a «The Role of Divestiture in Economic Growth». En: Hanke, Steve S. (editor), *Privatization and Development*. San Francisco, California: International Center for Economic Growth.
- 1987b «Privatización: Desarrollo de un Enfoque Pragmático». *Perspectivas Económicas*. No. 1987/1 (pp. 6-11).
- Boneo, Horacio
- s/f *Some Preliminary Thoughts on Privatization*, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires (mimeógrafo).
- Candoy-Sekse, Rebecca
- 1988 *Techniques of Privatization of State-Owned Enterprises, Volume III, Inventory of Country Experience and Reference Materials*. Washington: Banco Mundial, World Bank Technical Paper No. 90.
- Coburn, John F. y Wortzel, Lawrence H.
- 1986 «The Problem of Public Enterprise in Developing Countries: Is Privatization the Solution?». En: Glade, William P., *State Shrinking: A Comparative Inquiry into Privatization*. Austin: Office for Public Sector Studies, Institute of Latin American Studies, The University of Texas at Austin.
- Cook, Paul y Minogue, Martin
- 1990 «Waiting for privatization in developing countries: towards the integration of economic and non-economic explanations». *Public Administration and Development*. Vol. 10 (pp. 389-403).
- Cowan, L. Gray
- 1987 «A Global Overview of Privatization». En: Hanke, Steve S. (editor), *Privatization and Development*. San Francisco, California: International Center for Economic Growth.
- Deming, Angus
- 1990 «Years of Hope and Glory», *Newsweek* (edición para América Latina), diciembre 3, 1990, pp. 16-17.
- Fixler, Philip E., Poole, Robert W. y Scarlett, Lynn
- 1989 «1987, el año de la privatización». En: Cámara de Comercio de Bogotá, *Privatización: Una alternativa para el desarrollo*. Bogotá.
- Glade, William P.
- 1983 *The Privatization and Denationalisation of Public Enterprises*. Austin: The University of Texas at Austin, Institute of Latin American Studies, No. 258 Offprint Series.
- Grindle, Merrilee S.
- 1984 *Politics and Policy Implementation in the Third World*. Princeton: Princeton University Press.
- Hanke, Steve H. (editor)
- 1987 *Prospects for Privatization*. Nueva York: American Political Science Academy Press.
- Hartley, Keith y Parker, David
- 1991 «Privatization: A Conceptual Framework». En: Ott, Attiat F. y Hartley, Keith (editores), *Privatization and Economic Efficiency*. Hants: Edward Elgar Publishing Limited (pp. 11-25).
- Heald, David
- 1991 «How much privatization should there be in developing countries?». Monografía presentada en la conferencia internacional «Public versus Private Enterprise: In Search of the Real Issues»,

- organizada por la sección belga de CIRIEC y el Departamento de Economía de una Universidad de Liege, en Liege, el 4-5 de abril de 1991 (mimeógrafo).
- Hemming, Richard D. y Mansoor, Ali M.
- 1988 *Privatization and Public Enterprises*. Washington: Fondo Monetario Internacional, Occasional Paper No. 56.
- Jones, Leroy P. y Mason, Edward S.
- 1982 «Role of economic factors in determining the size and structure of the public-enterprise sector in less-developed countries with mixed economies». En: Jones, Leroy P. (editor), *Public enterprise in less-developed countries*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Latin Finance
- 1991 «Privatization in Latin America», edición especial, marzo.
- Macrae, Norman
- 1991 «A future history of privatisation». *The Economist*, diciembre 21-enero 3, Londres.
- Nankani, Helen
- 1988 *Techniques of Privatization of State-Owned Enterprises, Volume II: Selected Country Case Studies*. Washington: Banco Mundial, World Bank Technical Paper No. 89.
- Reason Foundation (1990)
- 1990 *Privatization 1990*. Cuarto reporte anual. Santa Mónica, California.
- Redwood, John
- 1987 «The Case of Britain». En: Hanke, Steve S. (editor), *Privatization and Development*. San Francisco, California: International Center for Economic Growth.
- Riecken, Richard
- 1986 «Políticas para Promover la Privatización, entrevista a Pedro-Pablo Kuczynski». *Perspectivas Económicas*. 86/4, Washington.
- Shirley, Mary M.
- 1983 *Managing State-Owned Enterprises*. Washington: The World Bank.
- The Economist
- 1989 «The mother of Privatization», setiembre 16, pp. 17-18.
- The World Bank
- 1983 *World Development Report 1983: The Challenge of Development*. Nueva York: Oxford University Press.
- Vernon, Raymond
- 1985 *Eclipse of the State-Owned Enterprises: Causes and Consequences*. Cambridge (mimeógrafo).
- 1989 «La Promesa y el Reto de la Privatización». En: Camara de Comercio de Bogotá, *Privatización: Una alternativa para el desarrollo*. Bogotá.
- Vickers, John y Yarrow, George
- 1988 *Privatization: An Economic Analysis*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
- Vuylsteke, Charles
- 1988 *Techniques of Privatization of State-Owned Enterprises. Vol. 1, Methods and Implementation*. Washington: The World Bank, Technical Papers 88.



Porque sólo los mejores tienen nombre propio...

NUEVOS FIDEOS DE SEMOLA DE GRANO DURO nicolini



- Alimento 100% natural, sin colorantes.
- 0% colesterol.
- Elaborado con 100% de sémola de Trigo de grano duro.

Con el mejor sabor.
Con el prestigio de una marca que viene produciendo fideos de calidad durante más de cuatro generaciones.
Como en las mejores cocinas del mundo.

Y con la calidad y garantía NICOLINI, presentamos ahora, los **nuevos Fideos de Sémola de Grano Duro NICOLINI**: una deliciosa alternativa para sus recetas. Pruébelos hoy y exíjalos siempre.

Porque sólo los mejores tienen nombre propio: **NICOLINI**

nicolini...es de la familia!

La Contratación Temporal en la Ley de Fomento del Empleo*

Wilfredo Sanguinetti Raymond**.

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca.

Es indudable que a través del Decreto Legislativo 728 (en adelante LFE) se ha operado una profunda reforma del sistema de contratación laboral vigente con anterioridad en nuestro país.

Esta reforma ha sido llevada a cabo por el Poder Ejecutivo en virtud de la delegación de facultades legislativas en materia de fomento del empleo acordada por el Congreso a través de la Ley 25327. En esta ley el Congreso se ocupó de señalar las pautas que debía seguir el Ejecutivo para regular la materia objeto de delegación. Así, en lo que al tema que será objeto de análisis se refiere, la ley 25327 contenía un encargo muy preciso: «flexibilizar las modalidades de contratación laboral»; si bien sometía este mandato a un límite infranqueable: dicha «flexibilización» debería llevarse a cabo «respetando las normas constitucionales de estabilidad laboral».

Quedaban, así, indentificados los dos grandes ejes de la reforma: «flexibilización» de un lado y «estabilidad en el empleo» del otro. La tarea del Ejecutivo consistía, precisamente, en compatibilizar ambos principios, dando lugar a una regulación de la contratación laboral lo suficientemente flexible como para adaptarse y satisfacer eficientemente las necesidades de fuerza de trabajo de las empresas, pero que, a la vez, mantenga en vigencia el principio según el cual el contrato de trabajo debe durar tanto como la fuente que le dió origen (es decir, a labores de carácter permanente debe corresponder la celebración de contratos por tiempo indefinido, en tanto que, para las labores de alcance limitado en el tiempo podrán celebrarse contratos de duración determinada).

El camino marcado era, pues, muy distinto al seguido por la administración anterior, que optó mas bien por «flexibilizar» el mercado de trabajo y «fomentar el empleo» permitiendo la contratación de trabajadores temporales para la atención de labores permanentes, mediante la creación del PROEM.

Naturalmente, no era éste un camino fácil de recorrer, pero no tanto porque «flexibilidad» y «estabilidad en el empleo» resulten necesariamente incompatibles (personalmente entiendo que no es así), sino porque el marco jurídico vigente con anterioridad ofrecía ya un amplio espacio para adaptar la contratación temporal a las necesidades de las empresas, que difícilmente podía ser ampliado por la legislación posterior (al menos si lo que se pretende es no rebazar el principio de estabilidad en el empleo).

En efecto, aunque en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 728 se señala que «la normatividad vigente aún mantiene un marco formal rígido e ineficiente, que representa un verdadero obstáculo para las mayorías nacionales que carecen de trabajo», en lo que al derogado D.L. 18138 se refiere entiendo que ésta es una afirmación inexacta. El artículo 1 del D.L. 18138 disponía simplemente que «en los centros de trabajo donde se realicen labores que por su naturaleza sean permanentes o continuas, los contratos individuales a plazo fijo para una obra determinada, sólo podrán celebrarse en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar». De este modo, la norma no ofrecía una tipificación cerrada y taxativa de todas y cada una de

Ponencia en el I Curso Superior de Actualización en Derecho Laboral, realizado en la PUC del 4 al 17 de Agosto de 1992.

Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca. Realizó estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Su tesis doctoral, titulada «Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales», ha obtenido el premio «Trabajo y Seguridad Social» 1992, concedido por el Ministerio de Trabajo de España.

las causas de temporalidad admitidas, sino que se conformaba con sancionar el principio de «los contratos temporales sólo para labores temporales» mediante una cláusula general, susceptible de adaptarse más fácilmente a las circunstancias específicas de cada caso concreto.

No puede acusarse, pues, al D.L. 18138 de «inflexible», al menos desde esta perspectiva.

De allí que el enunciado de esta norma haya sido literalmente transcrito por el legislador delegado en el artículo 92 de la LFE, al señalarse que «los contratos sujetos a modalidad podrán celebrarse cuando así lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar». Precisamente, es al amparo de esta cláusula general que la nueva regulación pasa a enumerar hasta 9 distintos tipos de contrato temporal causal (los denominados «contratos de trabajo sujetos a modalidad»).

Se pasa así, de un sistema genérico (unánimemente considerado por la doctrina como el más flexible) a un sistema de lista, aunque no se trata de un sistema de lista cerrada, ya que el artículo 125 aclara que «cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente (por la ley) podrá contratarse siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse». Se trata, obviamente, de una solución que brinda gran versatilidad a la contratación temporal causal, pero, desde luego, no más amplia ni más flexible que la ya prevista por el D.L. 18138.

En lo que sí, el Decreto Ley derogado podía ser calificado de ineficiente era en cuanto al mecanismo de control de la contratación por el previsto, consistente en la necesaria aprobación de todos y cada uno de los contratos temporales por la Autoridad Administrativa de Trabajo (artículo 3). Sobre este punto, posiblemente el D.L. 18138 pecaba «por exceso» (se trata, obviamente, de una solución excesivamente burocrática), pero también «por defecto», al dejar al solo criterio de la Autoridad de Trabajo la apreciación de las circunstancias de cada contrato temporal, sin otorgarle mayores criterios a los cuales ceñirse, ni reglas imperativas a las cuales adaptar su actuación. Así las cosas, el soporte de todo el sistema quedaba en manos de la discrecionalidad de la mencionada Autoridad, la cual convirtió el trámite de aprobación de los contratos en un mero formulismo, que en ningún caso representó una efectiva barrera contra el uso fraudulento de la contratación temporal, que se produjo en proporciones considerables.

Frente a este panorama, la solución planteada por la LFE radica, de un lado, en «desburocratizar» en algo el sistema, y, del otro, en establecer una serie de garantías destinadas a evitar el empleo de la contratación temporal como vía de elusión de la estabilidad laboral.

En cuanto a lo primero, el artículo 116 simplifica el trámite de aprobación de dichos contratos, concediéndola automáticamente con la sola presentación de la solicitud correspondiente. No obstante, se prevé la posibilidad de una verificación, cuando la Autoridad de Trabajo lo considere necesario o cuando la solicitud haya sido presentada vencido el plazo de 8 días.

En relación a lo segundo, además de la presunción en favor del contrato de trabajo por tiempo indefinido consagrada por el artículo 37, la norma fija plazos máximos de duración para la mayoría de los contratos temporales, recoge una enumeración de supuestos en los que el contrato temporal, por fraudulento, se considerará como uno de carácter indefinido (artículo 120), y busca evitar la conversión de contratos permanentes en temporales, mediante la imposición de límites a las recontrataciones (artículo 121). Es más, a esto hay que añadir la existencia de una norma dirigida a impedir que la contratación temporal opere como mero mecanismo de provisión de mano de obra barata para las empresas. Se trata del artículo 122 de la LFE, conforme al cual los trabajadores con contratos sujetos a modalidad «tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminada del respectivo centro de trabajo».

De lo hasta aquí expuesto se deduce claramente que, considerados los rasgos generales de su diseño, el sistema de contratación temporal instaurado por la LFE sería más ventajoso que el del derogado D.L. 18138. No obstante, paradójicamente, las ventajas de éste radicarían, no tanto en su mayor «flexibilidad» (no llega a ser más flexible que el D.L. 18138), sino en su más acabado sistema de garantías. Pero, entonces, cabría preguntarse ¿por qué la LFE es presentada por sus autores como una norma que flexibiliza la contratación? o ¿en dónde radica esta pretendida «flexibilización»?

Una posibilidad es entender que dicha «flexibilización» se produce en virtud de la inclusión de los 9 contratos temporales de carácter causal que aparecen mencionados en los artículos 97 a 99. De ser así, lo que la norma habría tratado de cumplir sería una función esencialmente pedagógica, buscando mostrar al empresariado una serie de posibilidades de contratación que antes no eran empleadas por desconocimiento o falta de audacia.

Ciertamente, algo de esta intención parece haber existido en el singular esfuerzo desarrollado por el legislador para tipificar estos contratos. Sin embargo, sostengo que lo que realmente sucede (y explica la aparente contradicción de una norma «flexibilizadora» que termina aparentando ser más garantista que su precedente) es que la pretendida «flexibilización» no se produce aquí explícitamente, dado el expreso mandato del legislador delegante de respetar «las

normas constitucionales sobre estabilidad laboral», sino por otras vías menos perceptibles, pero que conducen igualmente a un claro debilitamiento del principio de causalidad en la contratación temporal.

Las vías a través de las cuales se produce este debilitamiento son, a mi entender, 4.

1. La primera está constituida por la inclusión, dentro de los contratos temporales (o «contratos sujetos a modalidad»), de tipos que no respetan el principio de causalidad consagrado por el artículo 96 de la propia LFE (es decir, que sirven para la atención de necesidades permanentes, o al menos no necesariamente temporales).

Desde luego, no existe en principio razón para cuestionar la presencia de contratos temporales tales como los denominados «por necesidades del mercado», «ocasional», «de suplencia», «de emergencia» y «para obra determinada o servicio específico», aunque pudiera haberse esperado mayor precisión en su regulación, y pudiera incluso objetarse algún aspecto de su régimen jurídico (por ejemplo, en el «contrato para obra o servicio» debió aclararse que el «objeto específico» que lo justifica debe ser temporal, y señalarse que su duración ha de ser la de la obra o servicio, en vez de configurarlo como un contrato por tiempo cierto, susceptible de ser prorrogado).

En cambio, merece un severo cuestionamiento la presencia de los contratos «por inicio o incremento de actividad», «por reconversión empresarial», «intermitente» y «de temporada».

El caso más flagrante es el del contrato «por inicio o incremento de actividad», tomado, con importantes variantes, del sistema español.

Ciertamente, más aún en épocas de crisis, no puede dudarse que la decisión empresarial de iniciar o ampliar actividades conlleva un importante margen de riesgo. No obstante, de allí a considerar que estas actividades poseen una naturaleza intrínsecamente temporal, capaz de justificar la celebración de contratos temporales en todos los casos, existe un notorio exceso. Más aún cuando el artículo 100 de la LFE considera como nueva actividad «tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa».

Llevada hasta sus últimas consecuencias, esta definición permitiría que todo nuevo puesto de trabajo que se cree en la empresa pueda ser cubierto por trabajadores temporales, ya que siempre (o casi siempre) su creación estará en función de un «incremento» de sus actividades. Es más, en caso que la actividad que se inicia o incrementa alcance su consolidación en el mercado, la norma no garantiza a los trabajadores que laboraron en ella la continuidad del

vínculo laboral: vencidos sus plazos de duración (de hasta 3 años), estos contratos se extinguen, pudiendo el empleador prescindir de todos los trabajadores y contratar otros nuevos para realizar las mismas labores. Naturalmente, la semejanza con el extinto PROEM es notoria.

De allí que deba sostenerse en este caso, con criterio sistemático, la aplicación del principio de causalidad consagrado por el artículo 96 de la ley a este específico contrato, admitiéndose, en consecuencia, su celebración cuando la nueva actividad sea una de duración limitada en el tiempo o incierta, y rechazándola en los demás casos.

Tampoco encuentra un claro asidero en la naturaleza temporal de las labores el contrato «por reconversión industrial».

Conforme al artículo 102 de la LFE este contrato se celebra «en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos». Ciertamente, no se ve la razón por la cual cualquier cambio en las actividades de la empresa, o cualquier modificación de carácter tecnológico, puede constituir una causa válida para la celebración de un contrato temporal.

Si lo que se quiso es supeditar la concreción de un vínculo permanente a la capacidad de adaptación del trabajador a las medidas de reconversión adoptadas, dando lugar a una suerte de contrato sometido a condición, ello no se plasma en la norma, ya que el contrato se extinguirá de todos modos vencido el plazo máximo de dos años, esté o no «adaptado» el trabajador a las labores. Además, son otras las instituciones que el Decreto del Trabajo pone a disposición del empleador con tal fin: señaladamente, el período de prueba.

Es más, aplicado en combinación con una extinción colectiva de los contratos de trabajo por causas tecnológicas o por necesidades de funcionamiento de la empresa, este contrato permitiría una fácil sustitución de personal estable por personal temporal.

Nuevamente aquí, pues, debe postularse la necesidad que las actividades vinculadas al proceso de reconversión sean actividades de duración limitada en el tiempo o incierta, rechazándose en consecuencia su celebración en los demás casos. Ello, sin perjuicio, claro está, de postular la supresión de este tipo contractual.

Resta hacer referencia a los contratos «intermitente» y «de temporada».

Estos contratos han sido creados para tipificar dos modalidades de los denominados genéricamente

«trabajos fijos discontinuos», es decir de aquellos trabajos que, pese a no ejecutarse de manera continua todos los días laborables, poseen un carácter permanente, por lo que deben dar lugar a un contrato de duración indeterminada de carácter especial, que alterne períodos de ejecución y de suspensión.

El carácter duradero de estas labores aparece incluso reconocido en la propia ley. Así, en el caso del contrato intermitente, el artículo 107 señala que procede para «cubrir las necesidades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas». Igualmente, respecto del contrato de temporada, los artículos 110 y 114 indican que procede, bien para atender «necesidades propias del giro de la empresa (...) que se cumplen sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en periodos equivalentes», o bien en relación a «incrementos regulares y periódicos de nivel de la actividad normal de la empresa».

Pese a constituir modalidades de trabajo estable, la ley regula estos contratos como temporales, salvo que se establezca expresamente en el contrato un derecho preferencial para la contratación posterior (en el caso del contrato intermitente), o que fuera contratado el trabajador por tres temporadas que sumen un año de trabajo (en el caso del contrato de temporada). De este modo, como es obvio, la eventual conversión del contrato en uno por tiempo indefinido queda supeditada a la voluntad favorable del empleador, en lugar de desprenderse de la naturaleza permanente, aunque discontinua, de estas labores.

Como había adelantado, al lado de estos contratos temporales difícilmente considerables como causales, existen otras vías adicionales a través de las cuales se debilita el principio de estabilidad en el empleo.

2. En este sentido, el segundo de tales mecanismos viene dado por la mantención de determinados regímenes especiales de contratación temporal, que tampoco se justifican por la naturaleza temporal de las labores que atienden.

En este campo, han de mencionarse los regímenes especiales previstos para las zonas francas y para las empresas exportadoras de productos no tradicionales, cuya vigencia se mantiene expresamente. Es más, en el caso de estas últimas las facilidades incluso se amplían, ya que se deja de lado la exigencia que exista de por medio un concreto contrato de exportación y un programa de producción para la exportación a satisfacer (art. 32 D.L. 22342): Conforme al artículo 123 de la LFE simplemente «basta que la industria se encuentre comprendida en el D.L. 22342 para que proceda la contratación del personal bajo el citado régimen».

3. El tercer mecanismo de debilitamiento de la estabilidad laboral empleado por la ley está constituido por la mantención, incluso con mayores niveles de permisividad, de formas atípicas de trabajo eventual.

Aquí, deben mencionarse al trabajo en período de prueba y al trabajo a tiempo parcial.

En cuanto al primero, se mantiene el riesgo que el período de prueba pueda ser empleado por las empresas para dotarse de personal eventual, y no para probar las aptitudes del trabajador. Es más, dicho riesgo se acrecienta en el caso de ciertas categorías de trabajadores, para las cuales la duración de dicho período se incrementa a 6 meses e incluso a un año. La vía a través de la cual la ley busca impedir esta situación es la de imponer un límite de 10% al personal en período de prueba. No obstante, más adecuado hubiera sido atacar la raíz de dicha situación, otorgando a los trabajadores en período de prueba alguna garantía frente a las extinciones abusivas o discriminatorias.

En lo que atañe al trabajo a tiempo parcial, el artículo 37 de la LFE elimina las restricciones numéricas impuestas para su contratación, al señalar que «también puede celebrarse por escrito contratos a tiempo parcial, sin limitación alguna». Si bien es cierto que dicha eliminación venía siendo propuesta por la doctrina, no debe perderse de vista que ésta proponía también que simultáneamente se dotase a esta modalidad de trabajo del conjunto de derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores. Al eliminar las restricciones, manteniendo la secular situación de desamparo de estos trabajadores, la ley no hace otra cosa que propiciar el empleo del trabajo a tiempo parcial como una forma atípica de trabajo eventual, mediante la cual pueden cubrirse en condiciones de precariedad puestos de trabajos permanentes.

4. La cuarta y última vía de debilitamiento de la estabilidad laboral está representada por la ampliación del espacio de actuación de las empresas de servicios, unida al favorecimiento de la actuación como tales de las cooperativas de trabajadores.

El ámbito de actuación de las empresas de servicios se amplía mediante la expresa legalización, al lado de las ahora denominadas empresas de servicios complementarios, de las llamadas empresas de servicios temporales.

Ciertamente, la conveniencia de la legalización de estas empresas es discutible, especialmente en el caso de las empresas de trabajo temporal, dado que constituyen un claro ejemplo de interposición en la posición del sujeto empleador del contrato de trabajo y préstamo lucrativo de mano de obra. En todo caso, legalizada su presencia, de lo que se trata es fundamentalmente de analizar su régimen jurídico y determinar si éste se halla rodeado de las garantías adecuadas.

En este sentido, el ámbito de actuación de estas empresas se circunscribe más o menos a los márgenes admitidos por el Derecho comparado:

- Actividades complementarias de carácter especializado, no comprendidas en las principales de la empresa usuaria, en el caso de las empresas de servicios complementarios.

- Servicios temporales, entendiéndose por tales los ejecutados a través de contratos sujetos a modalidad, tratándose de las empresas de servicios temporales. Empero, el problema aquí se presenta con los contratos temporales de dudosa causalidad y larga duración, antes mencionados, especialmente los de «inicio o incremento de actividad», «por reconversión industrial» y del régimen especial de empresas de exportación no tradicional. Al amparo de estos contratos podría propiciarse la provisión de personal temporal y no vinculado a la empresa principal para actividades permanentes.

En cuanto a las garantías, la norma se preocupa esencialmente de evitar la actuación de empresas insolventes, mediante la imposición de un capital social mínimo y la constitución de un seguro en respaldo de los salarios y beneficios sociales de los trabajadores. Adicionalmente, se impone un límite de 20% en cuanto al personal contratado a través de empresas de servicios temporales.

Es indudable que estas garantías son útiles mecanismos para evitar que los derechos económicos de los trabajadores sean burlados, y que la contratación mediante estas empresas exceda los límites de lo razonable.

Sin embargo, no existen garantías para hacer frente a tres peligros adicionales que plantean las empresas de servicios, y especialmente las de los servicios temporales:

- a) Convertirse en un medio de abaratamiento de los costos laborales, mediante el pago de salarios más reducidos.
- b) Actuar como meras «enganchadoras de mano de obra» para labores permanentes y ordinarias de las empresas (y no temporales o complementarias).
- c) Constituir un instrumento para el debilitamiento de las organizaciones sindicales.

En cuanto a lo primero, la solución más viable sería equiparar los costos de la hora de trabajo prestada a través de una empresa de servicios temporales, a los normales dentro de la empresa usuaria. De este modo, sólo se recurriría a estas empresas en función de necesidades imprevistas y urgentes, o en razón de su especialización. Para ello, cabría postular una interpretación amplia del artículo 122 de la LFE, que asigna a los trabajadores temporales los mismos beneficios de los estables que laboran en el mismo centro de trabajo.

Respecto del posible empleo de estas empresas temporales para cubrir labores permanentes y ordinarias, la solución adecuada era la prevista en el

artículo 32 de la Ley 24514: la incorporación de los trabajadores afectados a la planilla de la empresa usuaria. Aunque esta garantía no ha sido recogida por la LFE, debe llegarse a la misma consecuencia aplicando la presunción de existencia del contrato de trabajo por tiempo indefinido prevista por el artículo 37, al existir una situación de esta naturaleza en los hechos, que no se halla amparada por las normas especiales sobre empresas de servicios complementarios y temporales.

Finalmente, sin perjuicio que deban preverse reglas especiales en materia de representación de estos trabajadores, es claro que las garantías anteriores permitirían un cierto freno a la «tentación» de recurrir a las empresas de servicios como mecanismos de presión antisindical.

Resta hacer referencia a la consideración de las cooperativas de trabajadores como empresas de servicios.

En este punto, lo primero que llama la atención es que la LFE se proponga «promover el empleo autónomo» propiciando el establecimiento de incentivos por parte de las empresas para que los trabajadores renuncien a su empleo y opten por constituir nuevas empresas (artículo 147). Pero, más aún, llama la atención que, luego, la propia LFE favorezca la reutilización de los servicios de estos trabajadores, esta vez constituidos en cooperativa, para la realización de labores muy semejantes a las que realizaban antes (artículo 154). Naturalmente, lo que de este modo se está propiciando no es un incremento de los volúmenes netos de empleo, sino la sustitución de contratos de trabajo permanentes por relaciones «externas» a la empresa, no generadoras de vínculo laboral alguno.

Es al hilo de esta estrategia sustitutiva que el artículo 154 de la LFE lleva a cabo una desnaturalización de lo que por servicios complementarios, a prestar por las empresas de servicios, debe entenderse. En efecto, conforme al artículo 182 son servicios complementarios de carácter especializado aquéllos que no están comprendidos en las actividades principales que realiza la empresa usuaria, y que para su ejecución requieren de personal altamente especializado: mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, etc. En cambio, para el artículo 154 son «servicios complementarios a los procesos de producción», susceptibles de ser prestados a través de cooperativas de trabajadores, actividades como la «provisión de insumos o de materias primas», o «labores de control de calidad o (...) de acabado final». Es claro que éstas no son actividades complementarias, sino labores propias de la actividad principal de las empresas, sin cuya ejecución se paralizaría la producción de bienes de la misma.

Ahora bien, al margen de esta peligrosa ampliación, lo que resulta necesario discutir es la procedencia

misma de la actuación de las cooperativas de trabajadores como empresas de servicios, sobre todo como empresas de servicios temporales.

En este caso, a los peligros naturales de este tipo de empresas, deben añadirse la precaria situación del trabajador, que no mantiene una relación laboral con la empresa que lo emplea (en virtud del fenómeno interpositorio), pero tampoco con la cooperativa a la que pertenece (dado que éstas configuran un peculiar supuesto de trabajo por cuenta propia).

Es más, la propia naturaleza de estas cooperativas dificulta la aplicación de las garantías a las que

normalmente se somete una empresa de servicios temporales. De allí que el art. 6 del D.S. 009-92-TR haya optado por exceptuar a las cooperativas de trabajadores del requisito de autorización previa del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

Así, pues, el fenómeno interpositorio aparece aquí como una mera ficción, capaz de producir perniciosos efectos a nivel de eventualización y abaratamiento de la fuerza de trabajo, sin el contrapunto de un aumento de los niveles de empleo o de la prestación de un servicio rápido y especializado de atención de las necesidades de mano de obra de las empresas, como el que las empresas de servicios temporales deben cumplir.

EICA CONSULTORES S.A.

INGENIERIA DE PROYECTOS
FUNDADA EN 1969

**ESTUDIOS, DISEÑO Y SUPERVISION DE
OBRAS. GERENCIA DE PROYECTOS**

Av. República de Chile N° 388
Lima 11 Perú

Telf. : 335524
Fax : (51-14) 332696

Entrevista al profesor Salvador del Rey Guanter

Salvador del Rey Guanter es Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad Autónoma de Barcelona (España), y uno de los especialistas que viene brindando, permanentemente, rigurosos aportes a esta disciplina. La siguiente entrevista fue especialmente concedida a "Thémis" en marzo del presente año.

En su opinión, en un sistema democrático de relaciones de trabajo, ¿qué papel debería corresponder a la ley y al convenio colectivo?

Hay dos funciones fundamentales, que a veces se mezclan. Muchos de los problemas a la hora de entablar la relación entre la ley y el convenio colectivo vienen de ahí.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, hay una relación de jerarquía fijada en el sistema español de relaciones laborales tanto por la Constitución como por el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores. El convenio colectivo, desde el punto de vista formal, está totalmente subordinado a la ley. Yo creo que en nuestro país al menos, jamás se ha discutido esta función subordinada. Esta es una relación de jerarquía que yo pienso va a continuar claramente en todo sistema democrático, y consiguientemente ahí no está la discusión.

Donde hay una segunda relación entre ley y convenio colectivo, no ya desde el punto de vista estrictamente jurídico sino del más amplio de las relaciones laborales, es en la función del protagonismo que le cabe a los convenios colectivos en la ordenación real del sistema de relaciones laborales. Y en eso la situación actual en España difiere bastante de lo que ha sido hace 15 o 20 años. En el sistema de relaciones laborales pre-constitucional, la negociación colectiva tenía un protagonismo muy limitado respecto a la ley, sobre todo respecto al reglamento.

Aquí es donde se ha producido el cambio fundamental en el sistema español de relaciones laborales, en la negociación colectiva, que como pretende la Constitución, artículo 77°.1, es hoy día el protagonista fundamental de la ordenación efectiva de las relaciones laborales en las empresas españolas. Cuantitativamente, el papel ordenador fundamental está en el ámbito del convenio colectivo.

La ley de un Estado social y democrático de derecho respecto de la regulación de la autonomía colectiva, ¿qué función debería cumplir?

La ley, tiene dos funciones fundamentales. Una de ellas claramente y, sobre todo en el ámbito colectivo, es la delimitación de las reglas de juego. Cómo van a jugar los protagonistas sociales y también evidentemente los individuales. Las reglas de orden público están claramente establecidas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, que corresponde al ámbito de la negociación colectiva. Para algunos, incluso hay demasiadas reglas de juego fijadas.

Por otra parte, está la función esencial de la ley, de dotar un mínimo de derecho necesario, sea absoluto o relativo, en la ordenación de las relaciones laborales. Tomando en cuenta que, como dice el Tribunal Constitucional, estamos ante una desigualdad originaria entre empresario y trabajador y el Derecho del Trabajo tiene que cumplir una función compensadora, tiene que haber reglas sustanciales, no ya reglas formales, de re-equilibrio de la situación del empresario y trabajador. Y éste es el papel fundamental que debe desarrollar el Título I del Estatuto de los Trabajadores, fijando jornadas máximas, salarios mínimos, reglas de orden público, tanto formal como sustancial, en el ámbito individual. Lo que ocurre es que este papel de compensación no solamente le corresponde a la ley sino también al convenio colectivo. El convenio colectivo en sí, es ya una institución compensadora. Digamos que esta función compensadora se desarrolla tanto por la ley como por el convenio colectivo.

Consiguientemente, resumiendo, son dos las funciones fundamentales: la primera de configuración y, la segunda de re-equilibrio, sobre todo en el ámbito individual.

Pero, mientras la función de fijación de pisos, parece una natural, la de fijación de techos parece más bien excepcional. ¿En qué casos podría

admitirse la fijación de límites máximos por ley a la autonomía colectiva?

Digamos que es muy difícil estructurar en el ordenamiento jurídico español la relación de la ley y el convenio colectivo en base a pisos y techos. En el plano colectivo, el rol que está desarrollando fundamentalmente la ley es el de la fijación de mínimos. Son excepcionales las ocasiones en las que la ley quiere incluso limitar la función a los convenios colectivos. Yo creo que la ley en el ordenamiento jurídico español tiene una enorme confianza, para algunos incluso demasiada, en la negociación colectiva.

Yo creo que el presupuesto fundamental del que parte el Estatuto de los Trabajadores es el siguiente: lo que no se puede consentir a nivel individual, porque hay un desequilibrio de poder, se puede consentir a nivel colectivo, porque hay un equilibrio de poder. La gran incógnita es precisamente si es aceptable esa tesis, si ese presupuesto de que siempre existe un equilibrio de poder a nivel colectivo es verdadero o no. Hoy por hoy, lo cierto es que el Estatuto de los Trabajadores parte de la base que existe un equilibrio entre el poder colectivo, y consiguientemente, excepto unas reglas últimas de orden público que le pertenecen al ordenamiento estatal, todo es permitido al convenio colectivo.

Digamos, por poner un ejemplo, la jubilación forzosa. ¿Existe una decisión más trascendente para la vida de un trabajador que el término de su relación laboral? Cuando el Tribunal Constitucional ha analizado la posibilidad que por ley se limite la edad en la vida laboral, ha tenido enorme prudencia a la hora de evaluar las condiciones en que puede darse. Sin embargo, cuando se ha enfrentado con el mismo problema en la negociación colectiva, la impresión que yo tengo es que, estableciendo por supuesto también los requisitos que el convenio colectivo debe tener para hacerlo, ha tenido algo más de confianza en que por convenio colectivo se puede limitar la jubilación de un trabajador.

Consiguientemente, la base fundamental de nuestro ordenamiento jurídico y la actitud de los trabajadores, es que el convenio colectivo es una institución idónea para regular todos los aspectos de las relaciones laborales, incluso aquellas en las cuales se puede limitar de forma más contundente la voluntad individual, siendo la muestra más evidente de ello el contrato de trabajo.

La teoría del equilibrio interno de los convenios colectivos, que permite en definitiva que a través de la autonomía colectiva se conviertan en dispositivas algunas normas estatales en principio previstas como imperativas, ¿hasta qué punto resulta admisible y cuál es la posición jurisprudencial sobre esto?

Como estaba diciendo, nadie discute en nuestro ordenamiento jurídico la relación jerárquica entre ley y

convenio colectivo. Lo que sí es cierto, es que se ha redimensionado esa relación. Mientras antes se veía que el ordenamiento estatal establecía unos mínimos y la relación con el convenio colectivo implicaba que éste no solamente respetara esos mínimos, sino los aumentará en una relación siempre cuantitativa, ahora, junto a esa relación que sigue siendo muy importante, está una relación cualitativa, en la cual la ordenación de una materia puede hacerse por ley, o por convenio colectivo, o simultáneamente, e incluso cuando el convenio colectivo regule una materia, a pesar que la ley establezca imperativos para la autonomía individual, provoca que esa norma recobre una función dispositiva en relación a la autonomía colectiva. Consiguientemente, lo que se ha hecho es flexibilizar la relación entre ley y convenio colectivo.

Es en ese marco donde se sitúa la teoría del equilibrio interno. De nuevo volvemos a la enorme confianza, a la enorme fe que hay en nuestro ordenamiento jurídico, en el convenio colectivo. Se dice, hay aquí una norma que en un principio tiene todas las características de ser de orden público, incluso para algunos de un orden público absoluto, en todo caso relativo, para la autonomía individual. Hace años, se pensaba que eso también estaba previsto así para la autonomía colectiva. Con la consolidación de la autonomía colectiva, cuando un convenio colectivo establece una regulación diferente con respecto a lo que dice esa norma, incluso puede ser peor aisladamente considerado, se estima que implícitamente -porque la jurisprudencia no se dedica a buscar donde está la compensación-, tiene que haber algunas compensaciones por parte del empresario en ese convenio colectivo a lo que dice la normativa.

Consiguientemente, ¿cuál es la base de la teoría del equilibrio interno? es esa confianza ciega que existe por parte de nuestro ordenamiento y de la jurisprudencia, en el espíritu compensador del convenio colectivo. Se deja que el convenio colectivo pueda empeorar normas de derecho necesario, que en principio son intocables por parte de la autonomía individual, considerando que los interlocutores sociales, y sobre todo la parte laboral, han podido extraer suficientes compensaciones en otras partes del convenio colectivo. O que en todo caso, incluso, sin haber compensaciones -esa también es una idea subyacente en Francia- esa regulación será adecuada a las circunstancias concretas de la empresa, porque puede haber circunstancias tan difíciles que la parte laboral haya considerado necesario ceder en ese aspecto, para por ejemplo mantener el nivel de empleo de la empresa o ayudar a la supervivencia de la empresa. De nuevo fe ciega en la autonomía colectiva.

Nos interesaría que, dentro de lo que está planteando ahora, nos precise el tema de las dimensiones de lo que ha denominado la consolidación de la autonomía colectiva.

La fe que tiene nuestro ordenamiento jurídico, y la jurisprudencia en la negociación colectiva y sobre

todo la posibilidad en esa nueva relación entre ley y convenio colectivo, que no solamente es una relación de adición al mínimo sino de redimensionamiento, incluso de algunas regulaciones establecidas en el ámbito legal.

La consolidación de la autonomía colectiva tiene tres dimensiones fundamentales. La dimensión subjetiva, que significa unos sindicatos y unas asociaciones empresariales consolidadas y sobre todo un marco jurídico estatal enormemente protector y garantista de la libertad sindical. La Ley Orgánica de la Libertad Sindical de 1985 es una de las leyes más protectoras que podemos ver en Europa, sobre todo por la consolidación y promoción que hace de la acción sindical en la empresa y en general de la actividad sindical, también a niveles supra-empresariales. Consiguientemente, el sistema de relaciones laborales parte de la base de la asistencia de un sujeto sindical, del hecho positivo que representa la asistencia de un sujeto sindical y, en cuanto al hecho positivo, de la necesidad de proteger, garantizar y promocionar al sujeto sindical. Promoción que no se desarrolla en los mismos términos que la empresarial, teniendo en cuenta que los sindicatos por definición están en una situación de inferioridad en bastantes ámbitos de las relaciones laborales.

Existe también una segunda dimensión de la consolidación de la autonomía colectiva, que es evidentemente la consolidación de la negociación colectiva. La consolidación como positiva, positivísima del derecho de la negociación colectiva, y consiguientemente una promoción, que se realiza fundamentalmente en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, a través de un marco jurídico mínimamente ordenador de esa negociación colectiva. Como hace tiempo se establecía, el derecho de la negociación colectiva no solamente implica que el Estado no intervenga en la regulación sustancial de forma exhaustiva, que excluya la autonomía colectiva en regulaciones laborales, sino también implica que el Estado tenga que fijar unas mínimas reglas para que se garantice el derecho de la negociación colectiva.

La tercera dimensión de consolidación de la autonomía colectiva es la regulación del derecho de huelga. La consolidación del conflicto laboral como positivo, no un hecho patológico sino un hecho general, que es intrínseco a un sistema democrático de relaciones laborales, y la huelga como expresión máxima de ese conflicto colectivo y como un derecho a tutelar. Evidentemente un derecho que hay que relacionarlo con otros bienes y otros derechos de huelga, pero por su ubicación en el artículo 28,2 del Estatuto de los Trabajadores, el lugar más privilegiado, se parte de la base que es un derecho que tiene enormes consecuencias positivas para el desarrollo del sistema de relaciones laborales, y fundamentales para el derecho de las negociaciones colectivas, porque es un instrumento esencial para la misma existencia de la negociación colectiva.

Luego, y con esto vuelvo al principio de mi respuesta, cuando se considera la nueva relación entre ley y convenio colectivo, hay que tener en cuenta se enmarca en un contexto en el cual la autonomía colectiva tiene esos pilares fundamentales de protección y de promoción. No es posible entenderlo, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, en un contexto diferente.

En el mismo contexto que acaba de explicar, ¿se admite la sucesión peyorativa de convenios colectivos con alcance para todos los trabajadores, tanto los antiguos como los nuevos, con lo que al igual que en el caso de la sucesión peyorativa de normas estatales, el principio de condición más beneficiosa ya no tiene aplicación a esos supuestos, sino solamente a los supuestos de ventajas individualmente alcanzadas? ¿Podría explicar un poco cómo funciona esto?

Hay dos temas que conviene diferenciar, porque si se mezclan, y a veces se ha hecho en nuestras discusiones, es realmente difícil arrojar luz al respecto. Por una parte, la relación temporal entre convenios colectivos. Hace años existía una visión probablemente un tanto histórica de la sucesión de convenios colectivos, en el sentido de pensar, que por cualquier tipo de reglas jurídicas o no jurídicas, la misión de un convenio colectivo era mejorar lo establecido en todos los aspectos por el precedente convenio colectivo, tanto desde un punto de vista global como desde el punto de vista parcial de las materias. No se comprendía que el convenio colectivo pudiera ser menos favorable en términos parciales con respecto al convenio anterior.

Una de las consecuencias de la crisis del Derecho del Trabajo, ha sido hasta cierto punto la ruptura de esa visión un tanto histórica de las relaciones entre convenios colectivos. Es decir, la relación entre convenios colectivos es una relación dinámica, que se tiene que adecuar a circunstancias que van a regular, concretamente y sobre todo de la empresa, porque aquí este tema se plantea fundamentalmente en relación a las empresas. De nuevo volvemos a la función que le encomienda el ordenamiento jurídico al convenio colectivo de realizar una ordenación de las relaciones laborales muy adecuada a las condiciones de la empresa. En ese sentido, se parte de la base que será más favorable para los trabajadores o al menos será lo que los trabajadores en esas circunstancias consideren más favorable, por lo que se admite el que unas materias que se suscribieron en un convenio colectivo, en una ordenación determinada, en el siguiente convenio colectivo puedan recibir una ordenación diferenciada, y que haya incluso aspectos que sean peyorativos en términos cuantitativos respecto al convenio anterior. De nuevo volvemos a que el ordenamiento jurídico tiene confianza en el contexto que hemos indicado, para dejar que un convenio colectivo posterior pueda incluso empeorar las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colec-

tivo anterior. Esta es la visión desde el punto de vista colectivo.

Ahora bien, desde el punto de vista individual, es donde en sentido estricto pervive la institución de la condición más beneficiosa, que desde el punto de vista técnico-jurídico es donde siempre ha estado. En este sentido, lo concedido por el empresario unilateralmente o lo fijado en contrato de trabajo entre las partes no puede ser modificado unilateralmente por el empresario. Y esta imposibilidad del empresario es una institución que pervive con todas sus fuerzas en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, éstas son dos líneas que yo creo están bastante claras. Donde se puede complicar enormemente el tema es en la relación entre convenio colectivo y condición más beneficiosa en sentido estricto, cuando se ha concedido individualmente. La vía tradicional, lo que se hace en la inmensa mayoría de las situaciones es que cuando en un determinado caso el empresario ya no está interesado en la pervivencia de aquella condición más beneficiosa, es que se la vaya neutralizando por el convenio colectivo. Como el convenio colectivo tiene una cláusula, un plazo de garantía ad personam por la cual pervive la condición más beneficiosa, hasta que se vaya neutralizando, absorbiendo, compensando, según el término que se prefiera, esa condición, ella pervive. Llega un momento en el cual si no se renueva, si no se le da vida a esta condición por parte de los interlocutores individuales, serán autorizadas por el convenio colectivo. La cuestión puede ser si los convenios colectivos pueden neutralizarse incluso antes que llegue la neutralización natural, es decir, antes que por convenio colectivo se absorba o se compense esa condición individual; si por convenio colectivo puede disponerse en un momento determinado, en forma tajante, el que no pervivan las condiciones conseguidas individualmente. O sea, cláusulas en las cuales se indica que las condiciones más beneficiosas a nivel individual deben ser neutralizadas desde ese mismo momento. Hay convenios colectivos que lo establecen. En principio, la jurisprudencia está un tanto dividida al respecto, puede ser que considere que la eficacia normativa del convenio colectivo también se pueda introducir en este ámbito. En principio, tal como está configurado el ordenamiento jurídico español, tal como está potenciada la autonomía colectiva yo veo difícil, no estoy aludiendo a la conveniencia, establecer argumentos en contra de la posibilidad que los convenios colectivos neutralicen de forma directa o erosionen las condiciones individuales más beneficiosas.

La evolución del Derecho del Trabajo en España no ha terminado en conceder un papel preponderante a la autonomía colectiva sino que está llegando de alguna manera a concedérsela también a la autonomía individual, en este fenómeno que están llamando la individualización de las relaciones laborales, ¿Podría explicar en qué consiste ese fenómeno y cuáles son sus límites?

Hay que partir de una base: que la individualización de las relaciones laborales en el sistema español de relaciones laborales se sitúa en un contexto bastante diferenciado del que se ha establecido en otros ordenamientos jurídicos, como el inglés o el americano. Hay que partir de la base de esa enorme confianza en la autonomía colectiva, esa consolidación de la autonomía colectiva. La individualización no se ha planteado por la inmensa mayoría de la doctrina española, como una quiebra en la autonomía colectiva, sino en todo caso como una necesidad de redimensionar algunas ideas o aspectos de esa autonomía colectiva con respecto a su relación con el contrato de trabajo. Consiguientemente, nadie en la doctrina española, y yo creo que es importante ponerlo en relieve, hasta donde llega mi información, se ha planteado como en otros ordenamientos, prácticamente una quiebra o devaluación absoluta de la autonomía colectiva en favor de la autonomía individual. La inmensa mayoría de la doctrina, y allí ha habido diferencias de grado más que otra cosa, lo que sí se ha planteado es que existe determinada amplitud en la cual convendría poner de relieve la importancia que de hecho está adquiriendo en determinados ámbitos la autonomía individual.

El contexto es claro, y hay que descartar totalmente cualquier interpretación en la cual se quiera poner en quiebra mínimamente la autonomía colectiva. Lo que si es cierto es que ha podido existir una cierta tendencia a sub-utilizar o establecer en términos absolutos la relación de la autonomía colectiva y la autonomía individual. Como en el sentido desigual de las dos funciones del contrato de trabajo, la función constitutiva y la función reguladora. La función constitutiva es la función que nadie discute, la de formación del contrato de trabajo, pero la función reguladora se dice que es absolutamente limitada. En esto se diferencia el contrato de trabajo y el contrato de derechos.

Ahora lo que se ha puesto de relieve es que esta función reguladora del contrato de trabajo puede tener nuevos espacios en base a una serie de acontecimientos que antes no estaban presentes o no se ponían suficientemente de relieve. Por poner los ejemplos más claros, hay sectores profesionales que pueden tener un interés en que sus decisiones individuales cuenten a la hora de la ordenación efectiva de sus relaciones laborales y no se vean totalmente sometidas por el convenio colectivo. Otro ejemplo, es la relevancia que están adquiriendo los derechos fundamentales no laborales, los denominados, por Carlos Palomeque, derechos constitucionales inespecíficos, contemplados en la Constitución, y que tienen una aplicación importante en el ámbito laboral a través de la relevancia que debe tener la libertad individual en el ámbito del contrato de trabajo.

En consecuencia, lo que el fenómeno fundamental de la individualización provoca en nuestro ordenamiento jurídico es que se considere que en la

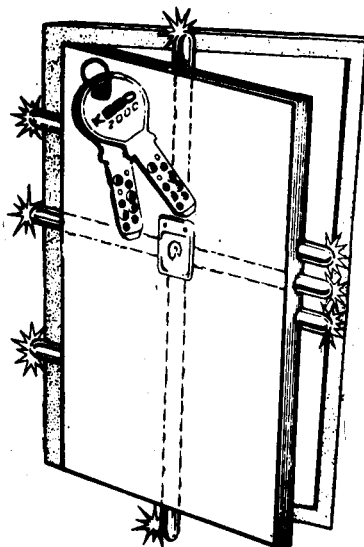
función reguladora del contrato de trabajo deba existir ciertos espacios reservados a la autonomía individual, y que consiguientemente no sólo la ley sino el convenio colectivo también tenga en cuenta el juego que puede dar la posibilidad de la autonomía individual en la relación laboral. Esto, sin embargo, puede tener también unas determinadas aceptaciones o fenómenos patológicos. Puede existir la tentación que esta individualización se traduzca en un cuestionamiento de la legitimación de los sujetos colectivos, concretamente, de los sindicatos para regular las condiciones de trabajo. Por ahí no va nuestro ordenamiento jurídico, porque además la Ley Orgánica de la Libertad Sindical, obstaculiza totalmente ese tipo de inter-

pretación. Consiguientemente, la lectura que hay que darle, es una lectura en la cual, reconociendo la legitimación del sujeto sindical para fijar las condiciones de trabajo, en todo caso lo que se introduce son determinados límites posibles a donde puede llegar el sujeto sindical.

¿Desea añadir algún comentario más?

No, lo que espero es que estas reflexiones sirvan de algo a la situación de las negociaciones laborales en el Perú, que puedan ser totalmente oídas en la consolidación de la libertad sindical y de la negociación colectiva en vuestro sistema de relaciones laborales.

SEGURIDAD COMPLETA CON Superlock[®] INTERNATIONAL



CON LLAVE
CODIFICADA



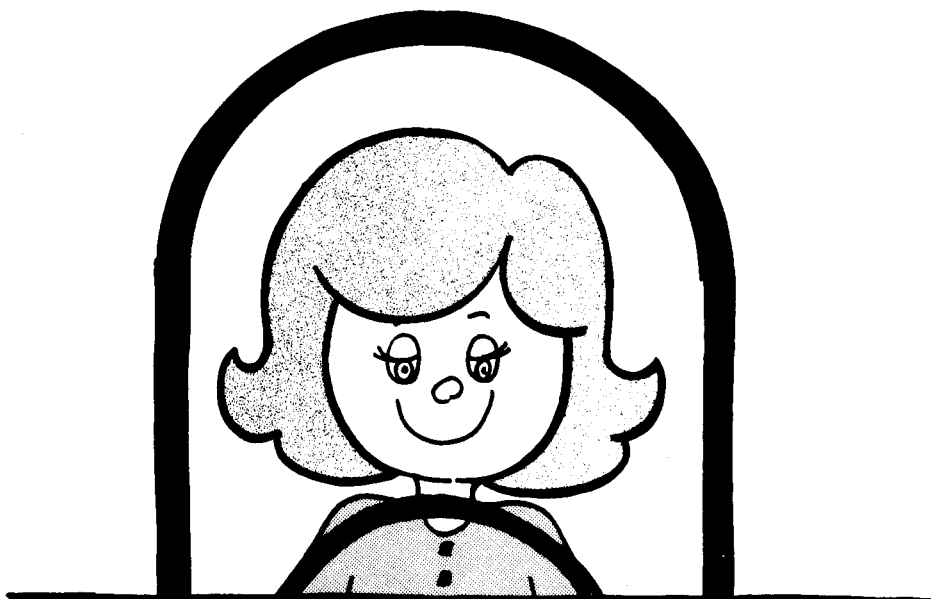
EL EXCLUSIVO
SISTEMA EN CRUZ

Atención, Ventas y Servicios en:

NIVATEK SUPERLOCK S.A.

MONTERO ROSAS N° 1247- SANTA BEATRIZ

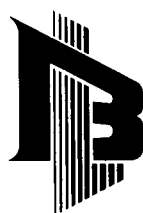
Telfs. 715752 - 711576



UNA FORMA DE MEDIR UN BANCO ES POR SU SERVICIO.

El Latino es un banco para clientes exigentes. Latinos que, como usted, además de solidez exigen un servicio ágil y dinámico, un horario continuado y conveniente, una rentabilidad efectiva, y productos bancarios acordes al ritmo de los negocios de hoy.

**Venga al Latino, el banco que en servicio
está a su medida.**

 ***Banco Latino***
Donde usted exige.

Algunas Reflexiones acerca de la interpretación del convenio colectivo de trabajo

Ricardo Herrera Vásquez.

Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUC.

El presente trabajo tiene por objeto proponer algunas pautas para el análisis hermenéutico del Convenio Colectivo de trabajo, norma típica y característica del ordenamiento laboral.

En esa medida, abordaremos, en principio, el tema de la definición, el nivel jerárquico y la naturaleza jurídica del Convenio Colectivo. Posteriormente, trataremos el punto del contenido del mismo, a partir de lo cual nos introduciremos en el tema de la interpretación de sus diferentes partes constitutivas. A continuación, centraremos nuestra atención en la posibilidad de aplicación del principio hermenéutico «in dubio pro operario» en la interpretación de todo el Convenio Colectivo, o de sólo alguna de sus partes.

Finalmente, plantearemos algunas ideas en torno a los órganos idóneos para realizar la labor hermenéutica, para lo cual centraremos la atención en la legislación comparada. Demos, pues, inicio a la agenda propuesta.

I. DEFINICION, NIVEL JERARQUICO Y NATURALEZA JURIDICA DEL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO.

La Recomendación 91 de la OIT define, en su artículo 2, al **Convenio Colectivo** como «todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional».

En nuestro ordenamiento, el artículo 54 de la Constitución señala que el Convenio Colectivo tiene «**fuerza de ley para las partes**». En virtud a una interpretación sistemática¹, podemos decir que con esta declaración la Constitución le otorga al Convenio Colectivo su reconocimiento como fuente de Derecho, al igual que a la ley y, a su vez, el mismo rango de esta, entendiendo por ella la norma emanada del Congreso (NEVES MUJICA, 1989: p. 45).

Este **nivel primario** reconocido al Convenio Colectivo, se enmarca en el reconocimiento de la existencia de un **poder autónomo** para la producción de normas jurídicas, el de los **antagonistas sociales**, para la regulación de las relaciones laborales (BOZA PRO, 1989: p. 223).

Sin embargo, el origen paccionado del Convenio Colectivo denota también el dualismo **contrato individual y convenio-ley** del mismo. Es decir, el paso del acuerdo individual, particular y de contratación directa, que celebran inicialmente los pactantes, al colectivo, que institucionalmente se impone a terceros (DESPONTIN, 1973: p. 84).

En efecto, el Convenio Colectivo tiene un **origen contractual**, en tanto se deriva del acuerdo de los sujetos pactantes, pero adquiere **fuerza normativa**, debido a su carácter de norma jurídica (GARCIA BECEDAS, 1982: pp.84-85), por cuanto, salvo pacto en contrario, tiene **eficacia general**. Es decir, sus efectos se extienden más allá de los sujetos pactantes, alcanzando a todos los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito territorial y funcional del Convenio, sin excepción alguna (MONTROYA MELGAR, 1985: p. 172). Así, el Convenio Colectivo tiene una doble naturaleza: **alma de ley y cuerpo de contrato** (CARNELUTTI, 1936: p. 117).

1. Una interpretación sistemática que suponga la comparación de los artículos 54, 177 y 211, inciso 10 de la Constitución. En base a estas normas, podemos concluir que cuando la Carta Magna habla expresamente de «fuerza de ley», lo hace con la intención de darle ese carácter a su objeto de análisis.

Esta peculiaridad del Convenio Colectivo ha generado diversas teorías en torno a su **naturaleza jurídica**. Las principales teorías son las **contractualistas**, que consideran al Convenio como fruto del mandato, la gestión de negocios o del contrato en favor de tercero; las **eclécticas o de transición**, que consideran al Convenio como un pacto social, un acuerdo de solidaridad necesarias o uno producto de la costumbre industrial; y, las **jurídico-sociales o normativas**, que consideran al Convenio enteramente como una norma jurídica (MARC, 1973: pp.103 y ss.).

Nosotros compartimos la posición según la cual el Convenio Colectivo es un **contrato normativo** o una **norma de origen contractual** (ALONSO OLEA, 1973: p.188).

II . CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO.

En virtud de esa naturaleza dual, contractual y normativa, el **contenido** del Convenio Colectivo, o conjunto de materias que éste comprende, supone dos partes: la **normativa** y la **obligacional**. Esta consiste en el **conjunto de derechos y obligaciones** que para sí pactan las **partes negociadoras** del Convenio, y de las que son **únicas destinatarias**. La parte obligacional en poco o en nada se diferencia, por tanto, de los pactos incorporados a cualquier acuerdo privado, que tienen fuerza de ley entre los contratantes (*pacta sunt servanda*). Mientras que, la parte normativa del Convenio es el conjunto de acuerdos que **predetermina el contenido de los contratos individuales de trabajo**, ordenándolos y disciplinándolos en bloque. La parte normativa, en consecuencia, afecta a **terceros** ajenos a, pero representados por, las partes negociadoras, y estandariza las condiciones en que se presta el trabajo en los ámbitos sobre los cuales el Convenio despliega su eficacia (DE LA VILLA, 1983: p.158).

A mayor abundamiento, la **parte normativa** del Convenio consta de cuatro tipos de **materias** o aspectos: la **materia económica** que comprende todos los aspectos relativos a la **remuneración** del trabajador; la **materia laboral**, que comprende los elementos determinantes del **status del trabajador** en la empresa, desde las modalidades de contratación y su régimen hasta la movilidad funcional, desde la concreción del tiempo y modo de prestación del trabajo hasta la delineación de las obligaciones accesorias del trabajador; la **materia asistencial**, que afecta la **situación social de los trabajadores** y a sus **condiciones de vida**, como ayudas escolares o guarderías infantiles; y finalmente, la **materia sindical**, que supone la instauración de mecanismos de **representación y acción colectiva**, tanto en una perspectiva empresarial como supraempresarial (Ibid., pp. 161-162).

III . INTERPRETACION DEL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO .

La naturaleza dual del Convenio Colectivo ha dado lugar a numerosas teorías sobre la manera

como **interpretarlo**, según se ponga mayor énfasis en su faz contractual o en su aspecto normativo.

De este modo, hay quienes sostienen que, por tratarse de un contrato, son perfectamente aplicables las reglas de interpretación de los **contratos** (teorías contractualistas); mientras que otros afirman que su obligatoriedad erga omnes, que lo convierten en una ley en sentido material, obliga a recurrir a las pautas que normalmente se aplican en la interpretación de las **disposiciones legales** (teorías normativistas).

Finalmente, para otros se trata de diversificar los métodos según el tipo de cláusulas que se deba interpretar en cada caso, de modo que a las **cláusulas normativas** correspondan las **reglas de interpretación de las normas jurídicas** y, a las **obligacionales**, las **reglas de interpretación de los contratos** (teorías intermedias) (GENOUD, 1973: p. 148).

Los métodos de interpretación normativa son, fundamentalmente, seis: el **método literal**, que busca el significado de la norma dudosa u oscura en la letra del texto legal (THORNE, 1989: p.19); el **método lógico**, que supone descomponer la norma jurídica en sus partes integrantes y, así, determinar su sentido (GARCIA MAYNES, 1965: p.239); el **método sistemático**, que considera que la norma debe apreciarse en su ubicación dentro del ordenamiento jurídico y, su concordancia con otras normas (ALZAMORA VALDEZ, 1984: p.267); el **método histórico**, que pretende encontrar el sentido de la norma jurídica en la voluntad del legislador (DU PASQUIER, 1990: p.148); el **método sociológico**, que toma en cuenta variables sociales de toda índole y la adaptación de la norma a la realidad que pretende regular (RUBIO CORREA, 1985: p.257); y, finalmente, el **método teleológico**, que pretende determinar el sentido de la norma en base a la finalidad que ésta persigue.

Por otro lado, los métodos de interpretación de los contratos son, básicamente, los de interpretación del negocio jurídico, en la medida que aquéllos son negocios jurídicos bilaterales. Así, tenemos: el **criterio de expresión y principio de buena fe** (artículo 168 del Código Civil), el **criterio de interdependencia o coherencia lógica** (artículo 169 del Código Civil), el **criterio de la naturaleza y el objeto del acto** (artículo 170 Código Civil) (LOHMANN, 1987: pp 199 y ss.). También son considerados válidos los criterios de **conservación del negocio, recurrencia a los usos y costumbres**, «*in dubio contra stipulatorem*» (DE CASTRO, 1967: p. 88; BORDA, 1988: p.146).

Quienes defienden las teorías normativistas, sostienen que las cláusulas obligacionales, si bien en principio vinculan únicamente a la asociación profesional y al patrono, posteriormente adquieren un carácter general, pues repercuten sobre los trabajadores pactantes y los no pactantes (DE LA CUEVA, citado en GENOUD, 1973: p. 149). En esa medida, todo el Convenio Colectivo debería ser interpretado en

base a los métodos de interpretación normativa, inclusive las cláusulas obligacionales.

Quienes defienden las teorías intermedias sostienen al respecto que, la aparente generalidad que adquieren las cláusulas obligacionales en una mera repercusión de estipulaciones perfectamente bilaterales y, que no pierden ese carácter por el solo hecho de reflejarse sobre el resto de los trabajadores, que no participaron en la negociación. Muy distinta es, en cambio, la situación de las cláusulas normativas, pues ellas están pensadas «para» regir a los trabajadores no pactantes. En un caso predomina en las partes la mentalidad del «contratante», mientras que en el otro la del «legislador» (GENOUD, 1973 p.149).

En ese sentido, las cláusulas obligacionales deben ser interpretadas en base a las pautas de los contratos, para las partes negociadoras y, las cláusulas normativas deben ser interpretadas en función a las reglas de las normas jurídicas, para todos los sujetos implicados en la unidad de negociación, sin que necesariamente hayan participado directamente de la negociación (CABANELLAS, citado en GENOUD, 1933: p. 149).

Estamos de acuerdo con las teorías intermedias. Nuestras razones son similares pero no idénticas. En principio, las cláusulas obligacionales se aplican **sólo** sobre los sujetos negociadores, quienes son sus únicos destinatarios. El sujeto negociador por la parte laboral es la dirigencia sindical o, en caso de no existir sindicato, los representantes de los trabajadores. Estos, respecto de la parte obligacional del Convenio, van a vincular con los acuerdos a los que arriben a toda la organización sindical, pero no a los trabajadores no afiliados a ella.

En esa medida, es incorrecto afirmar, como lo hacen los defensores de las teorías normativistas, que las cláusulas obligacionales se extienden a los servidores no sindicalizados, por lo que serían también normativas. Si, como hemos visto, las cláusulas obligacionales no alcanzan ese ámbito de acción, no pueden ser normativas, es decir, oponibles erga omnes.

Más aún, las cláusulas obligacionales, inclusive en determinados supuestos, no son vinculantes siquiera para los miembros del sindicato. Dichas cláusulas pretenden asegurar la eficacia del Convenio (PALOMEQUE LOPEZ, 1988: p. 324) y, más que tolerar determinadas conductas, **prohíben** a los firmantes del Convenio todas aquellas otras que sean comúnmente consideradas como atentatorias a la permanencia del mismo (DE LA VILLA, 1983: p. 163), que puedan impedir la vigencia de su contenido normativo (PALOMEQUE LOPEZ, 1988: p. 324).

En esa medida, las principales cláusulas obligacionales son las denominadas **cláusulas de paz sindical**. Por ellas las partes del Convenio proscriben

la huelga durante su vigencia, bien en relación con cualquier clase de materias, hayan o no sido objeto de regulación contractual (deber de paz absoluto), bien tan solo en relación con las materias contempladas en el Convenio (deber de paz relativo) (Ibid.). Este deber de paz es asumido por la organización sindical, a cambio de alguna compensación, autolimitando el ejercicio colectivo del derecho a la huelga que no le pertenece, sino cuya titularidad corresponde a los trabajadores individualmente considerados (DE LA VILLA, 1983: p. 165).

En ese sentido, podría pensarse que en ningún caso serían vinculantes las cláusulas de paz sindical, pues el sindicato no es el titular del derecho a la huelga, sino cada uno de los trabajadores. Esto haría perder toda eficacia y utilidad a tales cláusulas, pudiendo argumentarse en sentido contrario que si la organización sindical representa en la negociación a sus afiliados, los acuerdos a los que arribe vinculan a éstos (artículo 160 Código Civil) .

Sin embargo, al margen de esta discusión, incluso asumiendo esta posición restrictiva y de observancia de las cláusulas de paz sindical, podemos concluir que hay algunos supuestos en los que éstas pueden quedar sin efecto para los trabajadores sindicalizados.

Tales supuestos son tres: cuando la finalidad de la huelga a iniciar no suponga la alteración del Convenio, sino la exigencia de **reivindicaciones al margen** del mismo (lo cual supone optar por un deber de paz relativo); cuando mediante la huelga se pretenda reclamar determinada **interpretación** del Convenio, distinta a la adoptada por la contraparte ; y cuando el empleador haya **incumplido** el Convenio o, cuando se haya producido un **cambio** absoluto en las **circunstancias** que sustentan al Convenio (desaparición de la base del negocio, rebus sic stantibus) (PALOMEQUE LOPEZ, 1988: p.325; DE LA VILLA, 1983: p.167).

A pesar de lo expuesto, podría darse un argumento adicional en favor de las tesis normativistas de interpretación del Convenio Colectivo. Si el ordenamiento jurídico atribuye eficacia normativa al Convenio, dándole nivel primario o rango de ley (artículo 54 Constitución), este carácter es transmitida a todas las cláusulas de aquél, sean normativas u obligacionales. Así, el Convenio debe ser interpretado íntegramente en base a los métodos de hermenéutica normativa.

Pero, lo que ocurre es que, cuando el ordenamiento otorga el carácter normativo y un determinado nivel jerárquico al Convenio, lo hace, además, de para otorgar potestad normativa a los sujetos negociadores, para proteger al Convenio de un eventual atentado de normas jurídicas heterónomas o estatales. Adjudicando nivel primario o rango de ley al Convenio, se preserva debidamente la autonomía colectiva propia de los protagonistas sociales.

De manera que, ello no quiere decir que necesariamente todo el Convenio tenga carácter normativo, pudiendo perfectamente aceptarse el carácter contractual de las cláusulas obligacionales.

En consecuencia, consideramos que las **cláusulas normativas** deben ser **interpretadas** en base a los métodos de hermenéutica **normativa**, mientras que las **obligacionales** deben serlo en función a las reglas de interpretación de los **contratos**.

Ahora bien, respecto de las **cláusulas normativas**, ¿existe preferencia por algún método en particular? Para algunos, debe acudir, en primer lugar, a los métodos **literal** y **sistemático**. En caso de no ser suficientes para despejar la duda u oscuridad de la cláusula bajo análisis, debe indagarse lo realmente querido en el Convenio, es decir, la **voluntad de los legisladores** o sujetos negociadores, para lo cual la negociación predecesora del Convenio puede resultar importante, más aún si consta en actas de deliberación.

Igualmente, pueden resultar reveladores los **actos** de los sujetos negociadores **coetáneos y posteriores al Convenio** (ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE, 1988: p. 671). Además como la ley, las cláusulas normativas deben ser interpretadas según el espíritu y finalidad de lo pactado (**método teleológico**), medidas por la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas (**método sociológico**) (Ibid.).

No estamos de acuerdo con esta posición. La interpretación de las cláusulas normativas, en la medida que son normas jurídicas se rigen por pautas hermenéuticas de toda disposición legal. Y, los **métodos de interpretación normativa no tienen un orden jerárquico predeterminado** entre sí. Por el contrario, son organizados por cada intérprete, a través de la posición axiomática de interpretación², y para cada caso de interpretación. Así, no preferimos ningún método en especial para la interpretación de las cláusulas normativas del Convenio.

Respecto de las **cláusulas obligacionales**, su **interpretación** se lleva a cabo en base a las reglas hermenéuticas propias de los **contratos** como, por ejemplo, la **buena fe**, la **común intención de las partes**, el **contexto contractual**, la **preservación de la validez del contrato**, la **equidad**, los **hechos posteriores al contrato** (GENOUD, 1973: pp.152-153). A estos criterios habría que añadir los propios del negocio jurídico, en la medida que genéricamente el contrato es un negocio jurídico bilateral.

IV. APLICACION DEL «IN DUBIO PRO OPERARIO» AL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO.

El más importante aporte en materia de análisis hermenéutico realizado por el Derecho del Trabajo, lo constituye el principio **«in dubio pro operario»**. Este es entendido como una directiva impartida al intérprete para elegir, entre los varios **sentidos** posibles de una norma laboral, aquél que resulte **más favorable al trabajador** (PLA RODRIGUEZ, 1978: p.40; VASQUEZ VIALARD, 1986: p. 71; MONTOYA MELGAR, 1988: p.211).

Es decir, ante la posibilidad de diversas **interpretaciones** de una norma laboral, todas ellas jurídicamente válidas, debe optarse por la que resulte **más beneficiosa para el trabajador** (ALARCON CARACUEL, 1990: p. 860). Existe **conflicto** entre las posibles **interpretaciones** de una **norma**, lo que precisamente constituye el **«in dubio»**, ante lo cual debe **optarse** por la **más favorable para el trabajador**, o sea el **«pro operario»** (DIEGUEZ, 1988: p. 163).

Ahora bien, teniendo presente la noción de este principio general del Derecho del Trabajo, que caracteriza y distingue la hermenéutica en materia laboral respecto de las pautas de la teoría general de la interpretación, ¿es posible aplicar el **«in dubio pro operario»** al Convenio Colectivo? ¿Sería válido para todas sus cláusulas?. Comencemos por responder esta segunda interrogante. Momentáneamente, asumamos como válida la hipótesis según la cual el **«in dubio»** es aplicable al Convenio Colectivo.

En ese sentido hay quienes consideran que éste debe de interpretarse con un criterio **unitario**, es decir, **todas las cláusulas** del Convenio pueden ser objeto de aplicaciones del **«in dubio»** (NEVES MUJICA, 1990: p. 10).

Posiblemente, la justificación de esta posición radica en el hecho que, dado que las reglas o pautas de interpretación de los negocios jurídicos y de los contratos presuponen la **paridad entre las partes**, pues provienen del Derecho Civil o común, su aplicación a las cláusulas obligacionales del Convenio Colectivo es **inviabile**. Dichas cláusulas, en tanto materia laboral, deben ser interpretadas tomando como premisa la **desigualdad de las partes** y el **carácter tuitivo** del Derecho del Trabajo en favor de la parte más débil de la relación laboral, el **trabajador**.

Pero, justamente este impase puede ser superado si aplicamos a la interpretación de las cláusulas

2. Entendemos por posición axiomática de interpretación al marco global de interpretación (valores, conceptos y métodos) que cada intérprete elabora. Este se pone un punto de partida (valores) y se traza una dirección interpretativa (conceptos y métodos), que son distintos a los de cualquier otro intérprete (RUBIO CORREA, 1985: p. 237 y ss.).

En esa medida, los métodos de interpretación no tienen un orden jerárquico predeterminado entre sí. Por el contrario, son organizados por cada intérprete y, muchas veces, para cada caso de interpretación (Ibid., p. 261).

obligacionales el «in dubio». Con este postulado general, el intérprete podrá emplear, sin problema alguno, los diferentes criterios hermenéuticos civilistas pues, finalmente, la interpretación realizada supondrá optar por el **sentido más favorable al trabajador** de la cláusula obligacional dudosa u oscura.

Sin embargo, consideramos que el «in dubio» es un principio que se aplica **exclusivamente** en la interpretación de **normas laborales**. Como hemos visto, las cláusulas obligacionales no son normas jurídicas, pues carecen de una de las características fundamentales de toda regla de Derecho: la **generalidad**, que supone que la norma alude a una pluralidad indeterminada de destinatarios (DE LA VILLA, 1983: p. 10). Dichas cláusulas sólo vinculan a los sujetos pactantes, pero no a los trabajadores no sindicalizados o representados en la negociación, que constituirían la pluralidad indeterminada de destinatarios a la que alude la característica mencionada.

En esa medida, pensamos que el «in dubio» sólomente sería aplicable a las **cláusulas normativas** del Convenio Colectivo, mas no a las obligacionales.

Pero, es indudable que las cláusulas obligacionales, en tanto **materia laboral**, deben estar impregnadas del **carácter tuitivo** del Derecho del Trabajo. Si las dejamos a merced de la lógica paritaria del Derecho Civil, ¿no atentariamos contra tal afán protector? . Entonces ¿no es indispensable la aplicación del «in dubio» sobre tales cláusulas?.

Consideramos que no existe atentado alguno contra la finalidad central del Derecho del Trabajo, la protección del trabajador en tanto parte débil de la relación laboral. Es cierto que en toda materia laboral debe subyacer dicho carácter tuitivo. Y, entendemos que éste se encuentra presente en el momento de la **generación** de las cláusulas obligacionales.

En efecto, cuando nuestro ordenamiento **consagra** el derecho a la **negociación colectiva** (artículo 54 de la Constitución), está **garantizando** la **potestad normativa** originaria otorgada a los protagonistas sociales: la **autonomía colectiva**, entendida como el poder de autorregulación de intereses entre grupos contrapuestos (SANTORO-PASARELLI, citado en GIUGNI, 1983: p. 137). En virtud de ella, los sujetos colectivos pueden producir el Convenio Colectivo y, además, en el proceso mismo de su generación, los **trabajadores** pueden **equilibrar** con la **fuerza del número**, el **poder económico del empleador**.

Si la desigualdad que ha dado origen al criterio protector se plasma fundamentalmente en la relación individual de trabajo, en la relación colectiva, entre el sindicato y el empleador, tal **desequilibrio** desaparece. Pero, ello no supone que desaparece el criterio protector, que continúa presente en la posibilidad misma de la negociación colectiva y de la celebración del Convenio Colectivo.

En esa medida, las cláusulas obligacionales no están desprotegidas del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, pues éste subsiste en la generación misma de aquéllas.

Por otro lado, el carácter tuitivo está en el substrato de las cláusulas obligacionales en la medida que, éstas pueden ser incumplidas en determinados supuestos. Así, por ejemplo, como vimos, tratándose de las cláusulas de paz sindical, los trabajadores pueden acudir a la huelga para la defensa de reivindicaciones ajenas al Convenio, para exigir una determinada **Interpretación** del mismo o, para revisar su contenido ante la desaparición de la base que lo origina.

Ahora, pasemos a dar respuesta a la primera interrogante, ¿es aplicable el «in dubio» al Convenio Colectivo?

Para algunos, el «in dubio» **no** puede ser aplicado al Convenio Colectivo, por cuanto la situación de **desequilibrio** en la relación individual de trabajo, hecho generador del afán protector del ordenamiento laboral, **desaparece** en la relación **colectiva**, en razón de la **gravitación profesional** de la **asociación gremial** (TISSEMBAUM, 1964: p. 396).

Es decir, el poder del número del factor trabajo, equipara el poder económico del factor capital. Los trabajadores, gracias a la autonomía colectiva, tienen la posibilidad de autonomarse en igualdad de condiciones que el empleador, de modo que el resultado normativo ha sido concientemente logrado por ellos, teniendo la ocasión de establecer reglas favorables a sus intereses.

En consecuencia, aplicar el «in dubio» sería propiciar un **desequilibrio** en contra del empleador, debido a un exceso de proteccionismo del trabajador. Una especie de enriquecimiento indebido, ante la doble tutela del trabajador, al darle, además de la autonomía colectiva, el «in dubio» sobre el Convenio Colectivo.

Sin embargo, para otros, el «in dubio» es plenamente **aplicable** al Convenio Colectivo, en virtud a su **naturaleza normativa**. Toda norma laboral tiene un **propósito protector**. Que ese propósito lo haya concretado el legislador en un texto legal, o el sindicato en un Convenio Colectivo, no altera sustancialmente la cuestión. Lo cierto es que toda norma laboral está inspirada por ese carácter tuitivo del trabajador y, en consonancia con tal carácter, la aplicación debe efectuarse con un **ánimo de favorecimiento** al trabajador en la **interpretación** de las normas dudosas.

No es que se suponga que la norma esté mal redactada, o adolezca de imperfecciones como consecuencia de la debilidad del trabajador. Esa **debilidad** afecta a cada **trabajador** individual, a quien se le va a aplicar la norma. La **desigualdad** que debe compensarse **surge** en el momento de la **aplicación**, y no en el de la **elaboración** de la norma, por lo que

no interesa la forma en que se haya engendrado (PLA RODRIGUEZ, 1978: p.51).

Estamos de acuerdo con esta posición, pero sólo respecto de la parte normativa del Convenio Colectivo, es decir, las **cláusulas normativas**.

El Derecho del Trabajo tiene por finalidad primordial equilibrar la relación individual de trabajo, en base a la protección normativa del trabajador. En consecuencia, las normas laborales deben ser emitidas y aplicadas, por ende, interpretadas, teniendo presente ese carácter tuitivo. Si este afán protector, del que se desprende el "in dubio", es plenamente válido para el legislador estatal, quien unilateralmente emite la norma laboral, pudiendo extremar la protección jurídica del trabajador, con mayor razón es válido para el legislador convencional, quien tiene que contar con la aquiescencia de la contraparte, con la que tiene intereses muchas veces contrapuestos, para establecer derechos que pretendan favorecer al trabajador.

Por otro lado, como se ha dicho, las cláusulas normativas pueden haber sido concebidas colectivamente, pero su **aplicación** se lleva a cabo a un **nivel individual** pues, dado su carácter normativo, se **contractualizan** o incorporan a cada **relación individual de trabajo**, en donde definitivamente volvemos a estar ante el desequilibrio económico que es punto de partida y justificación del afán protector del subsistema laboral.

Pero, **no** aceptamos la posibilidad de aplicar el "in dubio" a las **cláusulas obligacionales**. Ello, fundamentalmente, por dos razones: en primer lugar, porque dichas cláusulas no son normas jurídicas y, el "in dubio" es un criterio interpretativo estrictamente normativo. Y, en segundo lugar, porque el carácter tuitivo de tales cláusulas se plasma en el momento de generación de las mismas, y no en el de su aplicación, por ende, de su interpretación.

V. ORGANOS IDONEOS PARA LA INTERPRETACION DEL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO

Finalmente, ¿quién o quiénes pueden interpretar el Convenio Colectivo?. En nuestro ordenamiento lo podían hacer, con carácter vinculante, la Autoridad Administrativa de Trabajo, en los procedimientos de denuncia (Decreto Supremo No. 006-72-TR) y de inspección (Decreto Supremo No. 003-83-TR), y la Autoridad Judicial, en los procedimientos ante el Fuero de Trabajo (Decreto Supremo No. 003-80-TR).

Desde este año, la Autoridad Judicial absorvido gran parte de las facultades de la Autoridad Administrativa de Trabajo en esta materia, como lo dispone la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Legislativo No. 767).

En todo caso, la interpretación sólo puede ser realizada con ocasión de un caso concreto. No cabe

la interpretación general o abstracta, ante la consulta de una de las partes negociadoras o de quien tenga legítimo interés, que no suponga necesariamente la existencia de conflicto.

En otros ordenamientos legales, como el **español**, existen instancias interpretativas distintas, cuyo origen no es estatal sino **convencional**.

En efecto, el artículo 91° del **Estatuto de los Trabajadores** español señala que, de los conflictos derivados de la aplicación e **interpretación con carácter general** de los Convenios Colectivos, conocerá la **jurisdicción competente**, con **independencia** de las atribuciones fijadas por las partes a las **comisiones paritarias** (PALOMEQUE LOPEZ, 1988: p. 345; OJEDA AVILES, 1980: p. 502; MARTIN VALVERDE, 1990: p. 312; SALA FRANCO, 1986: p. 182).

Estas comisiones paritarias se encuentran conformadas por representantes de las partes negociadoras, para conocer de las cuestiones que se deriven de la aplicación del Convenio Colectivo, como su propia interpretación, que generaría justamente una interpretación auténtica (ALONSO GARCIA, 1975: p. 271).

Sería interesante implementar en nuestro país un sistema similar de interpretación del Convenio Colectivo que, seguramente, tendría mayor legitimidad que el de las interpretaciones practicadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo o la Autoridad Judicial.

Sin embargo, somos conscientes que es presupuesto necesario para su viabilidad, la consolidación de nuestro sistema de relaciones colectivas, en procura del fortalecimiento fundamentalmente de la autonomía colectiva y de la actividad sindical, para lograr con ello una mayor madurez en los sujetos colectivos, al punto que se vean mutuamente no como antagonistas sino como protagonistas sociales de una misma historia, que nos lleve al progreso del aparato productivo del país y al logro del bienestar de sus trabajadores.

BIBLIOGRAFIA

- 1) ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón. **La vigencia del principio «pro operario»**. En: Cuestiones Actuales del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho de Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea. AA.VV. Madrid, MTSS, 1990.
- 2) ALONSO GARCIA, Manuel. **Curso de Derecho del Trabajo**. Barcelona, Editorial Ariel, 5ª edición, 1975.
- 3) ALONSO OLEA, Manuel. **Naturaleza jurídica, partes, elaboración y contenido de los convenios colectivos de trabajo**. En: Derecho Colectivo Laboral. Asociaciones profesionales y Convenios Colectivos. AA.VV. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973.

- 4) ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONDE. **Derecho del Trabajo**. Madrid, Universidad Complutense, 10ª edición, 1988.
- 5) ALZAMORA VALDEZ, Mario. **Introducción a la ciencia del Derecho**. Lima, EDDILI, 9ª edición, 1984.
- 6) BORDA, Guillermo. **Tratado de Derecho Civil. Tomo II**. Buenos Aires, Editorial Perrot, 9ª edición, 1988.
- 7) BOZA PRO, Guillermo. **Negociación y convención colectiva en la Constitución**. En: Trabajo y Constitución. Javier NEVES MUJICA, Director. Lima, Cultural Cuzco, 1989.
- 8) CARNELUTTI, Francesco. **Teoria del Regolamento Collettivo dell Rapporti di Lavoro**. Padua, 1936.
- 9) DESPONTIN, Luis. **El dualismo contrato individual y convenio-ley en la convención colectiva de condiciones de trabajo y sus concepciones normativas**. En: Derecho Colectivo Laboral. Asociaciones profesionales y Convenios Colectivos. AA. VV. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973.
- 10) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **Tratado práctico y crítico de Derecho Civil**. Tomo X. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.
- 11) DE LA VILLAGIL, Luis Enrique, Gabriel GARCIA BECEDAS e Ignacio GARCIA-PERROTE ESCARTIN. **Instituciones de Derecho del Trabajo**. Madrid, Editorial CEURA, 1983.
- 12) DIEGUEZ, Gonzalo. **Lecciones de Derecho del Trabajo**. Madrid, Editorial Civitas, 2ª edición, 1988.
- 13) DU PASQUIER, Claude. **Introducción al Derecho**. Lima, EDINAF, 4ª edición, 1990.
- 14) GARCIA BECEDAS, Gabriel. **Democracia y relaciones laborales**. Madrid, AKAL, 1982.
- 15) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del Derecho**. México, Editorial Porrúa, 13ª edición, 1965.
- 16) GENOUD, Héctor. **La interpretación de los Convenios Colectivos**. En: Derecho Colectivo Laboral. Asociaciones profesionales y Convenios Colectivos. AA.VV. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973.
- 17) GIUGNI, Gino. **Derecho Sindical**. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1983.
- 18) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. **El negocio jurídico**. Lima, Studium, 2ª edición, 1987.
- 19) MARC, Jorge Enrique. **Las concepciones contractuales y normativas del Convenio Colectivo de Trabajo**. En: Derecho Colectivo Laboral. Asociaciones profesionales y Convenios Colectivos. AA.VV. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973.
- 20) MARTIN VALVERDE, Antonio. **Lecciones de Derecho del Trabajo**. Sevilla, Universidad de Oviedo, 1990.
- 21) MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del Trabajo**. Madrid, Editorial Tecnos, 1985.
- 22) MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del Trabajo**. Madrid, Editorial Tecnos, 9ª edición, 1988.
- 23) NEVES MUJICA, Javier. **Fuentes y principios laborales en la Constitución**. En: Trabajo y Constitución. Javier NEVES MUJICA, Director. Lima, Cultural Cuzco, 1989.
- 24) NEVES MUJICA, Javier. **Las reglas constitucionales para la aplicación de la normativa laboral**. Lima, Programa Laboral DESCO, 1990.
- 25) OJEDA AVILES, Antonio. **Derecho Sindical**. Madrid, Editorial Tecnos, 1980.
- 26) PALOMEQUE LOPEZ, Manuel-Carlos. **Derecho Sindical Español**. Madrid, Editorial Tecnos, 2ª edición, 1988.
- 27) PLA RODRIGUEZ, Américo. **Los principios de Derecho del Trabajo**. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2ª edición, 1978.
- 28) RUBIO CORREA, Marcial. **El sistema jurídico**. Introducción al Derecho. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2ª edición, 1985.
- 29) SALA FRANCO, Tomás (Director). **Lecciones de Derecho del Trabajo**. Valencia, Tirant lo Blanch Libros, 1986.
- 30) THORNE BOAS, Carlos. **La interpretación de la ley (cuestiones metodológicas)**. En: la interpretación de la ley. Cuestiones metodológicas y otros ensayos de Filosofía y Sociología del Derecho. Lima, Cultural Cuzco, 1989.
- 31) TISSEMBAUM, Mariano. **La constitucionalización y codificación del Derecho del Trabajo. Sus fuentes e interpretación**. En: Tratado de Derecho del Trabajo. Mario DEVEALI, Director. Buenos Aires, Editorial La Ley, Tomo I, 1964.
- 32) VAZQUEZ VIALARD, Antonio. **Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. Tomo I. Lima, Ediciones Jurídicas, 1986.

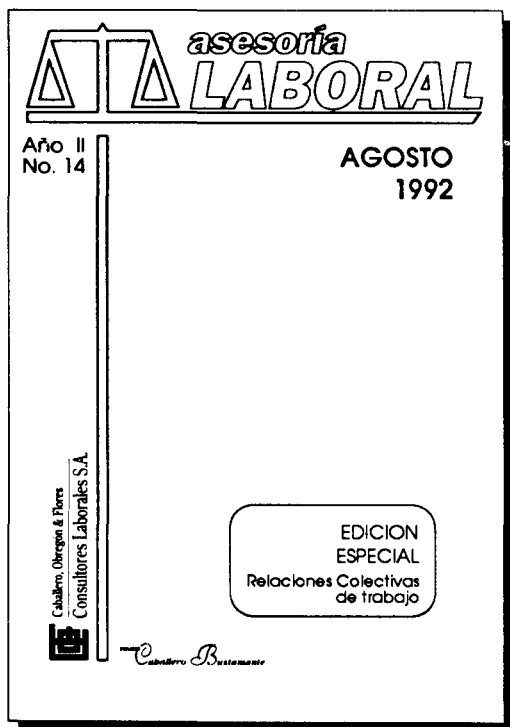


Caballero, Obregón & Flores
Consultores Laborales S.A.

ESTUDIO

Caballero Bustamante

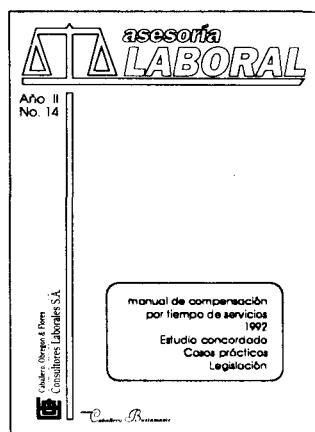
Le ofrecen para las relaciones laborales los mejores instrumentos de asesoría:



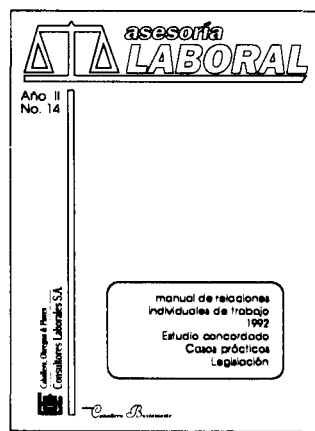
La revista especializada más completa en su género

La suscripción anual (12 números de enero a diciembre) le otorga los beneficios adicionales siguientes:

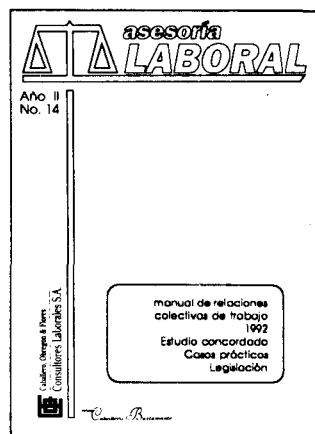
- 50% de descuento en los seminarios
- 30% de descuento en las consultas personales o por escrito; en este último caso, cuando la respuesta sea remitida directamente y no desean que se incluya en la revista.
- Acceso a nuestra base de datos, pagando sólo el costo de servicio.
- Recibir un Calendario Laboral
- Recibir un Manual de Asesoría Laboral "Relaciones Individuales de Trabajo".
- Recibir un Manual de Asesoría Laboral "Relaciones Colectivas de Trabajo".
- Recibir un Manual de Asesoría Laboral "Prestaciones de la Seguridad Social".



- Estudio concordado
- Casos prácticos
- Legislación



- I Contrato de trabajo
- II Jornada y horario de trabajo
- III Remuneraciones
- IV CTS
- VI Seguro de vida
- VII Fomento del empleo
- VIII Obligaciones del empleador
- Legislación
- Casos prácticos
- Anexos



- I Libertad sindical
- II Negociación colectiva
- III Huelgas
- IV Participación en la empresa
- V Relaciones industriales
- VI Reglamento interno
- Legislación
- Casos prácticos
- Anexos

Informes: Telf.: 75-9843
Av. San Borja Sur N° 1170 - San Borja
y distribuidores autorizados a nivel nacional

La Postulación del proceso en el Código Procesal Civil

Juan Monroy Gálvez.

Abogado. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

IMPORTANCIA DEL TEMA

Debe resultar difícil encontrar en el nuevo Código Procesal Civil una institución más trascendente que la **Postulación del proceso**. De hecho no habra en el Código vía procedimental alguna que, en su inicio, no exija el tránsito por todo o parte de su cauce. En consecuencia, deviene en necesario describir en qué consiste este obligado estadio evolutivo del proceso y, sobre todo, qué debemos esperar de él como jueces, abogados, practicantes o justiciables.

LINEAMIENTOS GENERALES DE LA POSTULACIÓN DEL PROCESO

Operativamente podemos definir el proceso judicial como el conjunto dialéctico de actos jurídicos procesales, realizados por los elementos activos de la relación jurídica procesal, con las finalidades de resolver el conflicto de intereses o acabar la incertidumbre con relevancia jurídica y conseguir la paz social en justicia.

Desde una perspectiva teórica y, sobre todo, didáctica, el proceso judicial transcurre a lo largo de cinco etapas. La primera, llamada **postulatoria**, es aquella en la que los contendientes presentan al órgano jurisdiccional los temas que van a ser materia de argumentación, prueba y persuasión durante el proceso, sea porque se quiere el amparo de la pretensión o porque se busca su rechazo a través de la defensa. La segunda, la **probatoria**, como su nombre lo indica, discurre en la actividad de las partes destinada a acreditar que los hechos han ocurrido tal como los describieron en la etapa postulatoria.

Aún cuando sea al paso, nótese el carácter dialéctico del proceso: las partes son oponentes respecto de las tesis que plantean y también lo son en la afirmación simultánea de hechos disímiles que, final-

mente, desembocan en el intento de probar tales afirmaciones. Siendo así, el proceso judicial contiene una contradicción interna - una tesis y una antítesis - que lo conduce inexorablemente a una síntesis, expresada por la decisión del Juez.

La tercera, la **decisoria**, consiste en el acto lógico-volitivo por el que el juzgador opta por una de las proposiciones fundamentadas y probadas en el desarrollo del proceso. Como resulta obvio, es el acto procesal más importante, casi la razón de ser del proceso. La cuarta, la **impugnatoria**, se sustenta en el hecho que la etapa decisoria o de juzgamiento, siendo la etapa más importante del proceso es, finalmente, un acto humano, ergo, susceptible de error. Siendo así, las partes tienen el derecho de exigir un nuevo examen de la decisión obtenida, si consideran que ésta tiene un vicio o error y además les produce agravio. Esta es la etapa impugnatoria.

La quinta y última etapa, la **ejecutoria**, está ligada al sentido finalístico del proceso. La búsqueda de una declaración judicial es, en estricto, la necesidad de contar con un instrumento que produzca un cambio en la realidad. Si la sentencia no pudiera cumplirse, el proceso carecería de sentido. La etapa ejecutoria cumple esa función, convertir en eficaz la decisión definitiva obtenida en el proceso.

Sin embargo, este diseño de proceso con cinco etapas secuenciales y progresivas es históricamente caduco y científicamente imperfecto. El culto a esta horizontalidad del proceso ha determinado la existencia de procedimientos largos, onerosos, complicados y, al final, socialmente inútiles.

Por cierto, el mejor ejemplo de las limitaciones y defectos de esta concepción del proceso en etapas rígidas es el Código vigente. Si a lo dicho se le agrega el hecho de ser absolutamente escrito y privatista respecto del control de las partes sobre el impulso del proceso, es lógico constatar su anacronismo e ineficacia.

Lo expresado no es -simplemente porque no puede negarse lo evidente- un cuestionamiento a la existencia de dichas etapas, simplemente es una crítica a la visión estática y concatenada que se tiene de éstas.

La tendencia contemporánea -acogida por el nuevo Código Procesal Civil peruano- es considerar las "etapas" como momentos estelares y necesarios por los que debe pasar todo proceso, procurando que ocurran en éste, de tal manera que su actuación sea conocida directamente por el juzgador (inmediación), en el menor número posible de actos procesales (concentración) y con el mayor ahorro de esfuerzo, gasto y actividad (economía). Veamos como se ha plasmado este propósito en la nueva normativa.

ESTRUCTURA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL EN MATERIA DE JUSTICIA CIVIL

El Libro sobre la **Justicia Civil** está dividido en seis **Secciones**. La primera regula lo referente a los conceptos básicos de **Jurisdicción, acción y competencia**; la segunda describe quienes son los **Sujetos del proceso**; la tercera fusiona -bajo el rubro **Actividad procesal**- el conjunto de instituciones y actos procesales que se presentan durante el desarrollo de cualquiera de los procesos regulados en el Código; la cuarta Sección es la **Postulación del proceso**, normada entre los artículos 424 al 474; la quinta contempla todos los **Procesos contenciosos** y, la sexta, los **Procesos no contenciosos**.

Como se advierte, la Postulación está regulada antes del tratamiento procedimental de cada uno de los procesos (es decir, de los plazos, requisitos, competencias y otros detalles propios de cada vía procedimental). La razón ya fue advertida al referirnos a su importancia, como la Postulación afecta a todos los procesos, debe regularse en el preámbulo al tratamiento de éstos.

OBJETIVOS DE LA POSTULACIÓN DEL PROCESO

A continuación una descripción sumaria de los objetivos que el legislador ha querido se obtengan a través de la Sección postulatoria.

a) Proponer pretensiones y defensas.- Este primer objetivo reitera el propósito tradicional de la llamada "etapa postulatoria": ser el momento para que las partes presenten sus proposiciones, las que durante el transcurso del proceso serán debatidas y, posteriormente, reconocidas o rechazadas por el juzgador.

b) Exigir preliminarmente el cumplimiento de los requisitos para una relación procesal válida.- Dentro

de la concepción del juez director del proceso, éste debe constituirse en un primer control de los requisitos de admisibilidad y procedencia¹ de la demanda. Una de las causas más importantes del desprestigio de la justicia civil, se origina en el considerable número de procesos que, luego de un penoso y largo transcurso, acaban en una decisión que no resuelve el conflicto, sino que simplemente exige se vuelva a iniciar el proceso subsanándose los vicios cometidos.

Estos fallos, llamados **inhibitorios** porque no resuelven el fondo de la controversia, expresan defectos en la organización judicial pero también en la norma procesal. Nos explicamos.

Por un lado, tenemos una organización judicial que no ha remozado sus estructuras coloniales, determinando con ello que no esté apta para atender una demanda masiva de justicia, hecho que constituye el acontecimiento social más importante del presente siglo en materia judicial: **la masificación de las pretensiones**. Josue de Castro dice a propósito de este rasgo peculiar del mundo contemporáneo: "**La conquista más grande del proletariado en el presente siglo es haberse dado cuenta de su auténtica realidad social.**"

Por otro, tenemos una regulación procesal que, insólitamente, limita o impide la función directriz del juez respecto del saneamiento del proceso.

La suma de estos dos factores, la impresionante cantidad de demandas que recibe durante su turno y, además, una regulación procesal limitativa de sus facultades, han venido impidiendo al juez nacional calificar inicialmente la relación procesal que se intenta establecer cuando se demanda.

Este nuevo objetivo de la Postulación, le impone al juez el deber de revisar el cumplimiento por parte del demandante de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda, concediéndole, en contraprestación, la facultad de devolver o rechazar la demanda cuando así lo considere. Como se apreciará en el desarrollo del presente trabajo, esta revisión preliminar que realiza el juez, no cancela el tema de la validez de la relación procesal, sin embargo, constituye un aporte considerable al propósito de sanear en momento oportuno la relación procesal.

c) Sanear la relación procesal por acto del juez o exigencia de las partes.- Este objetivo está referido al deber que tiene el juez, después de haber recibido la contestación del demandado y cuando éste no haya alegado una defensa de forma (excepción), de volver a revisar la relación procesal. De encontrar saneado el proceso, expedirá de oficio una resolución decla-

1. "**Artículo 128.- Admisibilidad y Procedencia.-** El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo."

rando la validez de la relación. De advertir deficiencias en la relación, declarará su invalidez definitiva o concederá un plazo para subsanarlas, si fuera el caso.

La otra posibilidad es que el demandado plantee defensas de forma o excepciones. En este caso, el juez debe tramitarlas y, al final, resolverlas. De igual manera, si no ampara las excepciones, deberá declarar saneado el proceso; si por el contrario declara fundada una excepción, dependiendo del efecto que ésta produce, concederá un plazo para que el demandante sanee éste.

d) Provocar la conciliación.- Este objetivo se explica por su enunciado. Sin embargo, cabe afirmar aquí el rol trascendente que va a cumplir la conciliación en el nuevo proceso civil. Prácticamente no va a haber proceso en donde el juez no tenga el **deber** de provocar la conciliación, regulándose incluso que este acto, aún cuando no se concretara en un acuerdo, produzca efectos en el proceso, como se explicará más adelante.

e) Precisar los puntos controvertidos.- Dentro de una concepción privatista del proceso, el juez no tiene otra alternativa que admitir y actuar todos los medios probatorios ofrecidos por las partes. Sin embargo, en el nuevo Código esto no es así, en él el juez está apto para, con ayuda de las partes, fijar cuales son los hechos respecto de los cuales las partes van a

contender. El propósito es evitar que el proceso discurra respecto de la prueba de hechos que las partes no discuten y, consecuentemente, permite que el juez identifique con precisión los hechos sobre los cuales deberá centrar su apreciación para resolver la controversia.

f) Juzgar anticipadamente el proceso.- Pueden darse ciertos supuestos en los que el proceso no debe continuar por sus cauces normales, sino que bruscamente se encuentra expedito para ser resuelto.

g) Crear las condiciones de desarrollo normal del proceso.- Este es un objetivo fundamental de la Postulación del proceso. Una vez superadas todas las instituciones reguladas en su interior, el proceso habrá quedado saneado en su aspecto formal, dejando expedita la continuación de su trámite respecto de la alegación del contenido de la pretensión o de la defensa, cumpliendo así lo que consideramos es su función más importante.

DESCRIPCIÓN EXEGÉTICA DE LA POSTULACIÓN DEL PROCESO

A continuación una descripción de los aspectos más saltantes de los artículos que conforman la Postulación del proceso.

1. Requisitos y anexos de la demanda.- Los artículos 424 y 425² del Código Procesal Civil contienen

2. **“Artículo 424.- Requisitos de la demanda.-** La demanda se presenta por escrito y contendrá:

1. La designación del Juez ante quien se interpone;
2. El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante;
3. El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo;
4. El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda;
5. La determinación clara y concreta de lo que se pide o petitorio;
6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuesto enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad;
7. La fundamentación jurídica del petitorio;
8. El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse;
9. La indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda;
10. Los medios probatorios; y
11. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del Abogado. El demandante analfabeto certificará su huella digital ante el Auxiliar jurisdiccional.”

“Artículo 425.- Anexos de la demanda.- A la demanda debe acompañarse:

1. Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante;
2. El documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado;
3. La prueba que acredite la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas;
4. La prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso;
5. Todos los medios probatorios destinados a sustentar su petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su actuación. A este efecto acompañará por separado pliego cerrado de posiciones, de interrogatorios con la individualización de los mismos y pliego abierto especificando los puntos sobre los que versará el dictamen pericial, de ser el caso; y
6. Los documentos probatorios que tuviese en su poder el demandante. Si no se dispusiera de alguno de estos, se describirá su contenido, indicándose con precisión el lugar en que se encuentran y solicitándose las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.”

los requisitos y anexos, respectivamente, que se deben presentar con la demanda. Los primeros son los elementos intrínsecos que deben estar presentes en toda demanda y, los segundos, son los documentos que se agregan a la demanda a fin de cumplir, en forma conjunta, con los requisitos de admisibilidad y procedencia de ésta.

En el caso de los requisitos de la demanda, debe destacarse el deber que le impone el Código al demandante para que exponga los hechos **enumerándolos** "en forma precisa, con orden y claridad". El cumplimiento de esta norma va a significar una reforma considerable en el trámite procesal. Explicaremos su importancia.

El propósito de exigir al demandante una enumeración de los hechos que sustentan su pretensión, tiene como correlato la exigencia al demandado que éste también exponga su posición sobre los hechos, debiendo precisar en orden (enumeradamente) en cuales se halla conforme y cuales son aquellos que rebate. A su vez, tales exigencias van a ser determinantes para cuando el juez, aún dentro de la Postulación del proceso, deba determinar, con ayuda de las partes, los hechos controvertidos, los que por cierto serán identificados fácilmente si se cumplió con la enumeración; permitiéndose también con ello calificar la pertinencia del material probatorio ofrecido.

En materia de anexos de la demanda, es de considerable importancia destacar la exigencia al demandante y al demandado de acompañar a su de-

manda y contestación, respectivamente, **todos los medios probatorios** que sustenten su posición. Posteriores actos procesales irán precisando la pertinencia de éstos para su actuación en la audiencia respectiva, sin embargo, es de destacar la necesidad que los hechos que se expongan se acrediten simultáneamente, a fin de evitar actos dilatorios, cuando no maliciosos, de los litigantes.

2. La inadmisibilidad e improcedencia de la demanda.- Los artículos 426 y 427³ del Código enumeran detalladamente las causales por las que el juez puede declarar la inadmisibilidad o improcedencia de la demanda. Ya se expresó anteriormente el significado de estos institutos, específicamente la diferencia que existe entre las exigencias formales del primero y las de fondo del segundo; precisaremos ahora la diferencia entre estos por sus efectos.

En primer lugar, nótese que el incumplimiento de un requisito de admisibilidad de la demanda, determina que el juez ordene **la devolución** de la demanda, concediéndole al demandante el derecho de subsanar el defecto incurrido. Sin embargo, la situación es distinta en el caso de un requisito de procedencia. Esta vez, el incumplimiento determina que el juez **rechace** la demanda, el que tendrá la calidad de definitivo, es decir, no cabe subsanación por el demandante.

3. La ampliación de la demanda.- El artículo 428⁴ contiene, además de la ampliación, la modificación de la demanda, sin embargo, no hacemos referencia a

3. **"Artículo 426.- Inadmisibilidad de la demanda.-** El Juez declarará inadmisibile la demanda cuando:

1. No tenga los requisitos legales;
2. No se acompañen los anexos exigidos por ley;
3. El petitorio sea incompleto o impreciso; o
4. La vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, salvo que la ley permita su adaptación.

En estos casos el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el Juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente."

"Artículo 427.- Improcedencia de la demanda.- El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. Carezca de competencia;
5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano deevolviendo los anexos y expresando los fundamentos de su decisión.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes."

4. **"Artículo 428.-Modificación y ampliación de la demanda.-** El demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada.

Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte."

ésta debido a que no se diferencia de la regulación actual sobre el mismo tema. La ampliación si trae una novedad importante.

Hay obligaciones cuyo incumplimiento sucesivo puede determinar que éste siga ocurriendo, incluso después de haber sido demandadas las primeras cuotas incumplidas. En este caso, se permite al demandante ampliar la cuantía de lo pretendido a las nuevas cuotas que se vayan devengando, siempre, por cierto, que estén originadas en la misma relación obligacional que sirvió de sustento a la demanda y, además, que tal pedido se haga antes de la expedición de sentencia.

4. Efectos del emplazamiento válido.- El emplazamiento es el acto por el cual se notifica al demandado la demanda; es también el momento en el cual se establece la relación procesal, de allí su importancia para definir varias situaciones importantes, por cierto, siempre que se haya realizado válidamente. Ese es precisamente el sentido del artículo 438⁵, describir cuales son los efectos que produce el emplazamiento válido. Estos van desde fijar de manera definitiva la competencia aplicable al proceso, la inmodificabilidad del petitorio (luego del emplazamiento ya no se puede pedir algo distinto de lo exigido en la demanda), la prohibición de iniciar otro proceso con el mismo petitorio (como resulta obvio, contra la misma parte y con el mismo interés para obrar), hasta interrumpir la prescripción extintiva.

5. Sanción por juramento falso.- Esta situación está muy ligada al emplazamiento válido. Definitivamente el referido acto procesal no se va a producir si el

demandante da un dato falso respecto de la dirección domiciliaria del demandado. Incluso tal falsedad puede provocar la realización de un proceso artificialmente válido, ya que cuando se conoce el hecho, se declara nula toda la actividad procesal realizada desde el ilícito emplazamiento, es decir, prácticamente todo el proceso.

Habida cuenta que tal situación es de extrema gravedad -dado que importa no sólo un propósito doloso del demandante respecto de quien "emplaza", sino que también constituye una burla al servicio de justicia, el que es obligado a tramitar un proceso inútilmente-, se ha dispuesto en el artículo 441⁶ que el demandante no sólo pague una multa severa, sino que además se acompañen pruebas de su conducta ilícita tanto al Ministerio Público como al Colegio de Abogados correspondiente, para su sanción penal y ética, respectivamente.

6. Contestación a la demanda.- En el artículo 442⁷ se regulan los requisitos que deben de cumplirse al contestar la demanda. De él se advierte que los requisitos son los mismos que los exigidos para demandar, por cierto en lo que correspondan. Adicionalmente, como un complemento a la exigencia al demandante de enumerar los hechos que sustentan su demanda, la norma exige al demandado pronunciarse sobre cada hecho expuesto en la demanda, advirtiéndosele que su silencio sobre alguno de ellos, será tomado, en principio, como una aceptación.

Igualmente constituye un deber del demandado al contestar la demanda, pronunciarse expresamente sobre los documentos cuya autenticidad le hayan sido atribuidos en ésta.

5. **"Artículo 438.- Efectos del emplazamiento.-** El emplazamiento válido con la demanda produce los siguientes efectos:

1. La competencia inicial no podrá ser modificada, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron.
2. El petitorio no podrá ser modificado fuera de los casos permitidos en este Código.
3. No es jurídicamente posible iniciar otro proceso con el mismo petitorio.
4. Interrumpe la prescripción extintiva."

6. **"Artículo 441.- Sanción por juramento falso.-** Si se acredita que el demandante o su apoderado o ambos, faltaron a la verdad respecto a la dirección domiciliaria del demandado, se remitirá copia de lo actuado al Ministerio Público para la investigación del delito y al Colegio de Abogados respectivo para la investigación por falta contra la ética profesional, si uno de los dos fuese Abogado.

Adicionalmente, se impondrá una multa individual no menor de diez ni mayor de treinta remuneraciones mínimas vitales, sin perjuicio de lo regulado en el artículo 4."

7. **"Artículo 442.- Requisitos y contenido de la contestación a la demanda.-** Al contestar el demandado debe:

1. Observar los requisitos para la demanda, en lo que corresponda;
2. Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados;
3. Reconocer o negar la autenticidad de los documentos que se le atribuyan;
4. Exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara;
5. Ofrecer los medios probatorios; y
6. Incluir su firma o la de su representante o de su apoderado, y la del Abogado. El demandado analfabeto certificará su huella digital ante el Auxiliar jurisdiccional."

7. Reconvencción.- La doctrina distingue los conceptos de reconvencción y contrademanda, aún cuando ambas se sustentan en el principio de economía procesal. Habiéndose interpuesto una demanda y teniendo el demandado alguna pretensión contra el demandante, es conveniente a todos -servicio de justicia incluido- que dicha pretensión se discuta dentro del mismo proceso.

Sin embargo, la diferencia se encuentra en el hecho que la reconvencción concede al demandado la facultad de interponer contra el demandante cualquier pretensión, siempre que la vía procedimental lo permita. Sin embargo, la contrademanda exige que la pretensión que tenga el demandado esté relacionada con la pretensión del demandante, de lo contrario no será procedente.

La tendencia contemporánea en la materia es regular únicamente la contrademanda, dado que la pretendida economía procesal que recomienda la reconvencción, se diluye contradictoriamente en la práctica, provocando un gasto o consumo mayor de tiempo y esfuerzo.

El Código, reconociendo las ventajas de la contrademanda, la ha regulado exclusivamente, pero dado que el concepto **reconvencción** tiene un profundo arraigo en el quehacer forense nacional, ha mantenido el nombre, como se aprecia del artículo 445⁸.

8. Excepciones.- Llamadas también defensas de forma, las excepciones son el medio a través del cual el demandado denuncia la existencia de una relación procesal inválida, sea por que se ha omitido o se ha presentado defectuosamente un presupuesto procesal o una condición de la acción.

Con una terminología distinta, sobre todo más cercanas a lo que realmente son, el Código acoge en su artículo 446⁹ todas las excepciones reguladas en el Código vigente, salvo la de naturaleza de juicio y la de transacción, la primera por inútil y la segunda por constituir una defensa de fondo. Asimismo, adiciona otras tales como la de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda -conocida como excepción de demanda oscura en el inciso 3o. del artículo 619 de la Ley de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852-, la de falta de agotamiento de la vía administrativa, la de legitimidad para obrar y la de convenio arbitral.

En cuanto a su tramitación, se mantienen algunas ventajas incorporadas a través de las modificatorias que en los últimos años recibió el Código vigente y se adicionan otras. Así, su interposición no suspende el proceso, salvo que fuese la excepción de convenio arbitral que, por otro lado, necesariamente debe intentarse anexada con el documento que la acredita. El juez está facultado para resolver las excepciones de plano, sin necesidad de actuar la prueba ofrecida, o de lo contrario, citar a una audiencia de actuación de pruebas, en donde se actuaran aquellas que, a su criterio, sean necesarias para resolver la excepción, lo que el juez puede hacer: o al final de la audiencia o dentro de cinco días de concluida ésta.

9. Efectos distintos de las excepciones.- A diferencia del Código actual que ordena que cuando una excepción sea amparada, será declarada la nulidad de todo lo actuado, el nuevo Código concede un efecto distinto a cada excepción, también en el supuesto que sea declarada fundada. Estos efectos disímiles regulados en el artículo 451¹⁰, dependen de

8. **"Artículo 445.- Reconvencción.-** La reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para ésta, en lo que corresponda.

La reconvencción es admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales.

La reconvencción es procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. En caso contrario, será declarada improcedente.

El traslado de la reconvencción se confiere por el plazo y en la forma establecidos para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente y resolverse en la sentencia."

9. **"Artículo 446.- Excepciones proponibles.-** El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

1. Incompetencia;
2. Incapacidad del demandante o de su representante;
3. Representación insuficiente del demandante o del demandado;
4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;
5. Falta de agotamiento de la vía administrativa;
6. Falta de legitimidad para obrar;
7. Litispendencia;
8. Cosa Juzgada;
9. Desistimiento de la pretensión;
10. Prescripción extintiva; y
11. Convenio arbitral."

10. **"Artículo 451.- Efectos de las excepciones.-** Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes:

la naturaleza jurídica de la excepción amparada; así, algunas veces sólo suspenderán el proceso, en otros lo concluirán e incluso, habrá algunas en los que además de acabar con el proceso, de paso eliminarán la posibilidad que el demandante pretenda lo mismo en uno nuevo.

10. Procesos idénticos.- La posibilidad que hayan dos procesos iguales tramitándose, constituye un hecho irregular que debe ser concluido a través de una excepción, siendo varias las que pueden ser usadas. Sin embargo, no es tan sencillo establecer la identidad entre dos procesos. El artículo 452¹¹ lo intenta, estableciendo como criterios que sean las mismas partes que litigan en uno y otro, que sea el mismo petitorio -esto es, el pedido concreto que contiene la demanda- y el mismo interés para obrar, es decir, la misma necesidad de tutela jurídica.

11. Excepción y nulidad.- Como ya se expresó, siendo la excepción el otro nombre que toman las defensas de forma, lo que estas denuncian puede también ser atacado a través de un pedido de nulidad, en vía impugnatoria. El artículo 454¹² impide que el demandado que pudo deducir una excepción se la reserve maliciosamente y después, con el mismo sustento, pida una nulidad.

12. Defensas previas.- Haciéndola proponer y tramitar como si fuesen excepciones, el Código en su artículo 455¹³ regula las defensas previas, es decir, los medios a través del cual el demandado solicita que se suspenda la tramitación de un proceso hasta que el demandante no realice una actividad previa

que la ley sustantiva la tiene regulada como tal, antes de interponer una demanda.

13. Multa por excepción infundada.- Este es otro instituto en donde se manifiesta la considerable autoridad que el nuevo Código le concede al juez, a quien en el Título Preliminar lo califica como director del proceso. En este caso, el artículo 457¹⁴ dispone que si el juez advierte la manifiesta falta de fundamento de la excepción deducida y desamparada, puede condenar al demandado a una multa no menor de tres ni mayor de cinco remuneraciones mínimas vitales, de manera adicional al pago de las costas y costos.

14. Rebeldía.- El tema del emplazamiento al demandado y, sobre todo, el de su incumplimiento pertinaz de ponerse a derecho, fue por mucho tiempo un tema central en el desarrollo histórico del proceso. Al demandado en el derecho romano, por ejemplo, se le podía conducir literalmente del cuello ante el pretor, en base a una orden dada previamente por éste conocida como "*obtorto collo*". Desde una posición dura contra el demandado incumplido -llamado también rebelde o contumaz-, se fue evolucionando a posiciones cada vez más elásticas.

Es el caso del Código vigente, éste, manteniendo el esquema tradicional, sanciona la rebeldía como una contestación negativa del demandado a los hechos expuestos en la demanda. En la práctica, esto significa que el Código actual sólo le otorga a la rebeldía un efecto impulsorio del proceso; incluso se pasa a otra etapa, pero manteniéndose intacto el

...

1. Suspender el proceso hasta que el demandante incapaz comparezca, legalmente asistido o representado, dentro del plazo que fijará el auto resolutorio, si se trata de la excepción de incapacidad del demandante o de su representante.

2. Suspender el proceso hasta que se subsane el defecto de representación insuficiente del demandante dentro del plazo que fijará el auto resolutorio.

3. Suspender el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados en el auto resolutorio y dentro del plazo que éste fije, si se trata de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

4. Suspender el proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal entre las personas que el auto resolutorio ordene y dentro del plazo que éste fije, si se trata de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado.

Vencidos los plazos a los que se refieren los incisos anteriores sin que se cumpla con lo ordenado, se declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.

5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, prescripción extintiva o convenio arbitral."

11. "**Artículo 452.- Procesos idénticos.-** Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar sean los mismos."

12. "**Artículo 454.- Improcedencia de la excepción como nulidad.-** Los hechos que configuran excepciones no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones."

13. "**Artículo 455.- Propuesta y trámite de las defensas previas.-** Las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que reguleen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones."

14. "**Artículo 457.- Costas, costos y multas de las excepciones.-** Las costas, costos y multas del trámite de las excepciones y defensas previas serán de cargo de la parte vencida. Adicionalmente y atendiendo a la manifiesta falta de fundamento, el Juez puede condenarla al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco remuneraciones mínimas vitales "

deber del demandante de probar lo que afirma. Sólo de manera excepcional el Código vigente decide de manera distinta, es el caso del artículo 957.

El Código Procesal Civil en su artículo 458¹⁵ enumera los supuestos en los que el demandado debe ser declarado en rebeldía, debiendo advertirse que se trata de situaciones previstas taxativamente, dada la gravedad con que se regulan sus efectos.

El artículo 461¹⁶ regula los efectos de la declaración de rebeldía, respecto por cierto del rebelde y del proceso. Como principio, al declararse la rebeldía se presume que todos los hechos expuestos en la demanda son verdaderos, con lo que el proceso podría ser sentenciado de inmediato. Sin embargo, se trata de una presunción relativa que no se aplica si, por ejemplo, siendo varios los demandados, uno contesta; si la pretensión se sustenta en un derecho indisponible (es decir, no negociable, no cedible); si la pretensión demandada se sustenta en un medio probatorio que no fue recaudado a la demanda, y cuando al juez ésta no le produce convicción.

Para concluir con el tema de la rebeldía, es significativo el artículo 463¹⁷, éste dispone que la declaración de rebeldía genera, como mínimo, una

percepción de verosimilitud de los hechos que sustentan la demanda, al punto de ser mérito suficiente para conceder medidas cautelares contra el emplazado, o contra el demandante en caso de rebeldía respecto de la reconvención.

15. El saneamiento del proceso.- Recordemos, el proceso se inició con la interposición de la demanda, se calificó ésta, se admitió y se notificó. El emplazado contestó la demanda. Imaginemos que no dedujo ninguna defensa de forma o excepción. Si esto es así, lo que sigue es una función exclusiva del juez que consiste en revisar nuevamente los elementos que conforman una relación procesal -básicamente presupuestos procesales y condiciones de la acción-, luego de la cual, deberá expedir una resolución que dependiendo de lo que encuentre, podrá ordenar lo siguiente:

1. que la relación procesal es válida, por lo que así la declara;
2. que la relación procesal es inválida e insubsanable, por lo que da por concluido el proceso, conforme lo dispone el artículo 467¹⁸; o
3. que la relación procesal es inválida pero subsanable, por lo que le concede al demandante un plazo para ello. Así lo dispone el artículo 465¹⁹.

15. **"Artículo 458.- Presupuesto para la declaración de rebeldía.-** Si transcurrido el plazo del emplazamiento, el demandado o a quien se le ha notificado válidamente no comparece, se le declarará rebelde.

También será declarado rebelde el litigante que notificado con la conclusión del patrocinio de su Abogado o la renuncia de su apoderado, no comparece dentro del plazo fijado en el artículo 79."

16. **"Artículo 461.- Efecto de la declaración de rebeldía.-** La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:

1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;
2. La pretensión se sustente en un derecho indisponible;
3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o
4. El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción."

17. **"Artículo 463.- Rebeldía y medidas cautelares.-** Declarada la rebeldía, pueden concederse medidas cautelares contra el emplazado para asegurar el resultado del proceso, o contra el demandante en caso de reconvención."

18. **"Artículo 467.- Efectos de la declaración de invalidez de la relación procesal.-** Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la invalidez de la relación procesal o vencido el plazo sin que el demandante solucione los defectos que la invalidan, el Juez declarará concluido el proceso imponiendo al demandante el pago de las costas y costos."

19. **"Artículo 465.- Saneamiento del proceso.-** Tramitado el proceso conforme a esta SECCION y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el Juez, de oficio y aún cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando:

1. La existencia de una relación jurídica procesal válida;
2. La conclusión del proceso por invalidez definitiva de la relación, precisando sus defectos; o
3. La concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.

Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida. En caso contrario, lo declarará concluido.

La resolución que declara concluido el proceso o la que concede plazo para subsanar los defectos, es apelable con efecto suspensivo."

Imaginemos ahora que el demandado sí dedujo una excepción y ésta fue declarada infundada. Si así fuera, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 449²⁰, en la misma resolución que declaró infundada la excepción, declarará también saneado el proceso, es decir, afirmará la existencia de una relación jurídica procesal válida, con lo que ya no será necesaria la declaración de validez prevista en el artículo 465.

Alteremos la hipótesis. Imaginemos que el demandado ha sido declarado rebelde. Consentida tal resolución, el juez debe proceder a examinar la relación procesal, y si la encuentra válida, así la declarará. Si la considerara inválida, declarará concluido el proceso.

Como se advierte, la declaración de saneamiento del proceso constituye una nueva revisión que el juez hace a los aspectos formales de éste -ya lo hizo cuando recibió la demanda y antes de conceder su admisión-, a fin de permitir que en su posterior desarrollo y avance, estos aspectos ya no retrasen ni obsten la decisión sobre el fondo. Así lo expresa el artículo 466²¹.

Adviértase la considerable importancia que adquiere el servicio de justicia cuando, a través de sus instituciones, evita la prosecución de procesos plagados de nulidad, en consecuencia, estériles y, adicionalmente, cargados de gastos y frustración para el justiciable.

16. La audiencia conciliatoria.- Declarado el saneamiento del proceso, el juez fijará día y hora para la

realización de la audiencia conciliatoria. Así lo dispone el artículo 468²².

Con sujeción a su nombre, el principal objetivo de la audiencia es concederle al juez la oportunidad de propiciar y obtener una conciliación, es decir, una autocomposición dirigida de lo que es materia de la controversia. El juez, luego de escuchar la posición de las partes, propone una fórmula conciliatoria. Hay dos alternativas respecto de ésta. La primera es que la fórmula sea aceptada por las partes. De ser así, el acuerdo dará lugar a la elaboración de un acta que, firmada por el juez y por las partes y anotada en el Libro de Conciliaciones, tiene la calidad de una sentencia con la autoridad de la cosa juzgada.

La segunda posibilidad es que la fórmula fuese rechazada por alguna de las partes o por ambas. Si así fuese, el juez procede a anotar los términos de la fórmula rechazada, dejando constancia de la parte que no aceptó la fórmula. El propósito es que si posteriormente la decisión definitiva le otorga a quien rechazó la fórmula, igual o menor derecho que ésta, dicha parte será multada con una suma no menor de dos ni mayor de diez remuneraciones mínimas vitales, la conducta del juez en la conciliación está descrita en el artículo 326²³.

17. Decurso del proceso luego de una audiencia sin conciliación.- La falta de aceptación a la fórmula conciliatoria propuesta por el juez, determina que la audiencia pase a otro tema trascendente. Se trata de

20. **"Artículo 449.- Audiencia de saneamiento procesal.-** Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, puede prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación, declarando infundada la excepción y saneado el proceso.

De lo contrario, fijará día y hora para la audiencia de saneamiento, la que será inaplazable. En ésta se actuarán los medios probatorios ofrecidos y necesarios, acritorio del Juez, para resolver la excepción.

Al final de la audiencia el Juez resuelve la excepción, luego de escuchar los informes orales de los Abogados si fueran solicitados. Si declara infundadas las propuestas, declara además saneado el proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451.

El Juez puede reservarse la decisión por un plazo que no excederá de cinco días contado desde la conclusión de la audiencia de saneamiento."

21. **"Artículo 466.- Efectos del saneamiento del proceso.-** Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada."

22. **"Artículo 468.- Oportunidad de la audiencia conciliatoria.-** "Expedido el auto que declara saneado el proceso o subsanados los defectos advertidos, el Juez fija día y hora para la realización de la audiencia conciliatoria."

23. **"Artículo 326.- Audiencia de conciliación.-** Presentes las partes, o sus apoderados o representantes con capacidad para ello, el Juez escuchará por su orden las razones que expongan. De inmediato propondrá la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje. También puede disponer la suspensión de la audiencia y su posterior reanudación dentro de un plazo no mayor de diez días.

Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el Libro de Conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevará al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se entenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma.

Si la sentencia otorga igual o menor derecho que el que se propuso en la conciliación y fue rechazado, se le impone al que lo rechazó una multa no menor de dos ni mayor de diez remuneraciones mínimas vitales, salvo que se trate de proceso de alimentos, en cuyo caso el Juez puede reducir la multa en atención al monto demandado y al que se ordena pagar en la sentencia."

la identificación de los asuntos o hechos cuya interpretación o entendimiento distancia a las partes; es decir, aquellos que el artículo 471²⁴ los denomina puntos controvertidos, y de manera específica aquellos que van a ser materia de prueba.

A continuación, el juez procederá a decidir la admisión de los medios probatorios ofrecidos con la demanda o con la contestación, de haberlos. Inmediatamente después, ordenará se actúen los medios probatorios ofrecidos respecto de las cuestiones probatorias deducidas, por cierto de haberlas. Con esta última actuación, la audiencia llamada **conciliatoria, o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio** llega a su fin, fijando el juez día y hora para la realización de la audiencia de pruebas, la que deberá ocurrir en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia que concluye.

18. Juzgamiento anticipado del proceso.- Esta es una institución que, al igual que la de saneamiento del proceso antes descrita, tiene su origen en el derecho portugués y brasileño, en ese orden. Luego de fracasada la audiencia conciliatoria, el juez puede decidir comunicar a las partes que va a expedir sentencia. Esta decisión heterodoxa desde la óptica del curso regular del proceso, se origina cuando se presenta alguno de estos dos supuestos:

1. Cuando lo que se discute sólo es una cuestión de derecho o, siendo de hecho, los medios probatorios anexados a la demanda han sido suficientes para posibilitar al juez una convicción sobre la ocurrencia de los hechos discutidos en el proceso, o

2. Cuando queda consentida la declaración de rebeldía y no se presenta ninguno de los supuestos de excepción previstos en el artículo 461. Así lo dispone el artículo 473²⁵.

19. Conclusión anticipada del proceso.- Esta institución, con el mismo perfil histórico que la reseñada en el párrafo anterior, regula aquellas situaciones que, presentadas intempestivamente en cualquier

momento del proceso, determinan que éste no pueda continuar, y que, en consecuencia, se interrumpa su camino a la sentencia. Esta institución faculta al juez a declarar la conclusión del proceso, como correlato a uno de los supuestos descritos en el artículo 474²⁶.

Entre los supuestos para que se dé esta declaración, podemos encontrar: la sustracción de la pretensión, el abandono del proceso, el amparo de una excepción o defensa previa, la declaración de desistimiento, la conciliación o la aprobación de una transacción, entre otros.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como se advierte, el destino del Código Procesal Civil, diríamos incluso su éxito, depende en gran medida que el juez, el gran privilegiado en el nuevo Código, haga suyo el ritmo que le impone la Postulación del proceso y, sobre todo, exija que los intervinientes en él, ajusten su conducta a las exigencias normativas planteadas. Por otro lado, es necesario también que el juez explote todas las facultades que la Postulación le concede.

La Postulación se afilia a varios objetivos, así, pretende impedir que la validez de la relación procesal sea el tema que los jueces resuelvan cuando deban sentenciar; pretende también que el proceso se sane en la forma, en sus aspectos periféricos (cuestiones probatorias) y en sus situaciones anormales (conclusión del proceso), para que se conduzca firme a un pronunciamiento sobre el fondo.

Finalmente, no debemos olvidar que el proceso no es otra cosa que un instrumento para hacer efectivos los derechos materiales. En tal sentido, el proceso debe crear las condiciones para que tales derechos sean declarados pronto y con certeza, es decir, con eficacia, en la búsqueda de una paz social con justicia. La Postulación del proceso es, en su conjunto, una estructura procesal concretada normativamente para hacer efectivos los fines del proceso; ahora sólo cabe esperar que los jueces hagan cumplir los objetivos para los que fue creada.

24. **"Artículo 471.- Audiencia sin conciliación.-** De no haber conciliación, el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubieran. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas.

Al final de la audiencia, el Juez notificará a las partes el día y la hora para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria."

25. **"Artículo 473.- Juzgamiento anticipado del proceso.-** El Juez, luego de contestada la demanda o la reconvención, en su caso, notificará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite cuando:

1. La cuestión debatida fuese sólo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva; o

2. Luego de la declaración de rebeldía, queda consentido el auto que declara saneado el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 461."

26. **"Artículo 474.- Conclusión del proceso.-** El Juez declarará concluido el proceso si durante su tramitación se presentan cualquiera de los casos previstos en el artículo 321 y los incisos 2., 4. y 5. del artículo 322."

Las modificaciones que se encuentren en los artículos que se citen, respecto del texto original del Código Procesal Civil, se originan en lo dispuesto por un Decreto-Ley, a la fecha pendiente de promulgarse, que modifica algunos artículos del Código.

La Responsabilidad Civil Extracontractual: El Derecho de una Sociedad Mixta

Guido Calabresi.

Profesor de Derecho John Thomas Smith, Universidad de Yale.

Es mejor dejar las pérdidas en las víctimas. Solamente si pudiera ser claramente demostrado que los causantes pudieron haber evitado el daño de manera menos costosa -teniendo culpa-, deberían los incentivos para evitar el daño reposar sobre ellos.¹ Y aun cuando los que causan daños puedan elegir el camino más seguro, la víctima debería aun ser la que, frecuentemente, deba soportar la pérdida y el incentivo para evitarla.² Que esta elección coloque todas las

pérdidas inevitables, así como el costo de evitar muchas de esas pérdidas evitables, sobre aquéllas actividades o clases sociales a las cuales suelen pertenecer las víctimas, resulta o irrelevante o beneficioso desde el punto de vista de la distribución de la riqueza.³

Las nociones descritas estaban por alcanzar su máxima aceptación en 1876, cuando ya se vislum-

1. La culpa implica no sólo que los causantes pudieron evitar el daño sino también que lo sabían o debieron saberlo. Para una definición de culpa aplicable al Siglo XX, que trate de establecer sistemáticamente las relaciones implicadas, Ver *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir 1940) (L. Hand I) *rev'd on other grounds*, 312 U.S. 492 (1941); ver también *United States v. Carroll Towing Co.* 1959 F 2d 169 (2d Cir. 1947). Terry, *Negligence*, 29 Harv. L. Rev. 40 (1915)
2. Diversas razones, a menudo contradictorias, fueron dadas en los mejores días del sistema basado en la culpa para explicar por qué en muchos casos las víctimas debían soportar las pérdidas, a pesar de la existencia de alguien que causó el daño «culpablemente». Algunas de estas razones eran consistentes con el objetivo de una eficiente reducción de los costos de los accidentes; otras no lo eran. Quizás las dos más importantes eran la Concurrencia de Culpa (que tomaba en cuenta la culpa de la víctima, y por ende la posibilidad de la víctima de evitar el perjuicio, como un orden de cosas distinto a la prevención y la culpa del causante) y la Causa Próxima (que tiene el efecto de dejar el peso de la prevención sobre las víctimas inocentes -aquéllas de quien no podría decirse que debían haber evitado el perjuicio- en lugar de situarlo sobre los causantes, los cuales, **por definición**, pudieron y debieron haber evitado el perjuicio). La Concurrencia de Culpa, las Inmunidades Intra-familiares y, de manera más dramática, la Asunción del Riesgo fueron, en cierto modo, más lejos estableciendo un sistema en el cual, aun cuando las precauciones que el causante pudiese haber tomado fueran factibles y de bajo costo, el incentivo para evitar el perjuicio a menudo descansaba en la víctima. He expresado esta perspectiva del sistema basado en la culpa de manera más completa en escritos recientes. Ver en general, Calabresi, *Concerning Cause and the Law of Torts*, 43 U. Chi. L. Rev. 69 (1975); Calabresi, *Optimal Deterrence and Accidents*, 84 Yale L. J. 656 (1975); y Calabresi and Hirschhoff, *Toward A Test for Strict Liability in Torts*, 81 Yale L. J. 1055 (1972).
3. Sería irrelevante si uno creyera que la prevención eficiente de los accidentes por medio de colocar el incentivo para evitarlos sobre la parte apropiada, es más importante que descubrir cuáles categorías son hechas más ricas o más pobres. La «Eficiencia» puede resultar en el corto plazo (minimizando la suma de costos de accidentes y costos de seguridad), puede incluir los costos administrativos (evitando innecesarios costos de traslación del costo del accidente) y además puede incluir la previsión de costos en el largo plazo (otorgando un subsidio a las nuevas industrias cuyo desarrollo beneficiaría, a la vez, a las categorías de «causante» y de «víctima» -al menos dentro del muy largo plazo- cuando, desafortunadamente todas aquéllas ahora existentes deben subsistir sin gozar del beneficio). La colocación de las pérdidas descrita en el texto podría ser vista como beneficiosa, desde una perspectiva puramente distributiva, si uno creyera que los causantes, como categoría, son más «valiosos» que las víctimas, como categoría. Oliver Wendell Holmes, Jr. ciertamente creía en las razones de eficiencia para colocar la carga sobre las víctimas (aunque aceptaba alguna responsabilidad muy limitada del ofensor no-culposo). El hecho de si el creía, a la vez, que tal asignación de costos eran distributivamente beneficiosas es menos claro. El maquillaba su indudable preferencia por hacer soportar las pérdidas a la víctima, de un lenguaje que podía entenderse apoyándose tanto en la eficiencia de largo plazo como en el valor que se le daba a distintas categorías. Ver, e. g., Holmes, *The Common Law*, 76-77 (M. Howe, ed., 1963). Cf. Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970). Ver también, Calabresi and Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 84 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

braban los primeros signos de controversia, aunque quizás sólo para aquellos que hacían gala de una aguda percepción.⁴ Típicamente, al encontrarnos situados frente al **Common Law** y no a leyes Naturales, la tendencia empezó a cambiar, cuando no se encontraba en su punto más alto. Hoy en día, uno puede postular las mismas proposiciones substituyendo «las víctimas» por «los causantes» y a «los causantes» por «las víctimas» en todos los casos, y aproximarnos así a la forma en que la mayoría de comentaristas y muchas cortes describirían la Responsabilidad Civil Extracontractual.

Dado esta reciente historia, sería absurdo intentar predecir cómo la curiosa mixtura del deseo por reducir los daños y el deseo por favorecer ciertas categorías que llamamos Responsabilidad Civil Extracontractual y a la cual describiríamos rápidamente con el lenguaje de la justicia,⁵ se desarrollará en el siguiente siglo. Mucho depende de la estructura industrial de la sociedad.⁶ Y lo que esta estructura será en los próximos cien años, se lo dejo alegremente, pero no confiadamente, a los economistas. Pero, aunque uno se abstuviera de lanzar los más alocados vaticinios, aun cuando rechazáramos tratar de imaginar quién soportará, y en qué áreas, las pérdidas inevitables y, en consecuencia, el incentivo y la carga

de evitar las pérdidas más evitables, todavía se podría decir algo acerca de la Responsabilidad Civil Extracontractual en el próximo siglo.

La Responsabilidad Civil Extracontractual, y con mayor precisión las reglas de responsabilidad, son -y lo admito- la ley paradigmática de la sociedad mixta. La política liberal pura del *laissez-faire* prefiere utilizar los contratos, el Estado colectivista establece las sanciones penales; entre estas dos aproximaciones encontramos a la Responsabilidad Civil Extracontractual. Que la Responsabilidad Civil Extracontractual haya estado siempre presente y haya tenido importancia, incluso en las llamadas «democracias populares», testimonia el hecho que los sistemas liberales puros o colectivistas puros existen únicamente en las mentes de sus teóricos o ideólogos. El mundo lo sabe bien. Que el papel de la Responsabilidad Civil Extracontractual haya cambiado, evidencia el hecho que no todas las mezclas son iguales. En cierta época y en cierto lugar, las atomísticas elecciones individuales prevalecen, mientras que en otros, el control lo ejercen las decisiones colectivas.

¿Por qué digo que la Responsabilidad Civil Extracontractual es la Ley de la Sociedad Mixta? Examinemos por unos instantes cómo son abordados

4. En 1876, el caso *Rylands vs. Fletcher* había sido ya sentenciado y cualquiera puede ver, con algo de agudeza y por lo menos en la opinión del juez Blackburn, el germen de la responsabilidad del causante por una actividad ultrarriesgosa, en ausencia de culpa. Otras opiniones, sin embargo, ven en el caso el último bastión de la perspectiva pre-culposa, reservada para una categoría particular de víctimas, los «Señores de la Tierra». Ver *Fletcher vs. Rylands*, 3 H & C. 744, 159 Eng. Rep. 737 (1865), rev'd *Fletcher vs. Rylands*, L.R. 1 Exch. 265 (1866) aff'd *Rylands vs. Fletcher*, L.R. 3 H.L. 330 (1868). Sólo con una gran visión podríamos haber afirmado que la perspectiva de Blackburn iba a demostrar ser más importante que la del Baron Bromwell o la de Lord Cairns.

Signos más claros de un **retroceso** pueden ser apreciados en algunas leyes relacionadas con la responsabilidad por incendios causados por ferrocarriles. Ver por ejemplo 7899. Conn. General Statutes (1949) decretados en 1875 («el perjuicio es suficiente para establecer un caso **prima facie** de negligencia»), seguido por 5557 Conn. General Statutes («la negligencia no es más un requisito para la responsabilidad»), decretados en 1881, un sustento contra un desafío constitucional en *Grisell v. Housatome R. Co.*, 54 Conn. 447 (1886).

5. No es esta la oportunidad para analizar la relación entre los deseos distributivos y de eficiencia, y la justicia. Es un lugar común que los resultados, los cuales pueden ser analizados con algún éxito en términos de sus efectos distributivos y de eficiencia, sean descritos comúnmente por las cortes y los comentaristas en términos de justicia. Algunas veces el uso del lenguaje de la justicia puede ser bastante útil (para una breve discusión del porqué, ver, Calabresi, *Concerning Cause*, supra n.2 en 105-108). Otras veces el lenguaje de la justicia puede servir principalmente para confundir [un particular y egregio ejemplo en *Ives vs. Buffalo R.R.* 201 N.Y., 271, 94 N.E. 431 (1911)].

Entre muchos intentos recientes para explicar la Responsabilidad Civil Extracontractual en términos del Lenguaje de la Justicia, los más interesantes han sido los de Epstein, *Intentional Harms*, 4 J. Legal Stud. 391 (1975); *Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability*, 3 J. Legal Stud. 165 (1974); *A Theory of Strict Liability*, 2 J. Legal Stud. 151 (1973); y *Pleadings and Presumptions*, 40 U. Ch. L. Rev. 556 (1973), y de Fletcher, *Fairness and Utility in Torts Theory*, 85 Harv. L. Rev. 537 (1972).

6. En una sociedad en la cual no existen sindicatos, o estos son pequeños y desorganizados, colocar los costos de los accidentes industriales sobre el empleador-causante en lugar de sobre el trabajador-víctima, es como ir hacia un mayor reconocimiento de los costos de los accidentes y de mayores incentivos para su prevención (el trabajador individual no es el más idóneo para conocer y evaluar el riesgo como sí lo es el empleador, para quien tales perjuicios son una estadística). En una sociedad en la cual tanto los sindicatos como los empleadores están mucho más dispuestos a tratar a los accidentes industriales como un riesgo «estadísticamente» conocido, la colocación legal del peso de los costos no parece tener mucha importancia (el mismo sería renegociado por las partes, sea abiertamente o por medio de modificaciones en los niveles de remuneraciones). En una sociedad en la que los sindicatos son grandes y los empleadores son pequeños y dispersos, es más probable que existan mayores incentivos por la seguridad colocando las pérdidas iniciales sobre los trabajadores sindicalizados, al menos en ausencia de un seguro compulsivo para el empleador (Los empleadores son menos idóneos que los sindicatos para conocer la extensión precisa del riesgo; muchos podrían escoger arriesgarse y fracasar).

los daños por aquéllos Estados ideológicamente puros. Esto nos ayudará a entender por qué el tratamiento que da la Responsabilidad Civil Extracontractual constituye, como mínimo, el compromiso que el ideólogo debe tener con la realidad, y como máximo, la decisión favorita de aquéllos ideológicamente escépticos y de aquéllos cuya ideología es el escepticismo.

Una sociedad colectivista pura abordaría cada situación o actividad potencialmente dañina de tal forma que no dejaría lugar para la Responsabilidad Civil Extracontractual. Debería tomarse una decisión sobre si un acto o actividad particular, desarrollada dentro de un particular tiempo, en un modo particular, por gente particular, resulta demasiado peligroso para ser permitido, o si, alternativamente, es deseable a pesar de sus riesgos. Si el acto fuera considerado demasiado peligroso, sería prohibido, imponiéndose una pena suficientemente severa para desalentarlo cada vez que ocurriera, y ello, sin tomar en cuenta si en el caso específico las víctimas sufren o no perjuicios. Este acto -que podría ser el conducir por personas por debajo de cierta edad, o simplemente el conducir, o el conducir dentro de ciertas horas- habría sido considerado inadecuado y sancionado de conformidad con la ley penal. Si por el contrario, el acto no fuera inadecuado, aun cuando se produjera un perjuicio, no existiría razón para cargar al ejecutor del acto (sea el causante o la víctima) con los daños. El acto, habría sido considerado valioso analizado a partir de una perspectiva colectivista, desde un punto de vista social, a pesar de sus riesgos, y los perjuicios, si ellos se dieran, así como los beneficios, serían tolerados por la sociedad⁷. Y si fuera consistente, esto es, ideológicamente pura, la sociedad colectivista no regida por el mercado, trataría a los daños de una cierta manera colectiva. De este modo, éstos, al igual que todos los males que pudieran aquejarla, serían socialmente asegurados y costeados desde las arcas fiscales del Estado.

La sociedad así descrita trataría a las actividades empresariales de una manera análoga. Nadie podría establecer una fábrica de calzado -bajo sanción legal- a menos que tal fuera considerada colectivamente necesaria, en cuyo caso se crearía por mandato judicial. Sería preocupación del Estado si alguna

inversión previamente realizada resultara perjudicada o si la fábrica de calzado deviniera en un fiasco. Si por el contrario, la fábrica fuera tanto, o más, beneficiosa de lo esperado, ese beneficio sería también de orden estatal. La asunción de riesgos existiría (ya que ni la sociedad colectivista ni la sociedad atomística liberal podrían eliminar el riesgo) pero los beneficios y los perjuicios -las utilidades y las pérdidas- producto de la misma, se acumularían en el Estado, quien sería de este modo el encargado de repartirlos entre sus ciudadanos de conformidad con las nociones predominantes sobre una apropiada distribución de la riqueza.

Aquello que consideramos competencia de la Responsabilidad Civil Extracontractual, las actividades potencialmente causantes de perjuicios, no es sino un tipo de asunción del riesgo, y podría recibir igual tratamiento. De acuerdo a esto, las conductas riesgosas bien podrían ser prohibidas y sujetas a las sanciones de la ley penal, o aceptadas y aseguradas socialmente. En cualquiera de los casos, no habría cabida para las reglas de la responsabilidad civil y de daños.

Olvidemos por un momento la inviabilidad de una sociedad colectivista pura como la descrita (la cual sería desde mi punto de vista extremadamente indeseable). Hagamos lo mismo respecto a la inviabilidad de su contraparte, la sociedad de mercado o atomística pura, a la cual me gustaría referirme a continuación.

La sociedad atomística de mercado establecería ciertos «puntos de partida», «titularidades» basadas en su especial perspectiva sobre cuál es la distribución inicial de la riqueza deseable, y en los supuestos de cuál punto de partida podría hacer a los contratos y a las transacciones menos costosos. Una vez que estos puntos de partida hubieran sido determinados, no se prohibiría sino sólo aquello que vamos a llamar «conductas no-contractuales». Esto es: se prohibiría arrebatar la titularidad de otro; se permitiría ciertamente reforzar todas las transferencias consensuales de la titularidad; y, excepto por (a) determinar los -irremediamente colectivos- puntos de partida, (b) exigir el acuerdo de las partes como una pre-condición para la transferencia de la titularidad, y (c) hacer exigibles los contratos que materializan dichos acuerdos; el Estado no jugaría rol alguno⁸.

7. Un «acto», en el sentido en el que lo utilizo, es simplemente una sub-categoría de una «actividad». Por esta razón, una decisión colectiva para prohibir una actividad sólo «hasta cierto grado», o para ser hecha por «ciertas personas», o de «ciertas maneras» puede ser descrita como una decisión plena para prohibir ciertos actos.

Para estos propósitos no resulta importante cuál es la estructura gubernativa de la sociedad colectivista. Puede ser democrática, y gobernada por individuos elegidos que pueden ser destituidos si no se conducen en concordancia con la voluntad popular. Puede ser una dictadura, del proletariado u de otra categoría. Lo que sí resulta crucial es que se espere que los que deciden -como quiera que sean elegidos- decidan por la masa cuáles riesgos merecen ser asumidos y cuáles no.

8. En otra parte he dicho que la sociedad de mercado establecería titularidades (aparte de consideraciones distributivas) de tal forma que pondría el peso de los accidentes sobre aquella actividad que pudiera evitar los accidentes de manera menos costosa. Ver e.g. Calabresi, *Costs of Accidents*, supra n.3., Calabresi and Melamed, *Property Rules and Liability Rules*, supra n.3. Esta afirmación puede parecer inconsistente con aquella expresada aquí. Pero no lo es, ya que dentro

...

Las «titularidades» determinarían quién soportará el perjuicio cuando este ocurra, es decir, quién será el portador inicial del riesgo. Las conductas riesgosas serían así tratadas de una entre dos posibles formas. Si el perjuicio recayera sobre la parte en quien se había colocado el **punto de partida**, permanecerá allí a menos que un contrato «indemnizatorio» o «de seguro» hubiera sido celebrado con otra parte que voluntariamente, y presumiblemente por un precio, haya aceptado soportar el riesgo. (Por supuesto que tales contratos no podrían ser impuestos). Si por el contrario, el perjuicio recayera inicialmente en una parte sobre la cual no pesaba originalmente el riesgo, la otra parte estaría obligada a pagar los daños. Pero los daños no serían determinados colectivamente,

sino contractualmente. Al portador original del riesgo sólo le estaría permitido participar en la actividad riesgosa en caso que, o bien hubiere comprado a la víctima el derecho para infligir el perjuicio (acuerdo exculpatorio) o acordado previamente con la víctima la compensación que sería pagada de ocurrir el perjuicio (cláusula de compensación contractual), o bien acordado con ella un procedimiento para determinar, luego de ocurrido el evento, los daños por pagar (acuerdo arbitral).⁹ Tales contratos serían **obligatorios** (una exigencia que puede ser protegida con una penalidad), ya que sólo a través de ellos la sociedad atomística de mercado podría asegurarse que, dentro de su ideología, ha operado un traslado beneficioso del riesgo¹⁰.

...

de la definición del que evita el costo de manera más barata se encuentra incluida la capacidad para negociar a bajo costo y, por implicación, para celebrar contratos que puedan ser exigidos a bajo costo. Contrariamente, la colocación del peso inicial sobre la parte que pudiera, **literalmente**, evitar el perjuicio de la manera más barata, traería consigo también la colocación que hicieran a los contratos y a las transacciones lo menos costosas posibles. Tal colocación obviaría la necesidad de celebrar cualquier transacción o contrato respecto al riesgo específico y por ende reduciría tales costos a cero. Sin embargo, donde exista la suficiente incertidumbre acerca de la identidad de aquél que evita el costo de la manera más barata, la parte que parece más capaz de alterar su conducta a bajo costo podría no ser la parte que pareciera ser la más capaz de negociar a bajo costo. En tales casos, debe realizarse un juicio basado en hechos particulares sobre cuál capacidad ofrece la posibilidad más segura de reducir la suma de los costos de los accidentes y de su prevención.

Los abogados de sociedades de mercado puro describen con frecuencia a los puntos de partida colectivamente determinados como aquéllos basados en una serie de juicios utilitarios esenciales. Estos, sin embargo, son juicios colectivos de utilidad. Irónicamente, una vez hechos tales juicios colectivos utilitarios la ideología del mercado puro permite sólo los cambios basados en juicios atomísticos de utilidad libre-contractual p.e. sólo las transacciones en el mercado son medios permisibles de mayores mejoras en la utilidad. Ver notas 10 y 11 infra. Ver también, Demsetz, Toward A Theory of Property Rights, 157 Am. Econ. Rev. 347 (1967) (Vol. 2 -Papers and Proceedings).

9. La analogía con las Cláusulas Penales y con la Resolución de disputas comerciales a través del Arbitraje es obvia e intencionada desde este punto de vista. Las limitaciones impuestas por el derecho contractual en algunas jurisdicciones sobre las cláusulas penales y sobre los acuerdos arbitrales «en contra de la ley» son desviaciones del ideal del mercado puro. Como todas las restricciones sobre la capacidad de una de las partes para riesgos por medio de un contrato, estas limitaciones «huelen» a Responsabilidad Civil Extracontractual y representan incursiones de la «sociedad mixta» dentro de la misma ciudadela del mercado. La expansión de lo viejo y la proliferación de lo nuevo, las restricciones sobre la capacidad para contratar (sea porque el resultado violaría el orden público, sería abusivo, o lo que se le ocurra) son parte de la ascendencia de la aproximación de la regla de responsabilidad -Responsabilidad Civil Extracontractual- que se describe en el presente trabajo. No deseo, sin embargo, que se crea que sugiero que la Ley contractual alguna vez representó la ideología del mercado puro. La Ejecución Específica de los contratos y el Estoppel Promisorio no son sino dos ejemplos de doctrinas contractuales cuya relación con la ideología del mercado puro es, en el mejor de los casos, incierta. Debido a que el derecho contractual no ha sido tan frágil como los ideólogos del mercado consideraban, él ha sido capaz de sobrevivir al declive de la ideología. Cf. notas 17 y 24 infra.
10. La ideología de la sociedad de mercado se basa en la noción de que -en ausencia de un consentimiento unánime de la sociedad- una mejora desde un punto de partida determinado puede producirse sólo si un individuo o un grupo conviene libremente con otro individuo o grupo en efectuar un intercambio. Este movimiento lleva a lo que se conoce como una Posición Superior según Pareto, donde las partes se encuentran, por definición, en un mejor posición; «por definición» porque la ideología del mercado puro implica que los individuos siempre saben que es mejor respecto a lo que es lo que desean y qué es lo que mejorará su situación. No hay necesidad de analizar todas las limitaciones prácticas y teóricas de esta aproximación, muchas de ellas aceptadas por los grandes defensores del libre mercado. Es suficiente para nosotros hacer notar que, a menos que las partes convengan antes del accidente sobre la compensación que será pagada para soportar una pérdida o para soportar su riesgo, derogando la titularidad inicial, el libre intercambio de derechos exigido por la ideología de mercado nunca existirá. Una determinación colectiva de la pérdida, esto es, responsabilidad por Daños, o la compensación por la expropiación, no constituye un acuerdo de las partes para vender y comprar una titularidad por el precio que les convenga. Así, puede que la compensación sea más alta o más baja y no deje necesariamente a ambas partes -de quienes se presume conocen lo que es mejor para ellas- en mejor situación que antes. Existirán luego, algunos perdedores -e.g. aquéllos que no habrían vendido en el precio de la expropiación- y no se podrá mostrar el cambio que lleve al movimiento superior paretiano. A diferencia de la «compensación legal», un contrato (antes de un accidente) sobre el procedimiento a utilizarse para determinar los daños (después del accidente) sí cumple con los requisitos de la ideología de mercado. Una vez más, como las partes «conocen lo mejor para ellas mismas», cuando aceptan el procedimiento están, por definición, siendo totalmente compensados a través del mismo. La analogía está en la venta libre de un bien por un precio que será posteriormente determinado por un experto escogido por las partes.

Postular cualquiera de las dos «aproximaciones puras», sería negar la posibilidad de aplicarlas **universalmente**. ¿Podría alguna sociedad en la práctica, no obstante su colectivismo, decidir si todos y cada uno de los actos son indeseables y, en consecuencia, prohibirlos, o si son valiosos y, en consecuencia, exigirlos? Ello sería evidentemente imposible. Contrariamente, ¿podría alguna sociedad exigir que antes que una persona realice un acto, contrate con todos los potencialmente perjudicados por el mismo?. Se necesita pensar sólo en el conductor de automóviles buscando a, y contratando con, todas sus posibles víctimas, para reconocer la imposibilidad de una aproximación de este tipo. Por supuesto que si se eligiera a las víctimas para soportar todo riesgo inicialmente, el atomismo total sería posible. Este punto de partida -en esencia, una titularidad del «poder creando el derecho»- no resulta **lógicamente** imposible. Pero en los hechos, ninguna sociedad atomística basada en el *laissez-faire* lo toleraría. La asunción total del riesgo por parte de las víctimas no evitaría de manera menos costosa los daños (no sería eficiente) ni lograría una aceptable distribución de la riqueza (no sería justa). Llevado al extremo, no aseguraría propiedad ni integridad corporal alguna. Aquéllos a quienes hoy llamamos ladrones, asesinos o violadores robarían o dañarían a sus anchas. Las víctimas sólo podrían estar seguras comprando protección. No, la sociedad de mercado no puede permanecer indiferente ante quién soporta el riesgo inicial del perjuicio resultante

de la conducta de otros. A ella le importa, tanto por razones de eficiencia como distributivas -para no decir de justicia-, la colocación de las titularidades iniciales; y ello es así, aun cuando no fuera factible contratar antes del perjuicio. En consecuencia, ella no podría existir en su forma «pura», como tampoco podría hacerlo su contraria, la sociedad colectivista pura¹¹.

Pero, si describir las dos aproximaciones puras significa negar la posibilidad de su aplicación universal, también significa reconocer la frecuencia con que son utilizadas en los hechos -en sus formas puras- en todas las sociedades, para enfrentar problemas particulares o segmentos de problemas. Incluso un somero vistazo a situaciones tradicionales, cercanas a la Responsabilidad Civil Extracontractual, en las cuales la conducta es prohibida o -dado que es lo mismo- es exigida (que conduzcan los niños o que se conduzca sin luces en la oscuridad) demuestra que las aproximaciones colectivistas siempre han tenido su lugar. Cuando nos movemos hacia aquellas áreas que han sido tradicionalmente calificadas como «criminales», el espectro de los controles colectivos se amplía aún más. Por otro lado, aun en áreas tradicionalmente reservadas para la Responsabilidad Civil Extracontractual, siempre ha existido un lugar para los contratos que trasladan el riesgo a una parte inicialmente protegida contra él. Y nuevamente, al alejarnos de las áreas tradicionalmente reservadas

...

Cualquier intento (a través de la «teoría del contrato social» o del consentimiento implícito) de convertir la determinación estatal de los daños por responsabilidad en una suerte de «acuerdo sobre el procedimiento» dice mucho, sin embargo. El mismo «consentimiento» podría estar implícito en cualquier acción del Estado, y la superioridad en un sentido paretiano podría ser luego reclamada para cualquier decisión colectiva realizada por el Estado. En este punto, el término pierde todo su significado y ... utilidad. Compárese, Buchanan and Tullock, *The Calculus of Consent: Legal Foundations of Constitutional Democracy* (1962); Buchanan, *Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy*, 2 *J. Law & Eco.* 124 (1959); y Buchanan, *The Limits of Liberty* (1975).

Todo esto enfatiza la -muy a menudo ignorada- diferencia entre una ideología utilitaria pura y una ideología libre-contractual pura. La primera no tendría problemas con los traslados colectivamente determinados de las titularidades y, a fortiori, con la compensación colectivamente determinada, en tanto que suceda que los ganadores ganen más que lo que los perdedores pierden. La segunda rechaza dichos traslados a menos que se demuestre que las ganancias, las pérdidas, y la compensación provienen de transacciones contractuales de mercado libremente establecidas. Ver nota 8, supra.

11. La tensión entre las bases utilitarias del pensamiento del libre mercado (colectivas o no), y las aspiraciones libre-contractuales de dicha ideología son muy raras veces reconocidas explícitamente. Ver Buchanan, *The Limits of Liberty* (1975).

En ausencia de lo que el Profesor Coase ha llamado costos de transacción, cualquier asignación de derechos es tan eficiente como otra. Pero los costos de transacción (en la forma como el término es utilizado por Coase, para significar **cualquier Impedimento para negociar**, incluyendo la ausencia de información y de conocimiento) están -como la fricción- ausentes sólo en los modelos teóricos. Luego, la pregunta inevitable es cuán significativa resulta en una situación determinada esta «fricción». Donde los impedimentos para negociar (costos de transacción) son significativos, la titularidad inicial puede ser crucial en términos de eficiencia. Ver Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. Law & Eco.* 1 (1960); Calabresi, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules*, 11 *J. Law & Eco.* 67 (1968); Calabresi & Melamed, *Property Rules and Liability Rules*, supra n. 3. Y una sociedad basada en el *laissez-faire* lo sabe tan bien como cualquiera otra. En realidad, los fundamentos de eficiencia para la preferencia del siglo XIX por hacer soportar las pérdidas a la víctima, descansan precisamente en la existencia de costos de transacción. Los ofensores no podrían buscar y contratar con todas las posibles víctimas. Cuando, sin embargo, la prevención del causante aparece claramente como menos costosa, la eficiencia -ante la presencia de costos de transacción- exige que el peso inicial sea colocado sobre los causantes. Un simple «dejar siempre las pérdidas sobre las víctimas» era, entonces, inaceptable para estos utilitarios defensores del libre mercado del siglo XIX, y la responsabilidad para muchos perjuicios causados con culpa resultaba consecuente lógica. Cf. Demsetz, *When Does The Rule of Liability Matter?*, 1 *J. of Legal Stud.* 13 (1972), Stigler, *The Law and Economics of Public Policy: A Plea to The Scholars*, 1 *J. Legal Stud.* 1 (1972). Cf. notas 8, 10 supra.

para la Responsabilidad Civil Extracontractual para acercarnos a aquéllas que consideramos gobernadas por leyes contractuales o comerciales apreciamos la frecuencia con que la perspectiva atomística pura es utilizada. El robo (conducta no-contractual) está prohibido, pero por medio de un contrato podría bien transformarse en una venta válida¹².

Podemos concluir diciendo que los sistemas legales, por lo general, emplean conjuntamente perspectivas colectivistas y atomísticas. Asimismo, podemos ver que las mixturas más simples implican el uso de ambas perspectivas puras pero limitando su alcance. Algunos actos son prohibidos o exigidos (que conduzcan los menores, el hacerlo sin luces en la noche), y ni los acuerdos contractuales, ni el pago de daños, cambiaría esto. Otros son permitidos sin sanción (el traslado de propiedad), pero sólo si una conducta contractual precede a la acción o la ratifica luego de ocurrida.

La simple mixtura no resulta, sin embargo, suficiente. Muy a menudo, ninguna de las perspectivas puras resulta aceptable. La perspectiva atomística es rechazada por una de dos razones:

a) El comportamiento contractual es demasiado caro como para ser exigido antes de actuar¹³, o

b) La sociedad no confía en que las partes puedan contratar velando de la mejor manera por sus propios intereses¹⁴.

Pero la perspectiva colectivista es también rechazada por dos razones análogas:

a) Colectivamente, cuesta demasiado decidir, y exigir, controles sobre todas las conductas; o

b) La sociedad no está suficientemente segura acerca de si la conducta es deseable como para decidir exigirla o prohibirla.

Allí donde cada razón para rechazar los controles del mercado puro, se encuentra con cada razón para rechazar el control colectivo, estaremos en aptitud para encontrar las aproximaciones de la Responsabilidad Civil Extracontractual en alguna de sus muchas formas.

Es bueno resaltar que cada par de razones para rechazar una perspectiva pura contiene un sustento ideológico (desconfianza en la capacidad del contrato atomístico, o de la decisión colectiva, para lograr los resultados deseados) y otro práctico (la conducta contractual es costosa, pero lo son también las decisiones colectivas). Obviamente, cuanto más ideológicamente pura sea una sociedad, más cuidará de emplear la Responsabilidad Civil Extracontractual sólo cuando no sea factible -v.g. sea demasiado costoso- la utilización del propio sistema «puro» elegido. Durante el siglo XIX existió la tendencia a emplear la Responsabilidad Civil Extracontractual sólo cuando dejar que las pérdidas recayeran en las víctimas resultaba manifiestamente ineficiente o intolerable desde un punto de vista distributivo, y cuando exigir a los potenciales causantes que contraten antes de actuar resultaba un mandato imposible de cumplir e, impedía actividades potencialmente deseables. Raras veces el escepticismo sobre la habilidad de las personas para contratar en su propio interés constituía el sustento para la Responsabilidad Civil Extracontractual. Contrariamente, una verdadera sociedad colectivista usaría la Responsabilidad Civil Extracontractual sólo cuando quisiera librarse de los costos de decidir sobre la deseabilidad de cada uno de los actos particulares, y no porque quisiera dejar a los individuos

12. Afirmar que la conducta no-contractual ilegítima puede convertirse en válida por medio de un contrato o venta, no es lo mismo que afirmar que una sociedad deba siempre permitir todos los contratos. La violación por medio del contrato puede convertirse en prostitución, una cosa muy diferente, pero no necesariamente ilegal. El asesinato no podría ser legalizado por medio del consentimiento de la víctima. Todas estas restricciones en los contratos son, en cierto sentido, límites sobre la sociedad de mercado «puro», aunque muchas de ellas fueron reconocidas aun en los mejores momentos de la ideología. Algunas restricciones sobre la alienación pueden, en efecto, ser explicadas en términos que son, en su totalidad, consistentes con mercados «puros» en el mercado «real». Mientras tales restricciones se fueron extendiendo, las explicaciones inconsistentes con las ideologías del mercado devinieron, sin embargo, en más plausibles, Ver Calabresi and Melamed, Property Rules and Liability Rules, supra 3.
13. Toda vez que la responsabilidad inicial del causante resulta apropiada, e identificar y contratar con todos las posibles víctimas resulta imposible, existe una clara situación que grafica esta primera razón. El ejemplo clásico lo constituye el conducir negligentemente. Cargar el peso sobre los causantes fue ampliamente estimado como apropiado, los arreglos contractuales *ex-ante* con las posibles víctimas resultaban prohibitivos; a ello le siguió la responsabilidad basada en la culpa. Un ejemplo algo más complejo de la primera razón es el caso en el que la conducta contractual perjudica a «terceros», con los cuales no resulta factible efectuar arreglos contractuales.
14. Esta segunda razón puede estar presente como consecuencia de que las partes no tienen el conocimiento adecuado para contratar en su propio y mejor interés. Y hacer posible tal conocimiento de manera efectiva puede no ser considerado factible o puede ser prohibitivamente caro. Para ver una discusión sobre qué es una advertencia o una renuncia a responsabilidad adecuada, aun en situaciones contractuales como las involucradas en casos de responsabilidad por producto, ver e.g. Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc., 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960), Sills vs. Massey-Ferguson, Inc., 296 F. Supp. 776 (N.D. Ind. 1969).

Esta también puede estar presente porque la sociedad cree que las partes, aun cuando informadas, no decidirán de la mejor manera para sus intereses, desde que ellos son incapaces como resultado de la edad, la pobreza, la falta de educación, o alguna otra «limitación» que parezca esencial para esta nunca-más-puramente-individualista sociedad.

decidir -en un cierto grado- si un acto es valioso o no. Por otro lado, la sociedad ideológicamente escéptica haría uso de la responsabilidad civil extracontractual, aun cuando las perspectivas puras fueran factibles, precisamente porque es escéptica respecto a la deseabilidad tanto de la conducta contractual pura, como de las decisiones colectivas puras.

¿Qué es pues esta mezcla que en nuestro sistema llamamos «Torts» y que en Europa recibe la más feliz denominación de «responsabilidad civil»? Su esencia es la **Regla de Responsabilidad**, la cual en sí misma mezcla decisiones individualistas y colectivas. La conducta no es prohibida colectivamente sólo por ser riesgosa, o exigida a pesar de sus riesgos. Los individuos son libres para elegir; pero su elección conlleva una responsabilidad civil, esto es, el pago de daños colectivamente determinados si es que ocurre algún perjuicio¹⁵. Contrariamente, no puede exigirse aquella conducta contractual de adquirir el derecho de

dañar a quienes tienen la titularidad de no ser dañados.¹⁶ Nuevamente, se da lugar al pago de una compensación colectivamente determinada en favor de los perjudicados.

La ideología que subyace al uso de las reglas de responsabilidad es una ideología mixta. La parte con la titularidad para permanecer libre de daños no es compensada en el grado o en la forma que ella misma hubiera elegido. Es decir, ella no ha vendido su titularidad en un precio que le sea satisfactorio, sólo le ha sido arrebatada ésta y se le otorgan daños que pueden ser mayores o menores que los que pudiera haber negociado, pero que son, en todo caso, fijados colectivamente.¹⁷ De otro lado, las decisiones sobre la deseabilidad de emprender actividades riesgosas no son tomadas colectivamente, sino dejadas a los individuos, quienes presumiblemente tomarán en cuenta los daños que tendrían que pagar o soportar, si el daño ocurriese.¹⁸

15. La conducta puede ser también prohibida criminalmente, como es el caso de muchas situaciones de negligencia automovilística, pero esta intervención colectiva adicional está, para mis propósitos actuales, fuera del tema. En la medida en que la responsabilidad o sujeción civil exista, el actor debe tomar en cuenta ese posible pago -colectivamente determinado- para decidir si vale la pena asumir la conducta. Podría parecer que los daños en casos de contratos son también determinados colectivamente. Pero si las partes del contrato tuvieron la opción, en el momento de su celebración, de acordar una cláusula penal o el arbitraje y no lo hicieron, luego los daños judiciales serán absolutamente consistentes con la ideología liberal. Ver nota 10, supra. Si el arbitraje o las cláusulas penales estuvieran prohibidos, la aproximación estaría, sin embargo, más cerca de aquella mixtura ideológica que estoy describiendo. Ver nota 9, supra y nota 17, infra.
16. Como regla general, esto no está prohibido. Los acuerdos exculpatorios existen, al igual que el acuerdo para dejar que los daños -si existiera perjuicio- sean determinados por árbitros elegidos por las partes. Tal «conducta contractual», sin embargo, aun cuando estuviera permitida no constituye prerequisite para actuar.
17. La Responsabilidad Civil Extracontractual es sólo una instancia de esta mezcla ideológica; es sólo una de las áreas en las que se utilizan lo que llamo reglas de responsabilidad. La expropiación es otra de ellas, ya que también en ésta, la transferencia de una titularidad es impuesta en un precio que no es negociado por las partes. Así, desde el punto de vista del presente artículo, las restricciones en el uso de cláusulas penales o de acuerdos arbitrales son ejemplos de la misma aproximación mixta de la cual la responsabilidad civil es mi paradigma. Yendo un poco más lejos, pero aún cerca, se encuentra la inexigibilidad de ciertos contratos por «contrariar al orden público» o por «irrazonables». La analogía aquí está, por supuesto, en la invalidez de ciertos acuerdos exculpatorios o indemnizatorios y la «inadecuación» de ciertas advertencias en la responsabilidad civil. En todos estos casos se ha sustituido el «acuerdo» de las partes por una determinación colectiva. Pero también en estos casos, la determinación colectiva no cubre todo el campo; y deja un lugar importante para las decisiones individuales y para el juego de los incentivos. Ver en general, Calabresi and Melamed, Property Rules, Liability Rules, supra n.3.
18. Alguien podría, por supuesto, apreciar el derecho criminal y las sanciones criminales de manera análoga. Desde esta perspectiva, la sanción se convierte en el precio que el criminal es libre de desafiar y, si es apresado, pagar para resarcir su conducta criminal. Quienes hayan visto de este modo a la ley criminal permiten comprensiblemente, dar el próximo paso para intentar convertir esta área del derecho, en una mezcla parecida a la Responsabilidad Civil Extracontractual para reclamar multas o compensación para la víctima, en vez de las sanciones criminales más tradicionales. Ver e.g. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 J. Pol. Econ. 169 (1968); Del Vecchio, Equality and Inequality in Relation to Justice, 11 Nat. Law Forum 36, 43-45 (1966) cf. Posner, Economic Analysis of Law 66-69, 357-73 (1972).

Pero a mi modo de ver, esta aproximación percibe mal el juicio social involucrado en el derecho penal. Dejando de lado áreas ambiguas tales como las papeletas de tránsito y otras violaciones «administrativas» (las cuales son en efecto normalmente sólo objeto de multas), la intención social en el derecho penal es no permitir al individuo elegir si resulta valioso cometer o no el crimen. El objetivo, aunque no siempre posible de ejecutar, es evitar que el crimen suceda -sin tomar en cuenta el deseo del criminal para cometerlo- en razón de haberse producido una decisión colectiva en el sentido que la conducta del criminal no es valiosa, sin tener en cuenta el deseo individual de llevarla a cabo. Esta determinación colectiva es fácilmente reconciliable con una ideología de mercado, siempre que las negociaciones entre la víctima y el criminal resulten factibles. En efecto, la criminalidad en tales casos puede ser vista como el rechazo voluntario de parte del criminal de llevar a cabo una conducta contractual antes de actuar. El robo es el caso más evidente; las sanciones criminales son impuestas a fin de exigir una venta negociada antes que un despojo a cambio de un precio -o sanción colectivamente determinada (como diría Becker)-. Otro caso es la violación; cuando la prostitución está permitida o tolerada en la práctica. Ideológicamente, las sanciones criminales tradicionales en estas áreas pueden ser justificadas como protegiendo la integridad de una sociedad de mercado y ser absolutamente consistentes con ella.

...

Ideológicamente mixtas, las reglas de responsabilidad son también intensamente prácticas, permitiendo que se den actividades allí donde la conducta contractual, antes del perjuicio, no sería factible. La indemnización después del perjuicio reemplaza tales acuerdos inviables y permite el control de conductas que sólo podrían ser gobernadas colectivamente a un alto costo. Variando la cuantía de los daños aplicables de acuerdo a las variadas circunstancias involucradas, los llamados a decidir colectivamente pueden avanzar en el reforzamiento de sus puntos de vista sin enfascarse en las minucias del control, el cual no resultaría socialmente útil.

Finalmente, estamos en capacidad para hablar brevemente acerca del futuro de la responsabilidad civil extracontractual dentro de los cien años siguientes. Ese futuro depende fundamentalmente del grado en el que nuestra sociedad llegue a ser relativamente pura en el aspecto ideológico -y use la Responsabilidad Civil Extracontractual cuando sea realmente necesaria (como hace cien años); o continúe siendo ideológicamente escéptica (como lo es ahora)- y opte por la regla de responsabilidad, aun cuando la con-

ducta contractual o las prohibiciones colectivas fueran eminentemente factibles.

Los Daños, o la regla de responsabilidad, son comúnmente utilizados en muchas áreas de forma tal que reflejan el escepticismo ideológico prevaleciente. El escepticismo hacia el colectivismo puro -aun cuando los juicios colectivos fueran factibles- puede encontrarse en todas aquellas áreas en donde prevalece el standard de la culpa. En dichas áreas, la titularidad inicial (el derecho de actuar sin soportar el peso de los daños que alguien ocasiona) es negada por el hecho que la parte culpable actúa en una forma que fue juzgada colectivamente indeseable o equivocada.¹⁹ A pesar de ello, el acto «no deseable» no es prohibido y el derecho penal, aun cuando aplicable, no resulta suficiente para controlarlo. En lugar de esto, le es dada -efectivamente- al actor la oportunidad de contraponer la determinación colectiva y decidir si actuar de manera culpable, o si tomar la opción de actuar de la forma socialmente deseable, valen o no la pena de asumir los daños colectivamente determinados.²⁰ Este escepticismo hacia los juicios colectivos toma su forma más drástica en la aceptación de los

...

A veces, sin embargo, la naturaleza colectiva de la decisión para prohibir la conducta es aún más básica. Las sanciones criminales son utilizadas para prohibir la conducta consensual (el hecho que la víctima haya estado de acuerdo no exime al asesino), o son utilizadas donde las negociaciones no son factibles (donde el defensor del mercado puro aceptaría una regla de responsabilidad y no una sanción criminal, como la segunda mejor opción). La decisión social en estos casos es, de manera típica, ideológicamente colectiva, ya que intenta convertir algunas titularidades en inalienables a pesar de los deseos de las partes involucradas. Ver en general, Calabresi and Melamed, *Property Rules, Liability Rules*, supra n.3. Los devotos de las ideologías y aproximaciones del mercado puro son, comprensiblemente, propensos a renegar de las sanciones criminales en tales áreas. En casos consensuales, donde son posibles las negociaciones entre todas las partes involucradas, el defensor del mercado puro aboliría todas las sanciones criminales excepto aquellas necesarias para reforzar la exigencia de que tales negociaciones se lleven a cabo. En las áreas en las que las negociaciones no son factibles, el mismo sujeto también descriminalizaría, pero exigiría, en forma secundaria, que las partes perjudicadas fueran compensadas por los causantes del daño en un precio colectivamente determinado.

Si se considera a Becker et al. como defensor ideológicamente comprometido con el mercado puro, se puede, rápidamente entender su deseo de convertir las sanciones en estas áreas del derecho penal en sanciones parecidas a la Responsabilidad Civil Extracontractual, producto de una regla de responsabilidad (No podemos entender, sin embargo, su deseo de aplicar la regla de responsabilidad a crímenes, donde las negociaciones son factibles). Pero decir que **comprendemos** a lo que se refieren, está lejos de decir que están en lo correcto desde el punto de vista de la sociedad. Una sociedad que haya elegido (sabidamente o no) una regla de inalienabilidad (una prohibición colectiva de cierta conducta) ha rechazado en esta instancia la ideología de mercado, y por ende no es idónea para sugerirle aceptar una sanción parecida a la Responsabilidad Civil Extracontractual en lugar de una sanción criminal tradicional, basados simplemente en que una regla de responsabilidad serviría como la segunda opción factible en el mercado.

19. Para el propósito de este trabajo no importa si el juicio colectivo estuvo basado meramente en un cálculo de eficiencia o en otros fundamentos.

La titularidad inicial para actuar sin soportar el peso de los daños puede ser otorgada a la víctima o al causante. Dejar que la pérdida permanezca donde cayó (a menos que el causante sea culpable) es un ejemplo de dicha titularidad dada a causante. La responsabilidad objetiva del causante (a menos que la víctima sea negligente) nos da la titularidad dada a la víctima. Calabresi, *Optimal Deterrence and Accidents Law*, supra n. 2, y Calabresi and Hirschhoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, supra n. 2.

20. Podemos recién comprender por qué los autores, como Richard Posner, devoto de la ideología del mercado, sostienen una aproximación basada en la culpa en la Responsabilidad Civil Extracontractual. El uso de la culpa en lugar de una prohibición colectiva más amplia (i.e. el empleo de una regla de responsabilidad basada en una determinación colectiva de que la conducta es equivocada, en vez de una sanción penal) manifiesta un profundo escepticismo hacia las decisiones colectivas. Así, una determinación colectiva posible (en realidad *real*) de los méritos de la conducta individual no es exigible penalmente sino, por el contrario, sujeta a una revisión atomística de mercado. Este escepticismo, que explica el repudio al uso de sanciones penales en lugar de la culpa (Cf. nota 18, supra), no explica, por supuesto, el porqué, en ausencia de culpa, los defensores del mercado puro prefieren la responsabilidad universal de la víctima a la responsabilidad universal del **causante** o, de modo más plausible, colocar la responsabilidad objetiva algunas veces sobre una parte y otras veces sobre la contraria. Dicha preferencia puede, sin embargo, ser explicada una vez que se

...

seguros por daños causados por una conducta culpable. Después de todo, el seguro es esencialmente una conducta contractual que permite al asegurado comprar el derecho de evitar el daño a aquéllos titulados para no soportar el riesgo. El contraste con las sanciones penales que emplearía una sociedad colectiva pura es a la vez evidente y dramático.

De manera similar, hoy la Responsabilidad Civil Extracontractual refleja el escepticismo hacia el mercado puro aun allí donde la conducta contractual - antes de la acción - resulta factible. Necesitamos sólo considerar las restricciones comunmente impuestas en los acuerdos exculpativos, limitativos de responsabilidad, e indemnizatorios y el declive de la doctrina de la asunción del riesgo, para ver cuan lejos hemos llegado de la ideología del mercado puro.²¹ Y si nos detenemos a pensarlo, un signo igualmente significativo de este escepticismo lo constituye el alejamiento de las titularidades que colocan las pérdidas sobre las víctimas. Estas titularidades fueron preferidas por una ideología del mercado puro porque no requerían que contratos inviables fueran celebrados antes que la acción tuviera lugar. La víctima no necesita comprar la inmunidad del riesgo del perjuicio por parte de sus potenciales causantes (a los cuales sería difícil identificar y pagar); cuando le es relativamente fácil encontrar una compañía de seguros dispuesta a tomar el

riesgo monetario. De allí que, la sociedad de mercado puro haya tendido a situar los riesgos de la pérdida sobre la potencial víctima, a menos que dicha colocación fuera **claramente** injusta o ineficiente, o que una conducta contractual de los causantes fuera claramente factible antes de la acción.²² El alejarse de este colocar los daños sobre las víctimas sugiere inevitablemente un escepticismo hacia la ideología del mercado puro. Además, aun cuando la titularidad para permanecer libre de riesgo fuera otorgada al potencial causante, y se cargara a la potencial víctima con el riesgo, la víctima sería típicamente requerida para asegurarse. Esto es lo que llamamos seguros de primera persona, pero cualquiera que sea su nombre, la exigencia de un seguro representa un profundo escepticismo respecto a las elecciones del mercado puro. Queremos que el peso recaiga sobre la víctima, pero no confiamos en su juicio atomístico para evaluar la magnitud del mismo, o la deseabilidad de arriesgarlo.²³

La muerte del contrato se ha manifestado en muchas formas, una de las cuales es el movimiento desde una Responsabilidad Civil Extracontractual destinada a ser la mínima necesaria para hacer factible un mercado puro, hacia una que se glorifica en sus limitadas pero inevitables intervenciones colectivas.²⁴

...
entiende el hecho que las reglas de responsabilidad son sólo una pobre segunda mejor opción a la ideología contractual de mercado puro, y que la responsabilidad de la víctima puede convertir cualquier conducta no-contractual en innecesaria. (Ver texto y nota 8 - 11, supra, y nota 21 - 22 infra). Tal preferencia puede, no obstante, ser costosa desde el punto de vista distributivo y de eficiencia. Una vez más, la diferencia entre las aproximaciones utilitarias y la liberal-contractual deviene en crucial. Comparar, Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. Legal Stud. 29 (1972); *Strict Liability: A Comment*, 2 J. Legal Stud. 205 (1973); y *Economic Analysis of Law*, op. cit. supra n. 18, con Calabresi, *Transaction Costs*, supra n. 11; *Optimal Deterrence and Accident Law*, supra n. 2; Calabresi and Melamed, *Property Rules, Liability Rules*, supra n. 3, y Calabresi, *Costs of Accidents*, op. cit. supra n. 3. Ver también, notas 8, 10, 11, supra.

21. Ver e.g., *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 356, 161 A 2d 69 (1960); *Sills vs. Massey Ferguson, Inc.*, 266 F. Supp. 776 (N.D. Ind. 1969); *Mac Grath vs. American Cyanamid Co.*, 41 N.J. 272, 196 A. 2d 238 (1963). Ver también, Calabresi and Hirschhoff, *Toward A Test for Strict Liability in Torts*, supra n.2 en nota 65, 16 y los casos allí citados.
22. La protección de la propiedad a través de sanciones penales en sociedades de mercado puro se explica fácilmente por la factibilidad de la conducta contractual (compra, en lugar de robo) antes del perjuicio, así como por las intuiciones distributivas y de eficiencia de tales sociedades. Cf. Demsetz, *Toward A Theory of Property Rights*, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967) (Vol. 2. Papers and Proceedings). Similar responsabilidad del causante por, al menos, ciertos daños causados con culpa era generalmente justificada en tales sociedades sobre fundamentos de eficiencia. (Ver especialmente los escritos de Richard Posner citados en la nota 20 supra, ver también Holmes, *Common Law*, op.cit. supra n.3) Lo mismo resulta cierto, a fortiori, para los Daños intencionales o voluntarios, donde no puede excluirse la factibilidad de la conducta contractual antes del perjuicio. El pago de daños **punitivos** parecerían particularmente apropiados en tales casos, aun en sociedades de mercado puro. Cf. nota 18, supra.
23. El seguro obligatorio para, al menos, parte de la pérdida, es una figura común en todos los llamados planes de seguro de automóviles de primera persona, actualmente en debate. El seguro no sólo es compulsivo respecto a los terceros con quienes el automovilista está estrictamente ligado (e.g. pasajeros y peatones) sino también respecto de los propios perjuicios del automovilista. Ver e.g. Keeton and O'Connell, *Basic Promotion for the Traffic Victim* (1965), de donde provienen muchos de estos planes.
24. Ver en general, Gilmore, *The Death of Contract* (1974).

Se puede, desde este punto de vista, comparar fructíferamente los variados intentos llevados a cabo por las cortes para distinguir entre los contratos que limitan la responsabilidad en el caso de un tostador que es defectuoso, en el sentido que no funciona, y de un tostador que es defectuoso, en el sentido que explota y ocasiona un incendio. El primer y más común intento se dio, por supuesto, en términos de derechos de propiedad versus daños personales. Ver e.g. el análisis de responsabilidad objetiva «defectos causando daños a humanos» del Juez Traynor, *Escola vs. Coca-Cola Bottling Co.* 24 Cal. 2d 453, 150 P 2d 436 (1944) (opinión concordante) *Greeman vs. Yuba Products Inc.*, 59 Cal. 2d 57, 377 2d 897 (1963). Pero tal aproximación falla porque la misma sociedad, que cree suficientemente en el *laissez-faire* para permitir que un contrato ordinario determine quién soporta el riesgo de la falla de un tostador (o de otros daños menores,

...

¿Qué es lo que todo esto sugiere acerca de los siguientes cien años? Es difícil pensar en un retorno de la ideología del mercado puro. Aun el siglo XIX encontraba demasiado inflexible la idea de que lo mejor que podemos hacer respecto a los riesgos es decidir quién parece estar en capacidad de evitar el daño de manera menos costosa,²⁵ y sujetarlo a sanción penal en caso de dañar a otros, a menos que pueda contener a estos otros a asumir los riesgos por un cierto precio. Tampoco creemos que sea probable que se retorne al compromiso con la realidad que creaba el periodo de *laissez-faire*:

a) No exigir una conducta contractual pero permitir a los actores -que hayan sido elegidos para soportar el riesgo y no lo hayan trasladado contractualmente- pagar daños colectivamente determinados y,

b) (a efectos de mantener tal responsabilidad colectivamente determinada en su mínima expresión) dejar que la pérdida recaiga en la víctima a menos que imperativos distributivos y de eficiencia exijan que los mismos recargan sobre el causante.

El uso mínimo de la Responsabilidad Civil Extracontractual será inaceptable porque depende demasiado de el deseo de creer que (1) las víctimas son, con mayor frecuencia, quienes evitan los perjuicios de manera menos costosa, o (2) son los que deben soportar la pérdida por ser distributivamente lo más adecuado y, adicionalmente (3) pueden valorar inteligentemente el riesgo que están soportando. La pérdida de fe en las dos primeras proposiciones ha llevado a una responsabilidad más «objetiva del causante» y, por lo tanto, a un mayor uso de las reglas de responsabilidad en los campos donde ello es factible, lo cual debe seguramente preocupar a los verdaderos creyentes en el Estado liberal del siglo XIX. (La defensa de posiciones ideológicas de una segunda mejor posición -y la regla de responsabilidad es siempre una segunda mejor posición respecto a la conducta contractual- raramente les es grata a los verdaderos creyentes). La pérdida de fe en la tercera proposición representa un ataque frontal a la ideolo-

gía de mercado. Ellas juntas constituyen una posición escéptica que impide el eventual regreso a una Responsabilidad Civil Extracontractual mínima, esto es, a una Responsabilidad Civil Extracontractual que se limite a ser la inevitable compañera de una sociedad basada en el contrato.

Pero, y ¿qué hay acerca de la otra ideología? ¿Marcarán los próximos cien años el declive (sino la muerte) de y las reglas de responsabilidad porque no habrá lugar para el individualismo que implica la Responsabilidad Civil Extracontractual? ¿Se convertirá la regla de responsabilidad en aquella concesión mínima que debe aceptar el Estado colectivista sólo porque no es capaz de poner en vigencia una infinidad de decisiones de manera colectiva? ¿Devendrá el calculo del monto de los daños a depender, de manera progresiva, de la relativa indeseabilidad de la conducta de quien los paga, en lugar de en el mejor estimado de lo que se necesita para compensar a la víctima por el perjuicio causado?²⁶ En la otra cara de la medalla, ¿Podrá la compensación a las víctimas ser progresivamente cubierta por el sistema tributario? Todo esto sí es posible, la marcha hacia un mayor colectivismo en nuestra sociedad aún se mantiene firme.

Pero -y esto puede quizás reflejar sólo mi propio escepticismo ideológico- aún me inclino a dudar que la marcha vaya mucho más lejos. Como en 1876, la tendencia está en auge pero puede quizás que al mismo tiempo haya empezado su retirada. Como bien sabemos, el fracaso de la regulación como medio de aumentar la seguridad es patente. Los que abogan por una mayor regulación, como el Sr. Nader, basan sus alegatos en la falla de los «reguladores» del pasado, esto es, de la regulación misma. La corruptibilidad del «Estado asignador», del Estado que decide demasiadas cosas que afectan a demasiada gente, resulta cada día más evidente.²⁷ Se habla, incluso en las sociedades entregadas al colectivismo, acerca de la utilidad de los incentivos como medios de poner en vigencia principios y de elección. Al mismo tiempo, en los Estados Unidos los muchos

... relativamente frecuentes, sea en las personas o en la propiedad), no está dispuesta a permitir que daños mayores y relativamente raros sobre la propiedad de la víctima (como aquéllos que provienen de un tostador que ocasiona un incendio) sean asignados por este mecanismo. El punto donde termina la regulación legal de una compraventa y empieza la responsabilidad civil extracontractual, nos dice, en otras palabras, mucho acerca del maquillaje ideológico de una sociedad, cuán lejos del mercado puro se ha llegado, sin por todo ello devenir en ideológicamente partidaria del colectivismo.

25. Lo dicho asume que el ideólogo del mercado puro está preocupado tan sólo de la eficiencia y no se interesa por las consecuencias distributivas de la asignación de los riesgos. De hecho, parece probable que la titularidad inicial esté siempre basada tanto en fundamentos distributivos como de eficiencia. Cf. Calabresi and Melamed, *Property Rules, Liability Rules*, supra n.3. Holmes, *Common Law op.cit.* supra n.3.
26. Los daños punitivos o las multas, usados en lugar del derecho penal, no representan, por supuesto, un movimiento hacia un mayor colectivismo; es todo lo contrario. Ver nota 18, supra. La misma clase de daños y multas empleadas en lugar del pago de daños compensatorios, en situaciones en las que la responsabilidad civil extracontractual han sido tradicionalmente utilizada como sustituto para transacciones contractuales no factibles, representan un alejamiento de las decisiones relativamente atomísticas e individualizadas y un incremento en la producción de decisiones colectivas.
27. Esta corruptibilidad es evidente tanto en las democracias al estilo «Occidental» como en las repúblicas «Populares».

experimentos usualmente probados con las acciones de clase, licencias de contaminación o impuestos (simplemente otra forma de regla de responsabilidad), reversión de daños en juicios por razones de molestias y aun la auto-tutela civil contra las violaciones legales, sugieren un creciente escepticismo hacia el modo puramente colectivista de controlar el riesgo y los daños.²⁸

Quizás en esta desilusión por la «regulación pura» solo la agudeza en el sentido nos permita discernir el comienzo de un nuevo rumbo. El mismo, no será una marcha dirigida hacia la Responsabilidad Civil Extracontractual del siglo XIX. Ni siquiera será -sospecho- una marcha hacia aquella, relativamente individualista, sociedad de mercado que busca una segunda mejor posición de sus objetivos, la cual, en ocasiones, se le ha imputado la promoción. El objetivo no será simplemente colocar la responsabilidad sobre aquél que pueda asumirla a más bajo costo,

tomando en consideración los fines distributivos, y dejando luego a las decisiones atomísticas determinar la extensión de la seguridad y de los daños. En lugar de ello, si esa marcha se diera, sería una que lleve a un **uso ideológicamente consciente de la responsabilidad civil extracontractual como un sistema mixto**. Las posibilidades inherentes a la regla de responsabilidad -como un recurso para promover fines claramente colectivos y mitigar las incapacidades detectadas en las personas para decidir lo mejor para ellos mismos, a la vez que seguir permitiendo un amplio grado de elección y determinación atomística- serán, bajo este punto de vista, explotadas al máximo. Si este fuera el caso, si prevaleciera la sociedad mixta -como creo que prevalecerá- el próximo siglo no será el siglo del derecho de los contratos, ni el de derecho penal (aunque ambos sigan dominando en áreas limitadas, como parte de la mixtura ideológica)²⁹ sino el de la Responsabilidad Civil Extracontractual y el de la Regla de Responsabilidad.

Traducido por Thémis Revista de Derecho, bajo la asesoría del Dr. Alfredo Bullard y con la autorización expresa del autor.

28. Ver e.g. *Spur Industries Inc. vs Del E. Webb Development Co.*, 108 Ariz 178, 494 P 2d 700 (1972) (El hoy clásico caso de reversión de daños en molestias por razón de vecindad en el que las víctimas pueden detener la actividad molesta siempre que paguen daños al caminante); *International Herald Tribune*, junio 3, 1976, p.3, col. 1 apuntando una propuesta de tributo a la contaminación que algunos economistas y legisladores de los Estados Unidos creían que sería más efectivo que una regulación. Quienes proponían el impuesto a la contaminación enfatizaron la inviabilidad de las regulaciones administrativas. Un oficial de la Asociación Nacional de Manufactureros defendía, por otro lado, la regulación a través de un Seminario-Congreso, diciendo «funciona muy bien y no debería ser desechada por una aproximación teórica aún no probada». Cf. *Wash. Post*, feb. 1, 1976, sec. B, p. 1, col. 6, reportando la demanda por daños civiles interpuesta por una víctima de violación para retomar la que se consideraban inadecuados controles del derecho penal en el área. Ver también el debate entre Posner & Landes y Stigler sobre los méritos relativos de «Ejecución Privada de la Ley», 3J Leg. Stud. 1 (1974), 4J Leg. Stud. 5 (1975).

29. Si esta apreciación es correcta, se puede esperar que exista un incremento de las influencias de la Responsabilidad Civil Extracontractual en áreas donde prevalecen los contratos y el derecho penal. El concepto de los contratos de adhesión, por ejemplo, continuará desarrollándose (limitando así el mercado puro aun en áreas nominalmente gobernadas por la ley contractual), lo mismo que la noción de compensación para las víctimas de crímenes (poniendo en práctica así ciertos incentivos del tipo del mercado en un área del Derecho tradicionalmente colectivista).

Mi colega Leon Lipson ha resaltado que un número desproporcionado de jueces Americanos e Ingleses, en el pasado siglo, empezaron sus carreras en el Derecho contractual, mientras que un número desproporcionado de Jueces Rusos, desde 1917, han sido juristas en el derecho penal. Sería interesante conocer si los filósofos americanos del Derecho de los siguientes años provendrán de campos en los cuales las **reglas de responsabilidad**, en el sentido que he utilizado aquí el término, son dominantes.

PRO-DERECHO

***Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria s/n Pueblo Libre***

A nuestros amigos:

En 1992 la Pontificia Universidad Católica del Perú cumplirá 75 años de vida. Para esa importante fecha ya contaremos con un moderno Pabellón y nos gustaría tener también el Auditorio terminado. Es nuestra meta inaugurar el Auditorio con un evento internacional que se realizará con motivo de dicha celebración.

Hace dos años, cuando se inició la construcción del nuevo local, pusimos todas nuestras esperanzas en ustedes y, a pesar de la difícil situación que atravesaba nuestro país, juntos logramos culminar la obra. Hoy, aún sabiendo que la situación no ha variado sustancialmente, volvemos con la misma fe a solicitar su ayuda. Sabemos que sin ustedes nuestros objetivos no serán alcanzados y confiamos como la primera vez en que juntos podremos dar el ULTIMO PASO.

Sin perjuicio de otras contribuciones que nuestros amigos benefactores nos puedan brindar, Pro-Derecho ha considerado oportuno que cada butaca del auditorio sea un testimonio del esfuerzo y del apoyo de sus colaboradores.

Por ello se ha establecido un mecanismo mediante el cual existan donaciones para la "compra" de las 350 butacas.

En reconocimiento del presente esfuerzo, el nombre de cada donante aparecerá simbólicamente en las propias butacas del auditorio.

El valor de cada butaca es el siguiente:

<i>Butaca "Sección A"</i>	<i>US\$ 500.00</i>
<i>Butaca "Sección B"</i>	<i>US\$ 350.00</i>
<i>Butaca "Sección C"</i>	<i>US\$ 200.00</i>

Repetición del Pago Indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina*

Luis Moisset de Espanés.

Ministro de la Corte Suprema de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

I.- INTRODUCCIÓN

Ya en otras oportunidades nos hemos ocupado de este tema, efectuando su análisis en el Derecho argentino¹, y realizando una comparación con los dispositivos vigentes en el Derecho español².

Procuraremos ahora proyectar ese esfuerzo ocupándonos de la normativa contenida en el nuevo Código Civil peruano de 1984.

En el mencionado cuerpo legal, dentro de su Libro VI, destinado a las obligaciones, la Sección Segunda se ocupa de los efectos de este tipo de relaciones jurídicas, y el Título II, dividido en varios capítulos, trata del pago, que es el modo extintivo por excelencia.

El capítulo VII, último del Título II, comprende los artículos 1267 a 1276 y regula lo que llama «pago indebido», denominación tradicional, que corresponde aproximadamente a la que emplea el Código Civil argentino³.

Creemos, sin embargo, que es más correcta la terminología empleada por el Código Civil español, que habla del «cobro de lo indebido»⁴, ya que de esta manera se pone el acento en la actitud del *accipiens*, cuya conducta se tomará luego en cuenta para determinar los alcances de la acción. Además la palabra pago, en el lenguaje técnico, presupone la existencia

de una relación jurídica obligatoria que se extingue mediante ese acto, mientras que en esta figura encontramos una atribución patrimonial que no tiene como base una obligación previa y, por tal motivo, precisamente, se convierte en fuente de la obligación de restituir.

Advertimos que el actual Código supera en los aspectos metodológicos al de 1936, ya que subdivide el título dedicado al pago en una serie de capítulos, que permiten diferenciar adecuadamente el pago propiamente dicho, de otras modalidades como la consignación o la dación en pago.

La ubicación del «pago indebido» dentro del título genérico del pago proviene del método adoptado ya en el Código de 1936, que suprimió la categoría de los cuasi contratos. En la Exposición de Motivos del mencionado cuerpo legal se expresaba: «El pago indebido lo incorporamos al finalizar la materia del pago normal por una razón de manifiesta afinidad entre ambos y por haber abolido el Proyecto la irrazonable categoría de los cuasi contratos».

Aceptamos como válido el último argumento; pero, a nuestro criterio no hay tal analogía entre el «pago normal» y el cobro de lo indebido.

El primero es un acto que **extingue** una relación jurídica obligatoria; el segundo actúa como **fuentes** de

* Agradecemos al Dr. Carlos Cárdenas Quirós, quien gentilmente nos alcanzó el presente artículo para su publicación.

1. Nos debimos ocupar de él en la clase dictada el 14 de octubre de 1970 en el concurso para proveer la Cátedra de Derecho Civil II (Obligaciones), de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), sobre un punto del programa vigente, sorteado por el Tribunal con veinticuatro horas de anticipación.
2. Las concordancias con el Derecho español las realizamos especialmente para la publicación del trabajo en el Libro Homenaje a Don Federico de CASTRO y BRAVO (ver T. II, p. 293 y ss., ed. Tecnos, Madrid, 1976).
3. «De lo dado en pago de lo que no se debe», artículos 784 a 798, Capítulo VIII, Título XVI, Sección Primera del Libro Segundo. Se regulan en ese capítulo los problemas vinculados con el pago por error, pago sin causa, obligaciones putativas y liberaciones dadas por error.
4. Ver Libro Cuarto, Título XVI, Capítulo I (cuasicontratos), Sección segunda (artículos 1895 a 1901).

una obligación, y tiene como fundamento el enriquecimiento sin causa. Al existir en el moderno Código peruano un libro dedicado a las «fuentes de las obligaciones», en el que hallamos una Sección que se ocupa del enriquecimiento sin causa⁵, nos parece que hubiese sido más correcto metodológicamente tratar en ese libro esta verdadera «fuente de obligaciones», como una sección autónoma, luego de la gestión de negocios y antes del enriquecimiento sin causa.

II.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA REPETICIÓN. ENUNCIACIÓN Y ANÁLISIS.

En primer lugar el Código Civil peruano, como es tradicional en la legislación comparada, traza una distinción tajante respecto a las consecuencias de la acción, según que el **accipiens**⁶ haya obrado de buena o de mala fe.

En segundo lugar, y ya específicamente respecto al **accipiens** que debe restituir la cosa recibida, la doctrina suele plantearse el problema de la mora, que analizaremos luego con más detenimiento.

En tercer lugar, debemos determinar si la acción que se concede al **solvens**, es decir a quien efectuó el pago indebido, es una acción personal o una acción real, para saber si sólo puede dirigirse contra el **accipiens**, o si puede proseguirse contra cualquier persona en cuyas manos se encontrare la cosa.

a) Distinción entre buena y mala fe.

Efectuaremos un breve análisis de los problemas enunciados anteriormente, ilustrándolos con las normas aplicables. Con respecto a la distinción entre buena y mala fe, se hace apelación a ella en todos los dispositivos que se refieren a la acción de repetición

(artículos 1268, 1269, 1270, 1271C, 1272 y 1276 del Código Civil peruano, y 786, 787, 788 y 789 del Código Civil argentino). En consecuencia, resulta indispensable determinar en que consiste la buena o la mala fe del **accipiens** para poder colocarlo en una u otra categoría.

A tal efecto, debemos recurrir a preceptos que no se encuentran en materia de obligaciones, sino en el Libro V del Código peruano, al tratar de los derechos reales y más específicamente cuando se ocupa de uno de sus elementos: la posesión, y clasifica los distintos tipos de posesión⁷. Encontramos allí el artículo 906, que nos dice que la posesión es de **buena fe** «cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título»⁸. Esta norma tiene como antecedente directo el artículo 832 del Código de 1936⁹, pero a la hipótesis de «error» se ha agregado la de «ignorancia».

Advertimos que, siguiendo las corrientes más modernas, se admite la **buena fe** también en los casos de error de derecho¹⁰, lo que parece un verdadero acierto ya que, como decía DEREUX, afirmando una verdad que pareciera de Perogrullo: «La buena fe es siempre la buena fe y no hay ficción que pueda impedirla...»¹¹. Estamos persuadidos que en todos los casos en que el Derecho brinda protección a las personas de **buena fe**, víctimas de un error, esa protección debe extenderse tanto a los errores de hecho como a los de derecho, y así lo hemos sostenido¹².

Podemos decir, entonces, en materia de pago indebido, que el **accipiens** será de buena fe cuando siendo acreedor cree, por error, que la prestación que recibe es la que realmente debía entregársele; o cuando no siendo acreedor, está persuadido de que verdaderamente lo es¹³.

5. Sección Cuarta del Libro VII, artículos 1954 y 1955.

6. El Código Civil peruano habla del que «acepta» la cosa o prestación que no se le debía; nosotros emplearemos el vocablo **accipiens**, y llamaremos **solvens** a quien efectuó la entrega.

7. En el Código Civil argentino, por remisión expresa contenida en los artículos 786 y 788, el que recibió el pago de buena o de mala fe, debe ser considerado como el poseedor en iguales circunstancias.

8. En el Derecho argentino el artículo 2356 establece que «la posesión es de buena fe cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad».

9. En la Exposición de Motivos del Código de 1936 se dijo que la nueva norma «consagra la tesis, que aún se controvierte, que el error de derecho, al igual que el error de hecho, respecto del vicio del título, no impide la buena fe del poseedor», y existe un memorándum del señor Oliveira, que invoca en apoyo de esta solución la opinión de Planiol.

10. Ver nuestro **El error de derecho en el Derecho civil contemporáneo y en el Código Civil argentino**, Bol. Fac. de Der. y C. Sociales de Córdoba, año XXV, No. 1-2, 1961, p. 5 y ss.

11. DEREUX, G. *Etude critique de l'adage 'nul n'est censé ignorer la loi'*, Rev. Trim. de Droit Civil, 1907, p. 545.

12. Trabajo citado en nota 8, p. 40 y 70.

13. Conf. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A.: **Derecho de las Obligaciones**, T. II, vol. 2, Edit. Platense, La Plata, 1972.

El artículo 906 del Código peruano, como hemos dicho más arriba, hace referencia no sólo al «error», sino también a la «ignorancia». Psicológicamente puede establecerse entre ellos diferencias, ya que la ignorancia es el desconocimiento absoluto, y el error es un conocimiento incompleto o falso; pero, como bien lo señaló SAVIGNY, desde el punto de vista de sus efectos jurídicos deben ser asimilados totalmente¹⁴.

Cuando hablamos del «error de derecho» del poseedor, nos hemos referido a la situación del «accipiens». Las mismas circunstancias pueden darse respecto al «solvens», es decir quien efectuó el pago, que siempre tendrá derecho a reclamar la restitución de la prestación efectuada, sea que haya obrado por error de hecho o de derecho (artículo 1267). Sobre este punto no hay discusión; la solución es aceptada desde antiguo en muchos códigos, y en aquellos que no la consagran expresamente, era la interpretación dominante en la jurisprudencia. En el mismo sentido encontramos el artículo 784 del Código Civil argentino, que sirvió de antecedente al artículo 1280 del Código peruano de 1936¹⁵.

El error de derecho de **solvens** no le impide repetir lo pagado; lo novedoso de la solución del Derecho peruano es que el error de derecho del **accipiens** no excluye su buena fe, como sucede en sistemas donde, en esos casos, al **accipiens** se le da el trato correspondiente a los poseedores de mala fe.

b) Presunciones.

En casi todos los ordenamientos jurídicos, frente a la entrega espontánea de la cosa, se entiende que el **accipiens** actuó de buena fe, salvo que se brinde prueba que destruya esa presunción.

Se llega a esta conclusión sobre la base de normas generales contenidas en materia posesoria; encontramos así en el Código Civil español un dispositivo que establece la buena fe del poseedor (artículo 434), y otro que nos dice que sigue disfrutando del mismo carácter mientras no se pruebe lo contrario (artículo 436); y en el Código Civil argentino los mismos principios se encuentran establecidos en el artículo 2362¹⁶.

En el Derecho peruano deberá recurrirse a lo dispuesto en el artículo 914, que expresa: «Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario».

c) Cesación de la buena fe originaria.

El momento de adquisición tiene gran importancia, porque en ese instante queda fijada la calificación que debe darse a la posesión, es decir, si el poseedor es legítimo o ilegítimo, de buena o de mala fe, y si su posesión tiene o no vicios; y nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el mero transcurso del tiempo, la causa de su posesión¹⁷.

Pero puede suceder que la buena fe originaria se transforme posteriormente en mala fe y, específicamente, con relación al problema que nos interesa, puede ocurrir que el **accipiens** haya recibido la cosa de buena fe, pero luego llegue a conocer que el pago había sido efectuado por error, caso en el cual su buena fe desaparecería.

El Código peruano de 1984 resuelve el punto en su artículo 907, al tratar en general de la posesión, expresando que «la buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada». Estimamos que esta norma es también aplicable al **accipiens** de buena fe.

Si se prueba que el **accipiens** entró en conocimiento de que el pago se había efectuado por error, su buena fe desaparecerá; la ley presume ese conocimiento a partir del momento en que se le notifica la existencia de una demanda reclamándole la devolución de la cosa, por supuesto siempre que la demanda prospere, pues en caso contrario no habrá lugar a repetición alguna.

Es cierto que, pese a la existencia de demanda el **accipiens** puede mantener íntimamente su convencimiento de que el pago estaba bien hecho, pero ese «convencimiento íntimo» no basta, puesto que la demanda ha debido crearle dudas razonables sobre la legitimidad de su título.

14. SAVIGNY, Federico C.: *Del error y de la ignorancia*, Apéndice VIII al Sistema de Derecho Romano actual (trad. al castellano, Edit. Góngora, Madrid, 1879, T. II, p. 388 y ss.).

15. En la Exposición de Motivos del Código peruano de 1936 se decía, con referencia al artículo 1280 de ese cuerpo legal: «Cesa el motivo de la norma que prohíbe alegar el error de derecho cuando alguno pretende aprovechar una situación creada para enriquecerse a costa del que cometió el error, o si por este medio se quiere dar vida a un acto prohibido. La solución adoptada es conforme a la interpretación que invariablemente se ha dado por nuestros tribunales al artículo 2119 del Código anterior, desde el día de su promulgación».

16. «Artículo 2362 (Código Civil argentino).- Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presume».

17. Ver artículo 2353 del Código Civil argentino.

En resumen, cuando el **accipiens** deja de creer que posee legítimamente, sea porque adquiere conocimiento efectivo de que el pago se efectuó por error, sea por que se entabla en su contra una demanda, se acaba su buena fe, y pasa a recibir el trato correspondiente a quienes recibieron el pago de mala fe.

d) La repetición y la mora.

Aclaremos previamente que en el Derecho peruano la regla general, en materia de mora del deudor, es la exigencia de interpelación; mientras que en el Derecho argentino, después de las reformas que la Ley 17.711 introdujo al artículo 509, la mora es automática. Un autor del prestigio de LLAMBIAS sostuvo que esa reforma había tenido incidencia sobre la restitución de lo pagado por error¹⁸.

Creemos que no es así; tanto en el Derecho argentino como en el Derecho peruano el **accipiens** debe siempre restituir la cosa que se le entregó por error; en cuanto al pago de intereses, restitución de frutos y riesgos por la destrucción, pérdidas o deterioros, la ley no toma en cuenta la mora, sino la buena o mala fe del **accipiens**. Incluso, como lo expresábamos en el apartado anterior, para transformar la buena fe originaria en mala fe sobrevenida, no será menester constituirlo en mora, sino que bastará probar que adquirió conocimiento de que el pago se efectuó por error.

La interpelación puede ser una de las formas de poner en conocimiento del **accipiens** el error que se había cometido, ya que cuando se reclama la restitución de la cosa y se constituye en mora al **accipiens** se le está haciendo conocer la verdadera naturaleza de ese presunto pago. Es evidente, que en tal hipótesis queda fijado un momento desde el cual

existe conocimiento, pero no es indispensable la constitución en mora para obtener ese resultado.

Cuando la mala fe fue inicial, sus efectos se cumplirán con total independencia de la mora, desde el instante mismo en que el **accipiens** recibió la cosa.

Estas consideraciones son aplicables al Derecho español, cuya doctrina suele hablar de mora¹⁹, pero solamente como uno de los caminos para hacer cesar la buena fe del **accipiens**, resultado al que se llega, con prescindencia de la mora, cuando adquiere conocimiento por otras vías de que el pago se efectuó por error, ya que si se prueba esa circunstancia²⁰, deberá considerársele poseedor de mala fe.

Opinamos que la misma solución es la consagrada por el Derecho peruano, que regula los alcances de la acción de repetición sobre la base de la buena o mala fe del **accipiens**, y no de la existencia o inexistencia de mora.

e) Carácter de la acción.

Debemos determinar también si la acción de restitución es de carácter personal o de carácter real.

Si nos remontamos al Derecho romano²¹, o al antiguo Derecho francés²², veremos que la acción de restitución era concebida como una acción personal y que si el **accipiens** transmitía la cosa a un tercero de buena fe, el **solvens** no podía perseguirla, y sólo le quedaba como recurso reclamar al **accipiens** por su enriquecimiento.

La misma solución ha sido adoptada por muchos códigos contemporáneos²³, verbigracia por el Código Civil español²⁴, que ha mantenido la tradición

18. LLAMBIAS, Jorge Joaquín: *Obligaciones*, T. II, ed. Perrot, Buenos Aires, 1970, num. 692, p. 1005.

19. Ver NUÑEZ LAGOS, Rafael: *Código Civil*, Mucius Scaevola, T. XXX, vol. 2, Reus, Madrid, num. 121 a 125, p. 304 a 307.

20. «Artículo 436 (Código Civil español).- Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario».

21. Digesto, 41.1.36.

22. POTHIER, R.: *Oeuvres*, París, 1845, T. I (dedicado a las Coutumes), num. 113 y 115, p. 42 y 43.

23. La mayor parte de los sistemas jurídicos sólo conceden acción contra el **accipiens**, y si éste hubiere transmitido la cosa no es posible seguirla en manos del tercero, salvo que este último fuese un adquirente a título gratuito; así lo disponen el Código Civil alemán (artículos 816 y 822); italiano (artículo 2038); griego (artículo 952), y en el continente americano el Código de Venezuela (artículo 1182), y el Código de Perú de 1936 (artículo 1284).

El Código de México dice textualmente en el artículo 1886: «Si el tercero a quien se enajenó la cosa la adquiere de buena fe sólo podrá reivindicarse si la enajenación se hizo a título gratuito».

24. El Código Civil español está muy emparentado con el nuestro y con otros Códigos americanos, no sólo porque el Derecho americano hunde sus raíces en el derecho español, sino porque el Código Civil español data de 1889 y las grandes codificaciones de América que le precedieron le han servido de fuente. Este hecho es poco conocido, tanto de los juristas españoles como de los americanos; el descubrimiento del Anteproyecto del Código Civil español, efectuado por Manuel PEÑA BERNALDO de QUIROS, pone de relieve la influencia de los Códigos americanos, a través de las citas que de ellos se hace, del cotejo de sus textos y de la distribución de materias (ver nuestro «Derecho Civil español y americano. Influencias recíprocas», Revista de Derecho Privado, Madrid, julio-agosto, 1972, p. 599 a 614).

romanista, recogida por las Leyes de Partida²⁵, considerando que la acción de restitución es una acción personal y se detiene en el **accipiens** y sus herederos²⁶ -que ocupan el lugar jurídico del causante-, pero el **solvens** no podrá dirigirse contra los terceros a quienes se hubiese transmitido la cosa. Comentando el punto, ha dicho con mucha precisión Don Rafael NUÑEZ LAGOS que «la pretensión no actúa directamente sobre la cosa, sino sobre el **accipiens**, que es el que tiene la obligación de restituirla. Esto quiere decir que la **condictio indebiti** ha conservado en nuestro Código Civil su naturaleza histórica de acción personal. En efecto, ni desde el punto de vista histórico, ni desde el Derecho vigente, en ningún país la **condictio**, en general, ni la **condictio indebiti**, en particular, ha tenido nada de acción real»²⁷.

Por su parte el Código Civil chileno expresa en el artículo 2303: «El que pagó lo que no debía no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe a título oneroso, pero tendrá derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo, se la restituya si la especie es reivindicable y existe en su poder. Las obligaciones del donatario que restituye son las mismas que las del autor, según el artículo 2301»²⁸.

En el nuevo Código Civil peruano la naturaleza personal de la acción es clara, y la posibilidad de reclamar la cosa cuando ha pasado a manos de un tercero, se limita a las hipótesis en que éste actuó de mala fe, o la recibió a título gratuito. Vemos así que el primer párrafo del artículo 1272 dispone que «si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo».

En esta hipótesis, en que ha mediado una transmisión a título oneroso, y el adquirente es de buena fe, el **solvens** solamente podrá pretender subrogarse

en el cobro del precio que pudiese adeudar el tercer adquirente, pero no estará facultado a perseguir la cosa.

En el segundo párrafo del mismo artículo 1272 se contemplan los casos en que el tercer adquirente hubiese recibido la cosa a título gratuito, o tuviese mala fe, únicas hipótesis en las que podrá dirigirse en su contra, pidiendo la restitución de la cosa.

De manera concordante el artículo 1270, en sus párrafos primero y tercero, contempla los casos en que un **accipiens** de mala fe, enajena la cosa a un tercero, y vemos que también allí la acción prosperará cuando este último actuó de mala fe, o recibió la cosa a título gratuito. En cambio, si la transmisión fue a título oneroso y el tercero actuaba de buena fe, el **solvens** carecerá de acción contra él, y sólo podrá dirigirse contra quien había recibido el pago indebido (segundo párrafo del artículo 1270)

El Código Civil argentino, sin embargo, se ha apartado de esta línea y en el artículo 878 acuerda a la acción carácter real, cuando dice:

«Si el que de buena fe recibió en pago una cosa raíz la hubiese enajenado por título oneroso o por título lucrativo, el que hizo el pago puede reivindicarla de quien la tuviese».

En consecuencia, el **solvens** goza de acción reipersecutoria, a la que serán aplicables las disposiciones contenidas en el Libro Tercero, al tratar de las acciones reales en el Título IX, y en especial en su Capítulo I, destinado a la reivindicación.

Esta norma ha sido acerbamente criticada por la doctrina argentina²⁹, llegando a afirmar COLMO, con su lenguaje tan pintoresco y vigoroso, que es «una ignominia jurídica»³⁰, porque se priva totalmente de seguridad a los actos jurídicos y se quebranta el

25. Partida 5, Tit. 14, Ley 37.

26. Ver, por ejemplo, artículo 1899°, último párrafo, Código Civil español.

27. Conf. NUÑEZ LAGOS, Rafael: *ob. cit.*, num. 196, p. 290.

28. Esta norma ha sido seguida al pie de la letra por los Códigos de Colombia (artículo 2321), Ecuador (artículo 2230), El Salvador (artículo 2052), Nicaragua (artículo 2075), Uruguay (artículo 1318).

29. Ver SEGOVIA, Lisandro: *El Código Civil argentino*, Imp. Coni, Buenos Aires, 1881, p. 204 y 205 del T. I, art. 787, num. 52; LLERENA, Baldomero: *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 3a. ed., Buenos Aires, 1931, T. III, art. 787, p. 299, num. 1; MACHADO, José O.: *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, 2a. ed., Buenos Aires, 1915, T. II, p. 615-617; SALVAT, Raymundo M.: *Obligaciones*, 6a. ed., actualizada por Galli, Tea, Buenos Aires, 1953, T. II, num. 1597, p. 592; BORDA, Guillermo A.: *Obligaciones*, 2a. ed., Perrot, Buenos Aires, 1967, T. I, num. 830, p. 545; REZZONICCO, Luis M.: *Estudio de las Obligaciones*, 9a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1961, T. II, p. 924 y 925.

30. COLMO, Alfredo: *Obligaciones*, 3a. ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1961, num. 705, p. 488: «En cuanto al artículo 787°, hay que hacer resaltar la grave falta que entraña esa acción reipersecutoria contra terceros que pueden ser de la más perfecta buena fe, es toda una ignominia jurídica. Eso es atentar contra la seguridad general, contra los intereses colectivos, en nombre de derechos individuales. Eso es trastornar todo principio económico. Eso es echar por tierra el movimiento de los valores, al sembrarse la desconfianza con tales acciones ocultas, mucha más cuando la acción puede ser totalmente innecesaria, ya que el enriquecido puede ser solvente y responder con la respectiva indemnización».

desenvolvimiento económico, en razón de que nadie puede tener la tranquilidad de que las adquisiciones que efectúa serán inatacables.

Por otra parte, esta solución está en pugna con las que el propio Código argentino consagra para resolver situaciones semejantes, como en el caso del heredero aparente³¹.

El artículo 787, repetimos, quiebra toda una línea de tradición jurídica; como lo expresa en su nota, se ha inspirado en la opinión de dos juristas, DURANTON y MARCADE, que actualmente prevalece en la doctrina francesa³².

El texto de la nota al artículo 787 del Código Civil argentino está tomado de MARCADE³³, que cita las opiniones contrapuestas de TOULLIER y DURANTON, favorable el primero al carácter personal de la acción de restitución, y el segundo a su carácter real³⁴.

En definitiva, en este punto, el Derecho argentino ha adoptado una solución que, aunque pueda justificarse en el sistema francés, resulta errónea e incompatible con nuestro propio sistema.

Muchas veces la autoridad de MARCADE resultó una guía insuperable para Vélez Sársfield y le permitió resolver con acierto difíciles controversias, pero en este punto incurrió en un serio error al seguirlo, pues

sus argumentos resultan inaplicables al Derecho argentino que, en virtud del artículo 577 del Código Civil exige la tradición para transmitir la propiedad. En nuestro sistema la entrega de la cosa, aunque fundada en un error, ha transmitido la propiedad al *accipiens*³⁵, y el *solvens* sólo debería gozar de una acción personal; por ello afirmamos que el artículo 787 ha resuelto el punto de manera desacertada.

III.- LA RESTITUCIÓN Y SUS CONSECUENCIAS RESPECTO AL «ACCIPIENS» DE BUENA FE

a) La cosa.

Sentadas estas premisas para el análisis del problema de la restitución, corresponde estudiar ahora cuáles son las soluciones concretas que da el Código Civil peruano. Para ello, como hemos dicho, debemos diferenciar entre el *accipiens* de buena fe y el de mala fe.

Nos referiremos en primer lugar al *accipiens* de buena fe, sea que haya recibido cosas ciertas, o cantidades de cosas, destacando que en la legislación comparada, en principio, sólo está obligado a la restitución de la cosa. Así, por ejemplo, el artículo 786 del Código Civil argentino dispone que:

«El que recibió el pago de buena fe, está obligado a restituir igual cantidad que la recibida, o la cosa que

31. «Art. 3430 (Código Civil argentino: texto originario, antes de las reformas introducidas por la Ley 17,711).- Los actos de enajenación de bienes inmuebles a título oneroso que hubiese hecho el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor es pariente del difunto en grado sucesible, y ha tomado la herencia en esta calidad por ausencia o inacción de los parientes más próximos, y cuando la posesión pública y pacífica de la herencia ha debido hacerle considerar como heredero, siempre que el tercero con quien hubiese contratado hubiera tenido buena fe...».
32. Ver, por ejemplo, AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours de droit civil français*, 4a. ed., Lib. Gen. de Juris., París, 1871, T. IV, num. 442, p. 738, nota 37; DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoleon*, París, T. XXXI, num. 413 y ss.; BAUDRY LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3a. ed., Sirey, París, 1908, T. IV, num. 2845, p. 492 y ss.; DEMOGUE, René: *Des obligations*, Lib. Rousseau, París, 1923, T. III, num. 119, p. 183; LAURENT, F.: *Droit civil français*, 3a. ed., Bruselas-París, 1878, T. XX, num. 378, p. 399 y ss.; PLANIOL, M.; RIPERT, G. y ESMEIN, F.: *Traité de droit civil français*. Obligations, Lib. Gen. de Jurisp., París, 1931, T. VII, num. 746, p. 32.
33. MARCADE, V.: *Explication du Code civil*, t. 5, 8a. ed., París, 1889, artículos 1378 a 1380, punto III, p. 390.
34. Nota al artículo 787 del Código Civil argentino: «Esta es una grave cuestión entre los jurisconsultos. La Ley de Partida 37, tit. 14, Par. 5, y todos los Códigos extranjeros, sólo obligan al acreedor putativo a la devolución del precio de la cosa, si la hubiese vendido. TOULLIER, T. XI, num. 97 y 99, fundado en el Derecho Romano, le niega al que hizo el pago el derecho de reivindicación; pero DURANTON, T. XIII, num. 683, y MARCADE sobre los artículos 137^a y ss., sostiene la afirmativa. Lo estricto de los principios del Derecho Romano hacía no considerar al acreedor putativo como mero poseedor de buena fe de la cosa, sino como simple deudor de la cosa, cuando en realidad sólo es poseedor de buena fe de la cosa que se le ha dado en pago. Nosotros lo hemos calificado como tal en los artículos anteriores, y decimos que el poseedor de buena fe, que verdaderamente no es dueño de la cosa, no transmite la propiedad de ella cuando la enajena y puede reivindicarla el verdadero propietario. En las herencias, si el heredero aparente enajena las cosas hereditarias, pueden ser éstas reivindicadas por los verdaderos herederos cuando ha sido vencido en juicio, pues no se le considera sino como poseedor de buena fe. No se pueden transferir otros derechos que los propios, y la enajenación hecha por el que no es propietario, no hace propietario al que la adquiere. El que ha recibido en pago una cosa que no se le debía, no ha podido llegar a ser propietario de ella, pues la tradición que se le hizo fue por un error y por una falsa causa».
35. Así lo reconoce el propio Vélez Sársfield cuando coloca entre las hipótesis de dominio revocable el adquirido por un pago indebido (ver artículo 2664 del Código Civil argentino).

se le entregó con los frutos pendientes, pero no los consumidos. Debe ser considerado como el poseedor de buena fe».

Aunque el Código peruano no contiene una norma similar, entendemos que la solución es similar, y debe restituirse el bien, opinión que ha sido también sostenida por RUBIO CORREA³⁶.

Mientras la cosa permanece en poder del **accipiens**, sea que por naturaleza se trate de cosas genéricas, o de una cosa determinada en su individualidad, no se plantean problemas y hay que restituir lo que se había recibido. Pero, ¿qué sucede cuando la ha enajenado, y en razón del carácter personal de la acción ya no es posible recuperarla de manos del actual poseedor?

El Código peruano, al igual que el español, contempla expresamente la hipótesis de enajenación de una cosa cierta, y dispone en el primer párrafo del artículo 1272 que «si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo»³⁷.

La solución legal configura una estricta aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa.

Nada dicen en cambio estos Códigos con relación a la hipótesis de que lo recibido fuese una cantidad genérica de cosas, entregada luego a un tercero, pero entendemos serían de aplicación los principios generales relativos a ese tipo de obligaciones, en virtud de los cuales se considera que el género «nunca parece», salvo que se trate de lo que suele denominarse «género limitado»³⁸, razón por la cuál el **accipiens** estaría siempre obligado a la restitución, debiendo

para ello conseguir un cantidad de cosas igual a la recibida, de manera similar a lo que veremos en el punto siguiente al tratar de la destrucción, pérdida o deterioro.

Además, sería también de aplicación el primer párrafo del artículo 1272 en cuanto permite subrogarse en la acción para cobrar el precio que adeudase el tercer adquirente.

En el Código Civil argentino ninguno de estos problemas ha sido contemplado, posiblemente por el carácter real de la acción, que permitirá perseguir la cosa incluso en manos del tercero. Sin embargo, encontramos un par de normas en materia de posesión, que conducen, por vía de interpretación analógica, a una solución semejante; nos referimos a los dispositivos que ordenan al poseedor de buena fe restituir el precio de lo objetos muebles que hubiese vendido³⁹; y a entregar lo que hubiese percibido por la venta de productos de la cosa⁴⁰.

b) Destrucción, pérdida o deterioro.

La parte final del artículo 1271 del Código Civil peruano dispone que el **accipiens** de buena fe «responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido». Es una previsión análoga a la del Código español⁴¹; el único matiz diferencial consiste en que la norma peruana habla de «bien», en forma muy amplia, mientras que la española parece ceñirse muy estrictamente a los casos de entrega de «cosa cierta y determinada».

En realidad, como lo expresábamos más arriba, en las obligaciones de dar cosas inciertas, o de cantidad, rige el principio de que «el género nunca perece»⁴², razón por la cual el **accipiens** estará siem-

36. «Nótese que en este caso no se estipula que debe restituir el bien, pero de la norma (así como de la comparación con el segundo párrafo del artículo 1272), es evidente que también debe restituirlo; en efecto, si no puede mantener siquiera los frutos, y responde por la pérdida o deterioro del bien en lo que se hubiera enriquecido por ellos, menos aún podrá retener el bien (si no puede lo menos, no puede lo más)» (Marcial RUBIO CORREA: *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil*, Lima, 1987, p. 276, 277).

37. De manera concordante el último párrafo del artículo 1897 del Código Civil español dice: «Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo».

38. Ver artículo 1146 del Código Civil peruano.

39. Ver artículo 2431, in fine, del Código Civil argentino.

40. Ver artículo 2444 del Código Civil argentino.

41. «Artículo 1897 (Código Civil español).- El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de éstas y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido...».

42. En el sistema argentino ese principio tiene jerarquía legal. Así, en materia de obligaciones de dar cosas inciertas, dispone el artículo 604: «Antes de la individualización de la cosa no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito», al tratar de las obligaciones de cantidad, se encuentran varios artículos que consagran la facultad del acreedor de exigir la restitución de «igual cantidad de la misma especie y calidad».

pre obligado a restituir lo que recibió, sin poder alegar la existencia de pérdidas o deterioros (ver artículo 1146 del Código de Perú).

Entendemos, en consecuencia, que la previsión del artículo 1271 se refiere a la destrucción, pérdida o deterioro de una cosa cierta, producidos sin culpa del **accipiens** de buena fe, caso en el cual la única obligación que perdura es la de entregar aquello con lo que «se hubiese enriquecido», y si no hubiese mediado enriquecimiento, la obligación quedará disuelta.

c) Los frutos.

En este punto el nuevo Código se ha apartado de la solución tradicional e, incluso, parece entrar en contradicción con lo que resuelve para el caso de los poseedores de buena fe. En efecto, la primera parte del artículo 1271⁴³ dispone que «el que de buena fe acepta un pago indebido **debe restituir los intereses o frutos percibidos...**».

Hay aquí una neta diferencia con el resto de los sistemas legislativos, que aceptan que el **accipiens** de buena fe haga suyos los frutos e intereses de la cosa recibida, y no esté obligado a restituir nada, dándole un trato similar al que reciben los restantes poseedores de buena fe.

En el propio Código peruano de 1984, el artículo 908 dispone que «el poseedor de buena fe hace suyos los frutos». ¿Por qué, entonces, impone la obligación de restituir al **accipiens** de buena fe?

No conocemos los fundamentos que se pueden haber dado para justificar este tratamiento dispar, que no parece condecir con los principios que rigen en la materia. Por ejemplo, el Código peruano, al igual que casi todos los códigos occidentales, considera que la posesión de buena fe de una cosa mueble hace adquirir su propiedad⁴³; pues bien, los frutos son cosas muebles cuya posesión se adquiere en el momento de percibirlos (ver artículo 892 del Código peruano). Quien posee de buena fe la cosa fructífera, y continúa gozando de buena fe al tomar la posesión independiente de los frutos, cosas muebles, innegablemente dentro de este sistema jurídico debe ser considerado propietario de esas cosas.

Lamentablemente, el artículo 1271 es norma especial, que viene a establecer una excepción al principio general del artículo 908, y sus términos parecen claros... Pese a su buena fe, el **accipiens** deberá restituir los «intereses y frutos **percibidos**». De esta manera, si se trata de un poseedor diligente, que se ha esforzado en lograr un buen rendimiento de la cosa, y para ello debió efectuar gastos, se encontrará en peor situación que el **accipiens** perezoso y descui-

dado, que no trabajó la cosa, ni se preocupó en percibir sus frutos, ya que este último no tendrá que restituir nada, ni deberá rendir cuentas por su descuido, mientras que el primero, que a su buena fe ha sumado laboriosidad y esfuerzo, se quedará sin nada.

Por supuesto que podrá descontar los gastos y trabajos que haya hecho para percibir los denominados frutos industriales y civiles (artículos 893 del Código Civil de Perú). Esta afirmación nos obliga a detenernos algo más en la clasificación de los frutos.

En primer lugar encontramos que se distinguen los frutos naturales, industriales y civiles (artículo 891, Código del Perú; artículo 2424 del Código argentino; y artículo 355 del Código español), cuyas características se encuentran establecidas con precisión en las propias disposiciones legales.

Pero, además, varias normas, como el ya citado artículo 1271, hablan de los frutos «percibidos», categoría que en algunos casos suele oponerse a la de «pendientes», y en otros a los «dejados de percibir».

Finalmente, en el Código Civil argentino, se habla también de frutos «consumidos» y «no consumidos», agregando un nuevo problema del que no nos ocuparemos en este trabajo.

En el caso que nos ocupa en este momento, que es el del **accipiens** de buena fe obligado a restituir la cosa, en el sistema peruano deberá entregarla con los frutos «pendientes» y, además restituir los intereses o frutos percibidos, pero no los que por cualquier causa haya «dejado de percibir», que solamente se reclamarán al **accipiens** de mala fe, como lo veremos más adelante (artículo 1269).

Hemos dicho ya, que en el caso de frutos industriales y civiles podrá descontar «los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos», pudiendo computar en este rubro no solamente lo abonado a terceros, sino también el importe que representa el valor de su propio trabajo personal. Por ejemplo, si para levantar una cosecha, en lugar de pagar peones, fue el propio **accipiens**, con su familia, el que realizó esa tarea, deberá estimarse ese trabajo, para descontarlo del valor de los frutos que debe restituir.

d) Las mejoras y gastos.

Después de recibir la cosa el **accipiens** puede haberse visto en la necesidad de hacer en ella reparaciones, para evitar que se deteriore o destruya; pagado impuestos, o una hipoteca; haberle introducido mejoras que la hacían más apta para sus usos; o, en fin, haberla hermoseado con obras de tipo suntuario.

43. Ver artículo 948 del Código Civil del Perú de 1984.

Como, a pesar de su buena fe, se ve obligado a restituirla ya que había mediado un pago indebido, ¿podrá recuperar algunos de esos desembolsos? Ninguno de los códigos que venimos estudiando, cuando se ocupan del pago indebido, contiene previsiones sobre estos temas; pero como todo código es un cuerpo orgánico, y sus normas no pueden interpretarse aisladamente, resulta indispensable indagar en otros campos para ver si encontramos preceptos que permitan solucionar esos problemas.

En el Derecho argentino la remisión genérica del artículo 786, en virtud de la cual se considera al **accipiens** de buena fe como un poseedor de buena fe, nos permite acudir a las normas que regulan la situación de los poseedores condenados a restituir la cosa, donde encontraremos los artículos 2427 y 2428, el primero de los cuales, luego de explicar qué debe entenderse por gastos necesarios o útiles, ordena que sean reembolsados al poseedor de buena fe⁴⁴, y el segundo concede a ese poseedor derecho de retener la cosa hasta que se le hayan pagado las mejoras necesarias o útiles⁴⁵.

Se trata de una aplicación más del principio del enriquecimiento sin causa, pero ya no tiene como finalidad defender al **solvens**, que entregó la cosa por error, sino al **accipiens**, que ha efectuado gastos necesarios para su conservación, sin los cuales la cosa se hubiese perdido o destruido; o mejoras útiles, que redundan en beneficio del propietario. Si el **solvens** no pagara esos gastos se enriquecería sin causa, pues se estaría ahorrando, a expensas del **accipiens**, unos desembolsos que forzosamente debería haber efectuado si la cosa hubiese estado en su poder.

Por su parte en el Derecho español, en virtud de la remisión contenida en el artículo 1898⁴⁶, deberá aplicarse al **accipiens** de buena fe el artículo 453, que da una solución idéntica a la consagrada en el Código argentino, pues le permite cobrar los gastos necesarios y útiles, y retener la cosa hasta que se los satisfagan⁴⁷.

Creemos que en el Derecho peruano también deberá recurrirse a las normas sobre mejoras que encontramos en materia posesoria. Vemos allí que el artículo 917, sin establecer diferencias entre la buena o mala fe del poseedor, dispone que «tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y, a retirar las de recreo que pueden separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual».

Se ocupa a continuación del momento en que se efectuarán las mejoras, pues si ya ha mediado demanda judicial de restitución de la cosa no parece justo que el poseedor continúe efectuando gastos en ella, que luego deban pesar sobre el dueño, y dispone que si así procediera no se abonarán las mejoras que introduzca, salvo que «se trate de las necesarias», es decir, aquéllas indispensables para que la cosa se conserve.

También concede derecho de retención a favor del poseedor que tenga derecho a ser reembolsado de mejoras (artículo 918).

Estimamos de estricta justicia aplicar estas normas al **accipiens** de buena fe que debe restituir la cosa que recibió indebidamente en pago.

IV. LA RESTITUCIÓN Y SUS CONSECUENCIAS RESPECTO AL «ACCIPIENS» DE MALA FE

a) Sistema argentino. Remisión.

El punto lo hemos tratado con detenimiento en el apartado IV del trabajo mencionado en la nota 2⁴⁸, concordando sus soluciones con las del Derecho español⁴⁹. Por razones de brevedad remitimos a lo allí expuesto.

b) Sistema peruano:

1) La cosa.

Ya hemos dicho que mientras exista en poder del

44. «Art. 2427 (Código Civil argentino).- Los gastos necesarios o útiles serán pagados al poseedor de buena fe. Son gastos necesarios o útiles los impuestos extraordinarios al inmueble, las hipotecas que lo gravaban cuando entró en la posesión, los dineros y materiales invertidos en mejoras necesarias o útiles que existiesen al tiempo de la restitución de la cosa».

45. En el Derecho argentino el artículo 591 traza aún más claramente la distinción entre las mejoras necesarias y las útiles, diciendo: «Son mejoras necesarias aquéllas sin las cuales la cosa no podría ser conservada. Son mejoras útiles, no sólo las indispensables para la conservación de la cosa, sino también las que sean de manifiesto provecho para cualquier poseedor de ella...».

46. «Art. 1898 (Código Civil español).- En cuanto al abono de mejoras y gastos hechos por el que indebidamente recibió la cosa, se estará a lo dispuesto en el título V, del libro II».

47. «Art. 453 (Código Civil español).- Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan».

48. Libro Homenaje a Don Federico de Castro, T. II, p. 313 a 316.

49. Trabajo citado en nota 2, p. 316 y 317.

«**accipiens**», la cosa siempre debe ser restituida⁵⁰; y si se trata de cantidades de cosas, rige el principio de que el género nunca perece.

Consideramos que en este aspecto no hay diferencias entre la condición del «**accipiens**» de buena fe, y el de mala fe.

Pero, ¿qué sucede si la cosa ha salido del poder del «**accipiens**», que la ha entregado a un tercero? Como el punto presenta particular interés, le dedicaremos más adelante el apartado V de este estudio.

2) Destrucción, pérdida o deterioro.

El problema, con relación al «**accipiens**» de mala fe, está contemplado expresamente en el segundo párrafo del artículo 1269 del Código Civil de 1984, que nos dice:

«..., responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre».

Entendemos que el vocablo «pérdida» comprende no solamente las hipótesis de «extravío», sino también las de destrucción de la cosa mientras se encuentra en poder del **accipiens** de mala fe. Es cierto que «destrucción» y «pérdida» no son sinónimos, porque en el primer caso se trata de un cambio material en la naturaleza de la cosa, mientras que el otro se refiere a la hipótesis en que la cosa ha salido del ámbito jurídico de disposición del poseedor, pero creemos que en cuanto a sus efectos son equiparables, pues en ambas hipótesis el «**accipiens**» ya no cuenta con la cosa para restituirla; por ello, lo previsto para la «pérdida» es aplicable en los casos de «destrucción», sea que esa destrucción o pérdida tengan su origen en un hecho voluntario del **accipiens**, en el hecho de un tercero, o incluso provengan de un caso fortuito.

Sin embargo, cuando la causa es extraña al accionar del «**accipiens**», hay un caso que puede eximirse de la responsabilidad de restituir la cosa, admitido generalmente en todos los sistemas, y contemplados por el párrafo tercero del artículo 1269 del Código Civil peruano:

«... Puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó».

Esta norma concuerda con lo dispuesto por el artículo 909 para los poseedores de mala fe, quienes responden «de la pérdida o detrimento del bien aun por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que éste también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular».

Por un principio de equidad, como lo recuerda Vélez Sársfield en la nota a uno de los artículos de su Código⁵¹, el **accipiens**, pese a su mala fe, no tendrá que indemnizar las pérdidas cuando la destrucción de la cosa también habría sucedido aunque se encontrase en poder del «**solvens**». Por ejemplo Enrique entrega por error a su vecino Roberto un toro; ambos tienen su hacienda en un pequeño valle cordillerano, que es arrasado por un aluvión. Sin duda el animal hubiera perecido igual en manos de Enrique y, por tanto, Roberto no le debe nada.

3) Los frutos.

Lo vinculado con los frutos está resuelto en el primer párrafo del artículo 1269, que expresa:

«El que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido».

En el caso que lo entregado fuese dinero, se presume que siempre es fructífero y, en consecuencia, se deben los correspondientes intereses, que son los frutos civiles del capital.

Pero, aunque el **accipiens** debe restituir los frutos percibidos, o su valor, un principio de equidad impone, especialmente tratándose de los llamados frutos **industriales**, que descuenta los gastos que efectuó para su producción o recolección, tal como lo dispone el artículo 893, que habla de «los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos». Esa norma se refiere también a los frutos «civiles», aunque advertimos que su percepción no suele requerir mayores esfuerzos o desembolsos.

El Código peruano sólo se refiere a la restitución por el **accipiens** de mala fe de los «frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera»; consideramos más acertada la previsión incluida en el artículo 2439 del Código Civil argentino, que en estos casos extiende la responsabilidad del **accipiens** a indemnizar por «los frutos civiles que

50. Conf. RUBIO CORREA, Marcial: obra citada en nota 36, p. 276: «Es de resaltar que no se establece específicamente la obligación de restituir el bien pero, si no puede retener frutos y responde por pérdida o deterioro... es evidente que también deberá devolverlo».

51. «Un terremoto que hubiese destruido o deteriorado la cosa lo mismo estando en poder del actual poseedor, que en poder de su verdadero dueño. Este es el gran principio de equidad del Derecho romano: nullam injuriam, aut damnum dare videtur neque perituris edibus» (nota art. 789°, C.C. argentino).

hubiera podido producir una cosa no fructífera, si el propietario hubiera podido sacar un beneficio de ella», porque como lo recuerda Vélez en la nota del mencionado artículo 2439, el poseedor de mala fe «debe indemnizar al propietario de todo el daño que le hubiese causado su indebida posesión».

4) Las mejoras y gastos.

No hay en esta parte del Código Civil peruano ninguna previsión que contemple el caso de que el **accipiens** de mala fe haya efectuado lo que técnicamente se denominan «mejoras», desembolsando fondos que han servido para mantener la cosa, o acrecentar su valor. ¿Tiene algún derecho a que se le reintegren esos gastos?

Si se le negase derecho podría cometerse una grave injusticia, ya que el **solvens**, al recuperar la cosa mejorada, se estaría enriqueciendo sin causa. Ya en el apartado anterior, refiriéndonos al **accipiens** de buena fe explicamos por qué debían reconocerse los importes de las mejoras, y que -a nuestro criterio- podía darse solución al problema aplicando los artículos 917 y 918.

Sin embargo, estimamos que en este punto hay una falencia en el nuevo Código Civil peruano, pues el tratamiento no puede ser el mismo para los casos de buena y mala fe, y si bien se justifica -con base en el principio del enriquecimiento sin causa- que el de la mala fe también sea reembolsado por las mejoras que efectuó, no es correcto que se le conceda la facultad de retener, ya que no parece lícito que quien ha aprovechado el error de la otra parte pretenda mantenerse en posesión de la cosa, sino que debe proceder a restituirla sin dilación. Ya habrá tiempo después para que se le reembolsen los gastos que efectuó, si tiene derecho a cobrarlos.

Adviértase que el propio Código peruano matiza la solución, en el último párrafo del artículo 917, para el caso de mejoras efectuadas en el período posterior a la citación judicial, etapa en la que el **accipiens** -aunque hubiese tenido buena fe originaria- debe recibir el trato de un poseedor de mala fe. La mencionada norma limita en tal caso el derecho del **accipiens** al reembolso de las mejoras necesarias, pero, por aplicación del 918, sigue con respecto a esas sumas gozando de la facultad de retener.

La solución peruana difiere, pues, tanto de la consagrada en el Derecho argentino, como de la española. En efecto, estos códigos conceden siempre al poseedor de mala fe derecho a reembolso, tanto de las mejoras útiles como necesarias; pero, el Código Civil argentino sólo admite a su favor la retención por las necesarias, y no por las útiles; mientras que el español, aunque acepta el reembolso, no otorga en ningún caso derecho de retención al **accipiens** de mala fe.

Una valoración cuidadosa del problema nos inclina a aceptar la solución del Código Civil español como la más justa. Criticamos en el nuevo Código peruano que no se admita el reembolso de las mejoras útiles, ya que -cualquiera sea el momento en que se las haya efectuado- si el propietario se queda con ellas sin abonarlas, se habrá enriquecido injustamente; en este punto lo superan tanto las soluciones argentina como española.

A su vez, criticamos al Derecho argentino que conceda la facultad de retener al **accipiens** de mala fe; una cosa es aceptar que, por aplicación del principio del enriquecimiento sin causa, tenga derecho a cobrar tanto las mejoras necesarias, como las útiles, otra muy distinta permitirle que mantenga bajo su poder una cosa a la que no tenía derecho alguno y recibió de mala fe. Esta crítica a la facultad de retener alcanza a la solución peruana.

El Código español, en cambio, pone las cosas en su justo lugar; admite el abono de las mejoras necesarias y útiles, pero niega el derecho de retener.

V.- EFECTOS RESPECTO A TERCEROS.

Hemos dicho ya que en el Derecho peruano la acción de repetición de lo pagado indebidamente es de carácter personal, de manera que para que se justifique dirigirla contra un tercero a quien ha pasado la propiedad de la cosa, será menester que ese tercero conozca que el «**accipiens**» no tenía derecho a recibirla ni, por ende, a transmitirla.

No existe, propiamente hablando, reipersecutoriedad, lo que limita los derechos del **solvens** con respecto a los terceros. Resulta necesario, pues, distinguir los casos en que el tercero obró de buena fe, de aquéllos en que hubo de su parte mala fe.

a) Buena fe del tercero.

Pese al carácter personal de la acción, debemos efectuar aquí una subdistinción que atañe al título de adquisición del tercero, diferenciando los casos en que hubo pago de precio por parte del tercero, de las hipótesis de liberalidad.

1) Adquisición a título oneroso.

Cuando a la buena fe del tercero se suma el título oneroso, el **solvens** no recuperará la cosa, ya que no goza de una acción real. Sus acciones quedan, en tal caso, limitadas a dirigirse contra el que había recibido la cosa indebidamente pudiendo, a lo sumo, subrogarse en el cobro del saldo del precio que hubiese quedado impago, como lo prevé el primer párrafo del artículo 1272, cuando dispone:

«Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también

tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo».

Aunque esta solución no está expresamente prevista en el caso que fuese un accipiens de mala fe el que hubiese enajenado la cosa a un tercero de buena fe (ver artículo 1270), entendemos que también en esa hipótesis si existiese un saldo impago, el dueño de la cosa podría exigir que se lo subrogase en el cobro de esas sumas, por supuesto conservando el derecho de exigir al accipiens de mala fe la correspondiente indemnización por los daños sufridos.

En resumen, el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, está cubierto de cualquier acción reivindicatoria y su responsabilidad se limita a pagar el precio convenido.

La solución es justa, y concuerda con la prevista en materia de fraude pauliano por el artículo 197, para los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, a quienes no afecta la declaración de ineficacia del acto.

2) Adquisición a título gratuito.

Pero, si el tercer adquirente recibió la cosa a título gratuito, aunque haya procedido de buena fe, «quien efectuó el pago indebido puede reclamar la restitución del bien» (ver artículos 1270, tercer párrafo; y 1272, segundo párrafo).

Se trata de un caso de excepción en que se admite al que efectuó el pago indebido perseguir la cosa en manos de un tercero; el legislador, frente al conflicto que se plantea entre este tercer adquirente de buena fe, y el propietario del bien, ha considerado justo preferir a este último, a quien trata de evitarse el perjuicio cierto de la pérdida de la cosa, por sobre el tercero que sólo procura obtener una ganancia sin haber efectuado desembolso alguno.

Por un lado el **accipiens** no tenía derecho a la cosa; a ello se suma que el tercero no realizó ningún sacrificio. Estos son los aspectos fundamentales a tomar en consideración, y en nada cambian por la existencia de buena o de mala fe en el tercero, que no ha de sufrir una pérdida, sino que solamente se verá privado de un beneficio. Debe prevalecer, sin duda, el derecho del dueño a que le restituyan la cosa.

Pero, ¿qué sucede con los frutos percibidos en el interín por ese tercero?. ¿Se le aplicará el trato del **accipiens** de buena fe, regulado por el artículo 1271, y deberá también restituirlos? O, ¿prevalecerá su situación de «poseedor de buena fe», y se aplicará el artículo 908, pudiendo retenerlos? Personalmente, opinamos que al tercero de buena fe, en ausencia de previsiones específicas respecto a la restitución de frutos en el capítulo del pago indebido, debe aplicársele el régimen general de todos los poseedores de buena

fe, por dos razones: primero, por ser la solución que técnicamente corresponde; y segundo, por ser la solución más justa y concordante con la tradicional situación de los poseedores de buena fe en materia de restitución de frutos.

b) Mala fe del tercero.

La mala fe del tercero ha de servir de base para que el propietario de la cosa dirija una acción personal en su contra. Esa mala fe del tercero puede existir tanto en caso que quien primero recibió el pago indebido haya actuado, por su parte, con buena o mala fe.

En estas hipótesis no se juzga la situación del **accipiens**, sino la del tercero, para determinar si la acción puede dirigirse en su contra.

Estimamos que la mala fe del tercero consiste en el conocimiento del pago indebido o, dicho en otros términos, saber que el **accipiens**, aunque tuviese la cosa en su poder, no tenía realmente derecho a ella, ni a enajenarla.

Pues bien, si tanto el **accipiens** como el tercero actuaron de mala fe, quien efectuó el pago puede dirigirse contra ambos «solidariamente», reclamando la restitución de la cosa y, además «la indemnización de daños y perjuicios» (primer párrafo, artículo 1270).

En cambio, si el «**accipiens**» había actuado de buena fe, y solamente el tercero lo hizo de mala fe, es él quien cargará con las obligaciones de restituir e «indemnizar los daños y perjuicios irrogados» (artículo 1272, in fine).

c) Sistema argentino. Remisión.

El problema de los efectos de la repetición con relación a los terceros en el Derecho argentino es sustancialmente diferente en virtud del carácter real que se ha dado a la acción. Debe entonces distinguirse si la cosa entregada es mueble o inmueble, pues en materia de muebles va a regir el principio general del artículo 2412 del Código Civil argentino, que protege a los terceros poseedores de buena fe y a título oneroso, permitiéndoles detener toda acción reivindicatoria en su contra, salvo que se trate de cosas robadas o perdidas.

Tratándose de inmuebles, en cambio, el artículo 787 del Código de Vélez admite la acción reivindicatoria en contra de terceros, sin establecer límites, los que van a surgir del texto del actual artículo 1051 que, luego de las reformas que le introdujo la Ley 17.711, impide la acción reipersecutoria en contra de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Hemos analizado con más detenimiento estos problemas en el trabajo mencionado en nota 2, a cuya exposición y conclusiones remitimos.

VI.- LA ACCIÓN.

1) Procedencia. Prueba.

La leyenda del capítulo VII habla de «pago indebido» de manera genérica; por ello, aunque el primer artículo se limita a referirse a hipótesis de error, y luego el artículo 1273, en su primer párrafo, parece exigir que se pruebe «el error», estimamos que las previsiones de este capítulo son extensivas a todos los casos de pago «sin causa», haya o no mediado error. Pero, si así no lo fuere, las otras hipótesis de pago sin causa, que en su momento dieron lugar a las «condictio», y permiten repetir cuando el pago se hizo en atención a una causa futura, que luego no se realizó, o a una causa existente, que luego ha dejado de existir o, incluso con fundamento en una causa contraria a disposiciones legales, quedarían englobadas en lo que el nuevo Código prevé sobre «enriquecimiento sin causa» en los artículos 1954 y 1955.

Entendemos, sin embargo, que la inclusión de todas las hipótesis de «pago sin causa» en el capítulo VII, se funda en el segundo párrafo del artículo 1273, que «presume que hubo error en el pago cuando se cumple una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada». Esta presunción, que sólo podría ser destruida por el *accipiens* probando que «la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada» (parte final del artículo 1273), in fine, es la que da cabida a la repetición en todos los casos en que **no haya habido causa justificada**.

Sistematizando diremos que quien intenta la acción deberá «probar el error con que lo hizo» (artículo 1273, primer párrafo), o la inexistencia de causa para el pago (segundo párrafo: «que nunca se debió la prestación»).

2) Obligaciones de hacer y de no hacer.

El Código peruano ha tomado especialmente en cuenta el caso del cumplimiento indebido de prestaciones **de hacer**, y **de no hacer**, en las que no ha mediado la «entrega de una cosa» y, por consiguiente, no puede hablarse de repetición, lo que no excluye la existencia de un indebido beneficio por parte del destinatario de la prestación, que en alguna manera debe ser compensado. A tal efecto dispone en el artículo 1276:

«Las reglas de este capítulo se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer, en las que no se puede restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.

En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado...».

Se trata de una solución lógica y correcta; el destinatario de la prestación se ha enriquecido sin causa, y su buena fe no es óbice para que se le imponga compensar en la medida de su enriquecimiento.

Pero, si además de enriquecerse indebidamente, lo hizo de mala fe, el tratamiento será distinto y por ello el artículo 1276, en su parte final, prevé que, además de restituir «el valor íntegro de la prestación», deberá abonar la correspondiente «indemnización de daños y perjuicios». Lo primero se funda en el enriquecimiento sin causa, lo segundo en la responsabilidad civil que engendra su conducta ilícita, al beneficiarse de mala fe con la prestación que no se le debía, en perfecta concordancia con lo previsto en los artículos 1969 y siguientes en materia de responsabilidad extracontractual.

3) Prescripción.

Para finalizar, advertiremos que el nuevo Código Civil peruano, en su artículo 1274, ha establecido un plazo especial de cinco años para la prescripción de la acción de repetición fundada en un pago indebido.

No hemos encontrado en las obras de RUBIO CORREA⁵² y VIDAL RAMIREZ⁵³ explicación alguna sobre este plazo especial de prescripción. Si se aplicase la norma genérica del artículo 2001, por tratarse de una acción personal, el plazo de prescripción sería de 10 años (inciso 1), aunque nada impide al legislador disponer su abreviación cuando lo considere conveniente.

El hecho que se pone en tela de juicio la eficacia de un acto que se consideró extintivo de una obligación, con la consiguiente restitución de la propiedad de una cosa, y la posibilidad de reclamar daños y perjuicios, que cuando son autónomos prescriben a los dos años (inciso 4, artículo 2001), pueden constituir el fundamento de la decisión legal de fijar este plazo reducido.

Estimamos, sin embargo, que una buena técnica legislativa recomendaba fijar este plazo al tratar específicamente de la prescripción extintiva, en el Título I del Libro VIII del Código, lo que hubiese permitido apreciar con mejor perspectiva las ventajas o inconvenientes del plazo elegido y, además, coordinarlo con el que deberá aplicarse a las acciones subsidiarias de enriquecimiento sin causa, para las

52. RUBIO CORREA, Marcial: Obra citada en nota 36.

53. VIDAL RAMIREZ, Fernando: *La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano*, ed. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1988.

que no se ha previsto ningún plazo especial, y que -a nuestro criterio- deberían estar sometidas al mismo plazo de prescripción, lo que no ha de suceder pues, ante el silencio del Código, deberá aplicárseles el plazo de 10 años del inciso 1, artículo 2001, lo que creará una discordancia de plazo para acciones que tienen el mismo fundamento legal.

VII.- CONCLUSIONES.

1) Estimamos que, metodológicamente, el «pago indebido» debió ser tratado junto a las restantes fuentes de obligaciones, como una Sección autónoma, después de la gestión de negocios y antes de la Sección destinada al enriquecimiento sin causa.

2) En el pago indebido, para establecer los derechos de que goza el **solvens**, debe determinarse si el **accipiens** actuó de buena o de mala fe.

3) En el Derecho peruano debe presumirse la buena fe del **accipiens** por aplicación del artículo 914, que se refiere de manera general a todos los poseedores.

4) Se presume que esa buena fe cesa cuando se le notifica la demanda del **solvens** (artículo 907); puede, además, admitirse prueba de que había cesado con anterioridad, si tuvo conocimiento de que se trataba de un pago indebido.

5) La acción de repetición es de naturaleza personal.

6) La acción sólo podrá dirigirse contra terceros adquirentes de la cosa, si hubiesen actuado de mala fe, o cuando la adquisición fuese a título gratuito.

7) El **accipiens** está siempre obligado a restituir la cosa determinada, cuando se encuentra en su poder.

8) El **accipiens** de buena fe puede librarse de la obligación de restituir cosas ciertas, cuando se hubiesen perdido por caso fortuito o fuerza mayor,

casos en los cuales solamente responderá «en cuanto por ellos se hubiese enriquecido» (artículo 1271).

9) Cuando se han entregado cantidades de cosas, el **accipiens** está obligado siempre a restituirlas, sin que pueda alegar su pérdida o destrucción, porque el género nunca perece.

10) El **accipiens** de buena fe debe restituir los intereses y frutos percibidos (artículo 1271), solución poco justa y discordante con lo que se dispone para los restantes poseedores de buena fe (artículo 908).

11) El **solvens** debe reembolsar al **accipiens** - tenga o no buena fe- las mejoras necesarias y útiles, pudiendo retener el bien hasta que se le hayan satisfecho (aplicación analógica de los artículos 917 y 918).

La solución es correcta cuando el **accipiens** era de buena fe; estimamos, sin embargo, que al **accipiens** de mala fe se le debe reconocer el derecho a cobrar las mejoras, pero no la facultad de retener.

12) En el caso de terceros adquirentes de buena fe, a título gratuito, la acción concedida al **solvens** es de carácter excepcional, y se funda exclusivamente en el propósito de evitar el perjuicio al propietario.

El tercero, en su situación de poseedor de buena fe, podrá ampararse en el artículo 908 para no restituir los frutos «percibidos».

13) Lo regulado sobre el pago indebido es aplicable no solamente a los pagos por error, sino también a todos los «pagos sin causa».

14) Es aplicable además, en lo pertinente, a la ejecución de prestaciones de hacer y de no hacer (artículo 1276).

15) La acción de repetición, tanto en lo que se refiere a la restitución de la cosa propiamente dicha, como a la indemnización de daños y perjuicios, tiene un plazo de prescripción reducido, de cinco años (artículo 1274).

Entrevista al Doctor Nicolás de Piérola

Abogado*. Catedrático Principal de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lima.

La presente entrevista fue preparada por Patricia Aparicio, Magali Rojas y Oscar Luna.

«...el Derecho de las Comunidades tiene características propias, que lo separan tanto del Derecho interno de los Estados, como del Derecho Internacional».

En vista de la crisis que afronta el proceso de integración subregional andina, nos vemos comprometidos a proponer alternativas que nos permitan superarla. Por ello, creemos que es imprescindible una revalorización del proceso mediante la difusión de uno de sus aspectos más importantes aunque poco conocidos, como es el jurídico.

Con este propósito ofrecemos la presente entrevista, pues consideramos indispensable dar una visión general del sistema jurídico andino. El Acuerdo de Cartagena -suscrito en 1969 y conformado por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela- ha instituido un ordenamiento jurídico que es directamente aplicable en el territorio de los países miembros.

El respeto de dicho ordenamiento está a cargo del Tribunal de Justicia, que es un órgano principal del Acuerdo, con capacidad de declarar el Derecho Comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente. Para ello, cuenta con las acciones de nulidad, de incumplimiento y de interpretación prejudicial, respectivamente.

ASPECTOS GENERALES

¿El Acuerdo de Cartagena crea una organización internacional, con personalidad jurídica?

Conforme a la doctrina de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, expuesta en el caso «Reparación por Daños», la personalidad jurídica internacional está estrechamente relacionada con la subjetividad jurídica internacional, en el sentido que sólo los sujetos de derecho internacional la poseen. Ahora bien, los sujetos de Derecho Internacional disfrutan de dos atribuciones: el derecho de celebrar tratados -y por lo tanto contraer derechos y obligaciones frente a otros sujetos de derecho internacional- y, el derecho de legación, activo y pasivo. El Acuerdo de Cartagena posee estas dos atribuciones.

En efecto, el derecho de los órganos del Acuerdo de Cartagena a celebrar tratados (utilizando la expresión «Tratados» en el sentido amplio que le otorga la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), ha sido reconocido por los Gobiernos del Perú y de Colombia que han celebrado Convenios de Sede con la Junta del Acuerdo de Cartagena y con el Parlamento Andino, respectivamente; asimismo, la Comunidad Europea y el Parlamento Europeo han celebrado Convenios de Cooperación con la JUNAC y con el Parlamento Andino.

Y en cuanto al derecho de legación, cabe señalar que -años atrás- el Parlamento Andino tenía un representante acreditado ante el Parlamento Europeo. Asimismo, la Comunidad Europea tiene recientemente un representante diplomático permanente ante la Junta del Acuerdo de Cartagena (que se encuentra en funciones).

Consecuentemente, aunque el Acuerdo de Integración Subregional Andina no lo menciona expresamente, podemos llegar a la conclusión que el Acuerdo

Doctor en Derecho. Magistrado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (1985-1990). Presidente del Tribunal (1988).

de Cartagena posee personalidad jurídica internacional.

Por otra parte, algo similar ocurre con las Naciones Unidas. La Carta de San Francisco tampoco se refiere expresamente a la personalidad jurídica internacional de la ONU, pero es obvio que la tiene: ha celebrado numerosos Tratados, entre los que se puede mencionar los Convenios de Sede con los Gobiernos de los Estados Unidos, de Austria y de Suiza. Y tiene representantes diplomáticos acreditados en muchos países del mundo, entre ellos el Perú.

¿Considera usted que están incluidas todas las fuentes del Derecho de la Integración Andina en el Artículo 1 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia? De no ser éste el caso, ¿cuáles cree usted que han sido omitidas?

La Profesora Carolina Loayza señala, en la Tesis que está elaborando para optar el grado de Maestra en Derecho que, en materia de fuentes de derecho, el Tratado constitutivo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena -o Tribunal Andino de Justicia como lo denomina el Tratado de creación del Parlamento Andino-, ha optado por una solución diferente a la adoptada por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En efecto, el Art. 38 del Estatuto dice que la Corte «deberá aplicar» las «Convenciones Internacionales», es decir los Tratados, la Costumbre Internacional y los Principios Generales de Derecho; adicionalmente menciona como «medio auxiliar» la Jurisprudencia y la Doctrina. Finalmente, la Corte puede resolver un litigio *ex aequo et bono*, «si las partes así lo convinieren».

En cambio, el Tratado constitutivo del Tribunal Andino, no incluye normas similares. El Art. 1 del Tratado se limita a señalar los alcances del «Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena» pero no indica las fuentes de derecho que el Tribunal «debe» aplicar. Tampoco limita las fuentes que el Tribunal podría aplicar. Por otra parte, tampoco contempla la posibilidad que el Tribunal resuelva un litigio *ex aequo et bono*.

Para determinar las fuentes de derecho aplicables por el Tribunal me remitiré al Preámbulo del Tratado. Si bien el Preámbulo de los Tratados no constituye la parte dispositiva, tampoco es ajeno al Tratado respectivo. Y nos proporciona una indicación de la mayor importancia para conocer la intención de los Estados parte.

El Preámbulo del Tratado constitutivo del Tribunal dice en sus párrafos 2o., 3o. y 4o., lo siguiente:

«(Párrafo 2o.) CONCIENTES de que es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del

Acuerdo de Cartagena, con el fin de que la integración alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de los Países Miembros;

(Párrafo 3o.) CONVENCIDOS de que algunas de las dificultades que se presentan en la ejecución del Acuerdo de Cartagena y de los actos que lo desarrollan obedecen, entre otras razones, a la complejidad de su ordenamiento jurídico;

(Párrafo 4o.) SEGUROS de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente;»

De los párrafos transcritos, podemos destacar lo siguiente:

a) El párrafo 2o. se refiere a la necesidad «de garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo de Cartagena»; b) El párrafo 3o. reconoce la complejidad del «Ordenamiento Jurídico» del Acuerdo de Cartagena; c) El párrafo 4o. señala la necesidad que la «estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan» sean «Salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena»; y, d) Este mismo párrafo 4o. menciona que el Tribunal que crea el Tratado debe estar dotado de «capacidad para declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente». Estas consideraciones nos permiten llegar a las siguientes conclusiones:

1a. Si el Tribunal ha sido creado para «declarar el Derecho Comunitario» es obvio que puede aplicar el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena que es, precisamente, el Derecho Comunitario andino. Por lo demás, la interpretación contraria -que el Tribunal no pueda aplicar dicho ordenamiento-, nos conduciría a un absurdo, ya que dejaría sin dirimir las controversias que es otro de los motivos de creación del Tribunal.

2a. Para «interpretar» el Derecho Comunitario andino, y aclarar «la complejidad de su ordenamiento jurídico», es también obvio que el Tribunal debe aplicar los principios generales de derecho. En efecto, todos los sistemas jurídicos del mundo reconocen ciertos principios de derecho como el principio «pacta sunt servanda» o el principio de «res judicata»: el Tribunal debe tener presentes estos principios al sentenciar, tanto en el sentido de no contradecirlos, como en el sentido de aplicarlos afirmativamente al interpretar el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

3a. Lo mismo puede decirse de la doctrina de los publicistas. El Derecho Comunitario se encuentra aún en formación; y con mayor razón el Derecho Comunitario andino. La doctrina de los publicistas puede servir como medio para resolver situaciones complejas y dudas en la interpretación jurídica. Desde luego, debe acudirse a la doctrina de los publicistas de mayor renombre y, en lo posible, lograr una pluralidad de opiniones coincidentes expuestas por los publicistas.

4a. Si los Países Miembros desean que el Tribunal tenga capacidad, no sólo para declarar el derecho sino también para «interpretarlo uniformemente», es evidente que el Tribunal debe utilizar la jurisprudencia como fuente de Derecho.

Y en efecto, el Tribunal ha venido aplicando todas estas fuentes de Derecho en las sentencias que ha dictado hasta la fecha.

Quedaría por examinarse el caso de la «costumbre» como fuente de Derecho: La realización de actos prácticos conduce a la formación de una «costumbre». En la medida en que una costumbre sea uniforme y reiterada, y que cuente con el requisito de la «opinión juris» y que no contravenga el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, estimo que debe ser aplicada por el Tribunal, siempre que sea invocada por una de las partes litigantes y que se acredite la existencia de tal «costumbre». Esto contribuirá a darle una mayor certidumbre jurídica al proceso de integración, como lo postula el Tratado de creación del Tribunal.

¿Qué entiende usted por supranacionalidad? ¿Es una característica, un principio, un atributo, o no posee contenido jurídico tal como afirma un sector de la doctrina?

Comencemos por señalar que el término «supranacionalidad», si bien está bastante difundido, no aparece en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Vigésima Edición, de 1984.

La etimología de la expresión «supranacionalidad» sugiere algo que se encuentra «por encima» de la actividad o competencia interna de los Estados. Es con este sentido que se inició su uso en Europa, para designar a la estructura jurídica de las Comunidades. Esta estructura no es «nacional», pues no está sometida al Derecho interno de ninguno de los Países Miembros, pero tampoco es «internacional»; ya que las normas -así como las organizaciones- son «comunitarias»: los órganos comunitarios tienen autoridad -en los asuntos de su competencia- en todos los Países Miembros; y las normas comunitarias son directamente aplicables en el territorio de los Países Miembros, sin requerirse su incorporación al Derecho interno.

En efecto, los órganos comunitarios, que no son órganos nacionales internos, pueden sin embargo

dictar normas que son directamente aplicables en el territorio de los Países Miembros. Tales órganos y tales normas no son «nacionales», pero tampoco son «internacionales». Había que buscar una nueva expresión y se comenzó a utilizar «supranacional» y «supranacionalidad».

Sin embargo, el término no ha logrado imponerse. Nicola Catalano, en su «Manual de Derecho de las Comunidades Europeas», INTAL/BID, Buenos Aires, publicado en 1966, considera «prudente renunciar al intento de formular una definición jurídica del término **supranacional** (...) y esto, principalmente, porque sería difícil atribuir a dicho término un real alcance jurídico» (p. 25). Ahora se habla más de «órganos comunitarios» que de «órganos supranacionales». Se habla también de «derecho comunitario» y de «normas comunitarias».

Desde el punto de vista jurídico, me parece indiferente que se utilice uno u otro término, o ambos. Pero el Derecho de las Comunidades tiene características propias, que lo separan tanto del Derecho interno de los Estados, como del Derecho Internacional. Y por eso debe tener una denominación propia.

ACCIÓN DE NULIDAD

¿Cree usted que el sistema de impugnación de normas jurídicas adoptado por el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena es el más idóneo, en comparación con el sistema de impugnación de actos jurídicos que contiene el Tratado de Roma?

Entiendo que la pregunta se refiere a la acción de nulidad de las normas expedidas por los Organos Comunitarios. En este sentido, cabe precisar que las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta son obligatorias, conforme a lo dispuesto por los Arts. 3, 4 y 5 del Tratado de creación del Tribunal. En el caso que unas de estas normas comunitarias fuese violatoria del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena, cualquiera de los Países Miembros, la Comisión, la Junta o las personas naturales y jurídicas en el caso del Art. 19 del Tratado, puede interponer la acción de nulidad.

Cualquier otro tipo de Acuerdo o Disposición que adoptase la Comisión o la Junta, no comprendidos dentro de lo dispuesto por los Arts. 3, 4 y 5 del Tratado, carecerán de obligatoriedad y, por lo tanto, no procederá tampoco la interposición de la acción de nulidad.

ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

En vista que la Junta sólo expresa su voluntad a través de Resoluciones, ¿cuál es la naturaleza de las Observaciones a que se refiere el Artículo 23 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia y del Dictamen motivado que dicho órgano debe emitir

en una acción de incumplimiento? Y en el mismo sentido, ¿cuál es la naturaleza de la Opinión a la que se refiere el Artículo 25 del mismo?

Las Resoluciones de la Junta forman parte del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena, conforme al Art. 1 del Tratado y entran en vigencia en la fecha y con las modalidades que señale el Reglamento de la Junta, conforme al Art. 4 del Tratado. Pueden dar lugar, eventualmente, a la acción de nulidad.

En cambio, las «Observaciones» de la Junta a que se refiere el Art. 23 del Tratado, constituyen el inicio de la «Acción de Incumplimiento». No forman parte del «Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena», a que se refiere el Art. 1 del Tratado, ya que no establecen normas generales para los Países Miembros, sino sólo una indicación a determinado País, acerca del incumplimiento de sus obligaciones emanadas de dicho ordenamiento. El país puede aceptarlas o desestimarlas en todo o en parte. A su vez, el «Dictamen motivado» a que se refiere el mismo Art. 23, es un segundo pronunciamiento de la Junta, respecto del incumplimiento atribuido a un País Miembro. Tampoco forma parte del «Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena», y puede ser aceptado o desestimado por el País Miembro. Eventualmente, puede dar lugar a una demanda de incumplimiento ante el Tribunal Andino.

Finalmente, la «Opinión de la Junta» a que se refiere el segundo párrafo del Art. 25 del Tratado, es el criterio o punto de vista de la Junta. Tiene fines ilustrativos, pero no obliga en modo alguno al Tribunal, que puede acoger o no, la «Opinión de la Junta».

Constatado el incumplimiento de País Miembro, ¿por qué se distingue entre la facultad de la Junta de solicitar el pronunciamiento del Tribunal cuando actúa de oficio, y la obligación de hacerlo cuando actúa a petición de parte?

Cuando la Junta inicia «de oficio» la acción de incumplimiento conforme al Art. 23 del Tratado, puede concluir con un dictamen de incumplimiento o puede aceptar las explicaciones o rectificaciones que formule el País Miembro. En el primer caso, es decir, si emite el dictamen de incumplimiento, la Junta queda facultada, pero no obligada, a presentar una demanda de incumplimiento ante el Tribunal.

En cambio, si la Junta inicia el procedimiento del Art. 23 del Tratado, ya no «de oficio» sino a pedido de un País Miembro, puede o no concluir en un dictamen de incumplimiento. En el primer caso, es decir, si el dictamen es de incumplimiento, la Junta **debe** interponer la demanda ante el tribunal.

Sin embargo, el Tratado faculta al País Miembro reclamante para acudir directamente ante el Tribunal, cuando el dictamen no sea de incumplimiento o

cuando, siendo de incumplimiento, la Junta no cumpla con interponer la demanda.

Oblviamente, si el dictamen no es de incumplimiento y el país reclamante mantiene sus observaciones, el Tratado no obliga a este país a aceptar el criterio de la Junta, sino que lo faculta a presentar su demanda ante el Tribunal.

Lo mismo ocurre si, luego de emitir un dictamen de incumplimiento, la Junta no lleva el caso ante el Tribunal: El país reclamante podrá hacerlo y no quedará limitado por la abstención de la Junta.

Sin embargo, en los casos de abstención de la Junta a que se refieren los dos párrafos anteriores, el país reclamante tampoco estará **obligado** sino sólo **facultado** a presentar una demanda ante el Tribunal.

Al margen de los motivos que los negociadores del Tratado puedan haber tenido para establecer estas normas y cuya elucidación tal vez pueda hacerse revisando las actas de la Comisión Redactora, es claro que la Junta, cuando actúa «de oficio», puede optar por llevar adelante la acción de incumplimiento, o interrumpirla, después de formular las «Observaciones» y recibir la respuesta del País Miembro; o después de formular el «Dictamen motivado». En cambio, el país reclamante, no queda limitado por el criterio de la Junta, sino que puede, a su vez, acudir directamente ante el Tribunal.

Utilizando la vía del Artículo 27 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia, ¿a qué tiene derecho el particular afectado: a la declaración de incumplimiento, a la indemnización por daños y perjuicios, o a ambos?

El Art. 27 del Tratado dispone:

«Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Art. 5 del presente Tratado, en casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento».

El dispositivo transcrito remite a «los Tribunales nacionales competentes» y remite también a «las prescripciones del derecho interno» las demandas de los particulares cuyos derechos resulten afectados por el incumplimiento del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena en que pueden incurrir los Países Miembros. Habrá que examinar el Derecho interno de cada uno de los Países Miembros para determinar el procedimiento establecido en cada uno de ellos, para que se declare judicialmente la nulidad de una norma de Derecho interno que resulte violatoria del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Por cierto, tales procedimientos judiciales existen en los cinco Países Andinos.

En cambio, hasta donde yo conozco, ninguno de los Países Miembros ha dictado legislación interna para indemnizar a los particulares perjudicados por el incumplimiento del Derecho Comunitario en que incurran dichos Países Miembros.

Más complicado resultará el caso de un País Miembro que incurra en incumplimiento por omisión, al no adoptar «las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena», como dice el Art. 5 del Tratado. Hasta donde yo sepa, ninguno de los Países Miembros ha dictado legislación interna sobre este punto.

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

¿Cuál cree usted que es el alcance de los efectos de las sentencias prejudiciales?

Cada sentencia es obligatoria respecto del caso judicial en que ha sido pronunciada. En este sentido, la obligatoriedad es absoluta. Pero la misma sentencia no es directamente aplicable a otros casos.

¿Usted piensa que la teoría del acto claro puede ser usada por los jueces nacionales?

Entendido el «acto claro» como la evidencia absoluta de la norma, que no requeriría por ello de interpretación aclaratoria, y el «acto aclarado» como la aclaración de la norma comunitaria efectuada mediante la jurisprudencia del Tribunal, la pregunta se dirige a establecer si el Juez nacional podría abstenerse de solicitar la interpretación prejudicial en el caso del «acto claro» y del «acto aclarado». Y mi respuesta es negativa, ya que los Arts. 28 al 31 del Tratado se refieren a casos judiciales individuales. El juez nacional debe dirigirse al Tribunal Andino en todos los casos en que se requiera la interpretación de normas comunitarias.

Ante la opción del juez de instancia inferior de no elevar el caso a consulta prejudicial ¿puede proceder a la interpretación de la norma comunitaria?, ¿esta solución no atentaría contra el principio de interpretación uniforme y de distribución de competencias?

Conforme al Art. 28 del Tratado, «Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros». Por su parte, el Art. 30, en su última parte, dice que «El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso». De aquí surgen los principios de «interpretación uniforme» y de «distribución de competencias» que menciona la pregunta. En acatamiento de estos principios, el juez nacional no puede interpretar el derecho comunitario en ningún caso,

sino que debe solicitar la interpretación prejudicial del Tribunal, «con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros».

Ante el incumplimiento del juez nacional de última instancia frente a su obligación de solicitar la interpretación prejudicial de una norma jurídica andina, ¿cuál es para usted la solución?, ¿tiene relación con la exclusividad y autonomía de la jurisdicción nacional?, ¿qué puede hacer el particular perjudicado?

La exclusividad y autonomía de los jueces nacionales para interpretar el Derecho interno se mantiene plenamente. La facultad de interpretación que posee el Tribunal, está referida únicamente al ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Por lo demás, el Tribunal Andino no es un órgano extraño a los Países Miembros sino que es un órgano comunitario, creado por los Países Andinos y conformado por Magistrados provenientes de los cinco Países Miembros.

En el supuesto que un juez o tribunal nacional de última instancia incumpliera su obligación de solicitar la interpretación prejudicial del Tribunal, haría incurrir en incumplimiento a su país. El particular perjudicado podría denunciar el caso ante la Junta a fin que ésta inicie la acción de incumplimiento. Lamentablemente, el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena no incluye ningún recurso que pueda utilizar el particular perjudicado en el caso a que se refiere la pregunta, y ello nos pone frente a una de las limitaciones del sistema judicial comunitario.

CRÍTICAS Y SUGERENCIAS

¿Cuáles considera usted que son las insuficiencias más saltantes del Tratado que crea el Tribunal de Justicia, que se aprecian más claramente en la práctica judicial?

Como en el caso de su similar europeo, las competencias del Tribunal Andino están referidas a la impugnación de normas violatorias del derecho comunitario, sea a) que provengan de los Organos Comunitarios, o b) de los Países Miembros.

a) En el primer caso, si una Decisión de la Comisión o una Resolución de la Junta resultan violatorias del derecho comunitario, los Países Miembros, la Comisión y la Junta, pueden interponer la acción de nulidad ante el Tribunal. También pueden hacerlo las personas naturales y jurídicas, siempre que la Decisión o la Resolución impugnada les sea aplicable y les cause perjuicio.

Sin embargo, el Art. 20 del Tratado señala que «La acción de nulidad deberá ser intentada ante el Tribunal dentro del año siguiente a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión de la Comisión o de la Resolución de la Junta». Por cierto, el establecimiento de un plazo está destinado a dar certidumbre jurídica

a las Decisiones y Resoluciones, pero aún así, el plazo de un año resulta muy breve. Debería ampliarse, tal vez a tres años.

b) En el segundo caso, si es un País Miembro el que incurre en incumplimiento por acción u omisión, queda expedita la acción de incumplimiento a los demás Países Miembros, así como a la Junta.

A su vez, las personas naturales y jurídicas pueden acudir a los Tribunales nacionales de acuerdo al Art. 27 del Tratado y de ese modo acceder a la Interpretación Prejudicial pero, como hemos visto, el Derecho interno de los Países Miembros debería ser uniformizado para permitir no sólo la acción de nulidad de Resolución y el pago de la indemnización por daños y perjuicios que pueda resultar, sino también la acción de incumplimiento, cuando un País incurra en

omisión, al no adoptar las medidas contempladas por el Art. 5 del Tratado.

Y en cuanto a la Interpretación Prejudicial, las normas del Tratado deben ser reformadas y ampliadas a fin de asegurar que los jueces y tribunales nacionales cumplan con solicitar la Interpretación Prejudicial al Tribunal Andino, sea admitiendo el Recurso de Queja que se elevaría directamente ante el Tribunal Andino, o mediante algún procedimiento similar.

¿Y qué ocurre si -pedida la Interpretación Prejudicial- el Juez o Tribunal nacional no «adopta la interpretación del Tribunal», como lo manda el Art. 31 del Tratado? Para evitar que esto ocurra debería introducirse el Recurso de Casación ante el Tribunal Andino.

J. ANTONIO DEL POZO VALDEZ

ABOGADO - NOTARIO PUBLICO

Horario de Atención

Invierno: 9:00 a.m. - 1:00 p.m.

2:00 p.m. - 5:30 p.m.

Verano : 8:30 a.m. - 12:30 p.m.

1:30 p.m. - 4:30 p.m.

**Las Begonias 656 Of. 29 "A" - San Isidro Telfs: 422120 - 408128 Fax: 427232
420181 - 412946**

La Acción de Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario Andino

Manuel Pachón Muñoz*.

ABREVIATURAS

A lo largo de este trabajo y cuando no se trata de citas, se utilizan las siguientes abreviaturas.

Acuerdo: Tratado de creación del Acuerdo de Cartagena

Tratado: Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

TJAC: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

IP: Interpretación prejudicial.

Decisión: Decisión de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Resolución: Resolución de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

Países Miembros: Los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena.

País Miembro: Uno de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena.

CEE: Comunidad Económica Europea.

CEEA: Comunidad Europea de la Energía Atómica.

CPC: Código de Procedimiento Civil de Colombia.

CCA: Código Contencioso Administrativo de Colombia.

CP: Código Penal de Colombia.

G.O.: Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

INTRODUCCION

Los artículos 28 a 31 del Tratado, regulan la acción de interpretación prejudicial atribuida al TJAC en forma semejante a la establecida para las comunidades europeas, en el art. 177 del tratado CEE¹ y el 150 del tratado CEEA, que en términos más o menos similares, dan competencia a la Corte de las Comunidades europeas para resolver sobre la interpretación del respectivo tratado y de los actos dictados por las

* Director del Curso de Especialización de Derecho comercial en la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor titular de Derecho comercial de la misma universidad. Catedrático de Propiedad Industrial en el curso de especialización en la Universidad de los Andes. Profesor de Propiedad Industrial en los cursos de especialización en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor del Rosario y en la Universidad Gran Colombia. Profesor visitante de las Universidades San Buenaventura de Cali y de Caldas de Manizález.

Con la colaboración de Zorayda Sánchez Avila.

Profesora de Derecho Civil Personas (comunidades) en la facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia de Bogotá.

1. El art. 177 del tratado de la CEE dice:

«El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse con carácter prejudicial:

a) Sobre la interpretación del presente tratado;

b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad;

c) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.»

Con la salvedad que el Derecho andino sólo reguló la cuestión de interpretación prejudicial y no la cuestión de validez del ordenamiento jurídico comunitario (excepción de legalidad), las reglas establecidas en el art. 177 del tratado de la CEE son prácticamente las mismas consagradas en el Derecho andino.

instituciones comunitarias en ejercicio de las atribuciones que los Estados Miembros han transferido a los órganos comunitarios.

1. OBJETIVO DE LA INTERPRETACION PREJUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO.

Tal como se ha dicho en relación con el Derecho comunitario europeo, e igual conclusión es válida para el Derecho comunitario andino, «La existencia de la Comunidad Europea requiere la instauración de un Derecho uniforme en todo su ámbito. Una norma común que se articula para todos los Estados Miembros... Una norma común, que exige también una interpretación y aplicación uniformes. El que fue gran presidente del Tribunal de Justicia, Robert Lecourt, ya puso de relieve que la piedra angular de la Comunidad no es sólo una misma norma común, sino que dicha norma sea interpretada y aplicada de igual manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros.»²

Vale la pena recordar, que tal como lo señalábamos en nuestro libro «La propiedad industrial en el Acuerdo de Cartagena»:

«La unificación del tratamiento ...(del Derecho - aclaramos en esta oportunidad-) ... tampoco soluciona los problemas... pues nada significa la existencia de una norma común, si se va a interpretar en forma distinta por las entidades nacionales.

Las leyes marcarias argentina, paraguaya y colombiana, coincidieron en cierto momento. ¿Quiere ello decir que determinada solicitud de marca correría igual suerte en los tres países? En manera alguna. En Colombia no se admitía el registro de marcas formadas por nombres geográficos, así fueran acompañadas de una forma especial y característica. El criterio rígido sobre este punto llevó a extremos tales como rechazar la solicitud referente a la marca Aurora, sosteniendo que se trata de una población del Estado de Illinois, mientras en Argentina se permite el registro de nombres geográficos si van acompañados de una forma especial y característica.

En Colombia, los tribunales han sostenido que las expresiones Lime Cola y Pepsi-Cola imitan la marca Coca-Cola. En Paraguay se llegó a la solución contraria y se permitió la coexistencia de las marcas...»³

La unificación del régimen legal mediante el establecimiento de una norma general aplicable en todos los Países Miembros, era pues, una solución a medias, mientras no existiera un órgano que interpretara y explicara en forma uniforme el régimen común.

El Acuerdo no previó originalmente un mecanismo que asegurara esa interpretación común, lo cual hizo necesario adicionar los compromisos iniciales con la creación del TJAC que, como su modelo europeo, la Corte de las comunidades europeas, tiene entre sus funciones interpretar prejudicialmente la legislación comunitaria.

El mecanismo adoptado para lograr la interpretación uniforme está previsto en los arts. 28 a 31 del tratado que crea el TJAC, y los arts. 61 a 64 de la Decisión 184 o Estatuto del TJAC, y de lo allí establecido podemos deducir que la función otorgada al TJCA, como suficientemente lo ha aclarado doctrina del Derecho comunitario europeo⁴, busca un doble propósito:

- Unificar la interpretación del Derecho comunitario andino, y

- Dar una solución justa al caso controvertido, en donde algunos de los justiciables (o en ciertos casos el Gobierno) de uno de los Países Miembros, invocan a su favor en un proceso judicial una norma de Derecho comunitario andino.

A continuación, presentaremos los aspectos más importantes del mecanismo de la interpretación prejudicial.

1.1. Organismo competente para hacer la interpretación prejudicial.

Dentro del reparto de facultades entre los órganos

2. **RUIZ- JARABO COLOMER, Damaso.** Aplicación del Derecho comunitario europeo por los órganos jurisdiccionales españoles. En Gaceta Judicial de la C.E.E. N. 86, Madrid, noviembre de 1990, p. 15.

3. **PACHON, Manuel.** Propiedad Industrial en el Acuerdo de Cartagena, Bogotá, Temis, 1975, p. 3.

4. **Ricardo ALONSO GARCIA,** dice:

«...hay que tener presente la doble finalidad que persigue: por un lado, facilitar al juez o Tribunal nacional que planteó la cuestión los elementos interpretativos necesarios para dictar su Sentencia en el litigio nacional concreto origen de la cuestión; esta sería la finalidad inmediata de la interpretación efectuada por el TJCE (la Corte de las Comunidades Europeas -aclaramos nosotros-).

Pero junto a ella, y por otro lado, no hay que olvidar el objetivo primordial que se persigue a través de la cuestión prejudicial de interpretación, a saber, asegurar la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario, en todos los Estados miembros.» (**ALONSO GARCIA, Ricardo.** Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo. Madrid, Civitas, 1989, p. 170).

en el proceso de integración, corresponde realizar la interpretación prejudicial de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo, al TJAC (art. 28 del Tratado). De lo allí previsto surgen tres consecuencias importantes:

- Ningún órgano comunitario diferente del TJAC tiene poderes para interpretar el Derecho de la integración.

- La interpretación del Derecho comunitario, con las precisiones que más adelante haremos, es cuasimonopolio del TJAC.

- El mecanismo de interpretación prejudicial sólo se puede poner en movimiento cuando existe un litigio real y serio adelantado ante un juez interno, en donde los hechos indican, ya sea porque se invoque por las partes como fundamento de derecho una norma comunitaria, ya sea porque el juez como conocedor del Derecho (*iura novit curia*), considere que para resolver el conflicto se requiere la aplicación de un precepto que forma parte del ordenamiento jurídico comunitario.

1.1.1. Competencia del TJAC para la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo.

Modificados los compromisos iniciales establecidos en el Acuerdo, mediante el Tratado de creación del TJAC, la competencia para interpretar las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo corresponde, en forma casi exclusiva (salvo cuando contra la providencia del juez caben recursos conforme al Derecho interno) al TJAC, pues ni la Comisión como órgano legislativo, ni la Junta como órgano ejecutivo, ni el Parlamento Andino como órgano consultivo, ni los organismos asesores establecidos en el Acuerdo, pueden interpretar en un caso concreto las disposiciones que hacen parte del ordenamiento jurídico del Acuerdo.

1.1.2. El TJAC tiene un cuasimonopolio para la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo.

Como veremos en detalle, más adelante, el TJAC tiene un cuasimonopolio de interpretación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, con excepción de los casos en que la providencia tomada por el juez interno es susceptible de recursos.

Refiriéndonos exclusivamente al Derecho colombiano, podríamos decir que los jueces internos carecen de competencia para interpretar las normas jurídicas del ordenamiento del Acuerdo:

- Cuando se trata de procesos que conocen en última instancia, esto es cuando la legislación procesal colombiana no establece recurso para volver a decidir sobre el fondo de la controversia, como sucede con las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia al resolver un recurso de casación; o contra las sentencias expedidas por el Tribunal Superior (corte de apelación) como juez *ad quem*, o por los jueces del circuito, cuando actúan como juez *ad quem* al conocer de una sentencia dictada en primera instancia por los jueces municipales.

- Cuando se trata de sentencias pronunciadas por la Corte, los tribunales y jueces mencionados en el párrafo anterior en procesos de única instancia.

La situación puede, a primera vista, parecer paradójica, pues los jueces internos de mayor categoría no pueden interpretar el Derecho comunitario, mientras que sí lo pueden hacer los de inferior categoría, que se supone tienen menos versación en la ciencia jurídica; pero como lo advierte CATALANO, en relación con el Derecho comunitario europeo, es el resultado de un compromiso de redacción «pero tiende de todos modos a asegurar en sus aspectos más importantes la uniformidad de la interpretación del tratado, puesto que en realidad la interpretación de las jurisdicciones superiores es la que *sienta jurisprudencia*. Por consiguiente, el hecho de parte de una jurisdicción inferior, de no hacer uso del procedimiento previsto por el artículo 177, no crea perturbaciones graves a los fines de la interpretación del tratado, mientras que la manifiesta incompetencia de las jurisdicciones superiores para proceder, tanto a demanda (sic -debe leerse «solicitud», para evitar equívocos agregamos nosotros-) de las partes como de oficio, a la interpretación del tratado permite asegurar -en sus aspectos esenciales- la unidad jurisdiccional...»⁵.

En resumen, podemos sostener que los jueces nacionales, considerados en su conjunto, son incompetentes para conocer de la interpretación de las normas jurídicas del Acuerdo, competencia que está reservada al TJAC, lo cual equivale a decir que el juez interno que conoce del proceso en última instancia (incluyendo a la corte de casación, así el recurso no se califique como instancia) o en única instancia no puede interpretar las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo.

1.1.3. El mecanismo de la interpretación prejudicial.

Como cualquier cuestión incidental, la interpretación prejudicial supone la existencia de un proceso principal. Si nos atenemos al texto mismo del Tratado, así como a los antecedentes remotos de lo que se

5. CATALANO, Nicola. Manual de Derecho de las Comunidades Europeas. Traducción española de Marino Ayerra, Buenos Aires, Intal/Bid, 1966, p.116. Consideramos que «demanda», puede indicar petición con que se inicia un proceso y por tal razón hemos colocado un sic y la aclaración correspondiente.

entiende en el procedimiento francés por cuestión prejudicial, debe concluirse que una cuestión prejudicial no es la respuesta académica a un asunto, sino que se requiere de la existencia de un litigio, en donde debe surgir una duda razonable sobre la necesidad de resolver el conflicto planteado ante un juez, mediante la utilización de una norma del ordenamiento jurídico del Acuerdo.

El TJAC, ha tenido oportunidad de señalar en relación con el punto a que nos venimos refiriendo lo siguiente:

«Del texto mismo de las normas comunitarias se infiere de manera inequívoca, que la consulta prejudicial es un dispositivo jurisdiccional, y que tiene por tanto una finalidad eminentemente práctica o sea de aplicación a casos concretos. No es un simple pronunciamiento teórico o doctrinario. A este respecto, afirmó este Tribunal en providencia del pasado 25 de abril que: ...evidentemente las providencias que en esta materia dicte el Tribunal no están destinadas simplemente a absolver consultas o esclarecer los alcances de las normas comunitarias de modo general, por el contrario, tales pronunciamientos están destinados a resolver controversias jurídicas concretas sometidas a la decisión de jueces nacionales, en los términos del artículo 29 del tratado...»⁶.

1.2. La interpretación prejudicial como mecanismo de colaboración.

Tanto en el Derecho de las comunidades europeas, como en el Derecho andino, se estableció que el juez interno de cada uno de los Estados Miembros, debe ser el juez que resuelva todos los conflictos surgidos en el respectivo País Miembro en donde está de por medio una norma de Derecho comunitario, ya sea que se origine en un problema surgido entre dos justiciables o ya sea uno que se presente entre un justiciable y el respectivo Estado⁷.

Así, por ejemplo, si la oficina encargada de la propiedad industrial, con fundamento en lo dispuesto en la Decisión 85 rechaza una solicitud de patente, el particular, una vez interpuestos los recursos establecidos en la ley interna y una vez resueltos en forma negativa para el solicitante de la patente, puede acudir a los tribunales del respectivo país miembro,

para que se determine si la Administración actuó conforme a las atribuciones otorgadas por la legislación comunitaria.

La jurisdicción y la competencia del juez la determina la ley interna, correspondiendo en Colombia al Consejo de Estado que es la cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa y que juzga en única instancia la legalidad de la resolución tomada por la Administración del orden nacional.

Contra lo resuelto por el juez interno, tanto en el Derecho comunitario europeo como en el Derecho andino, no se establecieron recursos jerárquicos ante la Corte de las Comunidades Europeas y el TJAC, a la manera de la casación o la anulación de las sentencias, que establece la legislación de algunos Estados v. gr. Francia, Alemania y Colombia. Por el contrario, se acudió a un mecanismo **sui generis** consistente en la interpretación prejudicial.

Tal como lo reconoció la Corte de las Comunidades Europeas, en la sentencia **Scherwase** «el recurso de interpretación prejudicial establece relaciones de cooperación y no de subordinación, entre las jurisdicciones nacionales y la Corte de justicia, pero la Corte y las jurisdicciones nacionales están llamadas a cooperar en la puesta en práctica del Derecho comunitario. La Corte no puede reformar o anular la decisión de la jurisdicción nacional; ella es sólo competente en la medida que la jurisdicción nacional le solicita pronunciarse...»⁸. La anterior afirmación es, desde luego, aplicable al Derecho comunitario andino.

Establecer el recurso de interpretación prejudicial en manera alguna constituye una sumisión del juez interno al juez comunitario, toda vez que se trata de un mecanismo de colaboración muy ingenioso, por cierto, consistente en una actuación compartida entre el TJAC y el juez interno, correspondiendo al primero interpretar el Derecho comunitario andino, quedando encargado el segundo de interpretar y aplicar el Derecho nacional a los hechos y de aplicar el Derecho comunitario, en la forma como ha sido interpretado por el TJAC.

Como acertadamente lo ha señalado el TJAC:

«Se ha establecido así un sistema de división de

6. TJAC. Auto de 15 de mayo de 1989. G.O. 7 de junio de 1989, p. 24.

7. La técnica empleada por el Tratado, coincide con la existente en la doctrina referente al Derecho comunitario europeo:

«... las jurisdicciones nacionales tienen competencia general en materia de aplicación del Derecho comunitario, pero tal competencia se condiciona a que la interpretación de las normas y actos comunitarios se remitan con carácter previo a la decisión, al juicio del Tribunal de Justicia...» (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio Analítico de los recursos. En Tratado de Derecho comunitario europeo; estudio sistemático desde el Derecho español. v.1., Madrid, Civitas, 1986, p. 661).

8. MEGRET. J. et alli. Le droit de la communauté économique européenne. v. 10. Bruxelles. Université de Bruxelles. 1983, p. 186.

trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que le atribuye el Derecho comunitario, y por supuesto, las del Derecho interno en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos, y absteniéndose de interpretar el Derecho nacional o interno (art. 30 del Tratado), para no interferir con la tarea que es de exclusiva competencia del juez nacional»⁹.

El mecanismo de la interpretación prejudicial descansa sobre una base, por demás frágil, consistente en la diferencia entre interpretar la ley y aplicar la misma, que reconoce cierto sector de la doctrina. Así por ejemplo, Víctor PESCIO, anota: «El objeto de la interpretación (de la ley -aclaramos nosotros-) es fijar y determinar su sentido; el objeto de la aplicación de la ley, es adaptar sus soluciones generales a los hechos concretos y precisar su alcance»¹⁰.

Será imposible lograr los fines y propósitos perseguidos con la interpretación prejudicial, si el juez comunitario o el juez interno invaden el campo que se le atribuye a cada uno en el Tratado y al cual nos hemos referido.

La ausencia de subordinación entre el TJAC y los jueces naturales, no afecta para nada el principio de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, más aún facilita la aplicación de este principio porque los jueces nacionales deben respetar en su decisión el sentido dado a la norma comunitaria en la sentencia prejudicial.

2. ALCANCE DE LA EXPRESION INTERPRETACION PREJUDICIAL.

Los vocablos *interpretación prejudicial*¹¹ deben entenderse como un todo unitario, tal como se acostumbra en varias ramas del Derecho. Así por ejemplo cuando se habla de letra de cambio no se requiere que exista un cambio trayecticio, y cuando se hace referencia a competencia desleal no es indispensable que se esté frente a un acto doloso, sino que se trate de una actuación contraria a las buenas costumbres, a la buena fe objetiva o la corrección profesional.

Tratar de examinar aisladamente y en datalle los dos elementos: interpretación por una parte, y por la otra prejudicial, conduce la mayoría de las veces a equivocaciones, las cuales aumentan cuando se quiere comparar las palabras con ciertas instituciones propias del Derecho de uno de los países miembros.¹²

Nos parece una mejor manera de proceder, entender la interpretación prejudicial como un procedimiento incidental adelantado entre jueces, en donde no hay demanda ni partes, mediante el cual se logra la aplicación uniforme del Derecho comunitario andino. No obstante, examinaremos brevemente qué se entiende por *interpretación* y qué por *prejudicial*.

2.1. Alcance del vocablo interpretación.

Para la mejor comprensión de la facultad conferida al TJAC, conviene precisar el alcance de los vocablos «interpretación» y «prejudicial» que figuran en varios artículos del Tratado.

2.1.1. Noción de interpretación.

En sentido amplio podemos señalar siguiendo a Emilio BETTI, que la interpretación es la «acción que tiene por objeto el entender».¹³

Si se quiere un concepto más específico, podemos considerar que «interpretar es desentrañar el

9. TJAC. Proceso No. 1-IP-87. G. O. 02/15/88.

10. PESCIO, Víctor. Manual de Derecho civil. vol. 1, reimpresión Santiago, Jurídica de Chile, 1978, pág. 258.

11. Las palabras *interpretación prejudicial*, son engañosas, tal como lo sostienen BROWN Y JACOBS «La decisión (de pedir la interpretación prejudicial -aclaramos nosotros-) es solicitada y dada, no antes que el caso llegue al juez nacional, sino durante el curso del procedimiento delante de ellos. Se trata de una decisión interlocutoria, un paso dentro del procedimiento que se adelanta ante el juez nacional...» (BROWN L., Neville and JACOBS, Francis G. The Court of justice of the european communities. 2.e., London, Sweet & Maxwell, 1983, p. 152).

Un estudio de los antecedentes franceses sobre la interpretación prejudicial, evita los equívocos que se pueden presentar con una escueta consideración sobre las palabras aisladas. Desgraciadamente este esfuerzo no se hace frecuentemente en la jurisprudencia y doctrina de nuestros países y pese a ello, consideramos procedente, en esta ocasión, no profundizar sobre el tema.

12. El Consejo de Estado colombiano en dos providencias incurrió en esta clase de errores. En la primera ocasión se negó a pedir la interpretación prejudicial, una vez que se había citado para sentencia, por considerar que había caducado la oportunidad, pues no habían ya incidentes, aclarando que el concepto prejudicial establecido en el Tratado no cabía dentro de lo que por tal se entiende en el Derecho colombiano. En otra ocasión, se consideró que por tratarse de falta de aplicación de la norma comunitaria, no se estaba frente a un problema de interpretación, por lo cual no era necesario solicitar la interpretación al TJAC.

13. BETTI, Emilio, Interpretación de la ley de los actos jurídicos, trad. de José Luis de los Mosos, Madrid, EDERSA, 1975, pág. 71.

sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones para descubrir lo que significan. La expresión es el conjunto de signos; por ello tienen significación.»¹⁴

La expresión sujeta a interpretación puede ser de cualquier clase; desde la que encontramos ridícula como la lectura del tabaco, la muy antigua de los sueños, la de los textos de las Sagradas Escrituras, y la de las normas de conducta, una de cuyas especies es la norma jurídica.

Cuando se trata de interpretaciones jurídicas, se busca un conocimiento correcto de la norma jurídica con el fin de aplicarlo. Por eso se ha dicho que la norma existe en cuanto ha sido interpretada, pero en últimas, resulta que la norma sólo existe en cuanto se expresa lingüísticamente con un significado al cual se le atribuye plena validez jurídica en un caso concreto.¹⁵

2.1.2. Interpretación y aplicación de la norma jurídica.

El mecanismo de la interpretación prejudicial, descansa sobre un concepto muy frágil, la distinción entre interpretación por una parte, y, aplicación de la norma jurídica por la otra, proceso que se realiza normalmente en forma simultánea al dictar una sentencia. La interpretación judicial difiere de la que se da en los libros de Derecho (interpretación por vía de doctrina), pues ésta no tiene en cuenta hechos.

Por lo general, en las sentencias de los tribunales nacionales, el proceso de la solución de los conflictos a ellos sometidos o la declaración voluntaria que se le ha pedido dictar, implica una labor mental del mismo juez en la que se entremezclan la interpretación y aplicación de la ley.

Desde luego, es posible imaginar sistemas en que las funciones de interpretar la norma, con el alcance que les da **Pescio**, y la función de aplicar el Derecho, están encomendadas a dos personas distintas, pues como lo anota **Fernando URIBE RESTREPO**, actual magistrado del TJAC, «No constituye ninguna anomalía el hecho que, en determinadas ocasiones y por razones especiales, deba un juez valorar o interpretar

la ley aplicable a un caso, pese a que su aplicación en concreto corresponda a otro juez...»¹⁶.

El caso más conocido en que ocurre la situación descrita, se presenta cuando la Corte de Casación Francesa casa una sentencia, pues a continuación reenvía a un tribunal de apelación diferente al que dictó la sentencia, para que el Tribunal proceda a reemplazar tal sentencia de instancia, aplicando la norma en el sentido que ha determinado la sentencia de casación que nunca ha tenido en cuenta los hechos del litigio para dictar tal sentencia¹⁷.

El sistema italiano para determinar si una ley se ajusta a la Constitución implica una clara diferencia de las dos etapas. La Corte Constitucional italiana debe pronunciarse sobre el punto de si una norma legal, que se considera contraria a la Constitución, en la realidad tiene ese carácter; y el juez de conocimiento deberá, ateniéndose a la interpretación dada por la Corte Constitucional, aplicar la norma al caso concreto.

Igualmente, se presenta el supuesto analizado cuando el juez francés de la jurisdicción ordinaria (*jurisdiction judiciaire*) debe resolver sobre los actos administrativos individuales. Se hace necesario, como cuestión prejudicial, el envío de los antecedentes para que se interprete el acto administrativo, por los tribunales administrativos. También se da en algunos casos el supuesto contrario, esto es, que el juez administrativo deba enviar al juez de la jurisdicción ordinaria los antecedentes, para que éste haga la interpretación de algún punto de Derecho privado, como lo sería el determinar si una vía es de uso público¹⁸.

Interpretar prejudicialmente las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, será, pues, expresar con un sentido lingüístico válido, el alcance de las normas que se deban aplicar a un caso concreto que debe solucionar uno de los jueces nacionales, función que le encomienda el Tratado al TJAC.

La interpretación que hace el TJAC de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, no es hecha por el autor de las normas, por lo cual no puede

14. **GARCIA MAYNEZ, Eduardo**. Introducción al Derecho, México, Porrúa, 1965, pág. 325.

15. En este sentido puede consultarse. **PARESCHE, Enrico**. Interpretazione. In Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè. v. 22, p. 175 et ss.

16. **URIBE-RESTREPO, Fernando**. El Derecho de la integración en el Grupo Andino. Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. 1990, p. 184.

17. Para mayor información sobre el recurso de casación francesa, además de la clásica obra de **CALAMANDREI**, de la cual hay numerosas traducciones inclusive al español, puede consultarse **BORE, Jacques**. La cassation en matière civile. París, Sirey, 1980.

18. Sobre el punto consúltese **DEBBASCH, Charles**. Contentieux Administratif, Paris, Dalloz, 1975, págs. 114 a 120 y 811 a 812.

calificarse de interpretación auténtica. A nuestro modo de ver, es un claro ejemplo de interpretación judicial, pues el TJAC es un órgano jurisdiccional como claramente anotan los Estados contratantes en el preámbulo del Tratado: «seguros de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y los derechos y obligaciones que de él se derivan, deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena...»

El TJAC ha considerado que el valor de la sentencia sólo se refiere al caso interpretado, y al respecto ha dicho: «Además debe tenerse en cuenta que la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario rige tan sólo para el caso objeto de la consulta, y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos...»¹⁹.

2.1.3. Noción de prejudicial.

La expresión prejudicial ha sido analizada con detalle por los estudiosos del Derecho procesal, y nosotros, de acuerdo con el tratadista colombiano **Hernando DEVIS ECHANDIA**, consideramos que la noción procesal de prejudicialidad existe «cuando se trate de una cuestión sustancial pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, (o en incidente separado -agregamos nosotros-) ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre lo que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta que aquella decisión se produzca y sin que sea necesario que la ley lo ordene»²⁰.

Esta noción, con sus correspondientes ajustes, la consideramos aplicable en el caso analizado. Por tanto, consideramos que la interpretación prejudicial será aquella que los jueces nacionales deben obtener del TJAC para determinar el contenido y el alcance de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, interpretación que necesariamente el juez nacional debe seguir en el momento de decidir el conflicto de intereses o la declaración voluntaria en el respectivo proceso.

En los párrafos siguientes tendremos oportunidad de referirnos al alcance de la definición que sugerimos,

previas algunas precisiones que anota el Dr. **Fernando URIBE RESTREPO**:

«La acción prejudicial en el Derecho comunitario andino se ajusta con precisión a estas definiciones (las del concepto prejudicial -aclaramos nosotros-). De ellas conviene destacar varios elementos que vienen a configurar esta competencia especial atribuida al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En primer lugar, el carácter obligatorio o necesario de la decisión previa, para que pueda dictarse sentencia en el proceso de que se trate. En segundo lugar, el carácter sustancial o determinante de la decisión, la cual, aunque de ningún modo equivale a la providencia de fondo, ha de servirle a ésta de fundamento determinante. Finalmente, como simple corolario de lo anterior, que el proceso debe suspenderse, necesariamente, en estado de dictar sentencia, ya que sólo puede decidirse con apoyo en el pronunciamiento prejudicial.»²¹

Por jurisdicción debemos entender «la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial»²².

La función de administrar justicia se cumple por los jueces y magistrados, quienes ejercen funciones diferentes de la Administración. Para los efectos del Tratado la legislación interna de cada uno de los países miembros que determina si un funcionario determinado puede incluirse dentro de la jurisdicción, o si por el contrario hace parte de la Administración, no es absolutamente determinante. Por encima de ella existe un concepto comunitario de lo que debe entenderse por juez que, desde luego, será más funcional que orgánico. Si aplicando el concepto comunitario se trata de un funcionario administrativo, no podrá solicitar al TJAC la interpretación prejudicial de las normas que hacen parte del ordenamiento jurídico del Acuerdo, así tengan que aplicar dichas normas, como sucede por lo general con la División de Propiedad Industrial en relación con la Decisión 85.

Se han suscitado dudas sobre si algunos casos quedan comprendidos dentro de la palabra juez, y en particular se mencionan: los jueces penales, la Corte Constitucional, los casos en que se resuelve en un procedimiento de urgencia (référé) y los arbitramentos.

La jurisprudencia y doctrina europeas, aplicable al caso andino, presenta una solución prácticamente

19. TJAC. Sentencia de 3 de diciembre de 1987 (Proceso No. 1-IP-87) G.O. de 15 de febrero de 1988, p. 3.17.

20. **DEVIS ECHANDIA, Hernando**. Compendio de Derecho procesal, t.1, Teoría general del proceso, 6.ª., Bogotá, ABC, 1978, pág. 476.

21. **URIBE RESTREPO, Fernando**. o.c.p. 185.

22. **DEVIS ECHANDIA, Hernando**. o.c.p. 23.

uniforme en el sentido que los jueces penales, la Corte Constitucional y los tribunales que actúan en un procedimiento de urgencia deben solicitar la interpretación prejudicial²³.

Cuando se trata de conflictos sometidos a solución mediante tribunales de arbitramento, se presenta la duda de si se requiere o no la interpretación prejudicial. En nuestros anteriores trabajos, habíamos sostenido, con base en disposiciones internas (hoy modificadas) que los árbitros no se podían equiparar a los jueces. Sin tener que acudir a las disposiciones colombianas, manera errónea de proceder, puesto que los conceptos hacen parte del Derecho comunitario y son independientes de la ley interna de cada uno de los Países Miembros, consideramos que de no equipararse los árbitros a los jueces, las partes podrían mediante un acuerdo en el que decidan someter el conflicto a árbitros, evitar el procedimiento de *orden público* establecido en el Tratado, conforme el cual corresponde al TJAC interpretar el Derecho comunitario y a los jueces nacionales aplicarlo al caso concreto.²⁴

2.1.4. Normas sujetas a la Interpretación prejudicial.

De acuerdo con lo previsto en los arts. 29 y 30 del Tratado que crea el TJAC, los jueces deben pedir la interpretación prejudicial de las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo. Sobre el contenido y el alcance de ellas, deberá pronunciarse el TJAC, quedando sus facultades limitadas a «precisar el contenido y el alcance» de dichas normas, con la aclaración que, según las voces del art. 31 del Tratado «El Tribunal no podrá interpretar el contenido y los alcances del Derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso... El juez que conozca del proceso deberá adoptar la interpretación del Tribunal».

Están, pues, sujetas a interpretación prejudicial todas las normas que forman el ordenamiento jurídico

del Acuerdo, esto es, el Acuerdo, sus protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado que crea el TJAC, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta.

A nuestro entender, la regla anterior no tiene excepción puesto que, así se trate de un texto claro²⁵, hay necesidad de interpretarlo, como se deduce de lo dicho por nuestra Corte Suprema de Justicia: «Aún suponiendo leyes perfectas, siempre existirá la necesidad de interpretarlas porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran: sólo le es posible dar reglas generales; lo que requiere la interpretación de éstas para resolver los diferentes casos particulares que puedan presentarse en la práctica...»²⁶

Para dar un solo ejemplo del contrasentido que implica la existencia del llamado acto claro, baste señalar lo previsto en el art. 655 del Código de Comercio colombiano, que en último aparte establece: «El endoso parcial se tendrá por no escrito».

La ley francesa, al igual que otras legislaciones, en el art. 117 inciso 5 del Código de Comercio señala que el endoso parcial es nulo. Basta la norma clara para interpretar acertadamente la norma? No lo creemos, puesto que la interpretación deberá determinar qué se entiende por endoso parcial²⁷.

Tampoco, podrá aducirse para sostener que no hay que acudir a la interpretación prejudicial, el hecho que la norma haya sido incorporada en la legislación nacional, como sucedió con el decreto 1190 de 1978 del gobierno colombiano, que incorporó la Decisión 85 a la legislación nacional, pues el acto del Estado colombiano es sólo un requisito relacionado con la vigencia de la norma en Colombia, sin que por ello deje de hacer parte del ordenamiento jurídico del Acuerdo y sin que pierda su calidad de norma del Derecho de la integración, como acertadamente lo sostiene entre nosotros Camilo González²⁸.

23. Puede consultarse MEGRET et alii o.c. ps 200 a 206.

24. Ibídem p. 202. Donde se exponen los argumentos en favor de la posición que hoy adoptamos. En la doctrina colombiana, nuestra posición coincide con la expuesta por el profesor Hernando MORALES MOLINA. (Comentario al Tratado sobre el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En Estudios de Derecho. Ediciones Rosaristas, Bogotá. 1982, p.446).

25. El problema del texto claro ha dado lugar a grandes discusiones en el Derecho comunitario europeo, habiéndose impuesto a la larga la opinión que cuando el texto es claro no se requiere solicitar la interpretación prejudicial a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. Muchos argumentos existen para estar en desacuerdo con esta opinión. Mencionaremos solamente dos: la razón para eliminar la obligación de interpretar el texto claro, se basa en demasiado trabajo que tendría la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, la cual no sería valedera en el Derecho andino. Por otra parte, en un todo de acuerdo con la opinión del profesor colombiano Hernando MORALES MOLINA, pensamos, que acudir al TJAC «No depende de que el juez nacional considere que la norma no requiere interpretación, pues quien la aplica conforme a su texto está acogiendo el sistema de interpretación literal que como cualquier otro corre a cargo del Tribunal del Acuerdo.» (Ibídem, p. 446).

26. Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 de julio de 1947, citada por ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil, Bogotá, Temis, 1971, p.64.

27. Consúltase sobre el significado de endoso parcial, Com. 5 mars, 1956, J.C.P. 2956, II, 9369, con nota de Roblot.

28. GONZALEZ, Camilo. Un caso de relación entre el Derecho Andino y la legislación nacional; aplicabilidad del artículo 45 de la Decisión 24, Boletín de la Superintendencia de Sociedades # (2), Bogotá: 3 oct. 1981, dice: «La norma extraña no se inserta en el ordenamiento jurídico interno, no se transforma en Derecho interno a causa de la incorporación formal. El

Aún en el caso que pudiera considerarse que el acto de incorporación en la legislación nacional convierte la norma en un acto complejo de Derecho internacional y Derecho nacional, habría también que solicitar la interpretación prejudicial, puesto que la norma así esté formada por un acto complejo sigue haciendo parte del ordenamiento jurídico del Acuerdo, y no por ello se puede decir que la norma se ha colombianizado y mucho menos que haya entrado a formar parte del ordenamiento jurídico colombiano desligándose del ordenamiento jurídico del Acuerdo, como lo sostiene entre nosotros, por razones de orden práctico, el Dr. **Guillermo CHAHIN LIZCANO**²⁹.

Hay que aclarar que las Decisiones no necesitan de incorporación, a menos que tal requisito aparezca expresamente consignado en la respectiva Decisión, tal como se señala en el art. 3°. del Tratado al disponer que las Decisiones son directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta del Acuerdo, y sólo cuando el texto de una determinada Decisión requiera la incorporación, no entrará la norma a formar parte del ordenamiento jurídico del Acuerdo hasta tanto no se incorpore al ordenamiento de cada País Miembro, mediante un acto de Derecho interno, puesto que mientras no se produzca dicho acto la norma no entra en vigencia en el País Miembro.

No existe, pues, un problema que haya quedado sin resolver, según lo considera el Dr. **CHAHIN LIZCANO**³⁰, en cuanto a si el juez nacional puede aplicar normas del Derecho andino que no hayan sido incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, puesto que, si la decisión no señala expresamente que requiere incorporación, la norma será directamente aplicable en los Países Miembros, y si se requiere incorporación, la norma no será aplicable en los Países Miembros mientras no se produzca el acto de Derecho interno que la incorpore.

Finalmente, de acuerdo con la opinión sostenida por el TJAC, que nosotros compartimos, sigue siendo deber de los jueces nacionales, pedir la interpretación

prejudicial de las normas que ya han sido objeto de interpretación por parte del TJAC (acto aclarado).

De lo dispuesto en el ordenamiento jurídico del Acuerdo no se deduce que tal interpretación haya de seguirse en los demás casos en que se controvierta el mismo problema, esto es, no constituye un precedente obligatorio, por lo cual necesariamente debe ubicarse dentro de la interpretación por vía judicial, tal como ya lo habíamos manifestado en este trabajo.

Si los Países Miembros del Acuerdo consideraron conveniente, que muchos aspectos de la vida cotidiana se regularan por normas del Derecho comunitario andino y que dichas normas se aplicaran en forma uniforme en todos los Países Miembros, para lograrlo se requiere la interpretación prejudicial, en la forma que se ha previsto en el Tratado, pues como lo anota **PUIG BRUTAU** « lo necesario no estriba en dictar leyes uniformes, sino en lograr que los juristas puedan consaber, es decir, participar por igual en las mismas concepciones fundamentales »³¹.

Y para ser partícipe de unos mismos criterios, se hace necesario disponer de la interpretación prejudicial, puesto que sólo en esta forma se garantiza una unidad del Derecho en todos los Países Miembros, unidad que se vería afectada si se dejara al juez nacional interpretar la norma teniendo en cuenta las particulares enseñanzas que ha recibido, que necesariamente conducirán a diferentes maneras de entender el alcance del ordenamiento jurídico del Acuerdo.

La interpretación prejudicial prevista en el Tratado no atenta contra la independencia del juez nacional, puesto que conserva todos los poderes para aplicar la norma jurídica del ordenamiento jurídico del Acuerdo - pues el TJAC no se pronuncia sobre hechos- pudiendo también, el juez nacional, interpretar y aplicar la ley interna³², siendo soberano pues contra lo que él decida no hay recursos ante el TJAC.

3. MODALIDADES EN LA SOLICITUD DE INTERPRETACION HECHA POR EL JUEZ NACIONAL.

fenómeno de incorporación ocurre realmente en el ámbito espacial reservado de ordinario a la aplicación del ordenamiento jurídico interno, se ve así ocurrido con otro ordenamiento coexistente de origen extraño, aplicable a aquellas materias que se ha delegado o transferido a su regulación; como resultado coexisten dos ordenamientos, correspondientes a dos competencias legislativas, dentro de un mismo ámbito territorial. Así sucede claramente con la aplicación del Derecho canónico a ciertas materias, las cuales quedan excluidas de la aplicación del Derecho nacional». A igual solución llegó el TJAC en varios casos.

29. **CHAHIN LIZCANO, Guillermo**. El Tribunal Andino de Justicia. La crisis de la teoría de la Supranacionalidad en América Latina, Examen, N° 1, Bogotá, p.89, sin fecha (1984 ?).

30. **CHAHIN LIZCANO**, ibidem, p.115.

31. **PUIG BRUTAU, José**, Estudios de Derecho Comparado, Barcelona, Ariel, 1951, pág.24.

32. Sobre el concepto de soberanía puede consultarse **URIBE RESTREPO, Fernando**. o.c. ps. 46 a 49. Vale la pena destacar que para el autor que acabamos de citar, el concepto de soberanía ha variado. La noción existente en el siglo XIX ha sido modificada. Hoy en día, el concepto es funcional y entendido en este sentido, la idea es conciliable con el Derecho comunitario. Nosotros compartimos plenamente la anterior idea, la cual habíamos esbozado en algunos trabajos anteriores.

En un modo similar a lo previsto en el art. 177 del Tratado de Roma que crea la Comunidad Económica Europea, el Tratado distingue dos casos según la providencia en que sea necesario aplicar el ordenamiento jurídico del Acuerdo, sea o no susceptible de recursos conforme al Derecho interno del País Miembro de que se trate.

Cuando la providencia es susceptible de recursos conforme al Derecho interno, el juez nacional podrá solicitar la interpretación prejudicial al TJAC. No obstante, si no ha recibido la interpretación en el momento de dictar sentencia, deberá proceder a fallar el proceso sin que sea necesario esperar a recibir la interpretación prejudicial.

La palabra *recurso* empleada en la norma, debe, como cualquier palabra que figure en una disposición legal, interpretarse; y para nosotros no basta que exista un recurso sino que se requiere que ese recurso esté directamente relacionado con la aplicación correcta o incorrecta de la norma que hace parte del ordenamiento jurídico andino.³³

Por tanto, consideramos que el recurso de revisión en el procedimiento civil, en los casos de las causales mencionadas en los arts. 380 del CPC y 188 del CCA, que se relacionan con aspectos tales como sentencias penales en contra de testigos, peritos, colusión, o indebida representación de una de las partes, no puede considerarse un recurso para los efectos de la norma comentada.

En materia civil, penal, laboral, la interpretación prejudicial es facultativa cuando contra la sentencia caben el recurso de apelación y el extraordinario de casación; igualmente pensamos, que en materia contencioso-administrativa la interpretación es facultativa cuando contra la sentencia cabe el recurso de apelación.³⁴

Compartimos los planteamientos del doctor **Francisco Eladio GOMEZ MEJIA**, quien refiriéndose a las providencias de la Sala Primera del Consejo de Estado de 11 de diciembre de 1984 (expediente núm. 4010) y de febrero 8 de 1985 (expediente núm. 4293) señala:

«La consagración de los otros dos recursos que se mencionan en las providencias del Consejo, los de revisión y súplica extraordinaria, no servirían para justificar el carácter facultativo, en tales casos, del aludido mecanismo de interpretación prejudicial, pues

en su eventual trámite, propiamente hablando, no desempeñarían papel las normas de derecho sustancial. En el primero, el de revisión, las causales se refieren a pruebas falsas o adulteradas, a desconocimiento de la cosa juzgada, a nulidades procesales, etc. El segundo, el recurso de súplica extraordinaria, por su parte, procede cuando alguna de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dicta providencia contraria a la jurisprudencia de dicha corporación, sin haber sometido el cambio de la jurisprudencia a la Sala Plena. En el trámite de estos recursos no hay, pues, campo para la referida interpretación prejudicial.»³⁵

Cuando la providencia no es susceptible de recursos en el Derecho interno (por ser de única instancia o por avocar el juez el proceso en ejercicio del último recurso previsto en la legislación interna que tenga que ver con la aplicación del Derecho comunitario, casación o apelación en nuestro derecho); o cuando la sentencia la dicta la Corte Suprema de Justicia actuando como tribunal constitucional, la interpretación prejudicial será siempre obligatoria, porque contra la providencia no caben recursos de ninguna índole. El juez nacional, en estos casos *deberá obligatoriamente solicitar la interpretación*, y mientras no reciba la interpretación prejudicial dada por el TJAC, deberá proceder a suspender el proceso.

3.1. Papel de las partes en la solicitud de la interpretación prejudicial.

Cuando la interpretación prejudicial es facultativa, las partes pueden pedirle al juez que se proceda a solicitar la interpretación, quedando al arbitrio de éste solicitarla o no. Cuando la interpretación es obligatoria, las partes podrán igualmente solicitarle al juez que proceda a pedir la interpretación prejudicial.

3.2. Oportunidad para pedir la interpretación prejudicial.

En nuestros anteriores trabajos sobre el tema, habíamos adherido a la opinión- mucho más correcta que la expuesta por el Consejo de Estado que consideraba la cuestión prejudicial como un aspecto *probatorio*- del Dr. Francisco Eladio GOMEZ MEJIA, quien afirma:

«En verdad, ni en el nuevo C.C.A. (decreto-ley 01 de 1984), ni en el tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, ni en el estatuto

33. En este sentido, para el Derecho europeo, puede consultarse MEGRET et alii, o.c.p. 211.

34. La anulación por violación directa de la Constitución o de la ley sustancial -casación sería más apropiado- prevista en el art. 197 del Código Contencioso Administrativo y a que se refiere la sentencia del TJAC N° 1 -IP-87, fue suprimida por el art. 1 del Decreto 597 de 1988.

35. GOMEZ MEJIA, Francisco Eladio. La interpretación prejudicial de las normas del Pacto Andino, En Síntesis Económica, marzo 25 de 1985, núm 452, Bogotá, pág 26. La posición adoptada por el doctor Francisco Eladio GOMEZ MEJIA, ha sido adoptada por el TJAC en dos sentencias sobre interpretación prejudicial.

del mismo Tribunal (Decisión 184 de agosto 19 de 1983), ni en su reglamento interno (de 9 de mayo de 1984), se regula la oportunidad y forma para que los particulares formulen ante la jurisdicción contenciosa administrativa la solicitud de interpretación prejudicial de ciertas normas por el Tribunal de Justicia del Acuerdo.

Ante esta falta de regulación, tal como lo manda el art.267 del C.C.A., se debe recurrir al Código de Procedimiento Civil. En este último estatuto las cuestiones prejudiciales pueden proponerse, en principio, en cualquier momento anterior a la ejecutoria del auto de citación para sentencia, si se trata de procesos ordinarios (art. 408), o antes que pase el expediente al despacho, para que se dicte sentencia, si se trata de procesos abreviados (art. 420) (y no únicamente en las oportunidades para solicitar pruebas, pues, además, no se trata de una prueba). En el título sobre suspensión del proceso por cuestiones prejudiciales, se prevé que tal suspensión sólo se decretará una vez que el negocio se encuentre en estado de dictar sentencia (art. 171), es decir, que la petición debe formularse antes que el negocio se encuentre en tal estado».³⁶

Hoy pensamos, que no se puede condicionar la solicitud de interpretación prejudicial a disposición alguna del Derecho interno, porque ello equivale a negar la preeminencia, preferencia o aplicación preferencial del Derecho comunitario que sencillamente consiste en reconocer su supremacía sobre el Derecho interno³⁷. El deber o la facultad, según fuere el caso, del juez interno para solicitar la interpretación prejudicial que el Derecho comunitario no limita en el tiempo, no se pueden afectar por disposición procesal alguna del Derecho interno. La falta de norma en Tratado significa que el juez interno dispone de absoluta discrecionalidad para determinar el momento en que pide la interpretación, discrecionalidad que no le puede limitar el Derecho interno. Con toda razón el TJAC de Cartagena ha sostenido que la solicitud de interpretación prejudicial se puede « hacer en cualquier estado y grado de la causa...»³⁸.

El juez no podrá negarse a solicitar la interpretación prejudicial, si tal interpretación tiene carácter de

obligatoria alegando que el proceso está en una etapa en donde ya es imposible solicitarla, y aduciendo para ello razones fundamentadas en los códigos procesales del Derecho interno. Desde luego, la petición no puede equipararse a la petición de pruebas, como erradamente lo ha considerado el Consejo de Estado en varias providencias, puesto que no se trata de «hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos y dudosos y darle la certeza de su modo preciso de ser»³⁹, sino de fijar el contenido y el alcance de derecho que hace parte del ordenamiento del Acuerdo aplicable al caso controvertido.

El TJAC, ha sostenido la misma tesis en varias providencias. Así por ejemplo dijo:

«Afirma la Consejero de Estado Ponente en el presente Proceso que 'Esta solicitud no tiene como causa la prueba peticionada por el señor Agente del Ministerio Público...' Este Tribunal ha tenido oportunidad de precisar en anteriores sentencias que la interpretación no puede en ningún caso asimilarse a una prueba. En efecto, el recurso prejudicial es un elemento de *juris* que el juez nacional debe tener en cuenta para dictar jurídicamente su sentencia y que, por lo mismo, es esencialmente distinto a la prueba, la cual se circunscribe por definición a lo fáctico del juicio o proceso que se trate y que es, en consecuencia, ajena a la competencia del juez comunitario cuando interpreta prejudicialmente.

3.3. Obligatoriedad de seguir la Interpretación prejudicial.

El juez nacional que conozca del proceso deberá seguir la interpretación dada por el TJAC a la norma del ordenamiento jurídico del Acuerdo cuya interpretación ha solicitado. El art. 28 del tratado que crea el TJAC, no hace distinción; y por tanto poco importa que el juez nacional haya solicitado la interpretación cuando su solicitud es meramente facultativa, o cuando la solicitud tiene el carácter de obligatoria.

Claro está, que en los casos en que la interpretación es facultativa, si en el momento de dictarse la sentencia no se dispone de interpretación prejudicial, el juez nacional tiene la facultad de interpretar y de

36. GOMEZ MEJIA, La interpretación prejudicial del Derecho andino en nuestro Código Contencioso Administrativo. En Revista de Derecho económico. Nos. 5/6 Bogotá, ps. 227 y 228, enero-junio de 1985. El TJAC, en repetidas ocasiones ha señalado que la interpretación prejudicial puede solicitarse en cualquier momento antes de dictar sentencia. En «La solicitud de interpretación prejudicial en consecuencia bien sea de oficio o a petición de parte, puede hacerse en cualquier estado y grado de la causa...» (Sentencia de 8 de febrero de 1991, Proceso N° 1-IP-91). La cita la hemos tomado de copia que reposa en el Consejo de Estado).

37. Nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1 de septiembre de 1988 reconoció la preeminencia del Derecho comunitario andino. El Consejo de Estado colombiano en varios casos también la ha aceptado.

38. TJAC. Sentencia de 3 de diciembre de 1987 (proceso N° 1-IP-87. G.O. 15? 02? 88. P. 3.12).

39. LESSONA, Carlos. Teoría general de la prueba en Derecho civil, vol. 1.t.1.trad. de Enrique Aguilera de Paz, Reus, Madrid,1957, pág.3.

aplicar la norma del ordenamiento jurídico del Acuerdo en la forma que considere más conveniente.

Por el contrario, cuando el juez nacional, sea juez **a quo o ad quem**, ha recibido la interpretación prejudicial, necesariamente debe fallar siguiendo la interpretación prejudicial dada por el TJAC. El juez nacional conserva la facultad de aplicar la norma del ordenamiento jurídico del Acuerdo a los hechos materia de la controversia.

Para ilustrar el caso pongamos un ejemplo: supongamos que se ha solicitado la interpretación prejudicial del ordinal c) del art.58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo que señala:

«No podran ser objeto de registro como marcas:...

c) Las denominaciones descriptivas o genéricas...»

Normas similares a la transcrita como la existente en la ley española de 1929 (hoy derogada), han suscitado un problema sobre su contenido y alcance:

¿Existen denominaciones genéricas en relación con cualquier clase de productos?

Al respecto se han presentado dos posiciones: «la genericidad de una denominación debe apreciarse a la vista de los productos o servicios con respecto a los cuales tal denominación quiere registrarse como marca... y una segunda línea... aspira a determinar la genericidad *in vacuum*: al margen de los correspondientes productos o servicios.»⁴⁰

En una controversia ante el Consejo de Estado, al decidir dicha entidad sobre si la palabra *oferta* era genérica para distinguir papel y objetos hechos de papel, optó por la segunda línea que se ha dejado enunciada y determinó el carácter genérico al margen de los respectivos productos.

Interpuesto el recurso de anulación (hoy suprimido en el Derecho procesal contencioso administrativo colombiano) contra la sentencia; la Sala Plena de lo contencioso administrativo solicitó la interpretación prejudicial al TJAC que en sentencia de 1 de octubre de 1989 (Proceso N° 2-IP-89) concluyó:

«1. La genericidad de una denominación, que impide que ella pueda ser objeto de registro como marca, de conformidad con el artículo 58 literal c) de la Decisión 85, debe ser estimada en su relación directa y concreta con el producto o servicio de que se trate, y no tan sólo desde el punto de vista gramatical.»⁴¹

El juez colombiano, Consejo de Estado para el caso citado, debe al decidir el recurso de anulación seguir la interpretación que le ha fijado el TJAC. Esto es tomando la posición que doctrinariamente ha considerado correcta la mayor parte de la doctrina: la genericidad debe apreciarse teniendo en cuenta los productos o servicios que se van a distinguir con la marca, sin que ello signifique algo incomprensible ni una renuncia inexplicable a los poderes de los jueces nacionales.

Debemos aclarar, que pese a habernos referido para explicar la obligatoriedad de la interpretación prejudicial a un supuesto en que existen dos maneras de entender la norma, maneras éstas que pueden llevar a un tribunal a cometer el vicio **in judicando** conocido como interpretación errónea, la interpretación prejudicial también debe pedirse por el juez nacional cuando se trata de determinar si una norma del ordenamiento jurídico del Acuerdo es aplicable o no para resolver el caso concreto, vicio **in judicando** conocido como falta de aplicación; o cuando el problema consiste en determinar si la norma comunitaria se aplicó incorrectamente para solucionar un caso concreto, vicio **in judicando**, conocido como aplicación indebida.

La interpretación prejudicial debe solicitarse cuando la cuestión prejudicial se relaciona con falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de una norma comunitaria, por lo cual resulta incorrecta la posición tomada recientemente por el Consejo de Estado colombiano, al no aceptar la petición del señor fiscal del Consejo de Estado de solicitar la interpretación prejudicial de varias disposiciones de la Decisión 85, argumentando que se trataba de un caso de falta de aplicación de una norma del ordenamiento jurídico del Acuerdo y no de un problema de hermenéutica. El argumento del Consejo de Estado olvida que de acuerdo con el artículo 28 del Tratado, el propósito de la interpretación prejudicial es el que el Derecho comunitario se aplique uniformemente en todos los Países Miembros y no el que no se cometan errores de interpretación en las sentencias dictadas por los jueces nacionales.

3.4. Incumplimiento del deber de solicitar la interpretación prejudicial en los casos en que es obligatoria.

Cuando el juez no solicita la interpretación prejudicial, en los casos en que es obligatoria, debe concluirse, como lo hace el Dr. **Luis Carlos SACHICA**, «que la negativa del juez a formular la consulta, en la segunda de las alternativas planteadas (cuando contra la sentencia no caben recursos conforme al Dere-

40. FERNANDEZ-NOVOA, Carlos. Fundamentos de Derecho de marcas. Madrid, 1984, p. 148-149, quien considera correcta la primera línea.

41. La cita está tomada de URIBE- RESTREPO, Fernando o.c.p. 204.

cho interno-señalamos nosotros-) configura un evidente incumplimiento, que genera la acción respectiva»⁴².

La acción respectiva mencionada por el doctor **SACHICA**, nos parece que es la acción de incumplimiento a que se refieren los arts. 23 a 27 del Tratado que crea el TJAC, y que puede ser adelantada por la Junta del Acuerdo (art. 23) o por cualquier País Miembro (art. 24), sin que la puedan intentar las partes que intervienen en el proceso, las cuales sólo tienen abierto el camino de acudir a los tribunales nacionales competentes de conformidad con las prescripciones del Derecho interno.

Debemos preguntarnos qué ocurre con la sentencia dictada por los jueces colombianos cuando debe pedirse la interpretación prejudicial y el juez nacional no la pide o no la tiene en cuenta en el momento de fallar.

A nuestro modo de ver, la sentencia dictada por el juez interno adolece de nulidad procesal por existir una causal de suspensión del proceso (arts. 140-5 del CPC y 165 del CCA), cuando estando el juez obligado a pedir la interpretación prejudicial por no ser la sentencia susceptible de recursos conforme al Derecho interno, no la solicita o falla antes de recibirla.

La forma de pedir la nulidad sería mediante el ejercicio del recurso de revisión o en la ejecución de la sentencia (art. 142 del CPC).

Lo que no tenía claro, es qué sucede cuando el juez nacional falla apartándose del contenido y el alcance de la norma del ordenamiento del Acuerdo fijada en la interpretación prejudicial.

Pongamos el caso: el juez nacional considera que el signo utilizado como marca es genérico sin tener en cuenta los productos o servicios que se van a distinguir, cuando la interpretación prejudicial afirma que el contenido y el alcance del art.58-c) de la Decisión 85 es el contrario, esto es, que para considerar la genericidad es necesario tener en cuenta los productos o servicios que se van a distinguir. En este supuesto no se produce nulidad de la sentencia ni existe recurso en el Derecho colombiano para lograr la modificación de la misma.

Las partes perjudicadas por la omisión o la rebeldía del juez interno podrían obtener indemnización de perjuicios causados por los funcionarios judiciales, bien ejerciendo la acción civil dentro del proceso penal por prevaricato por acción (art. 149 del CP) si

se tratare de resolución manifiestamente contraria a la ley; o bien por la vía civil, aduciendo que los magistrados o jueces les han causado perjuicios por haber obrado «con error inexcusable» (art. 40-3 del CPC).⁴³

Consideramos, que en este punto, como en algunos otros, muestra la insuficiencia de los códigos de procedimiento de los Países Miembros, se hace necesario una reforma que los adecúe a las situaciones nuevas que implica la existencia del Tratado, pues de esta manera se lograría el fin para el que se creó: La unificación del Derecho de la integración.

Los compromisos previstos en los pactos internacionales deben ser respetados por todos los justiciables de los Estados contratantes; y con mayor razón por los encargados de administrar justicia.

4. CONTENIDO DE LA INTERPRETACION PREJUDICIAL.

Cuando el juez nacional solicite la interpretación prejudicial, según lo previsto en el art. 61 de la Decisión 184, deberá dirigir una petición al TJAC, en la que se exprese:

- a) El nombre de instancia o tribunal nacional;
- b) La relación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo cuya interpretación se requiere;
- c) La identificación de la causa que origina la solicitud y un informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación, y
- d) El lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la notificación correspondiente.

Como lo ha repetido el TJAC en varias ocasiones, el procedimiento es sencillo, no obstante los jueces colombianos no lo han cumplido en numerosos casos en que han solicitado la interpretación prejudicial.

5. CONCLUSIONES

El mecanismo de interpretación prejudicial, como sucede casi siempre en Derecho, no es una institución perfecta.

En primer lugar, sólo puede funcionar bien en la medida en que las jurisdicciones nacionales estén dispuestas a colaborar, lo cual hasta el momento sólo se ha hecho en Colombia, pese a la tendencia, que ha mostrado recientemente el Consejo de Estado colombiano, de evitar la solicitud de interpretación prejudicial, cometiendo graves errores para sostener su posición.

42. **SACHICA, Luis Carlos.** El Ordenamiento Jurídico Andino y su Tribunal de Justicia. En Derecho Colombiano, N° 274. Bogotá; p.342, oct. 1954.

43. Mientras exista la teoría del Acto Claro a que ya nos hemos referido, en nuestra opinión, no podrá hablarse de resolución manifiestamente contraria a la ley ni habrá tampoco error inexcusable, cuando el juez no solicita la interpretación prejudicial.

En segundo lugar, el funcionamiento correcto del sistema, supone parte del TJAC la voluntad de respetar los poderes reservados a los jueces nacionales, toda vez que el Tratado le prohíbe pronunciarse sobre los hechos e interpretar el Derecho nacional. Si bien no podemos decir que el TJAC haya invadido claramente el campo reservado a los jueces nacionales, los abogados que han perdido los procesos debido a la interpretación prejudicial, se han convertido en corifeos de algunos jueces que consideran que se les ha desconocido la autonomía con la intervención del TJAC, lo cual ha reducido el número de casos en que se debería haber obtenido la interpretación prejudicial.

En tercer lugar, a pesar de sus imperfecciones, la aplicación uniforme del Derecho comunitario, descansa sobre el mecanismo de interpretación prejudicial, el cual es ignorado por numerosos jueces y abogados, ello lleva a que cada vez estemos más lejos de

lograr la aplicación uniforme del Derecho comunitario, fin perseguido por los Países Miembros al suscribir el Tratado.

En cuarto lugar, consideramos que se hace necesario un estudio profundo, con cabeza fría, por parte de jueces y abogados de los Países Miembros, para que desaparezca la ignorancia y la soberbia, de quienes se niegan a considerar que la interpretación prejudicial es la única salida jurídica de que disponen los justiciables de los Países Miembros, para que se les aplique el Derecho comunitario en los conflictos en que ello se requiera.

Este propósito sólo se logra si los estudiantes, futuros jueces y abogados se familiarizan con el mecanismo de la interpretación prejudicial, y estas líneas buscan interesarlos en el tema. Si nuestro propósito se logra nos consideramos satisfechos.

AGENCIA MARITIMA KONIKASA S.A.

Constitución 311 Callao 1-Perú Telf. 658283 P.O. Box 36
Telex 26090 PE KONIKASA Cable KONIKASA S.A. Callao Fax. 650983



La Decisión 313

Baldo Kresalja R.

Abogado. Profesor asociado de la PUC.

1. El Acuerdo de Cartagena se celebró en aquellos días no tan lejanos en los que -para los peruanos- aún era posible el optimismo. Bolivia, Colombia, Chile¹, Ecuador y el Perú creyeron en 1969 (y Venezuela desde 1973) que para promover su desarrollo equilibrado y armónico, establecer condiciones para un futuro mercado común latinoamericano y procurar el mejoramiento en el nivel de vida de sus nacionales era necesario un acuerdo de integración sub-regional -que se conoció como Pacto Andino- y, entre otras muchas medidas, armonizar políticas económicas y sociales y aproximar a las legislaciones nacionales en determinadas materias.

Para luchar por esa bella utopía y hacerla realidad, los países se comprometieron a aprovechar los resultados de los programas científicos y tecnológicos, fomentar la investigación, programar el desarrollo industrial, adoptar una política comercial común frente a terceros países, etc., teniendo como objetivo llegar a un régimen de planificación conjunta para el desarrollo integrado. Una de las herramientas para lograrlo fue el ordenamiento jurídico común, que dió lugar al Derecho Comunitario Andino, cuyas características son su autonomía, su prevalencia sobre el derecho interno, ser único para todos los países miembros, y de aplicación directa y uniforme², lográndose esto último mediante el mecanismo de la interpretación prejudicial que debe efectuar el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, con sede en la ciudad de Quito.

Ahora bien, una de las principales normas que deseaban aprobar los países era la referente a un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías, y así fue dispuesto en el artículo 27 del Acuerdo, que es la Constitución de la Comunidad Andina. Fue por la Decisión 24 que se adoptó ese régimen común, que sólo tuvo vigencia -aunque siempre parcial- en algunos de los Países Miembros. La Decisión 24 de 1971, entre otras materias, dió algunas pautas para la obligatoria aprobación de ciertos contratos de licencia y de transferencia de tecnología extranjera, y comprometió a la Comisión del Acuerdo -máximo órgano del mismo- a adoptar en un plazo perentorio que no se cumplió (6 meses), un reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial, obligando a los países a abstenerse de celebrar unilateralmente convenios en esa materia.

Es sólo en el contexto descrito más arriba que puede y debe entenderse, para apreciar sus méritos y certificar sus errores, la Decisión 85 "Reglamento para la aplicación de las normas sobre Propiedad Industrial", puesta en vigencia en nuestro país mediante el Decreto Ley 22532 del 15 de marzo de 1979. El término "reglamento" debe entenderse tal como se emplea en el Derecho Comunitario Europeo, es decir, como norma general y abstracta destinada a regular cualquier situación mencionada en otro texto legal, equivalente a ley en el derecho interno³.

1. El retiro de Chile en 1976 del Acuerdo de Cartagena no tiene mayor importancia para los fines que persigue este artículo. Si la puede tener, en cambio, el injustificado retiro temporal del Perú, medida adoptada con ausencia de perspectiva política y económica, que se ha formalizado mediante la Decisión 321 del 25 de agosto de 1992, y por la cual el Perú suspende sus obligaciones con respecto al Programa de Liberación y el Arancel Externo Mínimo Común hasta el 31 de diciembre de 1993. La Decisión 313 continúa -por ahora- vigente y tiene plena efectividad en nuestro derecho interno.
2. Sobre este punto Vid. Pachón, Manuel, *Propiedad Industrial y Derecho Comunitario Andino*, Ediciones Legales S.A., Bogotá 1990, pág. 39 y ss.
3. Ibid, pág. 29.

Y es también en ese mismo contexto que la Comisión debía pronunciarse sobre el tratamiento al sistema de producción y comercialización de tecnología, (y para ello contar con información económica y jurídica sobre la inversión extranjera y la transferencia de tecnología), y los países crear una oficina sub-regional de propiedad industrial que sirviera de enlace entre las oficinas nacionales, para asesorarlas en la aplicación de las normas comunes, etc.

2. La Decisión 85 fue una norma controvertida y hasta polémica, fruto de su tiempo, que acusa timidez e imprecisión en el tratamiento de algunas instituciones. Abarcó, en el campo de las creaciones industriales, a las patentes de invención y a los dibujos y modelos industriales y, en el terreno de los signos distintivos, a las marcas.

Fueron características acentuadas de su normatividad la eliminación de la altura inventiva, uno de los requisitos tradicionales para la patentabilidad de los inventos; la no protección a los inventos vinculados a productos farmacéuticos; el recorte de uno de los derechos tradicionales del titular de una patente, como es el de importar con exclusividad; el plazo corto de la concesión: 10 años; la exigencia, prácticamente imposible de cumplir, de explotar el invento casi al momento de la concesión del título; su ingenuidad en la efectividad de las disposiciones sobre la licencia obligatoria; la ausencia de acciones eficaces para la protección de la exclusividad, etc. Si se le compara con nuestra legislación interna de esa época, tuvo el mérito de definir el concepto de novedad; establecer diferencias entre lo que no se considera un invento y aquello sobre lo que no se concede protección; la determinación de la prioridad en la sub-región; la homogenización del proceso de concesión y del trámite correspondiente; la adopción de la clasificación internacional, etc.

De la lectura de la Decisión 85 en materia de patentes, y de su comparación con los tratados y la legislación comparada, fluye que ella representa una propuesta parcial y frustrada en materia de fomento al desarrollo tecnológico y de protección a las creaciones industriales. Al no creer sus autores en la viabilidad del sistema de patentes en el área sub-regional, desdibujaron y debilitaron su funcionamiento al alterar algunas de sus características esenciales, pero no se atrevieron a proponer las soluciones audaces y alternativas que eran sólo viables como consecuencia de un modelo de desarrollo y de una convicción política que la realidad demostró inexistentes.

En el terreno de los dibujos y modelos industriales, además de falta de precisión conceptual, no hubo mayores sorpresas en la Decisión 85, salvo la soterrada convicción de sus autores en el sentido que seguiría la misma suerte que las patentes. El tiempo demostró lo exacto de esa creencia.

En el área de los signos distintivos los deméritos no fueron tan acentuados. La excesiva parquedad en

el tratamiento de las marcas colectivas, las notorias y las denominaciones geográficas, cierta confusión al referirse a las extranjeras, la indeterminación para definir el concepto de uso, la discutible solución al caso de marcas iguales de distintos titulares y una ausencia también de acciones eficaces para proteger a los titulares, no son razones suficientes para ocultar el bastante exitoso recetario de lo que no podía ser objeto de registro como marca, el reconocimiento de la prioridad en el área sub-regional, la unificación del procedimiento de concesión, la adopción de la clasificación internacional, etc.

La Decisión 85 incorporó acertadamente la exigencia de calidad en los contratos de licencia y la obligación de los países a no celebrar unilateralmente convenios en materia de propiedad industrial que contradigan sus disposiciones.

La Decisión 85 tuvo vigencia hasta el 12 de diciembre de 1991 en Colombia, Ecuador y Perú. Venezuela nunca la puso en vigor y Bolivia no la aplicó.

La Oficina Sub-regional de Propiedad Industrial que propuso el artículo 54 de la Decisión 24, más tarde reiterada por la Decisión 220 (1987) nunca fue creada. La obligación fue eliminada en la Decisión 291 (1991). Los motivos de que ello haya sido así exceden los fines de este artículo.

3. Las ambiciosas metas andinas en política tecnológica, así como algunas normas en el campo de la Propiedad Industrial sufrieron los embates de la realidad: en la década del 80 los gobernantes acusan falta de visión a largo plazo y de convicción política en el proceso de integración; continúa la diversidad de regímenes económicos y la ausencia de integración física; se inicia el cuestionamiento radical del modelo económico de sustitución de importaciones; los intereses legítimos y los de otra calidad presionan para obtener su cuota de influencia, no siempre coincidente con los intereses generales; y persisten las discrepancias en cuanto a lo que cada país estimaba era su propia utopía. Estas y muchas otras causas hicieron naufragar algunas de las metas perseguidas; además, el contraste entre la realidad sub-regional y mundial, fomentó la expansión de la incredulidad en todo el proceso. Por otro lado, los logros obtenidos en el proceso de integración se han difundido con avaricia. Ello no significó, sin embargo, que ciertos gobiernos, personas y funcionarios dejaran de creer en el proceso de integración sub-regional y que continuaran tratando de apuntalarlo -con las modificaciones indispensables- para alcanzar sus metas y objetivos.

Mientras todo ello ocurría, el liberalismo económico ganaba adeptos en todas partes, los países del socialismo real descubrían su miseria, y Latinoamérica -endeudada- comprobaba el despilfarro de sus energías y el aumento de la corrupción y de la pobreza crítica. En el Perú, a pesar de la vigencia de una

democracia algo más que formal, la situación era, y es por la violencia, aún más crítica.

4. En verdad, la Propiedad Industrial no dejó de estar jamás en el debate entre los países⁴, tanto por interés propio como por el de ciertos organismos internacionales, y por presión de grupos de interés de diverso origen. En efecto, si bien el proceso de revisión de la Decisión 85 se inició el año 1982, fue recién a partir de 1986 que los países miembros activan las negociaciones orientadas a modernizar el régimen común en propiedad industrial, encargando la Junta estudios a especialistas y organizando reuniones y conferencias. Dos elementos adicionales explican el impulso que adoptaron las negociaciones. En primer lugar, el inicio de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, en el marco del GATT, en la cual -por presión de los países industrializados y, en especial, de los Estados Unidos- se empezó a diseñar un marco multilateral para la protección de los derechos de propiedad intelectual. Frente a esta situación, los países andinos empezaron a coordinar los trabajos orientados a la reforma de la Decisión 85 con la posición negociadora en la Ronda Uruguay. Esto introdujo, a su vez, un elemento de mayor complejidad en el proceso, lo que explica en parte lo dilatado del plazo para su reforma.

Por otro lado, las presiones que ejerció el Gobierno Norteamericano sobre los países miembros andinos para modificar la Decisión 85 constituye un elemento importante para evaluar el proceso de negociación entre los propios países andinos y el contenido de la Decisión 313, que es la que finalmente sustituyó a la Decisión 85. Así, en Venezuela, su Poder Ejecutivo frente a la dificultad de poder lograr la aprobación de una nueva y muy liberal ley de propiedad industrial en su Congreso Nacional, y ante las presiones del gobierno norteamericano (amparadas en la Ley Omnibus de Comercio de Estados Unidos (1984) que contempla represalias comerciales a aquellos países que no respetan, a juicio del ejecutivo norteamericano, los derechos de propiedad intelectual), se convirtió en el principal impulsor de una reforma del régimen común. Buscó entonces, como salida, una Decisión de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que lo ayudara a superar los obstáculos encontrados en su propio Congreso.

El proceso de revisión de la Decisión 85 avanzó lentamente, a pesar de las continuas presiones del Gobierno Norteamericano, debido fundamentalmente a la posición del Perú y Ecuador, que trataron de lograr una Decisión que conjugue los intereses de los titulares de los derechos intelectuales con el interés público. El apoyo inicial de Colombia permitió llegar a

un acuerdo que se plasmó más adelante en la Decisión 311, que tuvo corta vida por los motivos que pasamos a explicar.

El Gobierno Norteamericano no tardó de calificar a la Decisión 311 como "inaceptable", intensificando las presiones bilaterales. Al respecto, Carla Hills, representante comercial de ese gobierno, cursó una carta a los cinco Presidentes Andinos, en la que incluía una serie de instrucciones de cómo modificar la norma andina. Esta carta fue recibida por los Presidentes antes de la reunión del Consejo Presidencial Andino a celebrarse en Diciembre de 1991.

En esta reunión, celebrada en Cartagena de Indias, los Presidentes⁵ evaluaron la Decisión 311 y decidieron, mediante una declaración política denominada Acta de Barahona, instruir a la Comisión del Acuerdo de Cartagena para que la modifique, en términos tan explícitos como muy pocas veces antes-creemos- se había hecho en un tema puntual, y que se concreta en dar a los países la potestad para que, individualmente, puedan adherirse a tratados internacionales en materia de Propiedad Industrial y, también, para que puedan conceder patentes de invención a productos farmacéuticos. La corta vigencia de la Decisión 311 y las modificaciones introducidas en la Decisión 313 respondieron pues a las presiones del gobierno norteamericano y de pequeños grupos de interés. Algunos funcionarios de la Junta -preciso es reconocerlo- soportaron con firmeza tales presiones (ya antes habían sido capaces de elaborar una propuesta común andina en materia de propiedad intelectual para las negociaciones en el GATT). Sin embargo, una vez publicada la Decisión 313, el gobierno norteamericano hizo conocer su disconformidad, debido a que no se habían introducido todas las correcciones demandadas. Como se aprecia, la "república imperial" no gusta en esta materia de la existencia de "lunares" legislativos y más bien exige uniformidad, lo que es contrario a su propia tradición en esta materia; conviene recordar que suele encontrar eco en aquellos portaestandartes nativos del liberalismo económico más extremo.

No podemos dejar de señalar que el aspecto más importante en esta materia es, sin duda alguna, en qué medida la legislación puede contribuir al desarrollo científico y tecnológico, cultural y económico de los países que conforman el Pacto Andino. El estudio de este aspecto vital rebasa con mucho el alcance de este artículo, aunque debe reconocerse que aquella síntesis -aunque sea imperfecta- entre objetivos nacionales o sub-regionales a largo plazo, políticas educativas adecuadas a nuestra realidad, y concertación y confluencia de objetivos para lograr el

4. Agradezco a los señores Isaías Flit y Luis Abugattas, ex-funcionarios de la Junta, por los comentarios que gentilmente me han hecho llegar sobre estos aspectos.

5. Jaime Paz Zamora de Bolivia, César Gaviria de Colombia, Rodrigo Borja del Ecuador, Alberto Fujimori del Perú y Carlos Andrés Pérez de Venezuela.

desarrollo de actividades económicas entre el Estado y los agentes productores, esta aún lejos de darse en nuestro país.

5. La Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó la modificación a la Decisión 311 mediante la Decisión 313 en su sesión extraordinaria celebrada en la ciudad de Quito el 6 de febrero de 1991, la que entró en vigencia con su posterior publicación en el N° 101 de la Gaceta de la Junta del Acuerdo de Cartagena del 14 de febrero de 1992, para una población superior a los 90 millones de habitantes. Es en virtud del artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, de mayo de 1979, que las Decisiones se incorporan al derecho interno de cada país a partir de la fecha de su publicación en la mencionada Gaceta; todo lo cual significa una excepción a lo dispuesto en el artículo 195 de nuestra Constitución Política, pues no es necesaria su publicación en el diario oficial.

En vista a la corta vigencia de la Decisión 311, en el presente artículo trataremos de las innovaciones de la Decisión 313 en relación a la Decisión 85, más aún cuando esta última modificó más de 18 artículos de la Decisión 311.

La Decisión 313 (en adelante, la DECISION), que acusa la influencia de la legislación española contenida en las leyes de Patentes del 20 de marzo de 1986 y de Marcas del 12 de mayo de 1989, consta de 122 artículos, amplía y perfecciona el tratamiento de los institutos de la Propiedad Industrial, introduciendo modificaciones importantes en el área de las patentes de invención, tratando por primera vez a nivel sub-regional de los modelos de utilidad, lemas y nombres comerciales y mejorando la normativa aplicable a las marcas. La DECISION resiste, mucho mejor que su antecesora, la Decisión 85, la comparación que pueda hacerse con la legislación internacional.

Veamos a continuación, en primer término, cuáles son los principales cambios y novedades que trae la DECISION en el terreno de las creaciones industriales, estando comprendidas dentro de éstas las patentes de invención, los modelos de utilidad y los diseños industriales. Los llamados "secretos de fábrica" no son materia de la DECISION; en el Perú se encuentran regulados en el Decreto Supremo N°001-71-IC/DS bajo la denominación de "procedimientos tecnológicos".

A. PATENTES DE INVENCION.-

5.1 Requisitos de patentabilidad.-

Usualmente se han considerado como requisitos

positivos de patentabilidad la novedad, la aplicación industrial y la altura inventiva. A los dos primeros, contemplados ya en la Decisión 85, la nueva ley agrega que las invenciones, para obtener protección legal, deben tener altura inventiva (artículo 1).

En la falta de exigencia de altura inventiva por parte de la Decisión 85, algunos han querido ver el intento de crear una "patente andina" de características distintas a la patente de invención clásica; creemos que el intento fue, por lo menos, infructuoso, pues nunca fue posible sustentar una propuesta en tal sentido. La mayor objeción fue aquella que afirmó que el título que se expidiera al amparo de la Decisión 85 tendría un valor disminuido y que, además, ello generaría que muchos inventos que carecían de altura inventiva se presentarían a solicitar protección. Se cumplió la primera mas no la segunda de estas predicciones, pero por razones algo más complejas, y que tienen que ver con todo el conjunto normativo referido a patentes y a otras materias.

La noción de altura inventiva ("inventive step") no es fácil de comprender ni de definir; ella implica que el invento no debe ser sólo nuevo en relación a lo que se conoce, sino además ser significativa y notablemente diferente, representar un progreso esencial que sólo puede ser resultado de una idea creativa⁶. El artículo 4 señala que se considerará que una invención tiene nivel inventivo si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica, que se define en el artículo 2 de una manera más precisa que en la Decisión 85.

Por otro lado, se ha ampliado el concepto de "aplicación industrial", de manera que ahora incluye cualquier actividad productiva, inclusive los servicios (artículo 5).

En el artículo 3 de la DECISION se puntualizan aquellas situaciones en las cuales la divulgación del invento no afecta su patentabilidad, como es por ejemplo el caso de exhibiciones en ferias con reconocimiento oficial.

A partir de la puesta en vigencia de la DECISION, la oficina encargada de otorgar patentes deberá pues entregar un título que sea el resultado de comprobar los tres requisitos positivos de patentabilidad (artículo 27). En teoría, al menos, las exigencias deberán ser iguales a las que demandan las oficinas de los países más avanzados. Sospecho que dentro de algunos años comprobaremos lo inapropiado de esas exigencias, imposibles de cumplir en toda su extensión. Me

6. Sobre el concepto de altura inventiva, vid, Baylos, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, Ed. Civitas S.A., Madrid 1978, pág. 544 y ss.; Bercovitz, Alberto, *Los Requisitos positivos de patentabilidad en el Derecho Alemán*, Madrid 1969, pág. 300 y ss.; Di Guglielmo, Pascual *La Invención Patentable* Buenos Aires 1968; y WIPO, *Background Reading Material on Intellectual Property*, 1988, pág. 84.

temo, además, que no habrán aparecido ni muchos ni muy importantes inventos nacionales. (Ya no podrán decir aquellos grupos tan afectos a imitar un modo de vida que viene impuesto pero a desconocer el proceso que lo sustenta, tan mezquinos en dar facilidades y recursos a las universidades, a los investigadores y a las oficinas gubernamentales, pero tan exigentes en el acatamiento de normas de aparente validez universal -fruto de una conspicua ignorancia en la evolución histórica de la legislación en materia de patentes- que no se ha cumplido con prescribir legislativamente los requisitos de patentabilidad que alguna doctrina y el interés de los países desarrollados demanda, como condición básica para el desarrollo de la inventiva nacional. Han olvidado, sin embargo, que las leyes por sí mismas no hacen milagros). La inventiva es siempre el resultado de un esfuerzo individual, pero también de un conjunto variado y sutil de decisiones que afectan áreas muy sensibles como la educación y la economía, y del reconocimiento de determinados valores sociales; fruto que sólo se recoge después de muchos años de sostenido esfuerzo y de estabilidad política, posible únicamente con objetivos nacionales aceptados por la mayoría.

5.2 Exclusiones.-

A. La primera está referida a aquellos casos que no constituyen invenciones por mandato de la ley (artículo 6) tales como los siguientes: descubrimientos, teorías científicas, derechos de autor, programas de ordenador o software, etc. Estos últimos se encuentran protegidos en el Perú en virtud de la Resolución Directoral 001-89-DIGDA-BNP del 2 de enero de 1989, Reglamento de Inscripciones en el Registro Nacional de Derechos de Autor, tal como ocurre en la mayoría de los países, pero no por ello deja de ser materia de cuestionamiento y de apasionado debate, inexistentes en nuestro medio.

B. La segunda está referida a invenciones que la ley excluye de la patentabilidad (artículo 7).

Si bien es cierto que -con acierto- la DECISION ha ampliado el campo de patentabilidad, han sido excluidas de aquél, como ocurre en otras legislaciones, entre otras:

1. Aquellas contrarias al orden público, a la moral y, novedosa (y también imprecisa) adición, las invenciones "contrarias al desarrollo sostenible del medio ambiente" (inciso a).

2. Las especies y razas animales y los procedimientos para su obtención (inciso b).

3. Las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo (inciso c).

4. Las invenciones relativas a materiales nucleares y fisionables (inciso e).

5. Han sido eliminadas las restricciones contenidas en los incisos d) y e) del artículo 4 de la Decisión 85, en virtud de las cuales estaban excluidas de la patentabilidad: a) las invenciones extranjeras cuya patente se hubiere solicitado un año después de la fecha de presentación de la solicitud en el primer país; b) las invenciones que afectaren al desarrollo de un país miembro; y, c) los productos cuya patentabilidad fuera excluida por los Países Miembros. La eliminación de estas restricciones tiene importancia. La primera es, aparentemente, consecuencia del requisito de altura inventiva y del propósito de lograr un exigente examen de la novedad, que dada la situación actual de los países andinos resulta muy cuestionable. Por este motivo, convendría reincorporar esta restricción por la vía reglamentaria, habida cuenta que es fácil de cumplir y no contraria a los tratados internacionales en la materia. Las otras dos, que estuvieron sujetas a fuertes críticas, implican que la lista de invenciones no patentables no puede ser incrementada unilateralmente por los Países Miembros.

6. En lo que se refiere a las especies y variedades vegetales, la primera disposición transitoria de la DECISION establece que, antes del 31 de julio de 1992, los países del Grupo Andino deberán acordar la modalidad de protección a adoptarse para tales inventos. Dicho plazo -muy apretado- ya venció sin haberse adoptado norma alguna; mientras tanto, no podrán otorgarse patentes con respecto a nuevas variedades vegetales.

7. La segunda disposición transitoria de la DECISION establece que antes del 31 de diciembre de 1992 los países del Grupo Andino deberán acordar la modalidad de protección para la biotecnología y microorganismos. Por tanto, hasta que no se dicte dicha regulación, no se puede conceder patentes en esta área que constituye una de las más importantes en la creación de tecnología de punta y uno de los parámetros para la futura delimitación entre países desarrollados y los otros. Nada aconseja, ni antecedentes legislativos ni actividad inventiva local, que en materia de biotecnología o de especies y variedades vegetales se dicten disposiciones de inmediato, sin discusión ni reflexión previa, sino mas bien que se adopte prontamente, pero sin prisa, una regulación común andina.

5.3 Patentes farmacéuticas.-

El debate sobre la conveniencia de otorgar patentes a los productos farmacéuticos -más que a los procedimientos para obtenerlos- continúa vigente, a pesar de que su magnitud ha decrecido en los últimos

años⁷. Dadas las inmensas sumas destinadas a la investigación en esta área y a los rendimientos económicos excepcionales que pueden a veces alcanzarse, es una rama de la industria especialmente sensible a las variaciones legislativas que la afectan. Siguiendo una corriente en boga, la DECISION -a pesar de la oposición de los llamados laboratorios nacionales- permite la protección de los inventos referidos a productos farmacéuticos, con excepción de aquellos que figuren en la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud (inciso d) del artículo 7). Y, tal como ocurría con la Decisión 85, se permite el otorgamiento de patentes para procedimientos farmacéuticos.

Sin embargo, debemos señalar que la tercera disposición transitoria de la DECISION ha facultado a los países miembros, si así lo consideran pertinente, a establecer un plazo dentro del cual no se concederán patentes a productos farmacéuticos, pero que no podrá exceder de 10 años contados a partir de la entrada en vigencia de la DECISION.

En el Perú se está actualmente evaluando a nivel político la conveniencia de poner o no en vigencia una norma que prohíba la concesión de patentes a productos farmacéuticos por el tiempo que lo permite la DECISION. Por el momento, la Dirección de Propiedad Industrial está recibiendo las solicitudes; sin embargo, como la DECISION establece un plazo máximo de 18 meses antes de proceder a la publicación de la aquella, la Dirección se abstiene de ordenar la misma.

5.4 Clases de patentes y clasificación.-

Al amparo de la nueva ley sólo se conceden patentes de invención clásicas, esto es, se han eliminado las patentes de perfeccionamiento y las patentes bajo condición contempladas en los artículos 1 y 24 de la Decisión 85, respectivamente.

Se preve la aplicación de la Clasificación Internacional de Patentes de Invención (artículo 31), la misma que ya viene siendo utilizada por las autoridades nacionales.

5.5 Prioridad.-

Las solicitudes presentadas en un país miembro o en otro país que conceda trato recíproco conferirán al solicitante o a su causahabiente el derecho de prioridad por el término de un año para solicitar una patente sobre la misma invención en cualquiera de

los países del Grupo Andino (artículo 12). Cabe anotar que facultad similar, pero únicamente para los países miembros, otorgaba el artículo 10 de la Decisión 85.

5.6 Requisitos y trámites de la solicitud.-

En esta materia las mejoras son evidentes frente a la legislación anterior. En lo que respecta a requisitos de la solicitud, la DECISION los ha dividido en dos grupos:

a. Requisitos de admisibilidad, cuya omisión acarrea que se le considere como no presentada, como son la identificación del solicitante y del inventor, nombre y descripción de la invención, reivindicaciones y pago de las tasas de presentación (artículo 13).

b. Recaudos de la solicitud, cuya omisión puede ser subsanada, como son poderes, copia de la solicitud de patente si se reivindica prioridad y los demás que establezca la legislación nacional (artículo 14).

Admitida a trámite, se practica el examen del aspecto formal de la solicitud (artículo 21). Si se verifica que la solicitud no cumple con los requisitos formales a que se refiere el anterior acápite b), se notifica al interesado para su subsanación, por un plazo de 30 días útiles prorrogable por una vez por un período igual. Si el solicitante no subsana las observaciones se declara el abandono de la solicitud (artículo 22).

Antes de la publicación se admite que el peticionario solicitante (artículos 17 y 20):

a. La modificación de su solicitud, siempre y cuando ello no implique una ampliación.

b. La transformación de la solicitud a otra modalidad de la propiedad industrial, v.g. a modelo de utilidad, para proteger el mismo objeto.

c. El fraccionamiento de su solicitud, siempre que ello no implique una ampliación.

La DECISION proporciona mayores facultades a la Oficina Nacional Competente. En efecto, ésta en cualquier momento del procedimiento, puede notificar al solicitante para que modifique la modalidad de protección solicitada; si acepta, se presentarán los documentos y se seguirá el procedimiento previsto para la nueva modalidad (artículos 18 y 19).

7. Sobre las patentes farmacéuticas la bibliografía es abundante. Vid. entre otros, de varios autores **La Protección Jurídica de las Invenciones y la Industria Químico-farmacéutica**, Ed. Montecorvo, Madrid, 1974; Bercovitz, Alberto **La Nueva Ley de Patentes**, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 48 y ss.; Otero Lastres, José Manuel, **La Patentabilidad de los Productos Químico-Farmacéuticos** en "Hacia un nuevo Derecho de Patentes", Ed. Montecorvo S.A., Madrid 1982, pág. 141 y ss.; y, el No. 35 de la Revista Argentina del Derecho Industrial sobre patentes farmacéuticas, con artículos de varios connotados especialistas, de mayo-agosto 1990, De Palma, Buenos Aires.

El artículo 23 fija en 18 meses el plazo dentro del cual la Oficina Nacional Competente debe ordenar la publicación de la solicitud, contados a partir de la presentación o de la fecha de prioridad que se hubiere reivindicado.

Los expedientes en trámite se mantienen en reserva hasta la fecha de su publicación. Sin embargo, con carácter excepcional, la ley (artículo 24) establece que cualquiera que pruebe que el peticionario de una patente ha pretendido hacer valer frente a él derechos derivados de la solicitud podrá consultar el expediente antes de su publicación y sin consentimiento de aquél. Es el caso, por ejemplo, de quien es demandado por explotar un invento por quien ha solicitado la patente de éste.

La DECISION ha recortado el plazo para interponer oposiciones de 90 a 30 días útiles contados a partir de la publicación de la solicitud (artículo 25).

Vencido el plazo para interponer oposiciones o habiendo las partes expuesto sus argumentos, la Oficina Nacional Competente procederá a examinar si la solicitud es o no patentable (artículo 27); para este examen, se ha previsto que podrá requerir el informe de expertos, organismos científicos y/o de las oficinas de otros Países Miembros (artículo 28). El examen sobre la patentabilidad es, dentro de la concepción de la DECISION, insoslayable; por consiguiente, atar su procedencia a la presentación de observaciones, tanto de terceros como de la propia autoridad, como desean algunos, constituye una injustificada limitación a la oficina nacional y un beneficio inmerecido a un solicitante en detrimento de los intereses de toda la sociedad. Conviene dejar anotado que el debate sobre la factibilidad -y por tanto, la conveniencia- de realizar el examen previo no ha cesado⁸.

5.7 Plazo.-

Cumpliendo con un justificado y extendido reclamo, la DECISION ha ampliado el plazo de duración de la patente hasta los 15 años, pudiéndose solicitar una prórroga por 5 años más. En efecto, al igual que en el régimen contenido en la Decisión 85, al amparo de la nueva DECISION, el titular puede pedir dicha prórroga si acredita la producción o la utilización integral del producto o proceso patentado en el país en que la patente ha sido solicitada. Además, incorpora dos nuevos supuestos bajo los cuales el titular puede solicitar la prórroga y que son: a) la suscripción de un convenio de licencia; y, b) la suscripción de un

convenio de asociación con empresas nacionales o mixtas con fines de utilización del invento. El plazo total de 20 años es común en la legislación comparada.

5.8 Titularidad.-

El artículo 8 establece que los titulares de patentes pueden ser personas naturales o jurídicas.

Asimismo, se ha precisado que el derecho de la patente corresponde al inventor o a su causahabiente y que si varias personas han hecho conjuntamente una invención, el derecho corresponde en común a todas ellas.

5.9 Impugnación judicial.-

Se ha previsto en el artículo 9 que quien tenga legítimo interés puede impugnar una solicitud de patente que se refiera a un invento que:

a. Ha sido sustraído al inventor o a sus causahabientes; o,

b. Es el resultado del incumplimiento de una obligación legal o contractual.

La impugnación puede hacerse en cualquier momento después de la presentación de la solicitud y hasta 3 años después de concedida la patente.

5.10 Invenciones realizadas bajo relación laboral.-

Al haberse eliminado la norma del artículo 8 de la Decisión 85, y no contener regulación expresa la DECISION en esta materia, vuelven a ser de aplicación los artículos 70 y 71 del Decreto Supremo N°001-71-IC/DS.

El artículo 70 establece que, salvo estipulación contractual en contrario, el derecho de la patente corresponde al empleado-inventor. El artículo 71 ha previsto adicionalmente que, si en cumplimiento de un contrato de trabajo que exija del empleado una labor inventiva, éste realiza una invención de gran importancia, tendrá derecho a una especial remuneración.

Cabe destacar que las normas citadas del Decreto Supremo N° 001-71-IC/DS son contrarias a la tendencia mayoritaria incorporada en la legislación comparada, la que generalmente prescribe que los inventos realizados bajo relación laboral pertenecen al empleador, salvo pacto en contrario⁹.

8. Sobre el examen previo, vid., Bercovitz, Alberto, **La nueva ley de patentes**, Op.cit., pág. 57 y ss.; Botana, Manuel **El sistema de patentes en el Derecho Español** en "Hacia un nuevo Derecho de Patentes", Ed. Montecorvo, Madrid 1982, pág. 123 y ss.; Di Guglielmo, Pascual, Op. cit., pág. 123 y ss.; y, Fernández Novoa, Carlos, **La Concesión de la patente** en "La modernización del derecho español de patentes", Ed. Montecorvo S.A., Madrid 1984, pág. 139 y ss.

9. Vid. Bercovitz, Alberto, "La nueva ley...", Op.cit., pág. 52 y **Anotaciones a la regulación legal española sobre Invenciones laborales**, Murcia 1976; Gomez Segade, José Antonio, **Derecho a la patente** en "La modernización del Derecho español de patentes", Op.cit., pág. 112 y ss.

5.11 Derechos del titular.-

El alcance de los derechos del titular de la patente -como es usual- estarán determinados por el tenor de las reivindicaciones (artículo 34).

Según lo previsto en el artículo 35 de la DECISION, la patente confiere a su titular el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, exploten la invención patentada. Como se aprecia, el énfasis se encuentra en la faceta negativa («ius prohibendi»), es decir, en la facultad de impedir que terceros acudan al mercado usando el invento, resultado buscado para un derecho de exclusiva que, como el de la patente, es un monopolio, si bien de carácter temporal¹⁰.

La faceta positiva del derecho de exclusiva, implica que el titular de una patente puede, además de explotarla, transferirla, o darla en licencia (artículo 38).

En caso de violación de su derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 50 de la DECISION, el titular puede interponer las acciones reivindicatorias e indemnizatorias que le confiere la legislación nacional. Conviene señalar que la carencia de normas ad-hoc en nuestra legislación y la consecuente falta de experiencia judicial, hacen que el titular se encuentre desprotegido pues no cuenta con un remedio eficaz.

Debemos anotar que ha sido eliminada la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 28 de la Decisión 85, en virtud de la cual la patente no confería a su titular el derecho exclusivo a importar el producto patentado o el fabricado por el procedimiento patentado; sin embargo, el derecho exclusivo a la importación¹¹, que la DECISION reconoce al titular de una patente, está sujeto a ciertas limitaciones que serán tratadas en el numeral siguiente.

5.12 Limitaciones a los derechos del titular.-

El titular no podrá ejercer su derecho exclusivo contra terceros que sin su consentimiento exploten la patente, cuando ese uso tenga lugar en el ámbito privado y a escala no comercial y cuando se realice con fines no lucrativos, a nivel experimental, académico o científico (artículo 35).

En lo que se refiere a la importación, el titular no podrá oponerse a la internación del producto patentado

por él, cuando éste producto ya hubiere sido puesto en el comercio de cualquier país, con el consentimiento del titular o de cualquier otra manera lícita (artículo 35, inciso a).

Tampoco podrá hacerlos valer contra terceros que de buena fé, y antes de la fecha de prioridad o de presentación de la solicitud sobre la que se concedió la patente, ya se encontraban utilizando la invención en un ámbito privado o hubieran realizado preparativos serios para su desarrollo (artículo 36).

5.13 Obligaciones del titular.-

Una de las más antiguas polémicas que acompañan al sistema de patentes, es la concerniente a la obligación de explotar el invento¹². Al interés nacional, cuando la explotación es posible, se oponen muchas veces las necesarias economías de escala y la protección supranacional, cada día más reconocida, que el titular persigue.

Tal como lo hacía la Decisión 85, la DECISION impone al titular de la patente la obligación legal de explotarla, pero lo hace en forma tan mediatizada que, en la práctica, la obligación es prácticamente inexistente, habiéndose llegado a suprimir la exigencia de dar aviso a la autoridad nacional sobre el inicio de la explotación, como lo prescribía la Decisión 85.

La DECISION no establece sanción alguna para los casos en que el titular incumpla la obligación de explotar prevista en el artículo 37, salvo, por cierto, la imposibilidad de obtener la prórroga por cinco años adicionales. Y, si en el régimen de la Decisión 85, la concesión de licencias obligatorias, a partir del quinto año, podía operar, en cierto modo, como una sanción por la falta de explotación, en el régimen vigente, como lo veremos más adelante, siempre es posible y en cualquier momento oponer a una solicitud de licencia obligatoria una excusa "legítima" que justifique la falta de explotación.

La derogada Decisión 85 señalaba de manera expresa que la explotación de la patente debería realizarse en el país miembro en el cual ésta había sido concedida (artículo 27); la nueva ley, con un criterio más flexible, establece que se cumple dicha obligación si el invento es explotado en alguno de los países del Grupo Andino (artículo 37, primer párrafo), pero -lo que es más importante- ha ampliado el concepto de explotación, pues queda comprendida en

10. Vid. a este respecto Baylos H., Op. cit., p. 211 y ss., y para el caso de marcas Fernández Novoa, Carlos **Fundamentos del Derecho de Marcas**, Ed. Montecorvo, Madrid 1984, p. 275.

11. Sobre el tratamiento del derecho a importar por el titular de la patente en la Decisión 85, vid. Pachón Manuel, **Manual de Propiedad Industrial**, Temis, Bogotá, 1984, págs. 52 a 54.

12. Vid. de varios autores **La obligación de explotar las patentes en España e Iberoamérica**, Ed. Montecorvo S.A., Madrid 1978; Bercovitz, Alberto, "Problemática actual y reforma del Derecho de Patentes Español", Ed. Montecorvo S.A., Madrid 1978, pág. 159 y ss.; Botana, Manuel, **La obligación de explotar la invención patentada** en "Hacia un nuevo derecho de patentes", Op.cit., pág. 179 y ss.; Di Guglielmo, Pascual, Op.cit., pág. 103 y ss.; y, Fernández Novoa, Carlos, **Obligación de explotar y licencias obligatorias** en "La modernización del Derecho Español de Patentes", Op.cit., pág. 285.

ésta no sólo la fabricación del producto patentado, sino también su importación, distribución y comercialización, cuando ésta se haga de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado (artículo 37, segundo párrafo), todo lo cual permitirá, en la mayoría de los casos, obtener la prórroga del plazo inicial (ver supra 5.7).

Las licencias y cualquier forma de utilización de la patente por terceros deberán ser inscritas por el titular en la Oficina Nacional Competente; la ley ha previsto que ésta obligación puede ser cumplida también por sus causahabientes, licenciatarios o cualquier otra persona titular de un derecho derivado de la patente (artículo 38). Por último, el titular tiene como carga¹³ el pagar tasas anuales bajo sanción de caducidad (ver infra 5.17).

5.14 Licencias.-

En el texto de la DECISION no encontramos normas de carácter sustantivo que regulen los contratos de licencia¹⁴; es más, injustificadamente se ha eliminado la obligación que contenía el artículo 82 de la Decisión 85, según el cual todo contrato de licencia debía contener estipulaciones que aseguraran la calidad de los productos o servicios prestados por el beneficiario de la licencia.

Los contratos de licencia de patentes de invención, conforme a lo previsto en los artículos 39 y 40 de la DECISION, deben constar por escrito y estar registrados y, además, no ser contrarios a las estipulaciones del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías (Decisión 291).

En el Perú, cuando se trata de licencias concedidas por titulares extranjeros, los contratos deben ser registrados ante la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (Conite) y deben sujetarse a lo dispuesto en la Decisión 291 y en el Decreto Legislativo 662. Conforme a las normas citadas, el contenido de los contratos se determina fundamentalmente por la voluntad de las partes y se consideran automáticamente registrados con su sola presentación.

La Decisión 291, vigente a partir del 5 de abril de 1991, ha flexibilizado (en relación a sus antecesoras las Decisiones 24 y 220) la regulación sobre el contenido de los contratos de licencia, eliminando las restricciones en cuanto al monto de las regalías y dejando a criterio de los países miembros la potestad

de admitir a registro contratos que contengan cláusulas restrictivas, tales como aquellas que establezcan la obligación de adquirir insumos del licenciante, la transferencia gratuita de mejoras, el pago de regalías por patentes no usadas, etc. El Decreto Legislativo 662, que es la norma que en el Perú sirve de complemento a la Decisión 291, es aún más «liberal». En ese sentido y de conformidad con lo previsto en los dos últimos párrafos de su artículo 14, sólo requieren autorización especial de la autoridad competente aquellos contratos que contengan cláusulas que prohíban o limiten la exportación de los productos licenciados, estando absolutamente prohibidas cuando afectan el intercambio sub-regional andino. Es evidente que los contratos de licencia, de utilización significativa por las empresas, se verán aún más desregulados, como consecuencia de la determinación del Gobierno Peruano de suspender su participación en el Grupo Andino.

5.15 Régimen de licencias obligatorias.-

Cuando en la segunda parte del Siglo XIX -y con mucha más razón ahora- los inventores comenzaron a solicitar protección más allá de sus fronteras nacionales, se hizo cada vez más evidente que la obligación de explotar la patente sería cada vez más difícil de exigir como consecuencia de una ciega disposición legal de ámbito nacional. Por tanto, se ideó como sustituto de esa obligación la llamada "licencia obligatoria", en virtud de la cual la oficina de patentes, como fruto de una decisión administrativa de carácter discrecional y técnico, puede otorgar a un tercero la facultad de explotar el invento, siempre que el titular no haya celebrado un contrato de licencia, explotado adecuadamente o podido alegar "excusa legítima" para su no explotación¹⁵.

Frente a la innecesaria e ineficaz rigidez de la Decisión 85, la DECISION ha flexibilizado el régimen de otorgamiento de licencias obligatorias. En efecto, mientras el artículo 34 de la Decisión 85 establecía que vencido el plazo de 3 años desde la concesión de la patente, la autoridad estaba facultada para otorgar una licencia obligatoria a quien lo solicitara, la DECISION ha establecido que sólo se concederán licencias obligatorias vencidos los tres años siguientes a la concesión de la patente o los cuatro años posteriores a la presentación de la solicitud, a quienes no hubieran podido obtener una licencia contractual en condiciones razonables (artículo 41, primer párrafo).

Para que proceda la concesión de licencias obligatorias, que siempre será onerosa (artículo 41 in

13. Vid. Pachón, Manuel, *Manual de Propiedad...*, Op.cit, pág. 55.

14. Vid. Cabanellas, Guillermo, *Contratos de licencia y de transferencia de tecnología*, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1980.

15. Vid. Kresalja, Baldo, *La licencia obligatoria en el Derecho de Patentes* Thémis PUC, Lima, 1970.

fine), deberá, además, haber ocurrido alguna de las siguientes situaciones:

a. Que exista insuficiente producción de la invención en el País Miembro donde se solicite la licencia;

b. Que el producto patentado no se distribuya, comercialice o importe en el País Miembro donde se solicite la licencia, de modo que satisfaga el mercado respectivo en condiciones competitivas de calidad y precio; o,

c. Que la explotación de la invención haya estado suspendida por más de un año.

Se ha eliminado la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 34 de la Decisión 85, según la cual, vencido el plazo de cinco años contados desde el otorgamiento de la patente, la licencia obligatoria podía ser otorgada con solo acreditar que la patente no era materia de explotación en el país. Por el contrario, el segundo párrafo del artículo 41 de la DECISION ha previsto que no procede el otorgamiento de licencias obligatorias si el titular puede justificar su inacción con excusas legítimas.

No obstante lo expuesto, procederá en cualquier momento la concesión de licencias obligatorias para la producción industrial de la invención o para importar el producto patentado, por razones de interés público, casos de emergencia o por razones de seguridad nacional; para asegurar la librecompetencia y evitar abusos del titular de la patente o abusos de la posición dominante en el mercado; y cuando se requiera para la explotación de otro invento (artículos 42 y 44).

Por su parte, la DECISION ha precisado que las licencias obligatorias serán no exclusivas, y que podrán ser transferidas con el consentimiento del titular, junto con la parte de la empresa que permite su explotación industrial (artículos 43 y 48).

De la simple lectura del articulado podría creerse que la licencia obligatoria se concede con alguna frecuencia y que se trata de una arma efectiva para presionar y hacer explotar al titular su invento. La realidad es distinta y su efectividad es, en la práctica, muy pequeña; por ello, se trata de una figura que se presta más que nada a la discusión académica.

5.16 Nulidad.-

No hay mayores modificaciones en lo que respecta a la nulidad de la patente, habiéndose previsto en el

artículo 51 de la DECISION que la autoridad, de oficio o a pedido de parte, puede decretar la nulidad si la patente fue concedida en contravención a sus normas. Asimismo, es posible que se declare la nulidad respecto de una o más reivindicaciones. El procedimiento deberá determinarlo la legislación interna de cada país.

5.17 Caducidad.-

La DECISION ha introducido la obligación de pagar tasas periódicas para mantener vigente la patente o la solicitud en trámite; su incumplimiento acarrea la declaración de caducidad. A este respecto, se ha facultado a la Oficina Nacional Competente para determinar el monto, periodicidad y demás aspectos vinculados al pago de tasas (artículo 52)¹⁶. Creemos que, como lo hace la ley española, debió incluirse la renuncia como supuesto de caducidad; podrá en todo caso, por vía reglamentaria incluirsele, así como también la rehabilitación de la patente por falta de pago.

B. MODELOS DE UTILIDAD

6.1 Regulación a nivel sub-regional.-

La regulación de los modelos de utilidad no estuvo comprendida en la Decisión 85, pero sí lo está en el Perú mediante Decreto Supremo N°048-84-ITI/IND del 3 de noviembre de 1984. La nueva DECISION dedica su Capítulo II al tratamiento de los modelos de utilidad, siendo de aplicación supletoria las normas del referido Decreto Supremo.

Aunque excede al propósito de este trabajo, conviene puntualizar que la ausencia de exigencia de altura inventiva y la redacción del artículo primero de la derogada Decisión 85 hubieran permitido otorgar un tipo de patente -como la "petty patent" australiana o el certificado de utilidad francés- que hubiera cubierto, pero sin limitación a los objetos de uso práctico y a la forma, lo que se desea proteger por la vía del modelo de utilidad, es decir, un invento de características menos sobresalientes que el protegido por una patente de invención¹⁷.

6.2 Definición.-

Se considera modelo de utilidad a "... toda nueva forma, configuración y disposición de elementos de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto; o, de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que lo incorpora o que le

16. El 8 de julio de 1992 se publicó en el Diario Oficial la Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo No. 023-92/PCDI-ITINTEC de fecha 30 de junio de 1992 que aprueba en el punto 17 el monto de las anualidades que deben pagarse para Patentes de Invención, Modelos de Utilidad, Diseños Industriales, Marcas, Nombres y Lemas Comerciales.

17. Halperin, Jorge, *El Modelo de Utilidad*. Tesis para optar el grado de Bachiller en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1987, pág. 326.

proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía» (artículo 53).

6.3 Prohibiciones.-

Cabe indicar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 54 de la DECISION, no pueden ser objeto de modelo de utilidad:

a. Los procedimientos y materias excluidas de la protección por la patente de invención; y,

b. Las esculturas, obras de arquitectura, pintura, grabado, estampado o cualquier otro objeto de carácter puramente estético.

6.4 Titularidad.-

El Decreto Supremo N° 048-84-ITI/IND establecía que sólo las personas naturales o jurídicas residentes en el país podían ser titulares de modelos utilidad. Lógicamente que la DECISION -que es norma de mayor jerarquía y que se aplica en varias naciones- no contiene ninguna restricción respecto al domicilio del solicitante, por lo que debe entenderse que pueden obtener una patente de modelo de utilidad tanto los residentes en el país como los que no lo son.

6.5 Plazo.-

El plazo de protección del modelo es de 10 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud correspondiente.

6.6 Derechos del titular del modelo de utilidad.-

El artículo 55 de la DECISION establece que son aplicables a los modelos de utilidad las disposiciones sobre patentes de invención en lo que fuera pertinente. Por tanto, la patente de modelo de utilidad confiere a su titular el derecho exclusivo a la explotación, así como a ceder o licenciar su patente y a interponer las acciones en defensa de su derecho.

Creemos, más bien, que es discutible la aplicación de algunas disposiciones referentes a patentes a los modelos de utilidad, por sus particulares características, tal es el caso del régimen de licencias obligatorias.

6.7 Nulidad y caducidad.-

En lo que respecta a la nulidad y la caducidad, consideramos que ambas podrán ser decretadas por la autoridad nacional competente si el modelo fue concedido en contravención a las normas de la DECISION o sino se pagan las anualidades, respectivamente.

C. DISEÑOS INDUSTRIALES

7.1 Definición.-

En la nueva ley, la denominación «Dibujos y Modelos Industriales» contenida en la Decisión 85 ha sido sustituida por «Diseños Industriales». Se entiende por diseño industrial '..... cualquier reunión de líneas o combinación de colores o cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, que se incorpore a un producto industrial o de artesanía para darle una apariencia especial, sin que cambien el destino o la finalidad de dicho producto y sirva de tipo o patrón para su fabricación» (artículo 57).

7.2 Novedad.-

Se ha mantenido el criterio de la novedad absoluta, es decir, un diseño no será protegible si se ha hecho accesible al público por cualquier medio y en cualquier lugar antes de la presentación de la solicitud, precisándose que no es nuevo por el mero hecho de presentar diferencias secundarias¹⁸ con respecto de realizaciones anteriores o porque se refiere a productos distintos a dichas realizaciones (artículo 58).

7.3 Diseños no registrables.-

No son registrables aquellos diseños que sean contrarios a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, o aquellos referentes a indumentaria (artículo 57, segundo párrafo). Esta última limitación, dicen sus defensores, es consecuencia de la necesidad que la industria no se encuentre limitada en las aplicaciones de nuevos diseños, los que suelen variar con gran frecuencia atendiendo a los dictados de la moda la que se genera por múltiples medios. No cabe esto entenderse, sin embargo, como una carencia de protección especial que, en algunos países como Francia donde tiene significativa importancia económica, se concede a la industria de «alta moda».

Se ha precisado en el último párrafo del artículo 57 de la DECISION que no serán registrables como diseños industriales aquellos signos que tampoco pueden ser registrados como marcas (engañosos, descriptivos, que impliquen ventaja funcional o técnica, etc).

7.4 Plazo y clasificación.-

El plazo de protección será de 8 años contados a partir de la presentación de la solicitud (artículo 64).

Para el orden y clasificación de los diseños industriales se ha previsto que los Países Miembros utilizarán la Clasificación Internacional establecida por el

18. La Decisión 85, en su artículo 46°, tenía igual redacción, la que ha sido criticada por Pachón Manuel, **Manual de Propiedad...**, Op. cit., p. 85.

Arreglo de Locarno del 8 de octubre de 1968 (artículo 66), la misma que ya está siendo aplicada por las autoridades nacionales.

7.5 Prioridades.-

La primera solicitud presentada en un País Miembro (o en otro país que conceda trato recíproco) otorga al solicitante un derecho de preferencia de seis meses para obtener el registro en cualquiera de los otros países miembros (artículo 67).

7.6 Derechos del titular.-

El derecho básico es el de excluir a terceros de la explotación o comercialización de un diseño registrado. Por tanto, el titular puede interponer las acciones necesarias para la defensa de su derecho frente a eventuales violaciones. Los comentarios efectuados para las patentes de invención en lo que se refiere a las acciones contempladas en la legislación nacional (supra 5.11) son de aplicación también aquí. Con acierto se ha expresamente dispuesto que también proceden las acciones por infracción contra quien importe, produzca o comercialice un producto que reproduzca el diseño, inclusive si presenta diferencias secundarias con respecto del protegido.

Por cierto que el titular podrá también ceder o dar en licencia su diseño, debiendo registrar este acto en la Oficina Nacional Competente (artículo 68).

7.7 Procedimiento.-

La solicitud de registro deberá contener la identificación del solicitante, el género de productos a los cuales se ha de aplicar el diseño y un ejemplar o representación gráfica del mismo. La omisión de alguno de estos requisitos determinará la inadmisibilidad de la solicitud y la pérdida de la prioridad, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 59 de la DECISION.

Asimismo, a la solicitud deberá acompañarse los poderes necesarios y los demás requisitos que establezca la legislación de cada país miembro. Una vez admitida, la Oficina Nacional Competente dispone de 15 días para examinar si cumple con los requisitos, no estableciéndose un plazo para la subsanación de omisiones formales, pero como por mandato del artículo 70 se prevee la aplicación supletoria de la normatividad de patentes, el peticionario dispondrá, para completar su solicitud, de un plazo de 30 días prorrogable por un plazo de igual duración (artículo 61).

La solicitud deberá ser publicada y, dentro de los 30 días siguientes, todo aquel que tenga legítimo interés puede oponerse a la concesión del derecho. La tramitación de las observaciones se regirá por lo dispuesto en las normas sobre patentes de invención y en la legislación nacional (artículo 62).

Si no se presentan observaciones, o éstas se rechazan, la Oficina Nacional Competente practicará el examen de novedad del diseño (artículo 63).

7.8 Nulidad.-

La autoridad puede decretar, de oficio o a petición de

parte, la nulidad de un registro otorgado en contravención a lo señalado en la Ley. El artículo 69 de la DECISION remite a lo establecido en la legislación nacional de cada país miembro, pero como no contamos con dispositivos específicos en este aspecto, es de aplicación lo dispuesto sobre patentes.

8. A continuación haremos una breve referencia a las principales innovaciones que ha introducido la DECISION en el terreno de los signos distintivos de las empresas, los productos y los servicios, comprendiendo bajo esa denominación a las marcas, los lemas y los nombres comerciales.

D. MARCAS.-

8.1 Definición de marca.-

La DECISION define, a diferencia de lo que ocurría con la 85, lo que considera como marca. En el párrafo segundo de su artículo 71 dice que es todo signo perceptible capaz de distinguir productos o servicios. Se ha ampliado el concepto de visible (Decisión 85) a perceptible (Decisión 313), lo que en el futuro posibilitaría el registro de marcas auditivas.

8.2 Clases de marca.-

Dentro de las muchas clasificaciones que hace la doctrina, la DECISION reconoce la existencia de marcas de productos (expresión más afortunada y precisa que la de marcas de fábrica), servicios (artículo 71) y colectivas (artículo 112).

8.3 Obligatoriedad del registro.-

La Decisión 85 no estableció con claridad la obligatoriedad del registro de marcas (artículo 72). No obstante ello, la legislación interna peruana (Decreto Supremo N° 001-71-IC/DS) imponía la obligación de registrar las marcas de fábrica. Mediante Decreto Supremo N° 008-91-ICT/IND del 19 de marzo de 1991 este régimen fue modificado y se eliminó -sin mayor análisis- la obligatoriedad mencionada; su vigencia, sin embargo, fue corta. En efecto, el artículo 92 de la DECISION establece que "el derecho al uso de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva Oficina Nacional Competente", de lo que se desprende que el registro vuelve a ser obligatorio y constitutivo del derecho, y esta vez no sólo respecto a las marcas de fábrica (producto), sino también a las marcas de servicio.

La opción escogida por la DECISION, que se encuadra en nuestra tradición legislativa de las últimas décadas, plantea aquí como en otros lugares el problema referido a la protección que a veces solicitan individuos o empresas para aquellas marcas que han venido usando y que han obtenido reconocimiento por parte del público, pero que no han sido registradas. La legislación comparada propone diversas soluciones a éste, en ocasiones, agudo problema, tales como el reconocimiento de la marca nacida espontáneamente para la zona en que se utiliza y en tanto sea efectivamente usada (Alemania), o el derecho de "preuso", es decir, de

continuar usándola en la zona donde venía siendo utilizada (Italia), etc.¹⁹

8.4 Requisitos para el registro.-

El tratamiento a los signos que no pueden registrarse como marcas ha sido ampliado, distinguiéndose entre aquellos que no pueden registrarse por causas intrínsecas (artículo 72) y los que lesionan derechos de terceros (artículo 73).

Entre los primeros se consideran, por ejemplo, los que son una designación usual o común de los productos (inciso e), los que consisten en formas que den una ventaja funcional o técnica (inciso c) o los que reproducen monedas o billetes, sellos, estampillas, etc. (inciso 1), entre muchas otras más.

Entre los segundos, cabe anotar que no pueden registrarse las marcas confundibles con otras iguales o similares ya registradas, o solicitadas con anterioridad, aceptándose que ello se aplique no sólo a productos o servicios de la misma clase, sino también a aquellos respecto de los cuales el uso de la marca puede inducir al público a error (incisos a), b) y c)), es decir, aceptando ir más allá de la regla de la especialidad²⁰.

Se ha eliminado la prohibición contenida en el artículo 58 de la Decisión 85 referente a la traducción de marcas registradas o de palabras no registrables. Como excepción, se prohíbe el registro de denominaciones que constituyen la traducción de marcas notorias de propiedad de terceros (inciso d), artículo 73).

8.5 Marcas notorias.-

Se ha reforzado la protección de estas marcas mediante un sistema de información entre las Oficinas (artículo 74) y en las prohibiciones del artículo 73, incisos d) y e). A diferencia de lo que disponía la Decisión 85, la nueva ley no exige que la marca notoria se encuentre registrada, sea en el país o en el extranjero. La DECISION ha recogido de esta manera una tendencia general que presiona a favor de una mayor protección de la marca notoria (haciendo la doctrina inclusive diferencias entre marca notoria, mundial y renombrada) lo que representa, a su vez, y principalmente, una mayor protección a los grandes conglomerados económicos y al consumidor promedio²¹.

8.6 Plazo.-

El plazo ha sido ampliado de 5 a 10 años (artículo 87), lo que significará un ahorro de tiempo y esfuerzo en las oficinas y a los titulares; y, por otro lado, un menor ingreso económico para las oficinas y un gasto más

reducido para los titulares.

8.7 Derechos del titular.-

Los derechos que confiere el registro son el uso de la marca para distinguir productos y/o servicios, comercializarlos y hacer publicidad. Esta precisión contenida en el artículo 95 nos parece de la mayor importancia porque delimita con claridad los derechos del titular.

De otro lado, la solicitud presentada en un país miembro o en otro que conceda trato recíproco otorga una prioridad de seis meses para obtener el registro (artículo 93).

Para proteger su marca, el titular puede accionar contra quien use una igual o similar a la suya en iguales o parecidos productos, es decir, excediendo el ámbito de la propia clase, así como también contra quien ilícitamente los importe o exporte. Asimismo, se ha previsto la facultad del titular para accionar contra quien utiliza una marca idéntica o similar para distinguir productos disímiles, siempre que tal uso pueda inducir al público a error, causar daño económico injusto (frente al "daño concurrencial" que se considera lícito) o provocar la dilución del poder distintivo de la marca registrada (inciso d) del artículo 94 y artículo 96 in fine). Las disposiciones de los incisos d) y e) del artículo 94 y, en especial, la incorporación del concepto de dilución, de estrecha vinculación con la represión de la competencia desleal, significan un avance significativo para establecer un tejido protector alrededor del titular de un signo distintivo -lo que se concreta cada vez con mayor frecuencia en la legislación comparada- y para que autoridades y jueces tengan un mayor poder discrecional en la solución de conflictos, frente a la cada vez más extendida «piratería» marcaria, es decir, la falsificación e imitación fraudulenta, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

De otro lado, se ha eliminado la disposición contenida en el artículo 75 de la Decisión 85, según la cual el titular de una marca no podía oponerse a la importación o internación de mercancías o productos originarios de otro país del Grupo Andino que llevaran la misma marca (entiéndase de propiedad de un tercero), siempre que en dichos productos se indicara claramente el país de origen. Habiéndose eliminado esta limitación al derecho del titular, se ha previsto ahora que puede actuar contra cualquier tercero que, sin su consentimiento, importe al país productos que ostenten una marca idéntica a la suya, aun cuando el tercero fuera titular de esta última en el país de origen de los productos (inciso c) del artículo 94). Sobre esta materia conviene efectuar algunas precisiones.

19. Sobre el nacimiento del derecho sobre la marca, Vid. Fernández Novoa, Carlos, *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Op. cit., p. 69.

20. Ibid., p. 278.

21. Sobre este interesante tema Vid., Bertone, Luis y Cabanellas, Guillermo, *Derecho de Marcas*, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1989, Tomo I, pág. 136 y 256; Fernández Novoa, Carlos, *Fundamento...*, Op.cit., pág. 32 y 290; y, Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, pág. 327 y ss. Resulta de interés el Proceso No. 1-IP-87 seguido ante el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y su sentencia del 3 de diciembre de 1987, sobre la interpretación prejudicial de los artículos 58°, 62° y 64° de la Decisión 85, conocido también como el caso "VOLVO", sobre todo el punto 6.5 que trata de la marca notoria y en donde se siguen -sin citarlo- los razonamientos del profesor español Carlos Fernández Novoa expuestos en su libro *Fundamentos de Derecho de Marcas*, ya citado.

En nuestra opinión el artículo 75 de la Decisión 85 fue, generalmente, mal interpretado. En efecto, este artículo debió entenderse en el sentido que la coexistencia de dos marcas iguales o similares, de propiedad de titulares distintos domiciliados en países diferentes, para distinguir iguales o parecidos productos o servicios, sólo era aplicable para marcas que estuvieron registradas con anterioridad a la vigencia de la Decisión 85. Solo de esta manera puede comprenderse el propósito de señalar un plazo de prioridad para obtener el registro de la marca en otro país. Se interpretó la disposición, repetimos, en forma distinta, y no únicamente para las marcas registradas con anterioridad a la Decisión 85, con la consiguiente confusión.

Una interpretación lógica del artículo 75 de la Decisión 85 nos muestra que existió un plazo -el que va desde su entrada en vigencia- en que los interesados pudieron «regularizar» su situación, creando su respectiva marca de exportación -que fue lo que no se deseó exigir al inicio, por el alto e inmediato costo que ellos significaba- siendo por tanto perfectamente coherente la propuesta de la DECISION en su artículo 94 c) y que, además concilia con las soluciones adoptadas en otros países.²²

8.8 Limitaciones a los derechos del titular.-

El titular de una marca no puede impedir que un tercero de buena fe utilice en el mercado, siempre y cuando no sea a título de marca (nombre comercial), denominación o razón social, indicación de procedencia, etc.), su propio nombre o seudónimo o su domicilio, o un nombre geográfico o cualquier otra indicación, siempre que tal uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir a confusión al público consumidor²³.

Asimismo, el titular de una marca no puede impedir su uso por terceros para anunciar u ofrecer en venta productos marcados o para la comercialización de productos utilizables con los productos de la marca registrada, siempre que se haga de buena fe y con propósitos informativos que no impliquen confusión sobre el origen de los mismos (artículo 96).²⁴

En lo que se refiere al frecuente problema de las «importaciones paralelas», el artículo 97 propone una solución equitativa, al señalar que el titular de la marca no puede prohibir a un tercero la comercialización de productos marcados que hubiera adquirido lícitamente, siempre que no hayan sido objeto de modificación o alterados durante su comercialización (solución que constituye una excepción a lo previsto en el inciso c) del artículo 94, visto en el numeral anterior)²⁵.

8.9 Procedimiento para el registro (oposiciones).-

El procedimiento para el registro de marca y los requisitos formales no han sufrido mayor variación. Sin embargo, las facultades de la Dirección de Propiedad Industrial han sido ampliadas para rechazar de oficio algunas oposiciones («observaciones» es el término utilizado por la DECISION) al registro, entre ellas, una que nos parece peligrosa, la señalada en el inciso b) del artículo 83, que se refiere al caso en que la oposición se fundamente en solicitud de fecha posterior a la del primer peticionario, ya que ello hará difícil impedir el éxito a aquellas solicitudes «piratas» que buscan registrar como marca novedosa la creada por terceros en el exterior y que no han sido aún registradas en el país.

Igualmente, se ha conferido a la Dirección de Propiedad Industrial la facultad, en nuestra opinión excesiva, de no admitir a trámite y rechazar de plano las oposiciones que se funden en marcas que -a su solo criterio- sean evidentemente disímiles.

Otra variación importante es la referente al número de recursos a presentarse en la vía administrativa. En Perú el 99% de los procedimientos contenciosos en asuntos de Propiedad Industrial terminan en la vía administrativa y no llegan al Poder Judicial. La razones para que ello sea así son diversas y su explicación excede al objeto del presente artículo. Actualmente, según el Decreto Supremo 001-71-IC/DS, existen hasta cuatro recursos para la primera instancia -dos por cada parte- que pueden presentarse en un plazo no inferior a 4 meses. Según los artículos 82, 84 y 85 de la DECISION ahora sólo se reconocen dos recursos, teniendo cada parte 30 días útiles para interponer uno solo de ellos. Todo esto hará -quizás- que en el futuro sea más usual el acudir al Poder Judicial para contradecir las resoluciones administrativas.

Resulta inadmisibles, como algunos opinan, que la oficina encargada conceda automáticamente el registro cuando no se presenten observaciones; ello es contrario al artículo 85 de la DECISION que obliga a efectuar un examen de registrabilidad y, además representa un recorte injustificado de los poderes de la mencionada oficina, con detrimento de los consumidores, de los competidores y de la necesaria transparencia que debe buscarse en el mercado.

Finalmente, se ha eliminado la norma contenida en el artículo 77 de la Decisión 85, por la cual se concedía a la Dirección de Propiedad Industrial la facultad de cancelar el registro de una marca después de comprobar que el titular o licenciataria de la misma hubo

22. Tales como las referentes a los Procesos 1-87; 1-88 y 3-90 publicadas en las Nos. 28 y 70 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

23. Vid. Pachón, Manuel, *Propiedad Industrial y Derecho Comunitario Andino*, Op.cit. **NOTA DEL COMITE DIRECTIVO DE LA REVISTA**; En este mismo número se publica un artículo sobre este asunto "La acción de interpretación prejudicial en el derecho comunitario andino" por el profesor colombiano Manuel Pachón.

24. Ibid, p. 174 y ss.

25. Ver Bertone, Luis y Cabanellas, Guillermo, Op. cit., Tomo II, p. 129 y OMPI, Op. cit. p. 175.

especulado o hecho uso indebido en el precio o la calidad del producto amparado con la marca, en detrimento del público o de la economía del país. Dicho artículo no sólo adolece de ambigüedad, lo que lo hizo inaplicable, sino que, además, su contenido excedía el ámbito del derecho marcario, por lo que su supresión nos parece acertada.

8.10 Renovaciones.-

En cuanto a las renovaciones se han introducido algunas importantes modificaciones mediante los artículos 88, 89 y 90.

La solicitud podrá no sólo presentarse, como era con la Decisión 85, seis meses antes del vencimiento del registro, sino también hasta seis meses después (período de gracia).

La no existencia de una norma como la del artículo 70 de la Decisión 85, que disponía que para tener derecho a solicitar la renovación había que demostrar que se estaba usando la marca en cualquier país del Grupo Andino, no significa empero que no sea necesario usarla para mantener el derecho sobre ésta, como veremos en el punto 8.14.

8.11 Nuevo registro para la misma marca.-

La DECISION dispone que la solicitud de registro de una marca presentada dentro de los seis meses siguientes al período de gracia por quien fue su último titular, no puede ser materia de oposiciones formuladas por titulares de marcas que han coexistido con la solicitada (artículo 90).

Esta norma concreta en forma positiva el criterio casi uniforme adoptado en la jurisprudencia administrativa nacional, debiendo nosotros incidir en que el sustento se haya no sólo en la coexistencia registral - que es lo que dice textualmente la DECISION- sino fundamentalmente en que ambas marcas han sido usadas sin haber causado perjuicio a los consumidores.

8.12 Licencias.-

Son de aplicación aquí los comentarios hechos para los contratos de licencia referidos a patentes de invención (ver supra 5.14). Recordemos que, cuando se trata de licencias de marcas de propiedad de titulares extranjeros, el artículo 106 de la DECISION prescribe la sujeción de tales contratos al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías contenido en la Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena. La DECISION dispone que deben constar por escrito (art. 104) y registrarse ante el organismo nacional competente (art. 105). Es también de aplicación el Decreto Legislativo 662²⁶.

8.13 Tranferencias.-

Toda transferencia o cesión de marca se registra por la legislación interna pero deberá siempre registrarse ante la Dirección de Propiedad Industrial (art. 105).

En el artículo 104 se precisa que sólo puede transferirse aquellas marcas «registradas y vigentes», con lo cual -a primera vista- se podría objetar la cesión de una manera en trámite de registro.

Son demasiado escuetas -en nuestra opinión- las normas de la DECISION ya que en razón de la protección que merecen los consumidores, la cesión de la marca puede tener diversos tratamientos; es decir la marca puede cederse sin limitación alguna o estar vinculada a la del total o parte de la empresa, soluciones que han sido incorporadas en distintos ordenamientos positivos²⁷.

8.14 La cancelación del registro.-

La cancelación se produce por renuncia del titular (artículo 101) o por falta de uso a pedido de un tercero (artículo 98). A este respecto, recordemos que el plazo de vigencia de la marca se ha extendido de 5 a 10 años (artículo 88); así, si durante los 5 años consecutivos inmediatamente precedentes al inicio de la acción no se hubiera usado la marca, es posible que un tercero solicite la cancelación, inclusive al interior de un procedimiento de infracción, oposición o nulidad, si éste se ha interpuesto con base en la marca no usada (artículo 98). No existía en la antigua ley un dispositivo como éste.

Cabe señalar que el uso se podrá acreditar por un medio que deberá dictarse en el futuro. Según la Dirección de Propiedad Industrial, ello ocurrirá sólo en los pedidos de cancelación y no en los procedimientos de renovación; es decir, que no se exigirá presentar pruebas de uso para solicitar la renovación, que es lo que ocurre a la fecha y que es materia de divergencias entre los especialistas, ya que algunos señalan que el registro podrá, en el futuro, llenarse injustificadamente de marcas no usadas, limitando así justas expectativas de terceros, contraviniendo uno de los fundamentos del sistema marcario que es el de proteger -principalmente- marcas vivas y operantes²⁸. Conviene anotar que esto se encuentra atenuado por el pago de anualidades que veremos más adelante. El artículo 98 reconoce explícitamente como motivo justificado de falta de uso fortuito o la fuerza mayor, que sería de aplicación, por ejemplo, en aquellos casos -usuales en nuestro país en el pasado- de prohibición de importar ciertos bienes, lo que hacía imposible el uso auténtico de la marca.

El artículo 99 prevé dos situaciones excepcionales, en las que se considera que la marca es usada, no disminuyendo por tanto la protección jurídica, a saber:

26. Vid. Bertone, Luis y Cabanellas, Guillermo, *Derecho...*, Op. cit., Tomo II, p. 358 y ss.; Fernández Novoa, Carlos "Fundamentos...", Op. cit. p. 336 y ss., y *Derecho...*, Op. cit., p. 227 y ss.

27. Vid. Fernández Novoa Carlos, "Fundamento...", Op. cit., p. 321, y "Derecho...", Op. cit. p. 221.

28. Sobre el uso obligatorio de la marca registrada vid. Fernández Novoa, Carlos, "Fundamentos...", Op. cit. p. 385 y *Derecho...*, Op. cit. pág. 239 y ss.

a. Cuando distinga productos destinados a la exportación (es decir, la marca no tiene que ser usada dentro del país); y,

b. Cuando se produzcan pequeñas modificaciones en su forma, (no en la denominación, entendemos), debiéndose, cuando la marca se encuentra registrada en varias formas, usarse en todas.

Por último, cabe resaltar lo dispuesto en el artículo 100 en el sentido que aquel que obtenga una resolución favorable en un procedimiento de cancelación tendrá derecho preferente para registrar dicha marca. No obstante, creemos que ello no significa que necesariamente obtendrá el registro, porque la marca que fue antes cancelada por su no uso y ahora es solicitada, puede ser confundible con otras registradas y hasta en uso, de aquel o de distintos titulares. Nos parece que el derecho de preferencia sólo puede hacerse efectivo cuando el signo cancelado es de aquellos que, de no encontrarse inscritos a nombre de terceros, pueden ser libremente registrados por cualquiera.

8.15 La nulidad del registro

El artículo 76 de la Decisión 85 facultaba a la Dirección de Propiedad Industrial a «cancelar» los registros concedidos a signos que carecían de las condiciones positivas de registrabilidad (artículo 56 de la Decisión 85) o a aquellos que la ley calificaba de irregistrables (artículo 58 de la Decisión 85). Si bien la derogada Decisión, en forma inexacta, calificaba dicho procedimiento como «cancelación», éste tenía como supuesto la nulidad de tales registros.

La DECISION ha superado esta deficiencia, asignándole al procedimiento la denominación correcta de «nulidad» y ha previsto, como es lógico, que procede respecto de los registros que adolecen de legitimidad, por haber sido otorgados en contravención de las normas de la DECISION²⁹. El procedimiento será determinado por la legislación interna de cada país.

8.16 La caducidad del registro.-

El registro de la marca cae si no se solicita su renovación dentro del término legal (artículo 103)³⁰.

Durante la vigencia de la Decisión 85, una vez expirado el registro de una marca, ésta quedaba de inmediato a disposición de terceros. Como una medida de protección al titular y al público consumidor, el artículo 88 de la DECISION ha establecido, en mi opinión adecuadamente, que la marca cuyo registro no ha sido renovado, sólo podrá ser solicitada por terceros cuando hayan transcurrido los seis meses posteriores a su vencimiento.

Se ha dispuesto también como causal de caducidad la falta de pago de anualidades, es decir, de un tributo (tasa) cuyo monto deberá ser determinado por la legislación interna; ello constituye una novedad en nuestro país. No existe en nuestra opinión impedimento para, por esa misma vía, determinar el modo para rehabilitar la marca que no ha cumplido con esa carga.

8.17 Marcas colectivas.-

Muy poco utilizadas han sido en nuestro medio las marcas colectivas, que son aquellas requeridas generalmente por asociaciones de productores o prestadores de servicios, es decir, por una colectividad, para distinguir el origen o alguna otra característica común de productos o servicios provenientes de empresas diferentes; por tal motivo, ha hecho bien la DECISION en perfilar las características de estas marcas en sus artículos 112 y 113, y en detallar los requisitos que deben cumplirse para su registro en el artículo 114.

Esta clase de signo distintivo, que podría ser de gran ayuda a pequeños o medianos productores que no pueden asumir el costo de una estrategia de mercadeo que implique el registro y el cuidado de varias marcas, tiene justificadas restricciones legales en cuanto a su transmisibilidad y licencia (artículo 115), con el objeto de evitar su desnaturalización y proteger a los consumidores³¹.

E. LEMAS COMERCIALES.-

No obstante que la Decisión 85 no regulaba la protección de los lemas, éstos se encuentran protegidos por la legislación local como elementos constitutivos de la Propiedad Industrial, aplicándoseles las normas sobre marcas.

La DECISION ha hecho bien en dedicar su sección VIII a los "lemas comerciales", por su uso extendido y su -a veces- enorme aunque efímero impacto en intensas campañas publicitarias, y por las evidentes consecuencias jurídicas tanto desde el punto de vista del derecho de marcas como del derecho de la publicidad y de la represión de la competencia desleal. Se encuentran definidos en el artículo 107 como la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca. Este carácter accesorio del lema comercial, en relación a la marca, se trasluce en las siguientes prescripciones de la ley:

-La solicitud de registro de un lema debe indicar la marca registrada con la cual se le usará (artículo 108).

-El lema comercial debe ser transferido conjuntamente con la marca a la cual se asocia (artículo 110).

29. Vid. Fernández Novoa, Carlos, "Fundamentos...", Op. cit., p. 456 y ss., y "Derecho...", Op. cit. p. 287 y ss.

30. Vid. Fernández Novoa, Carlos "Fundamentos...", Op. cit., p. 439 y ss., y "Derecho...", Op. cit. p. 273 y ss.

31. Vid. Bertone, Luis y Cabanellas, Guillermo, *Derecho...*, Op. cit., Tomo I, p. 252 y ss.

-La vigencia del registro del lema está supeditada a la vigencia de la marca con la cual se emplea (artículo 110).

F. NOMBRE COMERCIAL

Ha hecho bien la DECISION en incorporar al nombre comercial como objeto de protección en su artículo 117. En el Perú, se encuentra normado por los artículos 103 a 109 del Decreto Supremo 001-71-IC/DS, y ha sido materia poco estudiada.

La protección al nombre comercial se encuentra ligada a la de las marcas, pero algunas de sus principales diferencias se encuentran en su amplitud, ya que en las marcas el ámbito es siempre nacional, es decir, cubre todo el territorio, y en los nombres pueden tener una dimensión menor vinculada a la clientela adicta al establecimiento y, además, sólo puede otorgarse a personas que efectivamente realizan una actividad comercial en el territorio.

La DECISION distingue en forma expresa el nombre comercial de la denominación o razón social que emplea una persona jurídica para su identificación, pero acepta -correctamente- su coexistencia. Asimismo, prescribe la aplicación de las normas sobre marcas en lo que fuere pertinente, por ejemplo, en cuanto a prohibiciones, procedimiento de registro, etc. y, en segundo término, remite a una reglamentación especial que deberá dictar cada país miembro.

Hasta que se dicte la mencionada reglamentación, mantiene su vigencia, en lo que no se oponga a la nueva ley, la normatividad local existente, al amparo de la cual el derecho sobre el nombre comercial se adquiere por el uso del mismo en relación a una actividad económica, por lo que resulta inadmisibles, como han propuesto algunos, liberar a su titular del uso como condición para su registro. Conviene anotar que dicho registro no es requisito para gozar de protección legal³².

La Dirección de Propiedad Industrial ha interpretado correctamente que sólo merecen protección los nombres comerciales que se empleen en el país y ese es el motivo por el cual, aunque ello constituye una práctica inadecuada, los nombres comerciales extranjeros se protegen registrándolos como marcas de productos o servicios, según sea el caso.

Ni la DECISION ni nuestra legislación interna tratan del rótulo de establecimiento.

G. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS.-

Se ha previsto en el artículo 118 que los países miembros puedan fortalecer y ampliar los derechos sobre propiedad industrial reconocidos en la DECI-

SION, ya sea a nivel de la legislación nacional o mediante la suscripción de convenios internacionales. Esto permitirá a los países incorporarse, por ejemplo, al Convenio de la Unión de París y adoptar los acuerdos del GATT. Existe en algunos círculos interés -más que entusiasmo- en que se dicten de inmediato normas complementarias -y no sólo reglamentarias- lo que puede llevar a la desnaturalización de algunas instituciones, así como también que el Perú se adhiera al mayor número de convenios internacionales en materia de Propiedad Intelectual; en algunos casos será -nos parece- conveniente hacerlo, pero antes es insoslayable abrir un debate nacional, no sólo académico, bajo sanción de ilegitimidad, más aún en momentos en que se encuentra cerrado el Congreso por mandato del gobierno de facto.

H. DISPOSICIONES TRANSITORIAS.-

a. Vigencia de los derechos concedidos durante el régimen anterior.-

En aplicación de lo dispuesto en la cuarta disposición transitoria, todos los derechos de propiedad industrial concedidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Decisión subsistirán por el tiempo que fueron concedidos. Asimismo, se precisa que en lo relativo a su uso, obligaciones, licencias, renovaciones, etc. se aplicarán las normas de la nueva DECISION.

b. Prioridades.-

Según lo previsto en la quinta disposición transitoria, los registros de marcas concedidos en cualquier país miembro del Grupo Andino con anterioridad a la entrada en vigencia de la DECISION, que tengan una antigüedad superior a 10 años, tienen derecho preferente al registro en el resto de los países por el término de un año, esto es, hasta el 17 de febrero de 1993, siempre que no exista una marca idéntica previamente registrada en el país miembro donde se solicite dicho registro, para distinguir idénticos o similares productos o servicios.

9. Realizado el análisis de la DECISION conviene detenernos en las funciones que tiene el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena para realizar su interpretación, más aún cuando es una vía que -hasta donde conocemos- no ha sido utilizada en el Perú³³.

En virtud de su tratado de creación de mayo de 1979 y de la Decisión 216, esta última denominada "Protocolo de Quito", el Tribunal -como órgano del Acuerdo de Cartagena- tiene dentro de sus competencias la de declarar la nulidad de las Decisiones de la Comisión y de las Resoluciones de la Junta dictadas con violación a las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena; el determinar el incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que con-

32. Como bien dice Manuel Pachón: *El derecho sobre el nombre se adquiere por el primer uso, sin necesidad de registro*. "Manual...", Op. cit. p. 126.

33. Vid. Pachón, Manuel, *Propiedad Industrial y Derecho Comunitario Andino*, Op. cit.

NOTA DEL COMITE DIRECTIVO DE LA REVISTA: En este mismo número se publica un artículo sobre este asunto "La acción de interpretación prejudicial en el derecho comunitario andino" por el profesor colombiano Manuel Pachón.

forman el citado ordenamiento jurídico por alguno de los países miembros; y, lo que más nos interesa ahora, la de interpretar por la vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico, a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros (artículos 28 a 31 del Tratado de Creación).

Pues bien, han sido los jueces colombianos los que más han utilizado la vía de la interpretación prejudicial en materia de propiedad industrial, durante la vigencia de la Decisión 85, y el Tribunal ha emitido varias sentencias³⁴ en las que ha dejado de manifiesto su parecer en asuntos específicos de tipo técnico, pero ha aprovechado además para precisar el ámbito de su competencia, limitada al contenido y alcance de las normas comunitarias -que son obligatorias para el juez- más no las del derecho nacional, estando impedido además de calificar los hechos materia del proceso.

Así, pues, creemos que es de importancia que se divulgue la existencia del procedimiento mencionado líneas arriba, pues será la opinión del Tribunal Andino la que -en el futuro- ayudará a determinar el contenido y alcance de la DECISION.

10. Por último, cabe dejar anotado esquemáticamente las principales normas que en el Perú, con adición a la DECISION, tratan sobre la propiedad industrial y temas conexos. En primer lugar, tenemos al reglamento del Decreto Ley 18350, Ley General de Industrias, Decreto Supremo 001-71-IC/DS, en la parte correspondiente al Título V, en donde se encuentran materias no tratadas por la DECISION, entre otras, las referentes a los procedimientos tecnológicos, competencia desleal, denuncias y ciertos aspectos procesales. Tenemos, además, el Decreto Supremo 023-90-ICT/IND que incorpora como elemento de la propiedad industrial a las denominaciones de origen, numerosos decretos supremos que sucesivamente han modificado las disposiciones sobre competencia desleal, y la Resolución del Consejo Directivo del Itintec CDI-003-89 que establece sanciones para aquellos que han cometido actos desleales. Conviene también tener presente al Decreto Supremo N°86-E que puso en vigencia en nuestro país la clasificación internacional sobre marcas, también conocida como "Arreglo de Niza".

Las normas que regulan el funcionamiento del Instituto Tecnológico Industrial y de Normas Técnicas (ITINTEC) así como la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (CONITE) tienen impor-

tancia, pues bajo el primero se encuentra la Dirección de Propiedad Industrial y la División de Amparo contra la Competencia Desleal y porque en la segunda deben registrarse algunos contratos de licencia a los que hemos hecho antes mención. A la fecha se viene discutiendo -a nivel oficial- si estos organismos se unificarán para administrar todo lo referente a la Propiedad Intelectual y competencia económica.

Aunque la tendencia internacional no es a penalizar determinadas prácticas ilícitas en el campo de la propiedad industrial, porque la experiencia en otras latitudes ha demostrado la falta de eficacia de la norma penal, el nuevo Código sustantivo del año 1991 ha innovado en esta materia e introducido un título -el VII del Libro Segundo- denominado "Delitos contra los Derechos Intelectuales", con un capítulo referente a delitos contra los Derechos de Autor y conexos y otro a los delitos contra la Propiedad Industrial. Pueden ser también de aplicación, entre otros, los delitos referentes a la violación del secreto profesional (artículo 165), abuso del poder económico (artículo 232), aprovechamiento indebido de la reputación comercial o producción de descrédito en artículos o servicios ajenos (artículo 240) y publicidad falsa (artículo 238). El tiempo determinará si ha sido conveniente introducir al área penal algunos ilícitos vinculados a la competencia económica y la propiedad intelectual; hasta la fecha -por razones obvias vinculadas a aspectos intelectuales y económicos- ni abogados, ni fiscales, ni jueces, cada uno dentro de su respectivo campo de acción, parecen interesados en ingresar a esta nueva zona de combate jurídico.

Finalmente, deben tenerse presente, pues están conectados con las regulaciones sobre Propiedad Industrial, las siguientes normas, promulgadas todas en 1991: La Decisión 291 "Régimen Común de Tratamiento al Capital Extranjero, Marcas, Patentes, Licencias y Regalías"; La Decisión 283 sobre distorsiones en la competencia por dumping así como su reglamento Decretos Supremos N°133-91-EF y N°051-92-EF; el Decreto Legislativo 662 sobre inversión extranjera y transferencia de tecnología; el Decreto Legislativo 668 sobre liberalización del comercio interior y exterior; el Decreto Legislativo 691 que regula la publicidad; el Decreto Legislativo 701 sobre prácticas monopólicas y restrictivas de la competencia; y, por último, el Decreto Legislativo 716 sobre protección al consumidor.

Lima, setiembre de 1992

34. Tales como las referentes a los Procesos 1-87; 1-88 y 3-90 publicadas en las Nos. 28 y 70 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Los Delitos Contra la Propiedad Industrial en el nuevo Código Penal de 1991

Gonzalo Salas Lozada (*)

Jefe de Prácticas de Derecho Penal 1 en la Facultad de Derecho de la PUC.

INTRODUCCION

El presente artículo tiene una finalidad práctica, pues busca constituir una herramienta útil para conocer el significado, alcance y contenido de los delitos contra la propiedad industrial que por primera vez son regulados en nuestro ordenamiento con el nuevo Código Penal de 1991 (en adelante C.P.). En tal sentido, la perspectiva con la que abordamos el tema es básicamente dogmática.

UBICACION SISTEMATICA

Si bien la protección penal de la propiedad industrial está unida sistemáticamente a la protección de los derechos de autor bajo el mismo Título VII sobre delitos contra los derechos intelectuales, existe un tratamiento diferenciado de ambos bienes jurídicos en los Capítulos I y II del mencionado Título.

Ello se debe a que si bien ambos son una creación de la inteligencia humana, ambos tienen un componente patrimonial evidente y ambos implican un comportamiento defraudatorio, existe en el derecho de autor un componente personalista, mientras que en el caso de la propiedad industrial su componente es el aspecto económico de la competencia, lo que justifica plenamente su estudio por separado¹.

Precisando aún más la diferencia existente, el Doctor Bajo Fernández es enfático al señalar que:

"Mientras que en el derecho de autor lo que interesa fundamentalmente es el derecho del creador a la paternidad de la obra y a su explotación exclusiva, en la propiedad industrial lo que se trata de proteger es la capacidad competitiva de la empresa".²

BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El Bien Jurídico en los delitos contra la propiedad industrial contempla dos aspectos a proteger, uno individualista y otro colectivo o socio-económico. En el primero se protege la exclusividad en el uso y explotación del titular del derecho de Propiedad Industrial y en el segundo la intervención del Estado en la vida económica a través de normas que conceden este monopolio. De este modo, se protege también el poder del Estado de influir decididamente en la organización de la economía, pues este constituye un elemento fundamental para impulsar la innovación tecnológica e imprescindible para elevar el nivel de competitividad de nuestra industria, fomentando la investigación y el desarrollo tecnológico³.

Sin embargo, nuestra Constitución Política de 1979, al tratar la propiedad industrial en su artículo 129, no le brinda una protección adecuada, ya que presenta una redacción sumamente deficiente cuando estipula que la propiedad industrial está garantizada "asimismo y en igual forma" que la propiedad intelectual pues ello podría ser interpretado en el sentido que la garantía opera con los mismos derechos que la Pro-

* A mis alumnos, quienes han sido mis mejores maestros.

1. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. 7^{ma} Edición. Valencia. Tirant Lo Blanch, 1988. p.286.
2. BAJO FERNANDEZ, Miguel. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1989. p.219.
3. COBO DEL ROSAL, M. y Otros. Derecho Penal. Parte Especial. 2^{da} Edición. Valencia. Tirant Lo Blanch, 1988. p.885.

propiedad intelectual lo cual sería perjudicial para el desarrollo industrial del país⁴.

En efecto, la propiedad industrial no puede ser garantizada, "asimismo y en igual forma" que la propiedad intelectual, puesto que la diferencia que existe entre ambas amerita un tratamiento diferenciado como veremos a continuación.

Cuando el Estado concede un derecho de propiedad industrial, está otorgando el derecho a la explotación económica, comercial e industrial de los conocimientos y procedimientos tecnológicos que se inventaron, en tanto estos constituyan la base de la capacidad competitiva de una empresa, pues al ser aplicados a la producción y circulación de bienes van a generar una serie de efectos como por ejemplo, aumentos de productividad, significativos ahorros, mayores ventas, etc. Estos efectos socio-económicos no se producen al concederse y aplicarse un derecho de propiedad intelectual, puesto que su ámbito está circunscrito al derecho del creador a la paternidad del invento y a su explotación exclusiva, con independencia de la capacidad competitiva que pueda verse afectada.

Por ello, la propiedad industrial necesita una fuerte protección inicial a fin que aquél que detente los derechos pueda explotarlos o ceder dicha explotación a terceros. De este modo se estimulará la invención. Por otro lado, es necesario un plazo de validez de la exclusividad de esos derechos, comparativamente más breve al de la propiedad intelectual. Así, se impedirá que el titular de un derecho exclusivo bloquee la posibilidad de su utilización, al no ponerlo él en explotación ni autorizar a terceros mediante licencias, fomentándose y dinamizándose la creatividad tecnológica⁵.

Establecida entonces la necesidad de garantizar la propiedad industrial de modo distinto que la propiedad intelectual, no queda sino asumir que el tratamiento de aquélla es:

"...básicamente una forma de regular la apropiación y explotación del conocimiento tecnológico y

creativo en la vida económica, tanto productiva como comercial, con importantes consecuencias en la posibilidad de avance, estancamiento o retraso tecnológico del país⁶.

Es por ello que una correcta interpretación del Artículo 129 de nuestra Constitución debe consistir en entender que **la garantía opera también por ley**, lo cual corresponde además a la frase final del artículo que prescribe "La ley establece el régimen de cada uno de estos derechos"⁷.

Por otro lado, es necesario precisar que el ámbito de protección de los tipos abarca tanto aquellos derechos de propiedad industrial que nacen del registro, como aquellos que nacen con la creación humana.

En efecto, en los derechos de propiedad industrial que el Código señale será necesaria la inscripción en el registro correspondiente, dado que en estos casos es la inscripción lo que da origen a aquel derecho⁸. En estos casos se trata de un derecho de uso exclusivo derivado del registro⁹.

No obstante, el registro ha de ser válido. Y será a través de una cuestión prejudicial que se determinará dicha validez. Si la cuestión prejudicial se resuelve declarando nulo el registro, se carecerá de protección jurídico penal, por lo que no habrá delito. Si, por el contrario, el registro sólo es anulable, existe plena protección¹⁰.

Sin embargo, hay supuestos en los que la protección del bien jurídico no depende de la inscripción ni nace de ella. En estos casos el derecho surge con la creación, pues la característica básica de origen de esta clase de derechos es la creación intelectual¹¹.

Debe pues en estos casos considerarse el efectivo registro como un medio probatorio más del derecho de propiedad industrial que se detenta y no como el origen de dicho derecho. Sin embargo, el registro no es el único medio de prueba, existe también por ejemplo, la utilización previa de la creación industrial

4. RUBIO, M. y BERNAL, E. Constitución y Sociedad Política. Lima. Mesa Redonda Editores, 1988. Págs. 535-538.

5. Ibid., p.535-538

6. Ibid., p. 537.

7. Ibid., p. 538.

8. COBO DEL ROSAL, M. y Otros. Ob. cit., p. 885.

9. BAJO FERNANDEZ, Miguel. Ob. cit. p.235.

10. Ibid., p. 236

11. COBO DEL ROSAL, M. y Otros. Ob. cit., p. 886.

o el acuerdo entre partes posteriormente litigantes¹².

TIPO OBJETIVO DE LO INJUSTO

Norma Penal en Blanco

Los tipos penales bajo análisis constituyen normas penales en blanco, pues al igual que el tratadista español Francisco Muñoz Conde:

"Entiendo por norma penal en blanco aquella cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal"¹³.

Es por ello que en el desarrollo del presente trabajo recurriremos a diversas normas de Propiedad Industrial y de Derecho Civil.

Ubicación Temporal de la Normativa Aplicable

Antes de entrar al trabajo propiamente dogmático, es importante señalar que el nuevo Código Penal de 1991 entró en vigencia en abril de 1991, incorporando por primera vez en nuestro ordenamiento la protección penal a la propiedad industrial. Sin embargo, las normas de carácter extra-penal que completan el supuesto de hecho de los cuatro artículos bajo estudio, se han ido modificando, derogando e incorporándose otras nuevas. Es por ello que comenzaremos por establecer el ámbito de aplicación temporal de estas normas, que han hecho variar el alcance de nuestros preceptos penales sobre propiedad industrial, desde su entrada en vigencia hasta la fecha.

En efecto, cuando entró en vigencia el nuevo Código, ya se encontraba en vigor la Decisión N° 85 del Acuerdo de Cartagena reglamentando la aplicación de las normas sobre propiedad industrial¹⁴.

Esta norma estuvo vigente hasta el 07 de noviembre en que fue sustituida por la Decisión N° 311 del mismo organismo, la misma que fue sustituida el 04 de febrero de este año por la Decisión N° 313, la cual se encuentra vigente hasta la fecha.

Por otro lado, las siguientes normas, también

útiles para nuestro fin se encuentran vigentes en la actualidad y ya regían desde antes de que entre en vigencia el nuevo Código Penal de 1991:

- El Título V relativo a la propiedad industrial del D.S. 001-71-I.C/DS de fecha 25-01-71, reglamento de la derogada "Ley de Industrias" N°18350.

- La "Ley General de Industrias" N°23407 del 28 de marzo de 1982.

Sin embargo, si en algo éstas normas estuvieran en oposición a lo prescrito en las mencionadas Decisiones, regirán estas últimas, tanto en virtud del Principio de Jerarquía Normativa pues las Decisiones tienen rango de Tratado, como por el principio de Temporalidad, según el cual la norma posterior prima sobre la anterior.

ESTRUCTURA TIPICA COMUN A LOS CUATRO ARTICULOS

Ubicados temporalmente, procederemos a analizar la estructura del tipo en los delitos que nos ocupan. Consideramos que todos los delitos contra la propiedad industrial previstos en nuestro nuevo Código Penal son de mera actividad, pues éstos no requieren que ninguna de las conductas típicas vayan seguidas de la causación de algún resultado separable espacio - temporalmente de la conducta¹⁵. Es importante señalar que estos delitos son de mera actividad y no de resultado, pues ello nos permite concluir que no hay que establecer la relación de causalidad ya que no es elemento del tipo. Por este mismo motivo no será problemática la determinación del tiempo y lugar de la acción¹⁶.

Asimismo, como veremos a continuación, ninguna de estas figuras puede realizarse por omisión (propia e impropia) pues éstos no prescriben ni ordenan realizar conducta beneficiosa alguna, castigando el no hacerlo ni ordenan el realizar una conducta que implique la evitación de un resultado lesivo. Es por ello, que tampoco podemos admitir que estos delitos se realicen por omisión impropia "supralegal". En efecto, en la omisión impropia "supralegal" -por interpretación doctrinaria-, se admite que se califique como delictiva

12. Ibid., p. 886.

13. MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. BOSCH, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1975. p. 18.

14. Es en virtud del artículo 3° del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de fecha 28 de Mayo de 1979 que fue suscrito por el Perú, que las decisiones de éste quedan incorporadas a nuestro ordenamiento y son aplicables en el país a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

15. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. PPU. Barcelona, 1990. p. 215.

16. Ibid., p. 216.

aquella conducta que con un "no hacer" realice un delito tipificado en una norma penal prohibitiva¹⁷, siempre y cuando ésta no limite las modalidades que pueda revestir la acción típica y se trate de un delito de resultado. Sin embargo, como hemos visto, este último requisito no se cumple¹⁸.

Por otro lado, a fin de tener certeza sobre el momento en que estos delitos se consuman, bastaría con señalar que se trata de delitos alternativos, pues cualquiera de las conductas previstas basta por sí sola para su consumación¹⁹.

Finalmente, todas estas figuras constituyen delitos de peligro abstracto, pues ninguno de ellos requiere la lesión del bien jurídico protegido, ni de la creación de una próxima y efectiva situación de peligro para el bien jurídico protegido. En efecto, su castigo encuentra fundamento en la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de tales acciones, presumiéndose que éstas son normalmente peligrosas en alto grado. Sin embargo, como la peligrosidad es la razón del castigo en los delitos de peligro, ésta debe verificarse efectivamente en la realidad, incluso en los delitos de peligro abstracto como los que nos ocupan. Pero en estos casos, basta la sola peligrosidad sin exigirse que sea próxima la lesión del bien jurídico. De este modo no se transgrede el fundamento de estos delitos, pues no se estaría dejando a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad ni de la proximidad de la peligrosidad, sino que lo que se exige únicamente es verificar la existencia de un peligro efectivo en la realidad, aunque no sea próximo²⁰.

SIGNIFICADO, ALCANCE Y CONTENIDO²¹

A. ARTICULO 222 del nuevo C.P.: El que fabrica producto o usa un medio o proceso patentado de fabricación, sin estar autorizado por quien tiene derecho a hacerlo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con sesenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36o., inciso 4.

1. Sujetos

Con respecto al sujeto activo el presente artículo, al igual que los artículos 223, 224 y 225 del nuevo

C.P., no exige ninguna cualidad, calificación o característica especial del autor. Por ello cualquier persona natural mayor de edad puede ser sujeto activo.

En relación al sujeto pasivo, éste deberá ser titular de algún derecho sobre alguno o algunos de los elementos de propiedad industrial, excepto las patentes de invención y los nombres, denominaciones comerciales y lemas.

Asimismo, el Estado como conductor de la vida económica del país también es sujeto pasivo de éste delito, pues el ámbito socio-económico, que expusimos al ver el bien jurídico, también está dentro del objeto de protección.

2. Fabricar, Usar y Producto

Fabricar es el proceso de construir, elaborar, preparar o producir cualquier bien, sin que sea preciso que el producto esté terminado, siendo éste último el resultado que se busca obtener al final del proceso de fabricación.

Por otro lado, usa un medio o proceso patentado de fabricación quien lo hace servir para algo, disfrutando de él siendo o no su dueño.

3. Proceso Patentado de Fabricación

Debe entenderse que es todo conocimiento tecnológico integrado por procedimientos de fabricación y producción en general y/o el conocimiento relativo al empleo y aplicación de técnicas industriales, resultante del conocimiento, experiencia o habilidad intelectual, tal como se puede advertir del artículo 87 del D.S. 001-71- I.C/DS, concepto que no ha variado durante toda la vigencia de nuestro nuevo C.P.

Sin embargo, la norma condiciona la protección como propiedad industrial, del proceso de fabricación al hecho de que éste constituya un secreto sea del autor o de la empresa.

Asimismo, se entenderá patentado desde que el jefe de la Oficina de Propiedad y Registro Industrial dicte la resolución que otorga el registro del proceso de fabricación y no desde el día y la hora de la

17. Tipo penal cuya redacción evidencia una forma comisiva de realizar el delito, pues no señala expresamente la omisión como forma de realizarlo.

18. MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 217 y 218.

19. Ibid., p. 218.

20. Ibid., p. 223 y 224.

21. Las Decisiones 85, 311 y 313, así como el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena pueden obtenerse en la Biblioteca del Acuerdo de Cartagena. El D.S. 001-71-I.C/DS es de fecha 25-01-71. El D.S. 023-90 ICITI/IND fue publicado en El Peruano el 25 de Julio de 1990. La "Ley General de Industrias" No23407 es de fecha 28 de Mayo de 1982.

Es necesario establecer la regulación que nos brindan las Decisiones 85 y 311 a pesar de no estar ya vigentes, pues se aplicarían a aquellos delitos que se cometieron durante su vigencia.

presentación de la solicitud, pues podrían existir solicitudes en trámite cuya prioridad en el derecho deba establecer previamente la autoridad competente, tal como se desprende de los artículos 49 y 113 del D.S. 001-71-I.C/DS.

Por otro lado, hay que señalar que tal titularidad del derecho sobre el proceso de fabricación no implica propiedad, pues puede constituir también otra forma de tener derecho a usar y disponer de él, como por ejemplo, tener derecho a su uso en virtud de un contrato de cesión.

La norma es deficiente al incluir a los "medios de fabricación" como objeto de protección, pues su significado es muy vago, amplio y tampoco se encuentra recogido en la normativa relativa a la propiedad industrial.

Así se atentaría contra el principio de Legalidad, pues "medios de fabricación" también pueden ser las máquinas, los insumos, el capital y hasta los recursos humanos. Es entonces absurdo e incorrecto que se sancione penalmente a quien haga uso de ellos pues en un sentido tan amplio, nadie tiene el derecho a autorizar su uso y, además, ninguno de ellos es patentable pues no constituye secreto alguno.

Por lo expuesto, creemos que la única forma como puede entender este artículo, es considerando que se pretende sancionar a aquel sujeto que haga uso de los medios de fabricación del dueño sin su autorización. Es decir que, por ejemplo, un trabajador utilice las máquinas de la fábrica en la que trabaja sin estar autorizado por la persona que tiene derecho a autorizar su uso. Sin embargo, para que esta conducta tipifique el delito, deberá influir en la capacidad competitiva de la empresa. Esto excluiría de sanción a quienes usan de los medios de fabricación sin fines comerciales o industriales.

4. Sin estar autorizado por quien tiene derecho a hacerlo

La persona que tiene el derecho a autorizar la fabricación de un producto o el uso de un medio o proceso patentado de fabricación es el titular del derecho, que como hemos visto, no necesariamente es el propietario. Es así que el propietario de un elemento constitutivo de la propiedad industrial puede otorgarlo en licencia de uso o transferirlo a terceros mediante un contrato. Sin embargo, para ello, requerirá obligatoriamente de la autorización otorgada mediante resolución de la Dirección General de Industrias o resolución suprema refrendada por los ministros de Economía y Finanzas y de Industria y Comercio, según se trate de un contrato que no ocasione, pagos al exterior o uno que sí los ocasione respectivamente. Ello se puede advertir de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del D.S. 001-71 I.C/DS.

Una vez que se cuente con la autorización correspondiente, el acto que modifique el derecho relativo a

la propiedad industrial deberá ser registrado y aprobado en la Oficina de Propiedad y Registro Industrial, cuyo jefe se encuentra encargado de dictar las resoluciones que otorgan el registro y de suscribir los respectivos certificados, tal como estipulan los artículos 55 y 113 del D.S. 001-71-I.C/DS. Será a partir del momento en que el jefe de dicha Oficina dicte la resolución que otorga el registro en favor de alguien, que esta persona tendrá el derecho de autorizar la fabricación de un producto o el uso de un medio o proceso patentado de fabricación.

Asimismo, se establece en el artículo 53 del citado D.S.001-71-I.C/DS que el propietario deberá realizar el otorgamiento en uso o la transferencia mediante contrato u otro instrumento privado siempre que se cuente con firma legalizada por notario. En el caso que los instrumentos se otorguen en el extranjero, la legalización la realizará el funcionario consular peruano.

Finalmente, rigen las reglas de la representación estipuladas en el Código Civil, en virtud del artículo 48 del D.S. en cuestión; a efectos de tener derecho a autorizar actos de disposición sobre algún elemento de la propiedad industrial.

Como se puede ver, la sola voluntad del titular de un elemento de la propiedad industrial no basta para que un tercero esté autorizado a hacer uso del elemento de que se trate, sino también es necesaria la autorización de la entidad administrativa señalada y el cumplimiento de ciertos requisitos.

5. Resultado

Esta figura no exige que se produzca un resultado patrimonial lesivo para que la conducta sea típica, al igual que en los artículos 223, 224 y 225 del nuevo C.P.

B. ARTICULO 223 del C.P.: El que, sin autorización, reproduce por cualquier medio, en todo o en parte, diseño o modelo industrial registrado por otro o vende o expone a la venta objeto que es imitación o copia del modelo legalmente registrado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, con sesenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36o., inciso 4.

Con relación a los "sujetos" y al "resultado", es aplicable lo expuesto en el análisis del artículo 222.

1. Sin autorización

Al respecto es aplicable lo señalado en el punto 3 del análisis del artículo 222 del nuevo C. P., cuyo tratamiento no ha variado durante la vigencia del nuevo C.P. como se puede ver en los artículos 54 de la Decisión 85, y 55, 38, 39 y 68 tanto de la Decisión 311 como de la 313.

2. Diseño Industrial

Este concepto ha ido modificándose tal como se desprende del artículo 82 del D.S. 001-71-I.C./DS, artículos 57, 72 y 73 de la Decisión 311 y los artículos de la misma numeración en la Decisión 313, por lo que en un caso concreto y fecha determinada, se establecerá lo que debe entenderse por diseño industrial, en base a las normas citadas.

3. Modelo Industrial

Su contenido también ha ido variando, lo que puede verse en los artículos 45 y 46 de la Decisión 85, artículos 53, 54, 55, 6 y 7 de la Decisión 311 y los artículos de la misma numeración en la Decisión 313. También respecto a este concepto, será en un caso concreto y en una fecha determinada que se precisará su contenido en base a los dispositivos señalados.

4. Registro

Es importante establecer el momento a partir del cual un diseño o un modelo industrial se considera registrado y desde cuando deja de ser considerado como tal, pues sólo durante su registro gozará de protección penal.

El diseño industrial se considera registrado desde la fecha en que la Oficina de Propiedad y Registro Industrial otorgue la resolución que concede el derecho sobre éste, tal como se puede advertir de los Artículos 86, 63, 113 y 55 del D.S. 001-71-I.C./DS.

Con relación a la fecha en la que un diseño industrial deja de considerarse registrado, el tratamiento ha variado. El artículo 85 del D.S. 001-71-I.C./DS estipula un plazo de vigencia de cinco años.

El artículo 64 de la Decisión 311 prevé un plazo de ocho años al igual que el mismo artículo en la Decisión 313. Ninguna de las Decisiones contempla la posibilidad de que este registro sea renovado.

Respecto a los modelos industriales, éstos también se considera registrados desde que la Oficina señalada emita la resolución que concede el derecho, tal como lo disponen los artículos 55 y 113 del D.S.001-71-I.C./DS y los artículos 55, 28 y 29 tanto de la Decisión 311 como de la 313.

El modelo industrial deja de considerarse registrado luego de cinco años según el artículo 54 de la Decisión 85. Empero, a partir de la Decisión 311 el plazo de vigencia es de 10 años, como lo establece su artículo 56, plazo que es mantenido por la Decisión 313.

Tampoco existe norma que haga referencia a la renovación del registro de un modelo industrial.

5. Venta y exponer a la venta

Basta afirmar que por venta debemos entender lo estipulado en los artículos 947, 959 y 1529 del Código Civil de 1984, y que con relación a la exposición a la venta deberá evidenciarse que se expone para vender, pues la sólo exhibición no configura el delito.

6. Objeto que es Imitación o copia y reproducir

Objeto imitado es aquél que es semejante a otro, es decir, que tiene una señal o indicio de que tomó como ejemplo a otro objeto del que busca alejarse con el fin de eludir la detección del fraude. No implica que sea igual. Así, un objeto puede ser imitación de otro, sólo por guardar la misma proporción en sus formas mas no en su tamaño. Por objeto copiado debemos entender que es aquél que es igual a otro, es decir, un objeto reproducido.²²

C. ARTICULO 224 del C.P.: El que usa en modelo o diseño industrial una expresión que lo acredite falsamente como titular del derecho o menciona en anuncio, o medio publicitario como registrado diseño o modelo que no lo estuviera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, con sesenta a trescientos sesenticinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36o., inciso 4.

1. Sujetos

Es necesario agregar algo a lo ya expuesto en el artículo 222, pues el concepto de sujeto pasivo se ve ampliado, ya que puede ocurrir que un sujeto se anuncie falsamente como titular de un derecho, sin que exista alguien que efectivamente detente ese derecho y también es probable que el diseño o modelo que un sujeto menciona en anuncio o medio publicitario como registrado, no pertenezca a nadie. Es decir que nadie tenga la titularidad de algún derecho sobre uno o ambos elementos.

2. Expresión que lo acredite falsamente como Titular del Derecho

Al respecto debemos reiterar que la titularidad no alude necesariamente a propiedad, pues también podría tratarse, por ejemplo, de una cesión de uso. Para que este elemento típico se configure, es preciso que el sujeto activo busque acreditar una titularidad ilegítima o inexacta.

La expresión que use el sujeto en el modelo o diseño industrial puede consistir en dibujos, letras, palabras, caricaturas, sonidos, imágenes y cualquier

22. UNIVERSAL CODEX. Nuevo Diccionario Enciclopédico y Atlas Universal. Buenos Aires-1961, Tomo I págs. 346 y 757, y Tomo II p. 1276.

otro medio de expresión, pues la norma no es taxativa a este respecto.

3. Mencionar en anuncio o medio publicitario como registrado diseño o modelo industrial que no lo estuviera

Basta con señalar que se contemplan como medios publicitarios la televisión, cine, radio, diarios, revistas, volantes, letreros, anuncios y cualquier otro medio publicitario, pues la norma tampoco es taxativa a este respecto. Con relación a la mención que se haga del diseño o modelo industrial como registrado hay que señalar que ésta puede referirse al registro no sólo de inscripción de un derecho relativo a la propiedad industrial, sino también al registro de actos modificatorios, como fusiones, cambio de nombre de los titulares, transferencias y otros que se realicen tal como lo estipula el artículo 55 del D.S. 001-71-I.C./D.S.

D. ARTICULO 225 del C.P.: El que reproduce, indebidamente en todo o en parte, artículo industrial con marca registrada por otro o lo imita de modo que pueda inducir a error o confusión o el que, a sabiendas, usa marca reproducida o imitada o vende, expone a la venta o tiene en depósito productos con marca imitada o reproducida, en todo o en parte o productos que tengan marca de otro y no hayan sido fabricados por el agente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, con sesenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36o., inciso 4.

Con respecto a lo que debe entenderse por "indebidamente", debemos señalar que es aplicable lo señalado en el punto 3 del análisis del artículo 222, debiendo precisar que el sujeto activo actuará debidamente si cuenta con la autorización de quien tiene derecho a hacerlo, así como si cuenta con el amparo de una resolución judicial que le permita realizar los actos descritos en dicho artículo.

1. Marca

Este concepto también ha sido regulado de diferente manera por los artículos 93, 96 y 97 del D.S. 001-71-I.C./D.S., Artículos 56 y 58 de la Decisión 85 y artículos 71, 72 y 73 tanto de la Decisión 311 como de la 313. También tendrá que determinarse en un supuesto y fecha concretos lo que debe entenderse por "marca" en base a los dispositivos expuestos.

2. Registro

Al igual que los otros elementos de la Propiedad Industrial, una marca se considera registrada desde

que el organismo competente otorgue la resolución que concede el derecho, por lo que importa precisar desde qué momento una "marca" deja de estar registrado, pues sólo durante su registro es que una marca goza de protección penal.

El artículo 98 del D.S. 001-71-I.C./D.S. estipula un plazo de 5 años para la duración del registro de una marca. Establece además que este plazo podrá renovarse por igual término si se solicita dentro de los seis meses anteriores a su expiración.

De igual modo está regulado en el artículo 69 de la Decisión 85. Sin embargo, a partir de la Decisión 311 el plazo de duración del registro de una marca se amplía a 10 años, pudiendo renovarse también por periodos sucesivos de 10 años y estableciéndose un periodo de gracia, para solicitar la renovación del mismo, que va hasta seis meses después del vencimiento del plazo, tal como se desprende de sus artículos 88 y 89. La Decisión 313 ha resuelto este problema en sus artículos 87 y 88, en el mismo sentido.

3. De modo que pueda Incir a Error o Confusión

Basta que en la conducta del sujeto activo exista potencialmente la posibilidad de que alguien caiga en error o confusión, sin que efectivamente se produzca el error o la confusión.

TIPO SUBJETIVO DE LO INJUSTO

Todos los tipos penales que protegen la propiedad industrial son figuras dolosas, es decir, su infracción debe realizarse intencionadamente, lo cual excluye necesariamente la comisión imprudente.

Por ende, no es admisible la comisión culposa, ni aún en los casos de falsificación en que existía registro previo, en relación a la obligación de cersiorarse el sujeto activo de la existencia previa de dicha inscripción²³.

Sin embargo, es interesante observar como en la jurisprudencia española se ha admitido el castigo a título de imprudencia si se trata de la falsificación de marcas, cuando sobre el sujeto activo pese un especial deber de cersiorarse del registro de la marca²⁴.

Por otro lado, es necesario precisar que ninguno de estos preceptos exige la concurrencia adicional de algún elemento subjetivo distinto al dolo, como por ejemplo "la intención de utilizar el derecho de propiedad industrial con fines comerciales o industriales que

23. COBO DEL ROSAL, M., Ob. cit., p. 892.

24. BAJO FERNANDEZ, M., Ob. cit. p. 237.

debe informar la conducta típica" que sí es requisito típico en otros sistemas como el español²⁵. Dicho en otras palabras, es el ánimo de aprovecharse de las ventajas de la reputación industrial de otra persona²⁶.

Consideramos que esta omisión es un error, pues si se hubiera incluido quedaría al margen del Derecho Penal la utilización para fines puramente personales, particulares, para experimentación científica, mejoras, comodidad, por ser coleccionista, etc.²⁷.

ANTI JURICIDAD

Con respecto a las causas de justificación que podrían operar ante una conducta que realice la tipicidad de alguno de los delitos contra la propiedad industrial, podríamos señalar que quien obra ejercitando su derecho preferente al de otro no actúa antijurídicamente pues está amparado por el inciso octavo del artículo 20 del nuevo C.P. que estipula el "ejercicio legítimo de un derecho".

Asimismo, podríamos señalar que tampoco obra antijurídicamente quien actúa con el consentimiento válido del titular del derecho de propiedad industrial, siempre que además de ello exista la autorización del organismo competente.

CULPABILIDAD

Sobre este punto, las reglas sobre el error de prohibición son aplicables. Este se producirá cuando un sujeto obre en la creencia que ejercitaba sus derechos, con los que se descartará su culpabilidad. Asimismo, cabe negar la culpabilidad, aún cuando se tenga conocimiento de la patente registrada, si se actúa creyendo de buena fe que se ostenta otro derecho propio preferente. Si el error es vencible se atenuará la pena y si es invencible se excluirá la responsabilidad penal²⁸.

PENAS

Los delitos estudiados son sancionados con tres penas: privativa de libertad, multa e inhabilitación.

La pena privativa de libertad prevista es de no menos de uno ni más de cuatro años. La inhabilitación producirá -según disponga la sentencia- incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio, arte o industria. Asimismo, el Juez podrá prescribir de sesenta a trescientos sesenticinco días-multa, siendo el importe del día-multa equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza²⁹.

25. COBO DEL ROSAL, M. Ob. cit., p. 892. MUÑOZ CONDE, F., Ob. cit., p. 291.

26. BAJO FERNANDEZ, M. Ob. cit. p. 237.

27. MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte Especial. 7ma. Edición. Valencia. Tirant lo Blanch, 1988. p. 291.

28. BAJO FERNANDEZ, M. Ob. cit. p. 238 y el segundo párrafo del artículo 14 del Código Penal de 1991.

29. Artículos 36, Inc. 4, 41, 222, 223, 224 y 225 del Código Penal de 1991.

La Capitalización De Intereses en las Deudas Laborales

Fernando García Granara

Abogado. Profesor de Derecho de la PUC.

Exp. Nº 213-92-A.

Beltrán

More

Zubiria.

Lima, 02 de julio de 1992

VISTOS, en audiencia pública de 16 de junio de 1992, por sus fundamentos pertinentes y CONSIDERANDO además: que el artículo 1244º del Código Civil determina que corresponde al Banco Central de Reserva del Perú fijar la tasas de intereses legales; que el Decreto Supremo 033-85-TR de 18 de noviembre de 1985, estableció el derecho de los trabajadores para que en caso de incumplimiento por el empleador del pago oportuno de lo que legalmente corresponda, al término de la relación laboral, goce del beneficio del interés legal a que se refiere el artículo 1244 del Código Civil; que tal interés legal se devenga a partir del día siguiente a aquél en que se produjo el incumplimiento, conforme al artículo 2 del indicado Decreto, concordante con el artículo 1333 del Código Civil; que estando a lo instituido en los artículos 58 y 59 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, esta institución está autorizada para establecer tasas de interés que tengan en consideración la naturaleza y el plazo de las operaciones o de los documentos a que se apliquen; que el Banco en consecuencia, al determinar que las tasas de interés legal sean efectivas, conforme lo instituyó a partir de su RSC de 21 de agosto de 1985, implicaba interés compuesto o sea su capitalización, de acuerdo con los sucesivos cuadros periódicamente publicados por la referida institución; que a partir de su RSC de 12 de marzo de 1991, el Banco introdujo el sistema denominado TAMN o sea Tasa Activa de Moneda Nacional, igualmente efectiva y con factores de más uno o más dos según el plazo de atención de las obligaciones afectas a este tipo de interés; que la manera de estructurar y desarrollar tal modalidad periódicamente publicada por la Superintendencia de Banca y Seguros y así, por ejemplo, aparece en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 15 de junio de

1992, las denominadas «Tasas de Intereses Legales Efectivas Mensuales»; que, por todo lo expuesto, la demandada ha tenido y tiene a su alcance los elementos y argumentos necesarios para acreditar o demostrar, legalmente, los posibles errores sea de construcción o de interpretación en que podría haberse incurrido en el Departamento de Pericias; que, en tanto no construyan sus impugnaciones u observaciones con los elementos autorizados, aprobados y publicados tanto por el Banco Central de Reserva como por la Superintendencia de Banca y Seguros, incluyendo, de estimarlo pertinente, la pericia de parte que permite el segundo párrafo del artículo 42 del Decreto Supremo No 003-80-TR debe considerarse que las pericias corrientes en autos se han ajustado a lo previsto en la ley y de acuerdo a lo actuado; CONFIRMARON los autos de fojas 15 y 15-C que declara sin lugar las observaciones de la emplazada, en los seguidos por Artemio Herrera Leyva con Compañía Manufacturera del Vidrio del Perú Limitada S.A., sobre beneficios sociales; y los devolvieron al Segundo Juzgado de Trabajo de Lima.

BELTRAN.- MORE.- ZUBIRIA.- Mercedes Valdivia
- Secretaria.

I. ANTECEDENTES.-

En ejecución de sentencia, el Segundo Juzgado de Trabajo dispuso la remisión de los autos al Departamento de Pericias Judiciales a fin de que esta dependencia calculara el monto de los intereses legales devengados en favor del actor.

El perito judicial emitió informe aplicando un factor de capitalización diaria sobre el monto de beneficios sociales. Ante la observación planteada por la empresa, el perito se ratificó en la fórmula de capitalización utilizada.

El Juzgado de Trabajo declaró infundada la observación considerando que la liquidación efectuada por el perito había sido practicada con arreglo a las

resoluciones dictadas por el Banco Central de Reserva, entidad que de acuerdo al artículo 1244 del Código Civil tiene facultades para fijar la tasa del interés legal.

El recurso de apelación interpuesto por la demandada subió a la Tercera Sala Laboral y originó la resolución del 2 de julio de 1992 cuyo texto aparece transcrito anteriormente.

La resolución en comentario admite la figura de la capitalización de intereses en las deudas laborales, criterio que aunque resulta uniforme en los pronunciamientos de las Salas Laborales (ex-Tribunales de Trabajo)¹, viene siendo objeto de cuestionamiento, polémica y crítica, al crear una excepción no prevista en la ley.

El análisis del tema nos sitúa, de entrada, en el Derecho de Obligaciones, específicamente en la parte relativa al «pago de intereses» (Capítulo Segundo, Título II, Sección Segunda del Libro VI del Código Civil).

II. LA CAPITALIZACION DE INTERESES EN EL CODIGO CIVIL.-

La figura jurídica del anatocismo que consiste en la capitalización del interés o «interés del interés» se encuentra prohibida expresamente por el artículo 1249 del Código Civil que señala «no se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares».

La norma sólo permite la incorporación del interés al capital, es decir, la capitalización, cuando se trate de cuentas bancarias, mercantiles y similares, pues en estos casos el capital y los intereses se integran a un fondo común en el cual no cabe mantener la distinción e independencia de ambos conceptos; por su propia naturaleza las sumas que se devengan periódicamente por concepto de intereses se incorporan al capital formando un solo monto indivisible. Es el caso típico de un depósito bancario, cuyos intereses se incorporan y suman automáticamente al capital formando un nuevo monto sobre el cual se devengarán nuevos intereses.

Al comentar esta regla el Dr. Arias Schreiber manifiesta con acierto:

«Esta excepción se justifica por la indivisibilidad de la cuenta corriente, pues toda suma ingresada a

ella pierde su individualidad y se encuentra sometida a un régimen único, que es la producción de intereses de pleno derecho»².

Asimismo, el artículo 1250 del mismo Código admite como válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en su pago. De esta norma pueden extraerse como requisitos para la validez de la capitalización los siguientes:

a) que exista un convenio. La exigencia tiene un doble sentido. Por un lado, el acuerdo debe celebrarse entre las mismas partes de la relación obligatoria originaria, vale decir, entre el deudor y el acreedor del capital y los intereses; por otro, que no cabe la intervención de terceros ni la creación de obligaciones que no cuenten con el consentimiento del acreedor y el deudor.

b) que se celebre por escrito. Requisito que es correlato del primero pues sirve de medio de probanza y seguridad para ambas partes de la existencia del acuerdo.

c) que se produzca después de contraída la obligación. No puede ser pactada al momento de contraerse la obligación ya que la finalidad de la prohibición es evitar el lucro y usura.

d) que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses. Sólo puede referirse a los intereses devengados y no pagados; no puede pactarse la capitalización de los intereses futuros.

Según el Código Civil, estos cuatro requisitos deben presentarse en forma copulativa para admitir el anatocismo en obligaciones de naturaleza distinta a las cuentas mercantiles, bancarias o similares; de lo contrario el pacto se reputaría inválido.

Así, la regulación resulta expresa y categórica en cuanto al anatocismo y no admite dudas ni zonas grises en su interpretación, la misma que debe tener una hermeneútica estricta y no extensiva por tratarse de normas de orden público.

III. EL PAGO DE INTERESES EN LA LEGISLACION LABORAL.-

En materia laboral, la falta de pago oportuno de los créditos laborales pone al empleador en situación de mora automática, quedando obligado al pago de

1. El criterio de la validez de la capitalización de intereses ha sido sustentado por los Presidentes de las Salas Laborales de Lima a través del Oficio No 014-92 del 15 de junio de 1992, publicado en el Diario Oficial El Peruano.

2. Citado por CARDENAS QUIROS, Carlos. **El pago de intereses en el Código Civil de 1984.** En: Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem. Autores Varios. Cultural Cuzco, Lima, 1986.

los intereses legales desde que se produjo el retraso. Esta figura de la mora automática en las deudas laborales fue insertada en la legislación nacional a través del D.S. No 033-85-TR del 18 de noviembre de 1985, que sustituyó al artículo 52 del D.S. No 03-80-TR.

El artículo 1 del citado D.S. No 033-85-TR estableció que «el incumplimiento por parte del empleador del pago oportuno de la compensación por tiempo de servicios (...) dará lugar a que dichas cantidades devenguen automáticamente el interés legal a que se refiere el artículo 1244 del Código Civil». Seguidamente el artículo 2 precisó el supuesto de mora automática al señalar que el interés legal «se devenga a partir del día siguiente a aquél en que se produjo el incumplimiento y hasta el de su pago efectivo, sin que sea necesario que el trabajador afectado exija judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación al empleador o pruebe haber sufrido daño alguno».

Antes de la dación de esta norma, el empleador se encontraba obligado al pago de la denominada «indemnización especial compensatoria», equivalente al 2% sobre el monto ordenado pagar por resolución consentida o ejecutoriada, indemnización que se calculaba a partir de la fecha de interposición de la demanda hasta la fecha de ejecución del fallo, descontando las demoras no imputables a las partes.

La indemnización no resarcía en absoluto el perjuicio sufrido por el trabajador ante la falta de pago de los beneficios y créditos laborales, ya que el cálculo no respondía a los intereses ni al valor constante del dinero, sino a un porcentaje estático del 2% que se devengaba por el tiempo de duración del proceso judicial; por tal razón, asumía la naturaleza de costa judicial.

El D.S. No 033-85-TR modificó esta situación creando el supuesto de mora automática del empleador y disponiendo el pago de intereses legales en caso de incumplimiento. De acuerdo con el artículo 1244 del Código Civil la tasa de interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva y aquí es donde se presenta el desfase y el punto neurálgico de la cuestión.

El Banco Central de Reserva del Perú dicta periódicamente las tasas para todo tipo de operaciones, y ha venido fijando tasas efectivas que suponen capitalización diaria de intereses. Los Peritos, Jueces y Salas Laborales toman estas directivas y las aplican en la liquidación de intereses derivados de las deudas laborales.

De la aplicación de las fórmulas de capitalización diaria se llega a cifras que no resultan compatibles ni con el índice de precios al consumidor ni con las tasas que pagan las entidades financieras por los depósitos, creando entonces un privilegio no contemplado en la legislación.

IV. LA CAPITALIZACION DE INTERESES EN LAS DEUDAS LABORALES.-

Por regla general como hemos visto, la capitalización de intereses no se admite en las obligaciones laborales ni en las civiles.

El D.S. No 33-85-TR crea la mora automática en las obligaciones laborales pero no establece ninguna excepción a los artículos 1249 y 1250 del Código Civil. En efecto, el incumplimiento en las obligaciones de pago da lugar a la aplicación de los intereses legales a que se refiere el artículo 1244 del Código Civil, lo que no constituye excepción o trato especial, pues conforme al artículo 1324 de dicho Código «las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora..»

Si bien el Banco Central de Reserva es la entidad encargada de fijar la tasa del interés legal, ello no significa que pueda establecer excepciones a las reglas contenidas en los artículos 1249 y 1250 del Código Civil. Es más, por principio de interpretación debería buscarse una concordancia entre las resoluciones y circulares que expide el BCR y el Código sustantivo, lo que nos llevaría a la conclusión de que la capitalización señalada por el BCR sólo sería aplicable para las operaciones bancarias, mercantiles o similares pero no para obligaciones de otra naturaleza.

De otro lado, por jerarquía normativa las circulares o resoluciones del BCR no podrían modificar el sentido de las normas del Código Civil, de modo tal que aún en el supuesto que el BCR prescriba la capitalización para todo tipo de obligaciones, sus directivas no podrían derogar las normas del Código y los jueces se encontrarían en la obligación de aplicar el texto de la ley.

Estimamos que el D.S. No 033-85-TR no se opone a la aplicación del interés simple. De hecho, durante la corta vigencia del D.S. No 016-91-TR, reglamentario de la Ley de Estabilidad Laboral, las liquidaciones de remuneraciones devengadas debían efectuarse con interés simple y no compuesto, por mandato expreso del artículo 34 de dicho Decreto, razón por la cual no puede asumirse que la capitalización es una operación natural. El artículo 34 sólo tenía efecto declarativo de los principios contenidos en los artículos 1249 y 1250 del Código Civil; por tanto, su exclusión del texto definitivo del Reglamento de la Ley de Estabilidad Laboral (D.S. No 032-91-TR), no varió en absoluto la regulación sobre la materia.

V. NUEVAS POSICIONES SOBRE EL CASO.-

En el curso de los últimos meses pueden notarse dos nuevas posiciones en relación a la capitalización:

1.- Que el D.S. No 033-85-TR no tenía fuerza de ley para modificar el artículo 52 del D.S.No 03-80-TR que regulaba el pago de la indemnización especial compensatoria del 2%. Por consiguiente, «la norma que regula los intereses laborales tiene un vicio estructural muy grave que debería determinar su inaplicación en los procedimientos que se tramitan de acuerdo con lo establecido en el D.S. 03-80-TR en los cuales, si se acepta el argumento señalado, no se habría derogado el sistema indemnizatorio del 2%, pues para ello se habría requerido un dispositivo de igual jerarquía en que sustenta su vigencia.»

En esta línea de interpretación, resultaría ilegal la aplicación del D.S. No 033-85-TR y, únicamente sería la indemnización especial del 2% la vigente y obligatoria. Esta es la posición anotada por la Revista «Actualidad Laboral»³

En apoyo de esta interpretación habría que agregar que el D.S. No 033-85-TR crea el supuesto de mora automática, que a tenor del artículo 1333, inciso 1, del Código Civil opera cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente. El referido Decreto no es una ley sino, obviamente, una norma de jerarquía inferior.

2.- En reciente resolución del 23 de julio de 1992, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima se ha pronunciado por la nulidad de la liquidación de intereses practicada con factor de capitalización. La Tercera Sala considera que el artículo 1249⁴ del Código Civil prohíbe la figura del anatocismo en obligaciones de distinta naturaleza a las bancarias o mercantiles precisando que resulta incorrecto que sea el propio juzgador quien imponga a las partes un «acuerdo» de dicha naturaleza y, además, que las circulares del Banco Central de Reserva deben meritarse teniendo en consideración la mayor jerarquía normativa del artículo 1249 del Código Civil⁴.

VI. A MODO DE CONCLUSION.-

En nuestra opinión, los cuestionamientos resultan fundados e imponen la necesidad de encontrar una solución definitiva al tema de la capitalización de intereses.

Parece difícil, sin embargo, revertir el criterio de las reiteradas ejecutorias laborales, máxime si ya existe opinión sobre la materia sustentada por los Señores Vocales Presidentes de las Salas Laborales siendo previsible que en lo sucesivo toda observación

planteada contra la validez de la capitalización sea declarada infundada por los Juzgados y confirmada por las Salas Laborales.

En tal sentido, pueden presentarse dos posibilidades:

a) que el Banco Central de Reserva precise los alcances de la capitalización, restringiéndola a las operaciones bancarias, mercantiles o similares. La precisión podría efectuarse a través de las propias Circulares del BCR y de la propia Superintendencia de Banca y Seguros; o,

b) que se expida una norma que defina la cuestión precisando los alcances exactos del pago de intereses en materia laboral.

Desde luego, a efectos de descartar aspectos de validez formal, la norma debe tener fuerza o rango de ley. En cuanto al aspecto de fondo, debe ser congruente con la regulación del Código Civil y reiterar la prohibición del anatocismo.

Mientras tanto, estimamos que los jueces pueden ajustarse a las reglas del Código Civil y no a las Circulares del Banco Central de Reserva, apartándose de los precedentes anteriores y de los cálculos que efectúe el perito judicial.

Es de advertir que la del perito es sólo una opinión que no obliga al juez a resolver en dichos términos, pues el informe pericial debe ser apreciado por el juez según las reglas de la sana crítica como lo señala el artículo 43 del D.S. No 03-80-TR. A diferencia del perito que tiene como obligación opinar, el juez tiene la obligación de resolver con arreglo a ley; en tal sentido, en resguardo de la prohibición legal del anatocismo, los jueces pueden disponer válidamente que las liquidaciones se practiquen con la aplicación del interés simple.

Finalmente, es inevitable reconocer que el interés simple no resarce adecuadamente al acreedor laboral cuyo crédito tiene naturaleza alimentaria y esencial, a diferencia de lo que sucede en otro tipo de obligaciones. Por ello, estimamos necesario la vigencia de una fórmula legal que pueda servir de resarcimiento para el acreedor y de mora y responsabilidad efectivas para el deudor en las obligaciones laborales.

Lima, 7 de setiembre de 1992

3. El gran negocio de los intereses. En: Actualidad Laboral. Número del mes de julio de 1992, página 18.

4. Exp. No 1386-92. Aunque se trata de una resolución dictada en un juicio de alimentos, los argumentos que ella contiene son pertinentes al tema en análisis. La referida resolución se ajusta estrictamente a la regulación legal sobre la materia.

**Estudio Comparado
de La Adopción del
Derecho Internacional
Consuetudinario por el
Ordenamiento Interno
Peruano**

Maria Muñoz Tola

Tesis sustentada el 1 de junio de 1992 para Optar el título de Abogado, ante los Dres. Francisco Eguiguren Praeli, Beatriz Ramacciotti de Cubas y Guillermo Fernández Maldonado. SOBRESALIENTE.

Si bien los tratados y la costumbre internacional son las fuentes principales del Derecho Internacional, en la actualidad esta última ha venido siendo cuestionada tanto en su importancia como en su idoneidad para regular las relaciones interestatales. Sin embargo, la tesis elaborada por la Srta. Muñoz plantea una posición distinta y le reconoce a esta fuente un rol cada vez más preponderante en la sociedad internacional en virtud de las características intrínsecas de la misma en donde conseguir el acuerdo, que es sinónimo de tratado, se hace cada vez más difícil en determinadas materias que conciernen por ejemplo, a la esfera de los intereses económicos de los Estados o a la de los derechos humanos. Por estas razones la tesis tiene como objetivo analizar la costumbre internacional y los problemas que se derivan de la adopción de esta fuente del Derecho Internacional por los ordenamientos internos de los Esta-

dos, y en particular, por el Estado peruano.

Planteado así el objetivo de la investigación, en el primer capítulo la autora realiza un análisis de la costumbre internacional en donde se resalta de manera nítida una definición de esta fuente basada en la importancia del elemento subjetivo acorde con la nuevas tendencias del Derecho Internacional, al punto de sugerirse la noción de la llamada **costumbre internacional instantánea**, tema que resulta innovador y sugerente.

Concluido el análisis de la fuente consuetudinaria, la autora se cuestiona respecto del rol de los jueces internos y la capacidad que tienen para aplicar una norma internacional de origen consuetudinario cuando ésta es invocada y resulta contraria a una norma interna.

Esta interrogante sugiere la necesidad de determinar si la costumbre, al igual que los tratados, requiere de un acto expreso de recepción, (entiendiéndose por esto una norma de carácter constitucional que adopte la fuente consuetudinaria dentro del sistema de fuentes de derecho interno) para que la costumbre internacional sea relevante a este nivel. De este modo se podría determinar si una vez atravesado el filtro constitucional, la norma consuetudinaria puede primar sobre la norma interna opuesta.

Los problemas planteados son desarrollados en el segundo capítulo; para ello se presentan las postu-

ras teóricas que analizan las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno; realizándose una crítica de las mismas proponiendo un enfoque moderno e innovador que prioriza el estudio del Derecho Comparado. De esta manera se hace un estudio de las distintas formas de adopción de la costumbre internacional a nivel interno, con interesantes descubrimientos en cuanto a los problemas planteados, dado que la fuente consuetudinaria en principio no precisa, a diferencia de los tratados, de un acto expreso de recepción para ser relevante a nivel interno, pues se incorpora automáticamente. En cuanto al segundo problema, las respuestas varían de acuerdo a cómo esté estructurado el sistema de fuentes interno, otorgándosele en algunos casos el mismo rango jerárquico que la ley interna o, en otros, un rango jerárquico superior a ésta. En este capítulo se muestra con claridad que el tema investigado se ubica en el intersticio del Derecho Internacional y el Derecho Constitucional de los Estados y de la resistencia que muchas veces oponen estos últimos al ingreso de las normas internacionales.

Finalmente, en el tercer capítulo la autora analiza el caso peruano de adopción de la costumbre internacional, a través de las Constituciones de 1933 y 1979, (que guardan silencio sobre la materia) y de casos jurisprudenciales en donde se intentó aplicar normas de la costumbre al Estado peruano. Luego de este estudio, la autora arriba a conclusiones innovadoras al sostener que la costumbre internacional

o, Derecho Internacional General in stricto sensu, está presente en el ordenamiento peruano en forma **automática** en virtud de una cláusula tácita de incorporación, contenida en el preámbulo constitucional y en virtud de un principio de mínima coherencia que debe existir entre la actividad del Estado peruano tanto a nivel internacional como a nivel interno, ya que hasta el más alto nivel regional (Carta de la O.E.A.) se ha declarado como fiel cumplidor de otras fuentes del Derecho Internacional, además de la fuente convencional. Si bien esto es así, la autora concluye que, dadas las características del sistema legal peruano, el juez interno no podría aplicar la costumbre internacional por encima de una norma interna opuesta, aun cuando podría reconducirla a través de los principios generales y en especial, a través de los principios generales que inspiran el Derecho peruano, siempre y cuando, la norma consuetudinaria no sea abiertamente opuesta a la interna.

Sin embargo, la autora llama la atención sobre los posibles alcances del Art. 4 de la Constitución de 1979, que se refiere a normas de protección de derechos humanos que podrían tener su fuente en la costumbre internacional y que pueden haberse desarrollado con posterioridad a la carta constitucional, como de hecho se ha dado en cuanto a la proscripción de prácticas discriminatorias por razones de enfermedad. Asimismo, concita la atención respecto de la normativa infralegal que regula el dominio marítimo del Perú y que de hecho contraviene las normas de la Convención del Mar de 1982, reconocida como declaración de costumbre internacional y en la que el Perú tuvo una destacada participación. Finalmente, la autora es contundente para el caso de las relaciones diplomáticas y consulares en donde por razón de la firma y ratificación, por parte del Estado peruano, de los tratados internacionales que regulan estas materias, la fuente consuetudinaria se ha incorporado de manera expresa y constituye para estas materias, fuente formal de derecho.

Dadas las posibles implicancias que podría acarrear este estado de cosas para el Estado peruano al punto de comprometer su responsabilidad a nivel internacional, la autora presenta una propuesta final de regulación.

Beatriz Ramacciotti de Cubas

La Carga de la Prueba en el Proceso Civil

Julio César Pérez Vargas

Tesis sustentada el 02 de octubre de 1991 ante los Doctores Juan Luis Avendaño, Aníbal Quiroga León, Javier Villagarcía. **SOBRESALIENTE.**

Como lo reconoce el alumno en la introducción de su trabajo, en nuestro país una de las áreas menos trabajadas en la ciencia del Derecho ha sido sin lugar a dudas, el área Procesal. Por ello resulta estimulante que el señor Pérez Vargas haya efectuado un trabajo de investigación sobre un aspecto tan importante como es la Carga de la Prueba.

La Tesis en cuestión tiene una indudable particularidad que la hace sumamente valiosa y atractiva a nuestra lectura: el incluir la dogmática general, el análisis serio y profundo de instituciones procesales de singular relevancia.

En efecto, la Tesis aborda con versación y doctrina las normas generales del proceso en lo referido a la Carga Procesal; y, en particular, la analiza en función de las distintas corrientes doctrinarias que estudian las estructuras del proceso. En cuanto a este punto se debe destacar el aporte del Sr. Pérez Vargas al tratar de configurar la Carga Procesal en función de sus elementos y de la actividad de los intervinientes en el proceso. En el Título II aborda con solvencia la temática de la Prueba, para en el Título III analizar las distintas posiciones que se han presentado en relación a la Carga

de la Prueba; y, fundamentalmente se analizan los dos aspectos de la Carga Probatoria, esto es, la carga subjetiva y la objetiva.

Como bien se ha destacado en la Tesis, la Carga de la Prueba en el Proceso Civil se ha reducido a una regla de conducta, la misma que le indica a las partes la prueba de su incumbencia; pero lo valioso de este trabajo es que clarifica que la aplicación de la Carga Probatoria se extiende hasta llegar a la etapa decisoria; y, es por ello que resulta tan importante determinar cuál es su extensión, porque una equivocación en la decisión conllevará un fallo injusto.

El Título IV contiene un interesante análisis normativo y jurisprudencial que abarca aspectos destacados sobre el derecho comparado y nacional.

En resumen, tanto la redacción como el fondo de la Tesis son de innegable factura, debiendo destacar que el autor de la Tesis ha efectuado una profunda investigación seria de los temas abordados y planteado originales aportes.

Por estas consideraciones, así como por la exposición al momento de su sustentación, el Jurado calificó el trabajo con la mención de sobresaliente.

Lima, 11 de junio de 1992

Juan Luis Avendaño

El Principio In Dubio Pro Operario en el Derecho Peruano del Trabajo: Una Propuesta Metodológica de Aplicación.

Ricardo Herrera

Tesis sustentada para Optar el Título de Abogado ante los Dres. Carlos Blancas Bustamante, Oscar Ermida Uriarte y Javier Neves Mujica. **SOBRESALIENTE.**

El objeto de la tesis esta constituido por el estudio de un tema fundamental en la teoría general del Derecho del Trabajo, cual es el de la interpretación normativa y de las soluciones que recibe en nuestra disciplina, en especial mediante la aplicación del principio del *in dubio pro operario*.

En una secuencia natural, se van abordando en los cuatro capítulos de la tesis todos los aspectos vinculados a esta compleja cuestión. Primero, el análisis de los supuestos de defecto y deficiencia normativas, así como de las respuestas diseñadas por el Derecho para ellos, concretamente por nuestro ordenamiento, configuradas por los conceptos de interpretación e integración jurídicas, respectivamente. Mientras en el defecto nos encontramos ante una insuficiencia normativa, esto es, una norma oscura; en la deficiencia nos hallamos ante una inexistencia normativa, es decir, la ausencia de regulación de un hecho. Frente a ambos problemas, los órganos jurisdiccionales no pueden abstenerse de resolver los casos concretos, debiendo acudir a los principios generales (precedidos por la analogía, en el segundo caso). Pero se trata de principios diversos los que sirven para aclarar o sustituir una norma.

Luego, se detiene en la interpretación, diferenciando su actuación frente a negocios jurídicos y normas, estudiando cada uno de los

método elaborados por la doctrina para resolverla. En el caso de los actos jurídicos, nuestro Código Civil ofrece reglas para su interpretación (arts. 168-170). No ocurre lo mismo con las normas. Para la interpretación de éstas, Savigny había considerado necesario utilizar cuatro elementos: gramatical, lógico, históricos y sistemático. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, las singularidades que la tarea interpretativa posee para cada área jurídica y cada tipo normativo.

Seguidamente, el autor indaga por los principios generales del Derecho, categoría a la que envía nuestra Constitución como forma de superación de la insuficiencia normativa. Ya hemos dicho que aquellos pueden cumplir diversas funciones, según la finalidad interpretativa o integradora (u otras, como la informadora) con que se emplee. Su existencia está así muy ligada con la de las normas, a las cuales sirven.

Por último se arriba al tema central, cual es el del principio del *in dubio pro operario*, comparándolo con otros criterios emparentados utilizados en áreas diversas del Derecho y tratando su posible aplicación en las diferentes normas y fuera del campo normativo o de nuestra disciplina. Este principio será aplicable sólo para el caso de la interpretación normativa, mas no de los actos jurídicos o de los hechos alegados en un proceso. En este

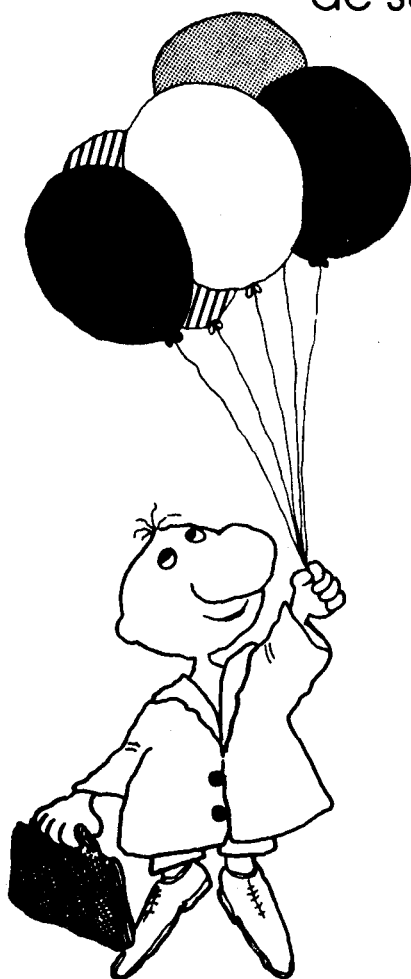
campo, se producen las afirmaciones más controvertibles planteadas por el autor: la exclusión del *in dubio pro operario* de la interpretación de los contratos de trabajo y de las cláusulas obligacionales de los convenios colectivos. En el primer caso, se sustituye por el principio análogo del *in dubio contra stipulatorem*, que también conduce hacia una lectura de las normas oscuras en favor del contratante más débil. En el segundo, en cambio, dichas cláusulas quedarían sujetas a las referidas reglas del Código Civil. De este modo, se quiebra la unidad del convenio colectivo.

En mi concepto, el trabajo presentado por Ricardo Herrera posee excepcional calidad. Abordar una cuestión netamente teórica, aunque con evidentes implicancias prácticas, y hacerlo con rigor y claridad, como ha ocurrido en este caso, me parece sumamente inusual. Creo que se trata de una investigación muy completa, que en su nivel de profundidad subsana un vacío notorio de la doctrina nacional, e incluso internacional, en esta materia. Más allá de la posibilidad de no compartir todas las aseveraciones del autor, estimo que ellas se encuentran sólidamente sustentadas sobre una reflexión propia y asimilada de la mejor doctrina, que harán de esta tesis una obra de indispensable consulta para quien quiera aproximarse a este tema crucial.

Javier Neves Mujica

Grafitextos

" Una Empresa al servicio
de su Empresa "



- ✓ Artes
- ✓ Afiches
- ✓ Libros
- ✓ Revistas
- ✓ Logos
- ✓ Ilustraciones
- ✓ Formatos comerciales
- ✓ Folletos
- ✓ Boletines
- ✓ Memorias
- ✓ Anuarios

**El camino de la superación
no tiene limites ...**

Malecón Castagnola 630 ☎ 620812

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 15 carillas formato A-4, a doble espacio y deberán entregar dos ejemplares.

THEMIS 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, Filiberto Tarazona, Manuela Fernández, Fiorella Alvarado, Gloria Quincot, Marina Pacheco, Ana María Asmat, Wally Joly, María Ysimura, Paula Calderón, Graciela Ninancuso, Luz María Rojas, Delia Revoredo de Mur, Julio Antonio del Pozo, Nino Manrese, Claudia Bazalar, Raúl Montoya, Miguel Gustin, Tulio Obregón, Yehuda Schaul, Jorge Picasso, Rafael Picasso, Nestor Chacón, Felipe Díaz de Rávago.

