

# THĒMIS

Revista de Derecho



**Manuel de la Puente • Mitchell Polinsky • Enrique Normand • Enrique Elías Laroza  
Francisco Fernández Segado • César Guzmán Barrón • Enrique Bernales  
Jean Bastin • Víctor Ferro • Alonso Morales Acosta • Roque Caivano  
Florencio Mixán Máss • Albert Forsyth • Fernando Cantuarias • Julio Salas  
Giorgio Ghezzi • Juan Buendía • Alejandro Alfageme • Carlos Caro • Jorge Toyama  
Fernando Pickmann • Mónica Cabrera • María Soledad Haro  
Jorge Lazo • José Juan Haro**



Toulouse Lautrec  
*LA "TOILETTE"*  
Paris, Musée du Louvre  
(Jeu de Paume)

BOSE DOMESTIC 2000-2004

# THĒMIS

---

Revista de Derecho



# PRESENTACION

*La importante reforma legislativa producida en nuestro país desde 1990 exige que quienes nos encontramos vinculados con el Derecho renovemos nuestra forma de ejercer la profesión, de estudiarla, de pensarla. No puede dejarse de lado el hecho de que esta reforma ha sido motivada por el gran consenso que han despertado en nuestra sociedad las ideas de libre mercado, de la reinserción en la economía mundial, de la modernización de nuestro aparato productivo, entre otras. En esa reforma, uno de los sectores más profundamente afectados ha sido -sin lugar a dudas- el de la empresa. Aun cuando subsiste la necesidad de modificar cuerpos legislativos vetustos (es el caso del Código de Comercio y la Ley General de Sociedades), los últimos tiempos han visto aparecer una serie de normas, entre las que pueden destacarse aquellas vinculadas con el mercado de capitales y el mercado de valores, la libre competencia, la protección del consumidor, la protección de la propiedad intelectual, la modificación del régimen arancelario y el control antidumping, la inversión extranjera, etc. Estas medidas han venido ligadas a una sustancial modificación en los regímenes laboral y tributario, que tienen por objeto promover la inversión privada y la libre iniciativa.*

*El proceso aún se encuentra incompleto y ha seguido una línea no del todo clara y, en algunos casos, criticable. En su redefinición y recreación, los operadores del Derecho debemos dejar de ser sujetos pasivos, para postular una perspectiva crítica de la reforma del Derecho de la Empresa en el Perú. Este es, precisamente, el objetivo de esta edición, en la que recogemos aportes de profesionales y estudiantes vinculados a diversas ramas del quehacer jurídico, centrados básicamente en temas empresariales. La discusión, ciertamente, es amplia y no pretendemos agotarla. Sólo deseamos fomentar el debate.*

*A pesar del tema principal que motiva este número, no hemos querido dejar de lado otros tópicos cuyo tratamiento nos parece relevante en el momento actual. Por esta razón hemos dedicado unas páginas a los mecanismos alternativos de solución de disputas en el país -como el arbitraje y la conciliación-, a temas constitucionales y a un importante trabajo del doctor Mitchell Polinsky, elaborado desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho.*

*Quisiéramos, por último, dejar testimonio de nuestro compromiso con el desarrollo de nuestro país. Pero no puede existir desarrollo si no se presentan condiciones mínimas, entre las que se encuentra la reforma del sistema de administración de justicia y de la concepción global que sobre él se tiene en el Perú. Con la intención de analizar cuestiones vinculadas con estos puntos, hemos incluido en este número una nueva sección -Trabajo de Campo- en la que se analizan los resultados de una encuesta realizada por miembros de nuestra revista a jueces especializados en lo penal en la ciudad de Lima.*

**Julio de 1995**

**EL COMITE DIRECTIVO**

# THĒMIS

Revista de Derecho

**Publicación Trimestral Editada por Alumnos de la Facultad de  
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú**

## COMITE DIRECTIVO

Christian Carbajal Valenzuela  
Carlos Hamann García Belaúnde  
José Juan Haro Seijas  
Patricia Inga Falcón  
Miguel Angel Ronceros Neciosup

## MIEMBROS

Gonzalo Barrionuevo Alba	Franklin Cáceres Freyre
Franco Caccia Arana	Javier De la Vega Gómez Sánchez
Margarita Díaz Picasso	Juan Antonio Egúez Toledo
Marina Lazarte Zabarburú	Denise Ledgard Antúnez de Mayolo
Eliana Lesem Guerra	Manuel Noya Sarmiento
Fernando Piérola Castro	Andrea Portaro Pancorvo
Cristina Rey Montes	Claudia Reyes Juscamaita
Patrizio Rodríguez Terry	Gonzalo Zegarra Mulanovich
Juan Carlos Zegarra Vílchez	

## COMITE CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez	Carlos Cárdenas Quirós
Manuel De la Puente y Lavalle	Carlos Fernández Sessarego
Baldo Kresalja Roselló	Elvira Méndez Chang
Juan Monroy Gálvez	Javier Neves Mujica
Fernando de Trazegnies Granda	

THĒMIS - Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas  
por los autores en el presente número.

© Asociación Civil THĒMIS - Revista de Derecho  
2º piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú  
Casilla Postal 110711 - Lima 11  
Correo Electrónico: themis@pucp.edu.pe

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

# INDICE

---

## DERECHO DE LA EMPRESA

---

<i>Alonso Morales Acosta</i> ¿Cómo delimitar la materia del Derecho Mercantil?	9
<i>Manuel de la Puente y Lavalle</i> Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor	15
<i>César Guzmán Barrón</i> La misión de la aduana en el régimen de apertura del comercio exterior	23
<i>Enrique Normand</i> Necesidad de la reforma de la Ley General de Sociedades	29
<i>Fernando Cantuarias</i> Algunas modificaciones que deben hacerse con urgencia a las disposiciones sobre arbitraje doméstico contenidas en la Ley General de Arbitraje	37
<i>Jean Bastin</i> De la insolvencia al incumplimiento de pago	49
<i>Julio Salas</i> El papel del mercado de valores en la nueva Ley General de Sociedades	59
<i>Victor Ferro</i> La empresa y los límites a la intermediación laboral	67
<i>Albert Forsyth</i> Emisión y colocación internacional de acciones emitidas por sociedades peruanas a través de American Depositary Receipts (ADR)	77
<i>Enrique Elías Laroza</i> Los actos "ultra vires" en las sociedades anónimas	87
<i>Alejandro Alfageme</i> Libre competencia, privatización y desmonopolización	91
<i>Juan Antonio Buendía</i> La titularización	99
<i>María Soledad Haro/Jorge Enrique Lazo</i> Una aproximación a los mercados futuros	115



<i>Fernando Pickman</i> ADRs: mecanismo de colocación de acciones en el mercado de valores internacionales	123
---	-----

---

## INTERDISCIPLINARIAS

---

<i>Florencio Mixán Más</i> Razonamiento incorrecto: falacias y paralogismos	133
--	-----

<i>Mónica Cabrera</i> Aproximación al discurso escrito de los abogados	143
---	-----

---

## DOCTRINA

---

<i>Francisco Fernández Segado</i> La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?	153
--	-----

<i>A. Mitchell Polinsky</i> Resolviendo disputas por razón de vecindad: la economía simple de los mandatos de cesación y de las indemnizaciones por daños y perjuicios	173
---	-----

<i>Enrique Bernales</i> La Constitución de 1993 y la jurisdicción militar	199
--	-----

<i>Roque Caivano</i> Un desafío (y una necesidad) para los abogados: los medios alternativos de resolución de disputas	209
---	-----

<i>Jorge Toyama</i> El convenio colectivo de trabajo en la Constitución de 1993	219
--	-----

<i>Carlos Caro</i> El Derecho Penal Laboral en el Perú	231
---	-----

<i>Giorgio Ghezzi</i> Instrumentos de gestión del mercado de trabajo	241
---	-----

---

## SECCIONES

---

TRABAJO DE CAMPO <i>Grupo de Investigación THEMIS - Revista de Derecho</i> El Poder Judicial: la visión de los magistrados	249
--	-----

RESEÑAS DE TESIS	255
------------------	-----

JURISPRUDENCIA COMENTADA <i>José Juan Haro Seijas</i> Confusión de confusiones: la reestructuración empresarial de las personas naturales	261
---	-----

PAGINA UNIVERSITARIA	291
----------------------	-----

RESEÑAS DE LIBROS	293
-------------------	-----



# ¿COMO DELIMITAR LA MATERIA DEL DERECHO MERCANTIL?

Alonso Morales Acosta  
Profesor de Derecho Mercantil  
Universidad de Lima

*Aunque el estudio de la empresa hoy no se encuentra restringido únicamente al Derecho Mercantil, es sin duda esta rama la que mayor relevancia tiene en su tratamiento. Por eso, no podía ser ajeno a esta edición un trabajo como el que el doctor Morales entrega a continuación. En él se discute el ámbito al que contrae su estudio el también llamado Derecho Comercial. Nacido bajo una perspectiva subjetivista, como Derecho de los comerciantes, el Derecho Comercial evolucionó desde la segunda mitad del siglo pasado hasta entenderse como el Derecho de los actos de comercio. Como el lector recordará, es ésta precisamente la perspectiva que nuestro anciano Código de Comercio de 1902 acoge.*

*Sin perjuicio de ello, la constante evolución de la actividad económica ha requerido nuevamente la redefinición de conceptos que, aplicables en su momento, aparecen obsoletos ante una realidad que los supera. En este marco, una importante corriente doctrinaria -a la que el doctor Morales adhiere- ha planteado la necesidad de delimitar nuevamente la materia de Derecho Mercantil, para determinar si ella debe limitarse al estudio del estatuto del empresario y al de las relaciones externas en las que necesariamente interviene o, si más bien, debe transformarse para convertirse en el Derecho de la Empresa.*

## I. GENERALIDADES

Al estudiar el Derecho Mercantil la doctrina insiste -y con razón- en que esta disciplina debe ser estudiada a través de un método particular que obliga a un doble esfuerzo<sup>1</sup>: el de "investigación histórica", pues no se puede comprender el Derecho Mercantil sino se le aprecia como parte de un proceso de evolución y cambio de las relaciones económicas; así como el método de "atenta observación de la realidad", que nos invita a apreciar la realidad tal como se presenta y manifiesta en este estadio de evolución.

Bien, siguiendo la metodología expuesta, podemos afirmar que la evolución del Derecho Mercantil ha generado tres posiciones en torno a la delimitación de su contenido. En efecto, el Derecho Mercantil ha sido determinado como: "Derecho de los actos de comercio", "Derecho del empresario" y como "Derecho de la empresa".

Históricamente se concibe al Derecho Mercantil como Derecho de los actos de comercio (originariamente bajo el sistema subjetivo y luego bajo el objetivo). Posteriormente se desarrolla la "teoría del acto de comercio como acto en masa" (desarrollada por Heck, Gordon y Locher), con el objeto de facilitar el retorno al sistema subjetivo y rescatar el carácter profesional de la actividad empresaria.

<sup>1</sup> Alfredo Rocco agrega dos características más de este método: a) el estudio exegético de las normas del Derecho Mercantil; b) el estudio sistemático de los principios del Derecho Mercantil, de su coordinación con los principios y preceptos generales del Derecho Civil y con los principios generales de todo el Derecho Positivo. (Véase Principios de Derecho Mercantil. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931. pp. 73-80).

rial, que se plasma finalmente en el Código de Comercio Alemán - HGB de 1897.

Toda esta evolución lleva hoy a la doctrina a una encrucijada: circunscribir al Derecho Mercantil al tratamiento del estatuto del empresario y su actividad<sup>2</sup> o ampliar este contenido e incluir a la empresa<sup>3</sup>.

Si se circunscribe a lo primero (estatuto del empresario y actividad) se salva la autonomía del Derecho Mercantil, pero se excluye al fenómeno más importante de nuestro tiempo: la empresa; mas si se incluye a la empresa se corre el riesgo de generalizar tanto el contenido del Derecho Mercantil que podría perder su autonomía y desaparecer o generar una nueva disciplina jurídica, con fisonomía propia y con contenido bastante más amplio que el tradicional Derecho Mercantil.

## II. DERECHO DE LOS ACTOS DE COMERCIO

### a. La intermediación lucrativa o especulación mercantil

El Derecho Mercantil fue concebido inicialmente como Derecho de los actos de comercio. En buena cuenta, ello significaba fragmentar la actividad comercial y observarla "microscópicamente", en su elemento más pequeño: el acto de comercio.

La doctrina más esclarecida en este punto, entre los que sobresale Alfredo Rocco, considera que la célula de la actividad mercantil es el "acto de intermediación", el cual tiene que ser **necesariamen-**

**te lucrativo**<sup>4</sup> para calificar al comerciante. Lo cual nos conduce al concepto de "especulación mercantil".

Esta nace de la interpolación de un intermediario entre el productor y el consumidor, con el fin de obtener una ganancia (lucro), de la circulación de bienes o servicios<sup>5</sup>. Se trataba de obtener lo que los consumidores necesitaban, ahí donde abundaba y su precio era barato, transfiriéndolo luego más caro. La diferencia entre el costo de adquisición y el de enajenación producía una utilidad, que se iba reinvertiendo con el fin de acumular capital.

### b. Categoría de especulación mercantil

Rocco va a clasificar la actividad intermediadora en cuatro categorías de actos de comercio (a los que denominó principales): los que derivan de la "especulación de mercaderías", "especulación del dinero", "especulación con los riesgos" y "especulación con el trabajo"<sup>6</sup>.

Bien, desarrollaremos cada una de estas clases de especulación mercantil.

La "especulación de mercaderías": esta clase de intermediación caracterizó al comerciante desde sus orígenes, por el simple hecho de comprar para revender. Es decir, no se compraba para consumir, sino pensando en transferirlo a terceros (los clientes) y con el objetivo de ganar en la reventa. Ejemplos en nuestros días abundan, siendo los más característicos las grandes cadenas de supermercados y el comercio ambulatorio.

<sup>2</sup> Posición sostenida y desarrollada por Manuel Broseta Pont en: *La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. Tecnos, Madrid, 1965.

<sup>3</sup> Posición seguida y desarrollada por Wieland y en especial por Mossa. Una síntesis de sus pensamientos pueden verse en Broseta Pont: *La empresa y la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. En nuestro país un entusiasta promotor del "Derecho de la Empresa" es Carlos Torres y Torres Lara, fundador de la *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* y autor de diversos trabajos sobre el particular; entre ellos pueden verse los dos volúmenes de sus libros "Derecho de la Empresa". Asesorandina, Lima, (años 1967 y 1969, respectivamente).

<sup>4</sup> Alfredo Rocco con el objeto de explicar toda la actividad económica y crear una noción unitaria del acto de comercio, pretende desvincular al acto de comercio de su carácter lucrativo, para poder incluir fundamentalmente la actividad empresarial del Estado y la actividad cooperativa. El carácter artificioso de esta desvinculación se percibió cuando el autor exigió que la intermediación debía ser lucrativa para que el sujeto asumiera el carácter profesional: "... no cabe ser comerciante sin la finalidad de obtener un beneficio de la actividad propia mercantil" (Op. cit. p. 227). En nuestro concepto, Rocco le habría dado coherencia y unidad suficiente a su punto de vista, si hubiera identificado la "teoría del acto de comercio" con la "intermediación lucrativa"; la excepción podría ser la actividad empresarial del estado; puesto que la cooperativa no desarrolla propiamente intermediación.

<sup>5</sup> Obsérvese que el concepto lucro aparece jurídicamente ligado al de acto de comercio. En consecuencia no alude a cualquier ganancia, sino a aquella que proviene de la intermediación lucrativa o especulación mercantil.

<sup>6</sup> Op. cit. pp. 45-47, 158 y 102.

La "especulación del dinero": caracterizó al intermediario que obtenía dinero ahí donde había excedente o capacidad de ahorro (rentista), y lo prestaba ahí donde existía necesidad y capacidad de pago (usuario del crédito). La ganancia la obtenía igualmente de la diferencia entre el valor de colocación (tasa activa) y el de captación (tasa pasiva). El ejemplo típico de la intermediación financiera que desarrollan los bancos y empresas financieras.

La "especulación con los riesgos": caracterizó al comerciante que logró organizar y medir los riesgos, pudiendo cambiar la eventualidad de su presentación por una prima. De tal modo, que el asegurado desplazaba su riesgo (y el costo generado por el siniestro) a un comerciante, el cual se lo cambiaba por un pago fijo ("prima"). El mejor ejemplo lo constituye la actividad de las compañías de seguros.

La "especulación con el trabajo": caracterizó al resto de categorías de empresarios que para realizar su actividad empresarial requerían de trabajo ajeno, ganando en el mercado con la explotación de la fuerza laboral y apropiándose de la "plusvalía" que estos producían.

En este caso, se partía de constatar los intereses opuestos, derivados del contrato de trabajo, que vinculaban a empleadores y trabajadores; así como del hecho concreto que la retribución de la fuerza laboral representaba un costo que afectaba indudablemente al volumen de utilidades. Vale decir, las ganancias que esperaba el inversionista como renta de su capital.

Bajo esta categoría clasificó Rocco a la actividad industrial, a la empresa editorial, a la empresa de suministro, a la empresa de transporte, etc. En nuestros días quizá el mejor ejemplo de especulación con el trabajo sea el caso de las "empresas mercantiles de intermediación de personal" (*services*), conocidas en nuestro ordenamiento jurídico como "empresas de servicios temporales" o "empresas de servicios complementarios"<sup>7</sup>.

### c. Los sistemas subjetivos y objetivos de los actos de comercio

El hecho de que el intermediario se convirtiera en un comerciante dependía de la frecuencia con que realizaba dichos actos de intermediación lucrativa. En ese sentido, si los realizaba habitualmente, en forma asidua o reiterada, entonces este intermediario era considerado un profesional en la actividad; vale decir, un comerciante. Pero si los realizaba esporádicamente en forma ocasional, nunca alcanzaría la calidad de comerciante<sup>8</sup>.

El **sistema subjetivo** de los actos de comercio asumió la tesis que la materia del Derecho Mercantil sólo comprendía **a los actos del comerciante en su actividad**. Es decir, los actos de intermediación lucrativa realizados necesariamente por aquel intermediario que había adquirido la calidad de comerciante (verbigracia: el Derecho Mercantil durante la Edad Media).

Mientras que el **sistema objetivo** de los actos de comercio consideró este ámbito insuficiente y extendió la materia del Derecho Mercantil hasta los **actos de intermediación lucrativa ocasionales** o esporádicos, alcanzando entonces al intermediario no profesional, a aquél que no era comerciante (verbigracia: Derecho Mercantil regulado en el Código de Comercio Francés de 1807).

El sistema objetivo se generalizó en los códigos de comercio europeos y alcanzó en nuestro país a plasmarse en el Código de Comercio de 1853 y en el código vigente de 1902<sup>9</sup>.

### d. La crisis del acto de comercio

El sistema objetivo de los actos de comercio no tardó en entrar en crisis durante el siglo XX, pues la regulación de los actos ocasionales le fue siempre disputada por el Derecho Civil, al igual que los actos mixtos (unilateralmente comerciales); ya que en buena cuenta ello significaba someter a los consumidores a las reglas de los comerciantes (normas que con el fin de proteger el crédito reforzaban la posición del acreedor). De otro lado, se produjo una generalización de los principios e

<sup>7</sup> Véase los Artículos 175 al 186 del Decreto Legislativo 728 (Ley de Fomento del Empleo) y los Artículos 78 al 89 del Decreto Supremo 04-93-TR del 24.04.93 (Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo).

<sup>8</sup> La doctrina italiana de fines del s. XIX y de la primera mitad del s. XX, entre los que reiteramos se puede citar a Rocco, intentó una explicación coherente sobre los sistemas subjetivos y objetivos de los actos de comercio, partiendo fundamentalmente de la teoría de la intermediación y de la finalidad lucrativa de los actos del comerciante.

<sup>9</sup> Por recepción e influencia de los códigos de comercio españoles de 1829 y 1885.

instituciones mercantiles en toda la sociedad, difundiendo su uso y cuestionando la duplicidad legislativa en obligaciones y ciertos contratos (compraventa, mutuo, prenda, depósito, fianza, etc.), e impulsando la unificación legislativa.

Es más, los sistemas o teorías de los actos de comercio no podían explicar coherentemente la actividad económica de las empresas públicas, las que no obstante realizar intermediación, lo hacían sin finalidad lucrativa. Tampoco podían explicar el caso de las cooperativas, que sin hacer intermediación (y por lo tanto carecer de lucro), hacían actividad económica.

### III. DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO DEL EMPRESARIO

#### a. El fenómeno empresarial

¿Qué tiene en común la actividad de un comerciante, de una empresa pública o de una cooperativa? Una organización de capital y trabajo, como medio para realizar sus fines. Vale decir, la presencia de una empresa.

Desde esta perspectiva, el nuevo Derecho Mercantil tiene como contenido el conjunto de normas e instituciones derivados de tres elementos: empresario, empresa y actividad económica.

El **empresario** es el titular de la empresa, su condición de tal deriva de la existencia de ésta. Se caracteriza por gozar de la gestión, de los beneficios económicos y por asumir los riesgos derivados del ejercicio de la actividad.

La **empresa** es la organización de capital y trabajo con el fin de producir bienes o servicios, es concebida como un instrumento para que el empresario realice su actividad y se manifiesta en la organización que recae en ella. Sin la empresa no hay empresario ni actividad económica. La actividad económica está constituida por el conjunto de relaciones de mercado que realiza el empresario, se trata de los actos al exterior de su organización, mediante los cuales se materializa la circulación de los bienes o servicios producidos. Para este efecto, el contrato es el acto jurídico por excelencia, pues facilita el cambio y vincula a propios y extraños que confían en la buena fe que respalda sus relaciones.

#### b. El Derecho del empresario en su actividad

Empero, una parte de la nueva corriente doctrinaria sugiere circunscribir el ámbito del Derecho Mercantil al estatuto del empresario y a las relaciones externas en las que necesariamente interviene; excluyéndose el tratamiento de la empresa en todo aquello que exceda la materia indicada, so pretexto que su estudio corresponde a otras disciplinas jurídicas (p.e. el Derecho Laboral si la empresa es concebida como "comunidad de trabajo").

El Derecho Mercantil se concibe entonces como el Derecho del Empresario, considerándose a éste como el centro del sistema jurídico y no al "comerciante" (anacrónica categoría con la que se identificaba a industriales, distribuidores y prestadores de servicios)<sup>10</sup>.

En ese sentido, se propone en términos modernos un retorno al sistema subjetivo, pero con "el empresario en su actividad económica", en sustitución del antiguo y medieval sistema que encumbró "al comerciante en su actividad mercantil".

De este modo se identificará o descubrirá al empresario en el "ejercicio de una actividad económica organizada" y no en la "realización habitual de actos de comercio".

#### c. Contenido del Derecho del empresario

Bajo esta nueva perspectiva: "el empresario en su actividad económica", el contenido del Derecho Mercantil será el siguiente:

En relación al empresario: normas sobre capacidad, tipos de empresarios individuales ("la empresa unipersonal" -antes comerciante individual- la empresa individual de responsabilidad limitada), empresarios colectivos (las sociedades mercantiles, la sociedad cooperativa, las sociedades civiles), libros y registros, la materia concursal en casos de insolvencia, etc.

Obsérvese que al establecerse al "empresario" como categoría general es posible regular en el nuevo código a las sociedades cooperativas y a las sociedades civiles.

En efecto, mientras se hallaba en el centro del sistema jurídico el "comerciante", éste era exclusiva-

<sup>10</sup> El Código Civil italiano de 1942 (Libro V), tiene el mérito de haber sustituido la categoría general "comerciante" por la de "empresario" como sujeto titular de la actividad económica.

mente el código de los actos de comercio ("intermediación lucrativa"), no era posible considerar en un solo cuerpo a sociedades civiles y cooperativas, ya que éstas fueron siempre modelos empresariales ajenos a la "especulación mercantil" y por tanto extraños, al "estatuto del comerciante"<sup>11</sup>.

Esta nueva perspectiva permite el tratamiento común de temas como: la transformación, la fusión, la división y los grupos de empresarios (término más preciso que el de "grupos de sociedades"), el empresario irregular (más amplio que "sociedad irregular"), etc.

En relación a la actividad económica: se propone sólo la regulación de los contratos de cambio en los que necesariamente es parte un empresario (contratos de transporte, seguros, bancarios, etc.), o son ambas partes empresarios (licencias de uso de marcas, *know how*, agencia, franquicia, etc.). Asimismo, los contratos asociativos de colaboración empresarial como: asociación en participación, los consorcios y *joint ventures*, contratos en los que fundamentalmente intervienen empresarios.

Al respecto, Manuel Broseta Pont afirma:

"[...] La realidad nos demuestra la subsistencia de tres grupos de contratos: 1) los que pueden utilizarse tanto por empresarios como por quienes no lo son. Es el caso de la compraventa, del transporte y de ciertos depósitos; 2) los que, presuponiendo necesariamente la presencia de una empresa, se estipulan necesariamente entre dos o más empresarios, y 3) los que, presuponiendo necesariamente la presencia de una empresa, pueden estipularse tanto entre dos empresarios como un empresario y un sujeto que no lo es. [...]"

Parece necesario concluir que será la necesaria presencia de una empresa el criterio que determine la naturaleza mercantil del contrato. Según este criterio, sólo serán mercantiles los contratos que ontológicamente presuponen la presencia de una empresa"<sup>12</sup>.

Asimismo, son temas indudablemente vinculados al de la actividad económica: el de la libre compe-

tencia y la represión de aquellas conductas que atentan contra ella, como las prácticas restrictivas y monopólicas (abuso de posición dominante en el mercado); así como la represión de las que tienden a desvirtuarla, violando la buena fe comercial (competencia desleal).

En cuanto a la empresa: se considera dentro del Derecho Mercantil su lado externo, pues se manifiesta que coincide con su materia; pero se excluye todo lo concerniente a su concepto y estructura interna. En este orden de ideas, se incluye en la regulación toda la contratación relacionada con el tráfico jurídico de la empresa (compraventa, arrendamiento, usufructo, prenda o hipoteca).

## IV. DERECHO DE LA EMPRESA

### a. Disciplina jurídica joven

El Derecho de la Empresa es aquella parte de la ciencia jurídica que estudia el fenómeno empresarial (empresario, empresa y actividad económica), desde una perspectiva multidisciplinaria. En ese sentido, traspasa de modo transversal el sistema jurídico (Derecho Civil, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, etc.), para proponer un tratamiento unitario de su concepto.

Este estudio, integra además los modernos aportes de la "Teoría del Derecho" aplicados al fenómeno empresarial en sus tres dimensiones jurídicas: el plano sociológico existencial, el formal normativo y el axiológico<sup>13</sup>.

En cuanto a su contenido, constituyen materia propia de esta disciplina las teorías de la empresa (que ofrecen un abanico de posiciones sobre su concepto y naturaleza jurídica), la distinción entre titular y empresa, tipos de empresarios, la diferencia entre empresa y hacienda mercantil, el estudio de los grupos de interés (inversionistas, trabajadores, consumidores, acreedores, etc.), el tráfico jurídico de la empresa (compraventa, arrendamiento, usufructo, prenda o hipoteca), la participación del trabajador y la protección del consumidor, que viene revolucionando las instituciones del Derecho Privado (Civil y Mercantil).

<sup>11</sup> Ley General de Sociedades peruana, Decreto Legislativo 311, para poder comprender a las sociedades civiles precisó que estas últimas carecen de "especulación mercantil".

<sup>12</sup> La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil. Tecnos, Madrid, 1965. pp. 287-288.

<sup>13</sup> Véase Carlos Fernández Sessarego: "Subjetivización de la empresa". en Revista Peruana de Derecho de la Empresa Empresa y Desarrollo N° 27. Asesorandina, Lima, 1988.

## **b. Contenido del Derecho de la Empresa**

En conclusión el contenido del Derecho de la Empresa sería el siguiente:

- a) Empresario: concepto, clases de empresarios (individual o colectivo), obligaciones formales (libros y registros), insolvencia (Derecho Concursal).
- b) Empresa: concepto, elementos que la integran (materias primas, signos distintivos o invenciones), clases de empresas (grandes, pequeñas, medianas), la hacienda mercantil (o fondo de comercio), tráfico jurídico de la empresa (venta, arrendamiento, usufructo, prenda o hipoteca), expropiación de la empresa, participación del trabajador.
- c) Actividad económica: contratos empresariales de cambio (seguros, transporte, know how, licencia de uso de marca, nombre comercial, etc.), y

asociativos (joint ventures, consorcios, asociación en participación, etc.), títulos valores (cartas de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, etc.), libre competencia (prácticas monopólicas y competencia desleal) y protección del consumidor.

Como puede apreciarse existe un contenido amplio del Derecho de la Empresa, que está a la espera de un tratamiento legislativo.

En nuestro país en estos últimos años se han regulado muchos de estos temas, pero en forma sesgada y fragmentada, falta un esfuerzo por sistematizar, uniformizar y perfeccionar la legislación empresarial. En ese sentido, la tarea inicial ha sido realizada: existen leyes que responden a otra visión y, por supuesto, a otra realidad; es obligación de los juristas del nuevo Derecho Mercantil, avanzar hacia la nueva codificación perfeccionando y sistematizando lo existente.

# LAS CLAUSULAS GENERALES DE CONTRATACION Y LA PROTECCION AL CONSUMIDOR

Manuel de la Puente y Lavalle  
Profesor de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Miembro del Comité Consultivo de  
THĒMIS - Revista de Derecho

Existe una difundida creencia respecto de que las cláusulas generales de contratación han sido diseñadas por el codificador peruano para proteger al consumidor. Pienso que esta creencia obedece a dos consideraciones:

- a. La identificación del concepto de consumidor con el de parte débil de la negociación contractual.
- b. La presuposición de que las cláusulas generales de contratación están orientadas a la protección de la parte débil de la negociación contractual.

Conviene analizar por separado cada una de estas dos consideraciones para luego tratar de descubrir el verdadero rol de las cláusulas generales de contratación.

## 1. EL CONSUMIDOR Y LA PARTE CONTRACTUAL DEBIL

El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 716 del 8 de noviembre de 1991 dispone que se entiende como consumidores o usuarios a las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios.

La ley argentina N° 24.240 de 13 de octubre de 1993 precisa algo más este concepto al establecer en su artículo 1 que se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:

- a. la adquisición o locación de cosas muebles;
- b. la prestación de servicios;

*En la doctrina peruana es frecuente la idea de que las cláusulas generales de contratación tienen la finalidad de proteger al consumidor, quien es considerado al mismo tiempo la parte más débil en la relación contractual. El doctor De la Puente, luego de un agudo análisis de la doctrina y la legislación, tanto nacional como extranjera, cuestiona esta arraigada posición. El consumidor -señala el Dr. De la Puente- no debe ser identificado con la parte débil en la negociación contractual, pues la calificación de cada uno de ellos obedece a criterios distintos. Además, la finalidad de las cláusulas generales de contratación es fundamentalmente, facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios disminuyendo los costos de transacción, mientras que su función de protección de la parte débil es sólo secundaria. De manera que las cláusulas generales de contratación y las normas de protección al consumidor son de ordenamientos legales diferentes, tanto en su origen como en su propósito, aunque con algunas zonas de contacto motivadas por la participación de los consumidores en el tráfico masivo de bienes y servicios.*

c. la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda. Incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada.

El artículo 2 de la misma ley aclara que no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Comentando la citada ley dicen los Stiglitz<sup>1</sup> que el consumidor, a través del consumo o del uso, pone fin a la vida económica del bien o servicio.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de España de 1984 señala que son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o inmuebles, productos o servicios, actividades o funciones cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transferencia, comercialización o prestación de terceros.

En cuanto a la contraparte, según el artículo 3º del Decreto Legislativo N° 716 se entiende por proveedores las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se consideran proveedores a:

b.1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.

b.2. Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

b.3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.

b.4. Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores, agregándose que son servicios cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito y de seguridad, con excepción de los servicios profesionales y los que se brindan bajo relación de dependencia.

He hecho esta, quizá tediosa, relación de los conceptos de consumidores y de proveedores para poner de manifiesto que lo que les caracteriza es entrar en una relación contractual en virtud de la cual los segundos transfieren bienes a los primeros o les prestan servicios, a título oneroso, con la peculiaridad de que los consumidores son los destinatarios finales de tales bienes y servicios.

Por su lado, parte débil en la negociación contractual es aquélla que se encuentra en un estado de necesidad que la lleva imperiosamente a satisfacer tal necesidad mediante la celebración del contrato.

Los citados Stiglitz<sup>2</sup> piensan que el Título I de la ley argentina N° 24.240 contiene normas de protección y defensa del consumidor pues el legislador parte del supuesto de la debilidad de los consumidores en las relaciones con los empresarios, agregando que es una debilidad motivada por desigualdades reales que lo colocan naturalmente en una posición de desequilibrio (en el poder de negociación, en la inequivalencia del contenido del contrato, derechos y obligaciones recíprocos, etc.), y esencialmente, en una desinformación del consumidor en torno al objeto de la relación (sobre la operación realizada, los bienes y servicios proveídos, condiciones de negociación, etc.). Citan al respecto que el Código brasileño de defensa del consumidor recoge expresamente esa fundamentación, destacando como primer principio del sistema "el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo".

Considero que, si bien es frecuente que el consumidor sea la parte débil en la negociación contrac-

<sup>1</sup> STIGLITZ, Rubén A., y Gabriel A. STIGLITZ. Defensa de los consumidores de productos y servicios. La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 39.

<sup>2</sup> IBIDEM, p. 31.

tual, no es posible otorgar categoría a la identificación de ambos conceptos desde que, como se ha visto, lo que caracteriza al consumidor es ser el destinatario final de los bienes o servicios suministrados.

Si pueden ser consumidores tanto las personas físicas como las jurídicas, no es extraño que un consumidor no sea la parte débil de la negociación contractual, tanto más si el proveedor no ostenta el monopolio del bien o servicio. En efecto, el consumidor que puede satisfacer su necesidad de cierto bien o servicio de varios proveedores, no se ve compelido a celebrar el contrato de adquisición con un determinado proveedor, sino que puede recurrir indistintamente a varios de ellos, con lo cual el proveedor elegido por el consumidor no tiene la condición de parte fuerte en la negociación contractual.

Por otro lado, el poner fin a la vida económica de un bien o servicio a través de su consumo o uso, que es la función esencial del consumidor, no coloca a éste en una situación especial respecto a su proveedor, pues en igual situación se encuentra quien adquiere el bien o servicio para integrar un circuito de producción o comercialización, que no es considerado como consumidor o usuario.

Mal se puede, pues, caracterizar al consumidor o usuario como parte débil de la negociación contractual cuando su situación no es distinta de la de quien, como dice la ley española N° 26/1984, sin constituirse en destinatario final adquiere o consume bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transferencia, comercialización o prestación de terceros.

Ambos, consumidor y no consumidor, sólo pueden ser parte débil en la negociación contractual si se encuentran en estado de necesidad respecto de la provisión de un bien o servicio y consideran que únicamente a través de un determinado contrato a celebrarse con persona cierta pueden satisfacer tal necesidad.

La protección que necesita el consumidor o usuario es respecto de los derechos inherentes a su calidad de tal, que están adecuadamente expuestos en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 716:

a. Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o

previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física.

b. Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

c. Derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan elegir libremente los que deseen.

d. Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios.

e. Derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo.

f. Derecho a ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita.

Dice Badouin<sup>3</sup> que el derecho de protección del consumidor reconoce un triple fin: a) un fin curativo, contra las deformaciones que el medio comercial y económico hace sufrir al consensualismo y a la libertad contractual; b) un fin preventivo, tendiente a evitar las prácticas lesivas; c) un fin educativo, al que se asigna un mayor futuro y que se asienta sobre el esclarecimiento del saber público en general respecto de los daños de una consumición desenfrenada y los peligros del crédito.

Debe observarse que la protección de los derechos del consumidor no es necesariamente contra actos del proveedor, sino que está orientada, en realidad, a garantizar que los bienes o servicios que adquiera el consumidor sean idóneos para su consumo final por éste.

Cabe, por lo tanto, afirmar que no debe identificarse la condición de consumidor o usuario con la

3 BADOUIN, Jean-Louis. Citado por REZZONICO, Juan Carlos. Contratos con cláusulas predispuestas. Astrea/Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 44.

de parte débil en la negociación contractual, pues la calificación de cada uno de ellos obedece a distintos criterios.

## 2. LAS CLAUSULAS GENERALES DE CONTRATACION Y EL CONTRATANTE DEBIL

De conformidad con el artículo 1392 del Código Civil, las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

El artículo 1393 del mismo Código establece que las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas.

Según el artículo 1397, las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando una diligencia ordinaria. Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

Obsérvese que según los artículos 1393 y 1397 que se acaban de citar, las cláusulas generales de contratación se incorporan a la oferta de un contrato particular y no al contrato mismo, de tal manera que la contraparte queda en libertad de aceptar o no la oferta contractual que se le formule. En caso negativo no se celebrará el contrato.

Tal como lo he manifestado en un estudio publicado en 1988, se ha elaborado mucho, y quizá irreflexivamente he participado en esa línea de pensamiento, respecto de que la regulación legal de las cláusulas generales de contratación tiene por

objetivo fundamental proteger al contratante débil.

Es cierto, agregaba, que esta protección ha jugado un rol importante, porque generalmente el cliente se encuentra en una situación de inferioridad con relación al empresario predisponente de las cláusulas, lo que ha llevado a pensar que existe en la contratación sobre la base de ellas una debilidad del consentimiento asimilable a un vicio de la voluntad. Se ha dicho, no sin razón, que el aparato publicitario de los suministradores de bienes y servicios ha creado en los consumidores un complejo de inferioridad, un estado psicológico de dependencia, que los lleva a aceptar sumisamente las cláusulas generales de contratación<sup>4</sup>.

Sin embargo, la razón de ser de la regulación legal de las cláusulas generales es, en realidad, otra.

El codificador peruano de 1984 se halló frente a una realidad nueva, casi desconocida cuando se elaboró el Código civil de 1936, que es la contratación masiva. Con una frecuencia cada vez mayor se aprecia una situación real en la cual existe, de un lado, una masa de personas que tienen similares necesidades de bienes y servicios y que requieren de un instrumento jurídico que les permita satisfacerlas rápidamente. Al otro lado se encuentran los proveedores de tales bienes y servicios que tienen una similar necesidad de colocar rápidamente su producción y que también requieren utilizar una herramienta jurídica idónea para hacerlo.

Se necesitaba encontrar este instrumento o herramienta y, desde luego, se pensó en el contrato, por ser la única fuente de las obligaciones apta para ello. Sin embargo, el tradicional contrato paritario, en el cual las partes negocian libremente entre sí el contenido contractual, carece de la rapidez que, dado el gran número de transacciones, eran indispensables para tal fin.

Entre la gama contractual conocida a principios

<sup>4</sup> Comentando este fenómeno, Nicolo LIPARI (Derecho Privado, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1960, p. 344) dice lo siguiente:

"Poseer el monopolio de la producción o de la distribución del bien o servicio; disponer del monopolio de la noticia; tener la posibilidad -por parte de las organizaciones empresariales- de utilizar un poder de choque notable, aun a nivel de actuaciones empresariales, sobre las facultades de determinación del otro posible contratante mediante un sistema de publicidad constante, sistemático, agresivo de las cualidades y de las condiciones de transferencia de bienes y servicios; poner al adherente, en fin, frente a un contrato ya predispuesto, en el momento en que sus facultades de reacción psicológica están comprometidas incluso por la confianza que le supone la experiencia de que otros han utilizado el mismo esquema contractual ya predispuesto, son todos ellos hechos que, si de un lado permiten intuir la medida -ya sobre el plano social antes que sobre el jurídico- de la disparidad de fuerza y de poder (y esto antes incluso que tenga lugar un encuentro entre las partes en el plano contractual), de otro lado constituyen el signo evidente de una compresión de la personalidad del usuario en la tendencia a la eliminación total de toda facultad de decisión propia".

del siglo XX, que es cuando empezó a cobrar auge la contratación masiva, la primera opción fue el contrato por adhesión que, al colocar a una de las partes en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente -sin posibilidad de discusión- la oferta formulada por la otra, permite mediante la formulación de ofertas iguales celebrar simultáneamente un sinnúmero de contratos también iguales, con lo cual se lograba la celeridad buscada.

Sin embargo, pronto se advirtió que la masa de personas estaba compuesta por individuos con necesidades similares, pero no iguales, lo que requería una cierta diferenciación en los contratos. Para satisfacer este requerimiento se idearon las cláusulas generales de contratación, que constituyen una feliz combinación de los contratos por adhesión y los contratos paritarios.

En efecto, mediante la prerredacción de las cláusulas generales, que contienen los elementos comunes de todos los contratos a celebrarse, se alcanza la celeridad anhelada desde que tales elementos son indiscutibles, a la par que conteniendo la oferta contractual no sólo las cláusulas generales sino también los elementos propios de cada contrato, se satisface la diversificación de los contratos para adecuarse a los requerimientos individuales de cada contratante.

Puede observarse que la génesis de las cláusulas generales de contratación se encuentra en la necesidad de conjugar la rapidez de la contratación masiva con la agilidad de la contratación individual. No debe pensarse que la contratación en base a cláusulas generales ha sido ideada para beneficiar exclusivamente a los prerredactantes de ellas, pues también tiene la contraparte interés en una negociación rápida y ágil que le permita satisfacer cuanto antes su necesidad de los bienes y servicios que se le ofrecen.

Tiene razón Ferri<sup>5</sup> cuando dice lo siguiente:

"La moderna economía, caracterizada por la producción 'estandarizada' y en masa de bienes y servicios y del vasto consumo y comercio de ellos, ha favorecido la difusión de un tipo particular de negociación orientada a permitir la rapidez de la circulación de los productos a través de la predisposición de esquemas contractuales uniformes y la consiguiente simplificación del iter formativo del contrato. Tal tipo de contratación no satisface solamente las exigencias de la producción y del

comercio, sino que además se adecua también al rápido ritmo de la vida moderna, a la necesidad de 'no perder tiempo' común también al consumidor, el cual, si de un lado debe estar sujeto a una especie de 'diktat' del otro contratante, por otro lado está garantizado de ser las condiciones generales vinculantes para quien las ha ideado y pre-dispuesto y de asegurar con su aplicación uniforme, en orden al mismo tipo de relación, igualdad de tratamiento" (traducción libre).

En el proceso de búsqueda de la solución ideal para la contratación masiva ocupa un segundo lugar la protección al contratante débil pues lo que se busca fundamentalmente es remediar los problemas que plantean los llamados "contratos de masa".

Es verdad que el artículo 1398 del Código civil dispone que en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas de contratación no aprobadas administrativamente no son válidas ciertas estipulaciones que establecen en favor de quien la ha redactado determinadas facultades. No cabe duda que la declaración de invalidez de estas estipulaciones, llamadas por un sector importante de la doctrina "cláusulas vejatorias", obedece a un propósito de evitar abusos por parte de los prerredactantes, protegiéndose así a la parte débil en la negociación contractual. Pero esta norma, inspirada en el artículo 1341 del Código civil italiano, resulta algo postiza en la regulación de las cláusulas generales de contratación ya que, en realidad, debió ser comprensiva de todos aquellos contratos en que existe un marcado desequilibrio entre las posiciones de las partes durante la negociación contractual.

De igual manera que el desequilibrio contractual en la etapa de la celebración del contrato y en la de su ejecución dan lugar, respectivamente, a la rescisión por lesión y a la resolución por excesiva onerosidad de la prestación, así mismo el desequilibrio en la etapa de la negociación, cualquiera que sea la modalidad del contrato, debe traer como consecuencia la ineficacia de las estipulaciones impuestas por la parte fuerte en esta negociación.

No se explica por qué la ineficacia de las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, de las facultades de suspender el contrato, de rescindir-lo o de resolverlo y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o

5 FERRI, Luigi, *Lezioni sul contratto*. Zanichelli, Bologna, 1987, p. 112.

renovar tácitamente el contrato debe aplicarse únicamente a los contratos por adhesión y a las cláusulas generales de contratación. En realidad, los artículos 1398, 1399 y 1401 del Código Civil deberían regir para todos aquellos casos en que existe un desequilibrio evidente entre las partes durante la negociación contractual.

Sin embargo, tales artículos existen y hay que respetarlos, por lo cual es preciso admitir que al regular las cláusulas generales de contratación el codificador peruano ha querido, a través de ellas, proteger a la parte débil en la negociación contractual.

Pero esta admisión no puede ir más allá y afirmar que la protección a la parte débil en la negociación contractual es la finalidad primera de las cláusulas generales de contratación. Esta finalidad primera es, sin duda alguna, facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios.

Por ello Rezzonico <sup>6</sup> afirma enfáticamente que "una cosa es que determinada ley proteja de una u otra forma a la parte débil que aparece afectada por cláusulas CNG (así llama él a las cláusulas generales de contratación) y otra que éstas necesaria y únicamente tengan que servir al tráfico jurídico del consumidor. Repetiremos, en fin, que toda insistencia será poca en señalar el papel amplio que desempeñan las CNG como instrumento de técnica jurídica dentro de un tráfico complejo y estandarizado donde los grados de poder negocial aparecen revestidos de coloraciones diversas según las oportunidades".

En el mismo sentido, Mirabelli <sup>7</sup> destaca que "la más reciente opinión reconoce el fundamento de la institución no en la exigencia de tutela del contratante más débil, sino en la relevancia del fenómeno práctico de la predisposición de cláusulas uniformes y en la exigencia de contemporizar los intereses de las partes".

Cabe, pues, llegar a la conclusión de que el codificador peruano de 1984 ha diseñado las cláusulas generales de contratación con la finalidad principal de facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios y que sólo secundariamente busca proteger a la parte débil en la negociación contractual.

### 3. COLOFON

Se ha establecido en el rubro "El consumidor y la parte contractual débil" que no debe identificarse la condición de consumidor o usuario con la de parte débil en la negociación contractual, pues la calificación de cada uno de ellos obedece a criterios distintos.

Por su parte, en el rubro "Las cláusulas generales de contratación y el contratante débil" se ha llegado a la conclusión de que la finalidad primera de las cláusulas generales de contratación es facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios y que sólo en segundo término es proteger a la parte débil en la negociación contractual.

Ahora bien, ¿cuál es, entonces, la relación entre las cláusulas generales de contratación y las normas sobre protección al consumidor?

Pienso que son dos ordenamientos legales distintos, tanto en su génesis como en su finalidad, aunque con evidentes zonas de contacto, motivadas en que el consumidor participa con frecuencia en un tráfico masivo de bienes y servicios.

Cada vez que un consumidor pierde su individualidad y se incorpora a una masa de personas con similares necesidades y semejante premura de satisfacerlas, si contrata con un prerredactante para lograr esta satisfacción, entra al campo de las cláusulas generales de contratación, sin dejar el régimen legal de protección al consumidor. No interesa que sea o no la parte débil de una negociación contractual.

Supongamos determinados bienes o servicios que, de conformidad con el artículo 1394 del Código Civil, deben contratarse necesariamente con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa. El consumidor de tales bienes o servicios, o sea quien pone fin a su vida económica, se verá colocado en una doble situación. Por un lado, gozará de la protección que le brinda el Decreto Legislativo N° 716 y, por el otro, se aplicarán a los contratos que celebre para la adquisición de los bienes o servicios las cláusulas generales de contratación referentes a los mismos.

Es posible que existan discrepancias o contradicciones y, en tal caso, pienso que deben primar las

<sup>6</sup> REZZONICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predisuestas*. Astrea/Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 31.

<sup>7</sup> MIRABELLI, Giuseppe. *Dei contratti in generali*. UTET, Turín, 1980, p. 137.

normas del Decreto Legislativo N° 716, por cuanto el artículo 65 de la Constitución encomienda al Estado la defensa del interés de los consumidores y usuarios y, en tal sentido, debe entenderse que el Decreto Legislativo N° 716 es la expresión de esa defensa. No llevo a afirmar que este Decreto Ley sea una norma que interese al orden público -hipótesis en la cual serían nulas las cláusulas generales que se opusieran a ella (artículo V del Título Preliminar del Código Civil)-, sino que dicho Decreto Legislativo está orientado a permitir que el Estado cumpla una misión que le encomienda la Constitución, por lo cual debe tener preferencia sobre una estipulación de carácter privado. No se olvide que las cláusulas generales de contratación, pese a su aprobación administrativa, son de naturaleza contractual<sup>8</sup>, por lo que, si forman parte de un contrato de derecho privado, tienen tal carácter.

En los demás casos, ambos regímenes son independientes, de tal manera que ellos rigen en sus respectivos campos de aplicación. Esto da lugar a que, por ejemplo, un consumidor que adquiera bienes o servicios mediante un contrato que no sea por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, no podrá invocar el artículo 1398 del Código Civil para solicitar la ineficacia de las estipulaciones de su contrato iguales a las contempladas en dicho artículo.

En algunos sistemas legales extranjeros, como el argentino, se establecen paralelamente tanto en sus códigos civiles como en sus leyes de protección al consumidor reglas respecto a la ineficacia de determinadas cláusulas vejatorias de los derechos de la parte débil, con contenidos similares.

Así, el artículo 1157 del Código Civil argentino dispone que en los contratos con cláusulas pre-dispuestas por una de las partes o que hagan referencia a condiciones generales, que la otra parte estuvo precisada a celebrar, se tendrán por no convenidas:

- a. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales o la limiten por daños materiales sin una adecuada equivalencia económica.
- b. Las cláusulas que importen renuncia o restricción a sus derechos, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias, salvo, en ambos casos, que conforme a las cir-

cunstancias haya conocido o usando la debida diligencia haya debido conocer estas cláusulas antes de concluir el contrato, y las haya aprobado expresa y especialmente por escrito.

Por su lado, el artículo 37 de la Ley argentina N° 24.240 sobre Defensa del Consumidor establece que sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños.
- b. Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.
- c. Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Puede observarse que pese a la similitud de las cláusulas declaradas ineficaces en el artículo 1157 y en la Ley N° 24.240, que hubiera permitido aplicar el primero a las situaciones previstas en la segunda, el legislador argentino ha preferido consignar separadamente, aún a riesgo de ser repetitivo, reglas separadas en uno y otro ordenamientos para destacar así la total independencia del régimen de las cláusulas generales de contratación con relación al régimen de la protección al consumidor.

Finalmente, quiero referirme a un tema que nos preocupa a todos los que, de una manera u otra, trabajamos con las cláusulas generales de contratación, y es el referente a la aprobación administrativa de tales cláusulas.

Gran parte de la eficacia del sistema de las cláusulas generales de contratación radica en establecer el procedimiento de aprobación administrativa de dichas cláusulas, que confiere a las cláusulas aprobadas el poder de incorporarse automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas.

La importancia de esta aprobación es muy grande, pues el buen éxito del tráfico masivo descansa en gran parte en la celeridad de la contratación, la cual se puede alcanzar con mayor facilidad si se suprime del plano de la negociación contractual el área de las cláusulas generales aprobadas administrativamente.

<sup>8</sup> PUENTE y LAVALLE, Manuel de la. El contrato en general. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1991, Tomo III, p. 105.

Pienso que la institución idealmente apta para organizar y llevar a cabo esta labor de aprobación es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (INDECOPI). Debido precisamente a su probada eficiencia, INDECOPI está en aptitud legal de hacerlo, pues el inciso d) de su Ley de Organización y Funciones (Decreto Ley N° 25868) le permite en-

cargarse de la aplicación de las normas legales (artículos 1392 a 1401 del Código civil) destinadas a proteger la contratación masiva de bienes y servicios.

Manuel R. Chepote  
Rafael Chepote Coquis

1917 - 1952  
desde 1952

## NOTARIA CHEPOTE

78 años sirviendo a la comunidad  
defendiendo el interés ajeno  
y siempre la verdad

**Juan Fanning 753 - Miraflores**

**☎ 4470691 4477650 Telefax 4460464**

# LA MISION DE LA ADUANA EN EL REGIMEN DE APERTURA DEL COMERCIO EXTERIOR

Dr. César Guzmán-Barrón S.  
Profesor de Comercio Exterior  
Pontificia Universidad Católica del Perú

## INTRODUCCION

La actual política de apertura llevada a cabo por nuestro país ha determinado modificaciones importantes en la misión de la aduana. Con la dación del Decreto Legislativo 668, "Ley de Comercio Exterior", el gobierno peruano optó por la liberalización del comercio exterior, dando un giro de casi 180 grados con el régimen existente en ese momento. A partir del Decreto Legislativo 668, los operadores de comercio exterior tuvieron que adaptarse a las nuevas reglas de juego o retirarse del mercado. Evidentemente, la aduana se vio precisada a reestructurarse con el fin de cumplir adecuadamente su misión.

Han pasado un poco más de tres años desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 668, y es necesario hacer una evaluación de las funciones que cumple la aduana en el comercio exterior peruano.

## 1. FUNCION DE LA ADUANA EN EL REGIMEN DE APERTURA

Hasta julio de 1990, en nuestro país, con diferentes matices podemos considerar que se aplicaba un sistema de control y de regulación del comercio exterior. En la década del 70 se estableció un control excesivo en materia de comercio exterior, liberalizándose tímidamente durante los cuatro primeros años de la década de los 80, para luego regresar a un régimen de control y regulación. La aduana no ha sido ajena a estos cambios de política de comercio exterior. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la aduana por sí misma no tiene una política propia, sino que se encarga de

*Dentro de la política de apertura por la que atraviesa nuestro país, el tema de aduanas no ha sido la excepción, pues se han logrado modificaciones importantes en el campo de las importaciones y las exportaciones. Con la suscripción del tratado por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, que busca la uniformidad a nivel mundial, el Perú ha incorporado muchos acuerdos importantes, dentro de los cuales está el relativo al sistema de valoración GATT. En el presente artículo, el doctor César Guzmán Barrón resalta la misión fundamental del sistema de aduanas y la necesidad de que tenga una función más activa en temas como el anti-dumping y los derechos compensatorios. La idea central es clara: en temas como el de aduanas, el camino es dejar un amplio margen de acción a los particulares, estableciendo un sistema de mayor libertad con menos control.*

aplicar la política de comercio exterior que esté vigente.

Hasta los 90, la aduana debía controlar aplicando, además del arancel, una serie de mecanismos paraarancelarios destinados a restringir la entrada al país de mercancías importadas. Por ejemplo, para dedicarse antes a la importación, la persona tenía que ser una persona jurídica inscrita en el registro de importadores, y la aduana tenía la obligación de verificar que quien importaba estuviera inscrito en el registro de importadores. Además, el importador debía obtener una licencia previa aplicable a todo tipo de mercancías. Adicionalmente, hasta 1990 existía una amplia lista de productos de importación prohibida<sup>1</sup>, que respondía a una doble necesidad: ahorrar divisas para el país y proteger la industria nacional. Por otro lado, la aduana tenía que aplicar un sistema escalonado de aranceles. Se llegó a tener 64 aranceles para una sola partida arancelaria, dependiendo de si el producto era de primera o segunda prioridad, o si quien lo importaba tenía alguna resolución exoneratoria o liberatoria de derechos. De manera que un mismo producto podía pagar un 5% de derechos *ad valorem* como un 115%, dependiendo de quién y qué importaba.

Hoy, en materia de importaciones, la aduana se encuentra con instrumentos de política de comercio exterior que han variado substancialmente.

Primero, ya no hay registro de importadores. En consecuencia, la aduana no tiene por qué verificar si la persona está o no autorizada a dedicarse a la actividad de importación.

En segundo lugar, la aduana tampoco debe verificar, o casi no tiene que verificar, si los productos están o no en una lista de importación prohibida, pues esta lista ha sido reducida a su mínima expresión. Hoy no tenemos ni el 10% de partidas arancelarias prohibidas, y en consecuencia la tarea es mucho más sencilla. Lo que sí debe verificar la aduana es una tarea que siempre tuvo y siempre tendrá: que este producto no atente contra la moral, ni contra la salud ni contra la seguridad nacional. Por ejemplo, si una colección de libros trae el mapa del Perú cercenado, evidentemente la aduana tendrá que decomisarla. Se trata de una misión natural y normal reconocida a cualquier aduana en el mundo. En algunos casos, cuando son productos fitozoosanitarios, se exigirá algunos certificados de internamiento que permitan el ingreso

de esa mercadería, emitidos ya sea por el Ministerio de Salud o por el Ministerio de Agricultura.

En materia arancelaria, la aduana, en la gran mayoría de los productos, tan sólo aplica un arancel del 15%, con lo que su labor se ve simplificada.

En consecuencia, la tarea más importante de la aduana en materia de importaciones será la determinación de cuál es la partida arancelaria correspondiente y cuál es el valor de la mercadería importada, así como aplicar los derechos arancelarios que correspondan. Naturalmente, allí no quedará su tarea, sino que en función de dónde proceda la mercadería aplicará los derechos de aduana, pues aparte del arancel nacional existen reducciones arancelarias producto de las negociaciones que el Perú ha suscrito con diferentes países. Así por ejemplo, si se trata de un producto procedente de un país miembro del Grupo Andino, se verificará si ese producto está dentro de los programas de liberación; si procede de un país miembro de la ALADI, se aplicarán los acuerdos de complementación.

Por eso, el funcionario de aduana es un técnico aforador, un técnico que determina la partida arancelaria que corresponde a un producto, y para eso llega a estudiar inclusive química, física, etc., para efectos de determinar cuál partida arancelaria le corresponde a determinado producto. Una vez que se ha determinado cuál es la partida correspondiente, la segunda tarea es saber si el valor declarado por el importador es el adecuado o no. Le corresponde, por tanto, la función de valorar.

Si esta es la función principal de la aduana en materia de importaciones, ¿hasta qué punto se ve limitada por la labor encomendada a las empresas verificadoras dentro del denominado Sistema de Supervisión de Importaciones? En efecto, a partir del Decreto Legislativo 659, se encarga a las empresas supervisoras la verificación antes del embarque de cuál es el valor del producto, y de manera referencial, cuál es la partida arancelaria. Luego, el importador presenta ante la aduana un certificado de inspección emitido por la empresa supervisora, que si bien no obliga, sí tiene un peso sustantivo en la valoración. Es decir, la valoración ya viene prehecha y la partida arancelaria viene de igual forma. Es más, en la versión original del Decreto Legislativo 659 se estableció que el valor era fijo, no revisable y que el importador

<sup>1</sup> La lista era de casi el 50% del arancel nacional. El arancel está compuesto por 4,000 partidas aproximadamente.

podía con el valor determinado por la verificadora pagar los derechos de importación en el banco, y presentarse en la aduana con los derechos ya pagados para que ésta le facilitara el despacho. Con la dación de la Ley 25405, se permitió que la aduana tuviera una misión más directa en la determinación del valor, y además especificó que la partida arancelaria y el valor determinados por las empresas verificadoras eran puramente referenciales. La empresa verificadora determina que el precio sea el adecuado a las condiciones del mercado del país importador y del país proveedor. Por tanto, la aduana retoma la función de determinar la partida arancelaria y del valor de la mercancía para que sobre ella se apliquen los derechos de importación correspondientes.

En el campo de las exportaciones, la aduana tampoco tiene mucho que investigar: ya no hay retribuciones por exportaciones no tradicionales, ni autorizaciones para exportar. Ahora, la exportación es libre.

## **2. COMO EJERCE LA ADUANA SU ACTUAL FUNCION**

### **a. La valoración aduanera.**

La aduana, al valorar hoy en día, aplica de una manera mixta dos sistemas distintos. Primero, la noción positiva propia del GATT, que en la práctica se utiliza con variaciones por las empresas verificadoras para importaciones mayores a US\$ 2,000 FOB. Y segundo, la noción teórica de valor, propia del Sistema de Bruselas, que la aduana aplica a las importaciones por un valor menor a US\$ 2,000 FOB. De acuerdo con el Sistema de Bruselas, el valor de la aduana corresponde al precio adoptado en condiciones de libre competencia, pero previa verificación e investigación realizada por la aduana con el fin de determinar que ése sea el valor real. La verificación y la investigación se basan en cinco criterios: el lugar, el precio, el tiempo, el nivel comercial y la vinculación entre las partes. Estos criterios aplicados a la determinación del valor permitirán conocer cuál es el valor de la mercancía. Por eso se le llama la noción teórica, porque es el precio de la mercancía en el momento del aforo, cuando se va a numerar la declaración y se van a aplicar los derechos correspondientes, mas

no cuando se compró, porque podrían haberse comprado dos meses o quince días antes. Este sistema de valoración ha sido poco a poco dejado de lado en el mundo y ha sido incorporado un concepto muy similar, pero reglamentado de manera distinta en el artículo VII del GATT<sup>2</sup>. En este artículo se establece el sistema de valoración positiva, vale decir, creer en la declaración de valor hecha por el importador. Basta que entre las partes no exista ninguna otra relación que la de comprador y vendedor para que el valor declarado deba ser aceptado. Este sistema de valoración no parte del valor en que se vendería la mercadería en el momento en que ingresó en la aduana, sino del valor en que se vendió la mercadería.

Al suscribir el Perú el acta final que crea la Organización Mundial de Comercio (OMC), se ha incorporado en la legislación<sup>3</sup> el acuerdo de valoración del GATT. Sin embargo, se ha acogido a la exención a favor de los países en desarrollo, que permite su aplicación en diez años. Por ello, la actual es una situación intermedia establecida por el Decreto Supremo 063-92-EF, en virtud del cual el sistema de valoración tiene en cuenta lo que se llama Precio Usual de Competencia, sistema similar al del artículo VII del GATT, pero sobre la base de un derecho de investigación similar al sistema de Bruselas.

La aplicación del sistema de valoración del GATT va a tener una consecuencia inmediata muy importante, pues se va a depender de la buena fe de las partes porque se cree automáticamente en el valor declarado por el importador, siempre y cuando no exista entre ellos vínculo comercial alguno.

### **b. La OMC y su incidencia en la función aduanera**

La Organización Mundial de Comercio se ha convertido en el tercer soporte del desarrollo mundial. El primer soporte es el Banco Mundial, el segundo es el Fondo Monetario Internacional y el tercero es la Organización Mundial de Comercio, creada el 15 de diciembre de 1993. En todos los países suscriptores de la OMC se aplicarán estas reglas en común, las mismas que generarán una uniformidad y una mayor manifestación de la

<sup>2</sup> El GATT forma parte del ordenamiento jurídico nacional desde 1951, cuando el Perú lo suscribió como país número 35. Actualmente, hay más de 117 países suscriptores del GATT y 25 que están en proceso de negociación.

<sup>3</sup> Resolución Legislativa 26407, promulgada el 16 de diciembre de 1994 y publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de diciembre de 1994.

globalización del marco jurídico del comercio exterior en el mundo.

La OMC, persona jurídica internacional, tiene como objetivo lograr el libre cambio, la desaparición de todo tipo de medida no arancelaria y la reducción de los aranceles en la medida de lo posible. En las negociaciones de la Ronda de Uruguay que dieron origen a la OMC, el Perú ha suscrito un compromiso que tiene que ver con el régimen de importaciones, y es que en ningún caso se podrá elevar los aranceles a un valor mayor del 30%. Sin embargo, se ha conseguido en las negociaciones que se acepte para los productos agrícolas consignados en el Decreto Supremo 016-92-AG, mantener aranceles hasta de 115%. Evidentemente, este compromiso no constituye problema alguno, pues el actual nivel del arancel es 15%. Sin embargo, será problema para otro gobierno que pretendiera entrar a un sistema de control o de protección a la industria nacional a través de aranceles elevados, pues se va a encontrar con un compromiso internacional que no se puede derogar unilateralmente.

Adicionalmente, la incorporación del Perú a la Organización Mundial de Comercio supone para el tema aduanero la incorporación automática de todos los acuerdos adoptados dentro de esta organización, tales como el acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, el acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio, el acuerdo sobre inspección previa al embarque, etc. En consecuencia, la aduana, en materia de importaciones, tendrá que ponerse al día aplicando dichos acuerdos según corresponda.

### **c. Los derechos antidumping y los derechos compensatorios**

La aduana tiene otra tarea, resultado de la adopción de la política de apertura que eliminó la protección a la industria, así como todo subsidio para su desarrollo. Hoy, la industria nacional se tiene que enfrentar a la industria que viene del exterior. Es frecuente encontrar en el mercado nacional productos importados a precios bajos, porque en el país de origen son objetos de subsidios o dumping. La aduana, ante esta situación de competencia desleal, se encuentra limitada, dado que no participa en la determinación de la aplicación de derechos antidumping o compensatorios, pues su función se reduce a aplicar aquellos derechos fijados por el INDECOPI. El afectado necesariamente debe acudir al INDECOPI, con el fin de que la comisión competente, en un plazo que puede extenderse hasta un año, establezca mediante una resolución los derechos antidumping o derechos com-

pensatorios a mercaderías que vienen en esas condiciones. Mientras tanto, la industria nacional debe competir con el producto subsidiado o con precios dumping. Estos subsidios subsisten porque no todos los países han adoptado un igual nivel de apertura, e incluso los países en desarrollo pueden mantener subvenciones a la exportación por ocho años según el acuerdo de medidas y derechos compensatorios del GATT (hoy OMC). La aduana está limitada por cuanto no participa en la comisión de fiscalización de dumping y subsidios de INDECOPI.

En consecuencia, el decreto Supremo 133-91-EF, que regula este tema, debe ser modificado incorporando representantes de la aduana y modificando los plazos, porque la industria nacional requiere ser defendida ante la competencia desleal. Además, la norma debe adecuarse al acuerdo anti-dumping adoptado en la ronda Uruguay.

La industria nacional también se ve afectada, como se señaló anteriormente, cuando la mercancía es objeto de subsidio por una medida del gobierno del país exportador. Resulta que hoy no sólo siguen subsidiando países en desarrollo, sino también países industrializados. Ante esta situación, la aduana tan sólo verifica si el valor establecido en el certificado de inspección es un valor real, dado que la empresa supervisora no tiene como función analizar si el producto ha sido objeto de subsidio. Por tanto, la aduana podrá aplicar los derechos aduaneros sobre un precio subsidiado y el industrial nacional se encontrará perjudicado. Sin embargo, existe el acuerdo sobre medidas y derechos compensatorios del GATT, donde no se dice que la aduana no puede participar activamente, por lo que debería también formar parte de la comisión que determina los derechos compensatorios.

Por otro lado, en este campo relativo al acuerdo sobre medidas y derechos compensatorios es pertinente aclarar lo siguiente: nuestro país no subsidia las exportaciones, pues se eliminó el CERTEX, se eliminó el FENT, etc. Sin embargo, este acuerdo permite que países en desarrollo como el Perú puedan mantener subsidios durante ocho años y desmantelarlos poco a poco. Nuestro país no lo puede hacer porque ya se ha optado por eliminar el sistema de subsidios por una decisión de política económica totalmente respetable. Sin embargo, el GATT lo autoriza. Entonces, ¿qué va a pasar? Nuestros países competidores, que sí tienen subsidios, podrán mantenerlos y esos productos podrán seguir entrando al Perú subsidiados, mientras la aduana está limitada y el industrial nacional se ve perjudicado. Por ello debe analizarse la

conveniencia de incorporar a la aduana una función que le permita evitar este tipo de distorsiones.

#### **d. Función de la aduana en los regímenes de tráfico de perfeccionamiento activo**

El país mantiene totalmente concordantes con los principios del GATT los regímenes de admisión temporal y reposición en franquicia, que permiten el ingreso al país de insumos, partes y piezas, materia prima, con suspensión del pago de los derechos arancelarios y demás impuestos (admisión temporal), o exoneración del pago de impuestos a similares utilizados para la exportación (reposición en franquicia). Estos regímenes facilitan la tarea del industrial exportador y le abaratan sus costos, con el fin de que sean más competitivos en el mercado mundial.

Aquí, la aduana tiene una misión fundamental, pues debe apoyar al exportador peruano. En primer lugar, facilitando el uso de los regímenes y sin controlar excesivamente al industrial, que termina optando por no utilizar estos mecanismos

de promoción. En segundo lugar, aplicando las normas con flexibilidad, es decir, con un criterio promocional. Es más, la aduana debe apoyar a las empresas asesorándolas para que hagan un uso adecuado y eficiente de dichos regímenes, y no limitarse a verificar fallas para sancionar. En ese sentido, debería convertirse el área operativa en un área promotora. Un problema que tenemos en el país es que se legisla en función del sinvergüenza. Con esa mentalidad, quien actúa honestamente prefiere abstenerse dada la cantidad de verificaciones o controles a los cuales se le pretende someter. Pero ello no implica no sancionar ejemplarmente al que actúa dolosamente.

Finalmente, en materia de exportaciones, la aduana tiene una misión trascendental: si ahora en materia de importaciones hay facilidades, en exportaciones las debe haber aún mayores.

Tenemos que mirar al Perú como país exportador, y la aduana, dentro de una sana política de comercio exterior, debe ser absolutamente una facilitadora de la actividad de exportación.

# Séptima Bienal de Poesía



## 1995

---

**SOLICITAR BASES:**

**LIMA:**

Departamento de Relaciones Públicas  
Av. Paseo de la República 3361-San Isidro



**PETROLEOS DEL PERU S.A.**

**PROVINCIAS:**

Oficinas Comerciales y Plantas de Venta

**Fecha límite de recepción de trabajos:  
29 de diciembre de 1995**

# NECESIDAD DE LA REFORMA DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Enrique Normand Sparks  
Profesor de Derecho Mercantil  
Pontificia Universidad Católica del Perú

## I. INTRODUCCION

No creo que alguien albergue dudas sobre la necesidad de reformar la Ley General de Sociedades. El tiempo transcurrido desde la dación de la Ley N° 16123, que puso en vigencia casi la totalidad de las normas que rigen las sociedades mercantiles hasta nuestros días, sería suficiente razón para una reforma.

Es interesante señalar que en Inglaterra a inicios del siglo XX el *Board of Trade*, una especie de Ministerio de Comercio, institucionalizó un sistema que consistía en nombrar cada veinte años a un comité para revisar la Ley de Sociedades Mercantiles, reconociendo así la dinámica de esta parte del Derecho Mercantil. Respecto de nuestro ordenamiento positivo, dicho plazo ya se habría vencido en exceso si lo contamos desde 1966. Sin embargo, el frío conteo de los años queda también superado desde que la dinámica de los acontecimientos históricos, en especial, después de la Segunda Guerra Mundial y a partir del reconocimiento casi universal de la economía de mercado, hacen percibir una creciente necesidad de contar con formas societarias que sean cuando menos susceptibles de adecuarse a las necesidades y exigencias de nuestros tiempos. Sentada pues, la premisa de la necesidad de una reforma, hay que preguntarse en qué debe consistir ésta.

Una manera pacata y tímida de encarar la reforma sería apuntar a que se recojan y ordenen en un solo cuerpo legal todos los dispositivos que sobre sociedades se han dictado con posterioridad a la dación de la Ley General de Sociedades.

*La necesidad de modificar nuestra legislación societaria ha llevado a la conformación de una comisión especializada, integrada por destacados juristas y abogados en ejercicio, a quienes se ha encomendado la delicada labor de reformar la Ley General de Sociedades. El presente trabajo, realizado por el presidente de esta Comisión, doctor Enrique Normand Sparks, a partir de su ponencia en el Forum: "Reforma de la Ley General de Sociedades", que organizó THĒMIS - Revista de Derecho en el mes de setiembre de 1994, resalta la conveniencia de la reforma y el propósito de la misma.*

*El expositor, a lo largo de su exposición, estudia las formas societarias existentes en el Perú actual, las diferencias entre las sociedades de personas y las sociedades de capital, el auge de la sociedad anónima y -finalmente- la dirección que, en su opinión, debe seguir la reforma. La lectura de este artículo será, sin duda, de ayuda valiosa para quienes deseen conocer las ideas principales que seguramente orientarán a nuestra próxima Ley.*

Esta tímida reforma podría aspirar inclusive a corregir o remediar algunas fallas o lagunas existentes en la legislación vigente. Estimo que esto no es lo que se quiere. La reforma se agotaría en un esfuerzo compilador, poco interesante y menos aún eficiente. La reforma debe ser mucho más ambiciosa y apuntar a brindar a la actividad mercantil, en su más amplia y moderna concepción, los vehículos que permitan el ejercicio de la actividad económica con la dinámica y seguridad que exigen el tráfico actual.

Acometer una reforma con los rasgos antes señalados hace necesario dar una mirada al panorama de la legislación vigente y analizar cómo se ha comportado ésta frente a la actividad mercantil.

El Derecho Societario en el Perú republicano puede ser detallado históricamente a través de tres grandes hitos:

- 1) El Código de Comercio de 1902, que se limita a tomar *ad literam* el Código español de 1885.
- 2) La Ley de Sociedades Mercantiles -Ley N° 16123- que fue dictada en 1966, muchos años después del Código de Comercio. Aunque en esta norma también vemos una gran influencia de la Ley española, se marca un sustancial cambio, por cuanto se recoge algunas tendencias mucho más modernas que las que tenía el Código de Comercio.
- 3) La Ley General de Sociedades, dictada en 1984.

## II. LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES DE 1984

¿Por qué se dicta la Ley General de Sociedades? Se dicta simplemente con el propósito de cobijar en un dispositivo legal las normas sobre sociedades que habían quedado fuera de sitio, desplazadas con la dación del Código Civil de 1984. Este mismo año, el Código Civil no recoge la institución de las Sociedades Civiles y hubo que buscar dónde parquear a las sociedades civiles. La Ley General de Sociedades se limita, pues, a revisar el Título Preliminar de la Ley de Sociedades Mercantiles para hacerlo aplicable tanto a las sociedades civiles como a las sociedades mercantiles que habían perdido el sitio en el Código Civil. A continuación, recoge literalmente todos los dispositivos de la Ley N° 16123 y repite prácticamente el articulado en la parte mercantil.

Para regular las sociedades civiles agrega un libro destinado a este tipo societario y regula dos formas: la sociedad civil de responsabilidad limitada

y la sociedad civil de responsabilidad ilimitada. Tampoco esto es una novedad, pues ya existía esta dualidad en el Código Civil de 1936.

En la etapa histórica que sigue a la promulgación de la Ley General de Sociedades podemos ubicar también una serie de normas recientes que han pretendido incluir algunos conceptos novedosos en el Derecho Societario peruano. Se ha regulado así, las sociedades abiertas, las sociedades de accionariado difundido y -entre otras de las más recientes novedades- encontramos la ley que permite la creación de las acciones sin voto.

## III. LAS FORMAS SOCIETARIAS EN EL PERU ACTUAL

El panorama hasta aquí detallado nos brinda un universo en el que ubicamos cinco formas societarias mercantiles: la sociedad anónima, la sociedad comercial de responsabilidad limitada, la sociedad colectiva y dos formas comanditarias, a saber, la sociedad en comandita simple y la sociedad en comandita por acciones. También regula nuestra Ley dos formas civiles, ya mencionadas: la sociedad civil de responsabilidad limitada y la sociedad civil de responsabilidad ilimitada. Adicionalmente, regula la legislación vigente ciertas formas asociativas -como la asociación en participación- que aun cuando no constituyen personas jurídicas, son vehículos para el ejercicio conjunto del comercio.

Ante este panorama, tenemos que hacer una primera comprobación. No debemos olvidar un concepto fundamental de las sociedades: **ellas no son otra cosa que vehículos para el ejercicio del comercio**. La sociedad no es una institución que se agota en sí misma. La sociedad mercantil no hace sino servir para ejercer el comercio, al igual que la sociedad civil sirve para el desarrollo de una actividad que no es comercial, pero que es de índole económica. Las sociedades no deben perder jamás ese carácter de instrumento.

¿Qué ocurre con las sociedades? Hemos visto que la realidad lleva a que se elijan aquellas que resultan más cómodas y que llenan mejor las exigencias de la actividad económica en un determinado momento. Es como si a un cirujano se le pusiera al lado de una mesa de operaciones, un serrucho y un bisturí. Obviamente, el cirujano va a tomar el bisturí. De la misma forma, si se le pone a un carpintero un serrucho y un bisturí, resulta natural pensar que el carpintero va a tomar el serrucho. Cada uno usa el instrumento que más le conviene a los fines de su actividad y no existe razón para que el empresario no actúe en consecuencia.

#### IV. SOCIEDADES DE CAPITAL Y DE PERSONAS

Hecha esta comprobación, encontramos que el predominio de los orígenes de las sociedades de personas ha cedido el campo a las sociedades de capital. Hay dos grandes factores:

a) La necesidad de contar con grandes capitales. Difícilmente una asociación, una agrupación de personas con un carácter personalista podría llegar a acumular los capitales que eran necesarios para acometer determinadas empresas económicas.

b) La limitación de la responsabilidad que se obtiene al constituir una sociedad capitalista. El deseo de limitar la responsabilidad a través de una forma societaria alcanza a sociedades de aun muy pequeña naturaleza. Quien tiene un pequeño negocio comercial y no quiere exponer en él, el íntegro de su patrimonio, va a buscar una forma asociativa que le permita limitar su responsabilidad.

Contrariamente a lo que sucede con la sociedad anónima, la sociedad colectiva y la sociedad en comandita -sea simple o por acciones- casi no existen en la realidad. Si hiciéramos un conteo estadístico del número de sociedades en comandita o el número de sociedades colectivas con las que nos encontramos, casi sería como hallar un trébol de cuatro hojas. No las hay. Hace poco conversé con un colega de Arequipa y me comentó que sólo tenía conocimiento de una sociedad en comandita en Arequipa y que hoy ya no existe. Esa realidad también se extiende a otras plazas de la República.

Por su parte, la sociedad comercial de responsabilidad limitada tuvo una efímera difusión -básicamente por razones fiscales-. En un momento dado, la sociedad de responsabilidad limitada no era considerada como persona jurídica para efectos del Impuesto a la Renta y esto determinó que algunas actividades comerciales escogieran esta forma para atribuirles directamente a los socios las utilidades o las pérdidas de la empresa.

Hoy, sin embargo, la razón de la difusión de la sociedad comercial de responsabilidad limitada ha cesado. Actualmente, la ley tributaria equipara esta forma societaria con las demás y la hace sujeto del impuesto.

*Finalmente, las sociedades civiles conservan un campo propio, limitado, pero que presta un servicio a un determinado sector de la actividad económica y que aun cuando tiene un fin económico,*

no es de especulación mercantil. En consecuencia, debe considerarse también esta tímida presencia de las sociedades civiles.

#### V. EL AUGE DE LA SOCIEDAD ANONIMA

A despecho de la menor aceptación de otras figuras societarias, los tiempos actuales muestran el auge de la sociedad anónima. Es la más compleja e interesante sociedad para el análisis del jurista. Si alguien tuviera que estudiar Derecho de Sociedades debería hacerlo en la institución de la sociedad anónima.

Esto es una tentación para la gente de Derecho, pero aquí hay una correspondencia con la vida: también los comerciantes masivamente han preferido a la sociedad anónima frente a cualquier otra forma societaria. ¿Por qué? Porque es la que mejor responde a las exigencias del tráfico societario, es la que más cabalmente cumple esta función de ser una herramienta eficiente para el desarrollo del comercio. Vemos así surgir la sociedad anónima, desde el más pequeño negocio hasta la más grande empresa del Perú.

Radbruch, un famosísimo filósofo del Derecho, decía: "el Derecho se forma en dos vertientes: o la vida impone el Derecho o el Derecho se impone a la vida". Es decir, o es la vida la que crea las instituciones y el Derecho las recoge, o son los juristas los que encerrados en una torre de marfil crean las instituciones y las imponen a la vida.

De estas dos vertientes, se da con inusitado énfasis la vertiente de la vida en el Derecho Comercial, y si hay un punto en el que se da con más preponderancia aún, es en el Derecho de Sociedades.

Poco harían los reformadores creando sofisticadas formas societarias con elaborados mecanismos, instituciones de formación, de gobierno, de control y demás, si ellas no fueran aceptadas y adoptadas por el tráfico mercantil.

Estas reflexiones nos deben servir para reconocer que la Ley General de Sociedades debe estar orientada prioritariamente a la sociedad anónima: la sociedad anónima debe ser el principal punto de la reforma. Y esto nos obliga a analizar la sociedad anónima con algo más de detenimiento.

*El origen de la sociedad anónima se remonta en su concepción moderna a principios del siglo XVII en Holanda; más precisamente en Amsterdam, puerto abierto a todas las ideas, puerto con*

una serie de comerciantes y navegantes muy osados e intrépidos. Los comerciantes holandeses empezaron a sustituir la base personal de la empresa individual o de la empresa colectiva por otra base completamente distinta, que reposaba en el capital. Algún tratadista ha dicho con acierto que es este el momento en que el capital se convierte en empresario.

Aparecen en esta época las llamadas Compañías de las Indias Occidentales. Algunos años después -muy pronto, en realidad- estas compañías se extienden de Holanda a Inglaterra, a Francia y también a España. En un primer momento, estas compañías son formadas por Orden Real, el *Octroi*. Así, un acto del rey o un acto del príncipe concede a estas compañías la personalidad y la carta (*charter*) que guía la vida societaria.

El tinte político con el que nacen las sociedades en los primeros tiempos va a determinar su estructura y su vida: el acto real no está presente sólo en su nacimiento, sino que continúa vigente en la estructura de la sociedad.

La sociedad mercantil va a copiar la forma política imperante. Luis XV presidirá en Francia las Juntas de Accionistas de las sociedades de la época. En el siglo XVII, Oyenstsjerna, un canciller sueco, formulará invitaciones para que la gente suscriba acciones, como lo podría hacer un banquero hoy día en el siglo XX, un *merchant bank*, en los mercados de Londres, Nueva York o Tokyo.

Estamos ante una sociedad de corte monárquico, en la que hay algunas notas a las que estamos regresando nuevamente: existe una diferencia entre los accionistas mayoritarios y los accionistas minoritarios, se presenta un poder omnímodo de determinados órganos, entre otros aspectos que responden a la estructura y al contexto político en que se dan estas sociedades en sus orígenes.

En el siglo XIX, con el advenimiento de un profundo cambio social se genera la democratización de las sociedades y cambia el *Octroi*. Este acto de concesión del príncipe, aunque en algunos países todavía subsiste como acto fundacional, deja su lugar a lo que se conoce como las disposiciones normativas, transformando con ello el mecanismo de formación de la sociedad.

Todos nosotros, por vivir en el mundo actual, nos hemos formado en este último sistema. Cualquiera en nuestro ordenamiento, basta con que se adhiera a ciertas disposiciones, puede formar una sociedad. Ya no se necesita recurrir al acto del príncipe para constituirla.

Junto a este cambio fundamental en el aspecto de la fundación de la sociedad, se empiezan a dar otras manifestaciones que responden al movimiento democrático de la sociedad. Se garantiza la igualdad de derechos entre los accionistas y se crea la Junta Autónoma, integrada por los propios accionistas, que pasa a ser el órgano supremo. Esta evolución histórica en la que me he detenido es muy importante. La constante mutación de la sociedad anónima, su sensibilidad para adaptarse a las exigencias de los tiempos y a las necesidades de los comerciantes es quizá lo que explica su popularidad y difusión.

Su gran difusión ha llevado -como hemos visto- a que hayan sociedades anónimas muy pequeñas y muy grandes. ¿Cómo ha encarado la doctrina este problema? Lo ha encarado a través de dos tendencias que se han reflejado en el Derecho positivo. De un lado, lo que se llama el sistema unitario: un solo régimen de sociedades anónimas. Este sistema se contrapone a otros esquemas más modernos -más dinámicos, en realidad- que permiten que coexistan, que convivan en un mismo ordenamiento, más de una regulación para distintos tipos de sociedades anónimas.

Nuestro Derecho originariamente fue unitario. El Código de Comercio no hacía distinción: no había sino sólo una clase de sociedades anónimas. La Ley 16123 abrió una pequeña ventana, pero solamente en un punto: cuando regula el Consejo de Vigilancia. En este caso establece determinadas normas que son aplicables a las sociedades que exceden de cincuenta accionistas o de veinte millones de soles de capital social. Sin embargo, el Derecho positivo vigente ha ido mucho más allá; ha entrado francamente en el régimen plural. Actualmente el Derecho positivo peruano regula la sociedad anónima abierta y la de accionariado difundido.

La reforma habrá de recoger la necesidad, ya sentida y aceptada por todos, de que el Derecho positivo peruano debe regular los distintos niveles y las distintas clases de sociedades anónimas, independientemente de que se les llame abiertas o cerradas (según la terminología anglosajona: públicas o privadas) o como quiera llamárseles. En cualquier caso, habrá que darle a la sociedad -y eso es lo que realmente interesa- una estructura y un ordenamiento que brinde toda la flexibilidad y amplitud necesarias para que la sociedad anónima funcione eficientemente en todos los niveles en los que se quiera utilizar.

Esta flexibilidad, si se lograra en la reforma, podría inclusive permitirnos eliminar la sociedad

comercial de responsabilidad limitada. Bastará, para ello, con que se adecuen ciertos aspectos esenciales: el número de socios, las limitaciones a la negociabilidad de las participaciones y la posibilidad de optar por una administración más simplificada y más estable. Estos elementos son -el día de hoy- prácticamente los únicos que distinguen a la sociedad anónima de la sociedad comercial de responsabilidad limitada.

El énfasis que he puesto en la sociedad anónima y el esbozo que he hecho de la posibilidad de eliminar la sociedad comercial de responsabilidad limitada podrían llevarnos a pensar que la reforma también debería arrasarse con todas las otras formas societarias.

## VI. LAS OTRAS FORMAS SOCIETARIAS

Considero, ciertamente, que ha existido -y existe- poca difusión de estas figuras societarias. De otro lado, los tratadistas uniformemente reconocen que las sociedades de personas, como quiera que en ellas los socios responden con su propio capital, pueden ser reguladas mucho más flexiblemente. Poco importa la relación de la vida hacia adentro de la sociedad colectiva. En ella los socios tendrán que cuidar sus mutuas responsabilidades. Y poco importa el comportamiento de la sociedad hacia afuera, ya que responden con el patrimonio de los socios.

Reconociendo estos dos elementos -es decir, que poca gente las va a usar y que pueden ser reguladas por pocas normas- creemos que la reforma debe tener un especial énfasis en la sociedad anónima, pero no por ello debe dejar de reconocer a las sociedades de personas. Debe establecerse un régimen flexible en las sociedades de personas: un régimen tan flexible que permita alguna forma comanditaria.

La gente en el Perú ha padecido el fenómeno de desechar totalmente la sociedad en comandita. Nadie la utiliza. Pero si miramos fuera de nuestras fronteras vamos a encontrar en la realidad económica de otros países que lo que llaman *limited partnership* tiene una gran difusión y aceptación. ¿Qué ha pasado? ¿Ha habido una falta de información o nuestra sociedad en comandita no es lo suficientemente buena para que la adopten los comerciantes? Si este fuera el caso, habrá que buscar de cualquier modo una forma de sociedad en comandita que permita la coexistencia dual que actualmente permite la sociedad en comandita; una sociedad donde existan uno o más socios que respondan ilimitadamente -los socios colectivos (llamados en inglés: *general partners*)- y, de otro la-

do, los socios limitados -comanditarios- que no respondan sino hasta por el monto de sus aportes. En suma cuenta, habrá que mantener esta forma en la ley que se promulgue como producto de la reforma; no podemos privar a nuestra comunidad de una forma societaria que pueda serle útil el día de mañana.

## VII. EL FUTURO DE LA SOCIEDAD CIVIL

Es importantísimo también que el régimen que se fije en la nueva ley se oriente a que sus dispositivos sean de una naturaleza tan flexible que den cabida a la sociedad civil. Esta forma societaria funciona en el Perú a la sombra de las sociedades mercantiles; se apoya en ellas. Reconociendo esta realidad, debe admitirse la existencia de la sociedad civil y, al mismo tiempo, debe procurarse que la gente no crea que la sociedad civil es una *rara avis*. Para mí, esto es importantísimo. La sociedad civil es tan sociedad como la sociedad mercantil y debe buscarse que -por referencia- se puedan aplicar a ella las reglas de las sociedades mercantiles. Quizás, si fuéramos lo suficientemente osados, podríamos llegar al punto de propugnar lo que en doctrina se llama el **objeto civil de las sociedades mercantiles**.

## VIII. EL SENTIDO DE LA REFORMA

Aparte de este régimen general, que es lo que en mi opinión debe acometer la reforma del Derecho Societario vigente, hay muchos temas puntuales que deben ser materia de reforma. La reforma debe ser encarada en su más amplio sentido, orientada a corregir lo que está mal, a eliminar lo superfluo, a reproducir en el Derecho positivo las más modernas instituciones del Derecho Societario.

Sin seguir ningún criterio de prioridad o de importancia, permítaseme mencionar algunos puntos que considero deberían estar entre estos cambios.

En 1688, un judío portugués nacido en Córdova, España, y que escribía en los Países Bajos, tuvo una genialidad: escribió un libro famoso, *Confusión de confusiones*, señalando con gran acierto que hay varias clases de accionistas. Decía que hay unos como príncipes de la renta, que buscan el fruto de las acciones, a los que no les importa si la empresa vale más o menos, ni quién la maneja, a quienes lo único que les interesa es cobrar sus dividendos. Decía también que hay otros accionistas, que son como mercaderes, que compran y venden las acciones como mercaderías, pero a

quienes no les importa la mercadería. Finalmente, decía que hay un tercer grupo: los que son como jugadores, que se la pasan inventando ruedas y especulaciones, a quienes no solamente no les importa la sociedad, sino que tampoco les importa la mercadería. A estos, lo único que les interesa es ganar especulativamente.

Admitiendo esta sagaz observación, el nuevo Derecho Societario tiene que reconocer que el concepto decimonónico de querer que los destinos de la sociedad reposen en los accionistas debe atemperarse. Las nuevas normas deben reconocer que hay accionistas a los que no les interesa la marcha social, a quienes no parecen relevantes siquiera los derechos políticos que transmite la acción, la asistencia a juntas o el derecho de votar en ellas. Las nuevas normas debe reconocer que a algunos accionistas sólo les conciernen los beneficios económicos que puede darles su calidad de accionistas.

Hace algunos años, empresas tan importantes como la General Motors se regían por una Junta que durante años no lograba reunir más del 8% de las acciones de la compañía. Hoy día, con la aparición de los inversionistas institucionales, va más gente a las juntas, hay paquetes más grandes, etc. Pero, aun así, el desinterés de determinados accionistas por la marcha social tiene que ser reconocido.

La reforma tiene que reconocer lo que está ocurriendo en la vida real. Va a haber que permitir quórumes más bajos para las juntas; los quórumes que hoy se fijan son muchas veces impracticables. Va a haber que reconocer la presencia de acciones sin voto. Pero paralelamente, deben establecerse regímenes de control societario que no reposen exclusivamente en los accionistas: si los accionistas no tienen interés en sus derechos, a alguien habrá que encargarle la fiscalización de la marcha social.

Otro punto respecto del que estimo debe llamarse la atención es el relativo a los procedimientos de transformación y fusión que regula nuestra Ley. Según la Ley, para fusionar una sociedad hay que otorgar una escritura pública y tener un balance cerrado el día previo al del acuerdo. Esta exigencia de la Ley demuestra un total desconocimiento de la realidad. Es imposible formular un balance de una empresa medianamente grande de un día para otro. No sólo resulta difícil, sino que carece de objeto. Este balance no sirve para nada: se inserta y no tiene ninguna trascendencia. Los libros de contabilidad de la empresa incorporante deberán verificar esos datos en una auditoría posterior.

En este ámbito, nuestra Ley obliga a imprecisiones. Gran parte de las sociedades insertan balances que no responden a una realidad exacta o, lo que es peor, algunas tienen que recurrir a subterfugios: dejar páginas en blanco en los registros, cambiar las fechas a las escrituras y otras "soluciones" para poder cumplir con estos dispositivos.

Disfuncionalidades como ésta exigen que la reforma se haga con un criterio interdisciplinario. No puede ser hecha sólo por gente de Derecho y, si la hacen, la tienen que hacer escuchando a los comerciantes primero, que son los directos interesados en los frutos de la reforma. Pero también debe atenderse a quienes manejan otras ramas o disciplinas que se ven afectadas o que afectan las normas societarias. Será una necesidad de la reforma de la Ley General de Sociedades cuidar con rigor este criterio interdisciplinario.

## IX. CONCLUSIONES

En resumen, la reforma debe hacerse con cierta osadía. No podemos hacer una reforma tímida, una reforma que no logre los objetivos: para eso bastaría una compilación.

La reforma debe hacerse apartándose de los esquemas tradicionales; no nos sintamos encasillados leyendo a los franceses sobre las cinco formas societarias. Podremos buscar un Derecho Societario que sea lo suficientemente flexible como para que llene las necesidades que cubren esas cinco formas societarias.

Otro aspecto fundamental de la reforma es que tiene que poner especial énfasis en la sociedad anónima. Esta podría tener una nueva denominación, ya que para muchos su actual nombre resulta un acertijo. Pese a ello, debe ponérsele especial énfasis porque dicha forma societaria es la que reclama la comunidad.

Toda ley debe ser hecha con un criterio amplio, pero a la vez con detalle. No podemos olvidar esa llamada de atención de los tratadistas, en el sentido de que en las sociedades de capitales hay que legislar con mucho detalle. En un cierto momento -cuando se dictó la Ley española del 1929- alguien dijo con horror que contenía más de 400 artículos. No podemos asustarnos con ello. El número de artículos no es una medida para calibrar si una ley es buena o mala. Lo importante es que la ley regule a cabalidad las relaciones internas de los socios y garantice la seguridad de aquellos que contratan con la sociedad.

Finalmente, no deben eliminarse las otras clases

societarias. El hecho de poner énfasis en la sociedad anónima no quiere decir que éste sea un énfasis excluyente. Las otras sociedades tienen que tener cabida. La vida y el tráfico mercantil las pueden requerir más adelante. Debe acogerse en la reforma las instituciones más modernas, creadas por el Derecho Societario para permitir que el

comercio y la vida económica en general cuenten con los vehículos más ágiles y eficientes, aquellos que les permitan el desarrollo que reclama el país como vía para una sociedad más justa y humana. A eso es a lo que debe apuntar la reforma de la Ley General de Sociedades.



**MANUEL NOYA DE  
LA PIEDRA**

**NOTARIO**

Jirón Ocoña 180 2<sup>do.</sup> Piso - Lima

☎ 427-8768 427-3921 427-9438 427-9622

**RICARDO FERNANDINI BARREDA**

**NOTARIO - ABOGADO**

Las Begonias 441 Of. 401 - San Isidro

☎ 442-3718 442-4524 442-4924 Fax: 441-1377

# ALGUNAS MODIFICACIONES QUE DEBEN HACERSE CON URGENCIA A LAS DISPOSICIONES SOBRE ARBITRAJE DOMESTICO CONTENIDAS EN LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

Fernando Cantuarias S.  
Profesor de Arbitraje  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Exmiembro del Comité Directivo de  
THĒMIS - Revista de Derecho

*El arbitraje como método alternativo para la resolución de conflictos judicialmente relevantes, ha cobrado inusitado interés en los últimos años, en vista de que la inquisitiva intervención estatal ha perdido vigencia. Así, el arbitraje evita a los justiciables los engorrosos trámites y la inseguridad sobre la idoneidad de las sentencias que -lamentablemente- caracterizan muchas veces al Poder Judicial. Por ello, la regulación de los procedimientos arbitrales merece toda la atención de quienes buscan una salida rápida y eficiente a las disputas y problemas que se les presentan, particularmente en el ámbito comercial. En dicho marco jurídico, Fernando Cantuarias, quien definitivamente es una de las personas que más conoce del tema en nuestro país, asume en este artículo una postura crítica frente a la actual Ley General de Arbitraje, cuyas debilidades es necesario enmendar para lograr que esta institución alcance los fines que la sociedad busca ver realizados. Sin duda, el anteproyecto de la nueva ley sobre la materia, recientemente publicado en el diario oficial, recoge muchas de las propuestas de este joven y destacado autor. THĒMIS - Revista de Derecho, mediante la publicación del presente trabajo, busca difundir las propuestas más importantes y urgentes para la modificación de la regulación arbitral, en especial en cuanto a su aplicación en el ámbito nacional, donde el intervencionismo mantiene ciertos anacrónicos e inexplicables rezagos.*

El presente trabajo pretende dar una visión general acerca de algunas de las principales reformas que deben hacerse con urgencia a la actual Ley General de Arbitraje -Decreto Ley No. 25935-, en lo que se refiere a las disposiciones sobre Arbitraje Doméstico<sup>1</sup>, ofreciendo al mismo tiempo el articulado alternativo respectivo.

Si bien la actual Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA) regula más acertadamente la institución arbitral que las vetustas normas contenidas en el Código de Procedimientos Civiles y Código Civil, la actual LGA comete graves errores al regular a nivel doméstico e internacional instituciones idénticas de manera diferente. Además, las normas domésticas son demasiado intervencionistas, cuando lo lógico es que los temas del arbitraje sean determinados en lo posible por las partes y los árbitros, y adicionalmente no se ha reducido la participación del Poder Judicial a niveles aceptables. Todo ello demanda profundas modificaciones a la actual LGA; de ellas, por razones de espacio, nos concentraremos en las principales.

## I. DEROGATORIA DE LAS DISPOSICIONES REFERIDAS A LA "INTEGRACION" Y "FORMALIZACION" DEL CONVENIO ARBITRAL

Si bien al momento en que se dictó la LGA existía consenso acerca de la necesidad de acabar con la funesta distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, por ser ésta una de las prin-

<sup>1</sup> En el punto infra VIII, hacemos referencia a otras materias que deben ser corregidas a la brevedad, pero que por razones de espacio sólo las enunciamos. En otro trabajo pendiente de publicación, analizamos las principales modificaciones que en nuestra opinión deben hacerse al articulado referido al Arbitraje Internacional.

cipales trabas para el desarrollo del arbitraje<sup>2</sup>, debiéndose en cambio regular la figura del convenio arbitral<sup>3</sup>, sucede que las actuales normas domésticas de la LGA no han recogido plenamente la institución del convenio arbitral<sup>4</sup>.

Nuestra propuesta consiste, en este caso, en recomendar la inmediata derogatoria de los artículos 10, 13, 14 y 15 de la LGA, con la finalidad de que se entienda que el convenio arbitral se considera completo simplemente si contiene el compromiso inequívoco y claro de que las partes desean arbitrar sus controversias<sup>5</sup> y se cumple con determinar la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán las controversias<sup>6</sup>.

De esta manera, y como veremos más adelante, la función del Poder Judicial se limitará a actuar como entidad designadora residual de árbitros, sin que en ningún caso "otorgue" o "integre" un contrato<sup>7</sup>.

## II. DISPOSICION ACERCA DE LA EXCEPCION DE CONVENIO ARBITRAL

La excepción de convenio arbitral pretende evitar que una controversia a la que previamente las partes han acordado que será sometida a arbitraje o que se encuentra ya sometida a los árbitros, sea conocida y resuelta por el Poder Judicial al haber una de las partes violado el acuerdo previo. Si no

<sup>2</sup> Cantuarias S, Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras, fundación MJ. Bustamante de La Fuente, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1994, p. 125-127. En este libro los autores hacemos referencia a que esta distinción entre cláusulas compromisorias y compromiso arbitral tiene su explicación en la historia de Francia, donde la Corte Suprema en un fallo del 10 de julio de 1843, en el caso seguido entre L'Alliance contra Prunier, declaró expresamente nulo el pacto por el cual las partes acuerdan arbitrar cualquier futura controversia -cláusula compromisoria-, fallo que tuvo poco que ver con consideraciones jurídicas y más con criterios políticos y de manifiesta hostilidad y temor hacia el arbitraje, ya que el "fallo demostró el temor de los jueces de que si la cláusula compromisoria era permitida, pues sería usada por la generalidad de los individuos, quitándole de esa manera poder a los jueces". Sobre el tema leer además: Mehren, Arthur Taylor vo. International Commercial Arbitration: The contribution of the French Jurisprudence. En: Louisiana Law Review, Vol. 46, No. 5, 1986, p. 1046 y ss., y, Carboneau, Thomas. The elaboration of a French Court Doctrine on International Commercial Arbitration: A study in liberal civilian judicial creativity. En: Tulane Law Review, Vol. 55, No. 1, 1980, p. 16 y ss.

<sup>3</sup> La figura del convenio arbitral se encuentra regulada en el protocolo relativo a cláusulas de arbitraje, adoptado en Ginebra en 1923, en el convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, más conocido como la Convención de Nueva York de 1958, en el Arbitration Act de 1925 de los Estados Unidos de Norteamérica y en los Códigos Procesales Civiles de los Países Bajos y Bélgica, entre otros. Por su parte, en Francia, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de reconocer esta nueva figura jurídica.

<sup>4</sup> El artículo 10 de la LGA exige entre los requisitos del convenio arbitral no sólo los elementos que la doctrina y legislación comparada reconocen como esenciales para la existencia del convenio arbitral (es decir, el pacto expreso de las partes de acudir al arbitraje y la fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán las controversias), sino que además requiere que se nombren a los árbitros (o se fije la forma de nombramiento de éstos) y se determine la controversia (o se difiera su determinación a los árbitros).

Los requisitos exigidos por la actual LGA son similares a los que disponían las normas derogadas del Código Civil respecto al contenido mínimo del compromiso arbitral, lo que genera la absurda obligación de tener que recurrir a la figura de la "integración judicial" del convenio arbitral cuando nazca la controversia, donde el juez, al igual de los que sucedía antiguamente con el otorgamiento judicial del compromiso arbitral, procederá a designar a todos los árbitros y a determinar la materia controvertida.

De esta manera, la incorporación de la figura del convenio arbitral no ha significado para nada la derogatoria de la distinción entre cláusula compromisorias y compromiso arbitral, ya que ahora si bien el juez no otorga "el compromiso arbitral" igual "integra" el convenio arbitral.

Sobre el tema leer: Cantuarias S, Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., p. 161-175; y, Cantuarias S, Fernando. Cláusula Compromisorias y Compromiso Arbitral vs. Convenio Arbitral (en adelante simplemente Convenio Arbitral). En: ADSUM Revista Jurídica, No.8, Lima, 1993, p. 101-103.

<sup>5</sup> Park, William W. Arbitration of International Contract Disputes. The Business Lawyer, Vol. 39, 1984, p. 1785.

<sup>6</sup> Ibid., p. 1785.

<sup>7</sup> Ver infra punto IV. Obviamente el convenio arbitral podrá contener otros elementos como son el número y forma de designación de los árbitros; el lugar del arbitraje; la determinación de si el arbitraje será de derecho o de equidad; las normas sobre procedimiento arbitral; los recursos contra el laudo; los gastos y costas; entre otros. Pero todos estos elementos no serán esenciales, ya que, si nacida la controversia las partes no se ponen de acuerdo, en algunos casos se aplicará supletoriamente la Ley Arbitral y, en otros, se dejará la decisión en manos de los árbitros. Además, cuando el arbitraje sea Institucional (es decir, llevado adelante ante una Institución Arbitral), todos estos temas estarán determinados en el Reglamento de Arbitraje correspondiente.

Sobre el tema leer: Cantuarias S, Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., p. 130-134; y, Park, William M. Op. cit., p. 1786-1789.

existiera esta institución, el arbitraje tendería a desaparecer, ya que bastaría que cualquiera de las partes demandara ante el Poder Judicial para que la controversia no pudiera ser conocida por los árbitros.

Aún cuando esta institución resulta siendo fundamental en toda ley de arbitraje, existe en el ámbito doméstico de la LGA sólo una disposición (art. 12), la cual simplemente regula la figura de la renuncia tácita al arbitraje, cuando ante un proceso judicial, una parte no interpone la excepción de convenio arbitral a tiempo. Todo lo demás se ha dejado a la regulación que sobre las excepciones contiene el nuevo Código Procesal Civil (artículos 446 al 457)<sup>8</sup>.

Desgraciadamente, y como no podía ser de otra manera tratándose de un código procesal judicial, las disposiciones del Código Procesal Civil no resuelven, entre otros, los siguientes temas: 1) ¿Puede iniciarse o proseguirse un arbitraje mientras está pendiente de resolución la excepción de convenio arbitral?<sup>9</sup>; y, 2) ¿El juez puede amparar o denegar la excepción de convenio arbitral arbitrariamente o existen parámetros que debe observar? De existir parámetros, ¿cuáles son estos?<sup>10</sup>

Ante el vacío existente, nosotros proponemos se incluya una disposición como la siguiente:

"Artículo .- Excepción de convenio arbitral.- Si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso. Vencido el plazo correspondiente se entiende renunciado el derecho a invocarla y sin efecto alguno el convenio arbitral.

Si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral. Si la materia todavía no está sometida al conocimiento de los árbitros, el juez también deberá amparar la excepción de convenio arbitral, salvo que el convenio arbitral fuera manifiestamente nulo.

Encontrándose en trámite la excepción de convenio arbitral, las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguirse e inclusive dictarse el laudo"<sup>11</sup>.

### III. LIBERALIZACION DE LOS REQUISITOS LEGALES DE LOS ARBITROS

Los artículos 20 y 21 de la LGA establecen los re-

<sup>8</sup> Las normas del Código Procesal Civil simplemente reconocen la existencia de la excepción de convenio arbitral, regulan los plazos para interponerla, como se sustanciará, así como sus requisitos y formalidades.

<sup>9</sup> La LGA como el CPC no indican nada acerca de si puede iniciarse o proseguirse el arbitraje mientras está pendiente ante el Poder Judicial una excepción de convenio arbitral. Este silencio es sumamente peligroso, porque podría llegarse al extremo de ordenarse a los árbitros la paralización de un proceso arbitral en trámite mientras se define la excepción ante el Poder Judicial. Justamente para evitar esta posibilidad, las legislaciones modernas sobre arbitraje, incluidas las normas internacionales contenidas en la LGA (art. 90), disponen que el arbitraje podrá iniciarse o proseguirse mientras está pendiente la resolución de la excepción de convenio arbitral ante el juez. Sobre el tema leer: Cantuarias S, Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., p. 209-210.

<sup>10</sup> La LGA como el CPC no indican absolutamente nada acerca de los supuestos en los que puede ampararse el juez para denegar la excepción de convenio arbitral, situación sumamente delicada porque si la excepción de convenio arbitral puede ser desestimada arbitrariamente por el juez, la práctica del arbitraje será letra muerta. Para evitar actitudes arbitrarias de los jueces, las modernas legislaciones arbitrales establecen expresamente los supuestos en los cuales puede ampararse el juez para desestimar la excepción de convenio arbitral, los cuales son simplemente dos: 1) La existencia y validez del convenio arbitral (referida básicamente a los requisitos de forma y capacidad de las partes); y, 2) La posibilidad de que la materia controvertida pueda ser legalmente resuelta por la vía arbitral.

Pero, adicionalmente, también se dispone que si al momento en que se interpone la excepción de convenio arbitral ya está en trámite un proceso arbitral, el juez simplemente deberá verificar lo siguiente: 1) Si las partes del arbitraje son las mismas que en el proceso judicial; y, 2) Si la materia controvertida es la misma. Esto debe ser así por cuanto el artículo 34 de la LGA expresamente delega en los árbitros el conocimiento de cualquier alegación relativa a la validez del convenio arbitral, así como a la procedencia de las materias que se someterán a su conocimiento. Sobre el tema leer: Cantuarias S, Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., p. 203-221; y, Garro, Alejandro M. Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 1, Np. 4, 1989, 316-318.

<sup>11</sup> El artículo que se propone tiene como fuente las disposiciones 863 y 864 del Proyecto de Normas sobre Arbitraje del Instituto Libertad y Democracia (ILD) publicada en 1992 (en adelante simplemente Proyecto ILD), lo dispuesto en el artículo 1458 del Código Procesal Civil Francés, así como el artículo 8 de la Ley Modelo de UNCITRAL. Este artículo ha sido recogido por el Proyecto de Ley General de Arbitraje preparado por la Comisión de Mecanismos Alternativos al Poder Judicial, nombrada por (continúa en la siguiente página)

quisitos legales que deben tener los árbitros, los cuales son: ser personas naturales, nacionales o extranjeras, mayores de edad, que no tengan incompatibilidad y se encuentren en pleno ejercicio de los derechos civiles, agregándose que cuando el arbitraje es de derecho, el árbitro debe ser además abogado colegiado en el país y mayor de veinticinco años.

Los requisitos exigidos por nuestra LGA parecerían a primera vista razonables y lo son tratándose de arbitraje de equidad.

Sin embargo, en nuestra opinión, requisitos como ser mayor de 25 años y estar colegiado en el país para actuar como árbitro de derecho implica, por un lado, apelar a criterios claramente discriminatorios y, por otro lado, una inaceptable intromisión de la ley respecto a las calidades que deben tener los abogados que las partes van a elegir para resolver sus conflictos privados<sup>12</sup>.

Por estas razones, proponemos un nuevo artículo de la LGA que disponga lo siguiente:

"Artículo . - Calificaciones legales de los árbitros.- Pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad y se encuentren en pleno ejercicio de los derechos civiles.

El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados. El nombramiento de árbitros de derecho o equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras"<sup>13</sup>.

Adicionalmente, consideramos que deberá procederse a una depuración de las causales de incompatibilidad dispuestas por el artículo 21 de la LGA, ya que impedir por ejemplo a los notarios el actuar como árbitros carece de toda racionalidad y prohibir a los funcionarios públicos a dedicación exclusiva a cumplir idéntica función simplemente en base a esa dedicación, implica no sólo eliminar de la lista de potenciales árbitros a personas valiosas, sino que, además, genera una grave inestabilidad porque el solo hecho de ser funcionario público puede acarrear la nulidad del nombramiento y del laudo arbitral.

#### IV. LIBERALIZACION DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL SISTEMA DE DESIGNACION DE LOS ARBITROS

Las legislaciones más modernas sobre arbitraje reconocen que debe quedar en un primer momento en manos de las partes todo lo relativo al sistema de designación de los árbitros<sup>14</sup>, y sólo a falta de acuerdo<sup>15</sup>, debe intervenir la ley en forma supletoria<sup>16</sup>, generalmente mediante una disposición que establece que cada parte nombrará un árbitro y entre los árbitros designados se nombrará al ter-

<sup>12</sup> Ministerio de Justicia a raíz del foro Nuevas Perspectivas para la Reforma Integral de la Administración de Justicia en el Perú, que se llevó a cabo en la Universidad de Lima hace algunos meses (en adelante simplemente Proyecto Comisión).

<sup>13</sup> Sobre el tema leer: Cantuarias S, Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., o. 255-266; y, Cantuarias S, Fernando. Los árbitros en la Ley General de Arbitraje: algunas reflexiones (en adelante simplemente Arbitros). En: Revista del Foro No. 2, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1993, p. 76-77.

<sup>14</sup> La norma que se propone tiene como antecedente el artículo 873 del Proyecto I.L.D y se encuentra recogido por el Proyecto Comisión.

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, el inciso 2) del artículo 11 de la Ley Modelo de UNCITRAL establece que "... las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros".

La única exigencia que se establece es que las partes gocen de igualdad de condiciones. Es decir, se prohíbe que una de las partes nombre a la mayoría o a todos los árbitros, lo que en la doctrina se conoce como posición predominante de una de las partes. Sobre el tema leer: Voskuil, C.C.A. y Judith Ann Freedberg-Swartzburg. Composition of the Arbitral Tribunal. En: Sarcevic, Petar (editor), Essays on International Commercial Arbitration, Graham & Trotman, Londres, 1989, p. 74-75; y, Montoya Alberti, Ulises. El Arbitraje Comercial, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1988, p. 86.

<sup>16</sup> Por ejemplo, las partes pueden pactar libremente que todos los árbitros serán designados de común acuerdo, o que cada una elegirá un árbitro y entre éstos se nombrará al tercero. Es más, puede acordarse la intervención de terceros nominadores que intervendrán directamente o en caso de incumplimiento de una o de ambas partes en su función de designación.

Adicionalmente, las partes "pactan" el sistema de designación de sus árbitros, cuando acuerdan arbitrar ante Instituciones Arbitrales, ya que en esos casos se aplicarán los Reglamentos de Arbitraje respectivos. Sobre el tema leer: Cantuarias S, Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., p. 266-272.

<sup>17</sup> Artículo 11 inciso 3a) de la Ley Modelo de UNCITRAL: "A falta de acuerdo, en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero."

cero que actuará como presidente del tribunal arbitral<sup>17</sup>.

Sin embargo, el artículo 18 de la LGA dispone que todos los árbitros deber ser designados directamente por las partes, por una entidad nominadora, de acuerdo al reglamento de una Institución Arbitral o por el juez<sup>18</sup>, situación que no sólo limita gravemente la libertad de las partes, sino que, además, obligará la mayoría de las veces a tener que recurrir al Poder Judicial, para que sea el juez el encargado de nombrar a todos los árbitros<sup>19</sup>.

Nosotros consideramos que este sistema de designación de árbitros impuesto por la ley debe ser modificado radicalmente, para lo cual deberá procederse al inmediato reemplazo de los artículos 13, 14, 15 y 26 de la LGA, por normas que reconozcan básicamente lo siguiente: 1) Las partes podrán determinar libremente el sistema de designación de los árbitros; 2) A falta de pacto se aplicará un sistema de designación supletorio por el cual cada parte nombrará a un árbitro y entre éstos se designará al tercero que actuará como presidente; 3) Si por cualquier motivo no se llega a nombrar al árbitro único o se omite la designación de alguno de los árbitros del Tribunal Arbitral (sea por incumplimiento de ambas o alguna de las partes, de los árbitros o de la entidad nominadora), habrá que acudir al juez, pero en este caso el juez no nombrará necesariamente a todos los árbitros, sino que designará únicamente a los árbitros faltantes (es decir, actuará como entidad

nominadora residual); y 4) Cuando se arbitre ante una Institución Arbitral se aplicará exclusivamente su Reglamento de Arbitraje<sup>20</sup>.

En base a estas consideraciones, proponemos el siguiente articulado:

"Artículo .- Nombramiento.- Los árbitros serán designados por las partes o por un tercero, quien puede ser persona natural o jurídica, incluida una institución arbitral. La designación deberá ser comunicada a la parte o partes, según el caso, inmediatamente después de efectuada"<sup>21</sup>.

"Artículo .- Libertad de procedimiento de nombramiento.- Las partes podrán determinar libremente el procedimiento para el nombramiento de el o los árbitros. A falta de acuerdo entre las partes, cada una nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral.

Si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo de ocho (8) días de haberse requerido su nombramiento, la designación será hecha por el juez. Por su parte, si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro dentro del mismo plazo, el nombramiento lo efectuará el juez"<sup>22</sup>.

"Artículo .- Nombramiento de común acuerdo.- Las partes podrán estipular que el nombramiento del árbitro único o de los árbitros se efectúe de

<sup>17</sup> Ver supra cita No. 16.

<sup>18</sup> Lohmann Luca de Tena, Juan G. Ley General de Arbitraje: Unas Glosas de Urgencia. En: Informativo Legar Rodrigo, N.º 80, Lima, 1993, p. 230. El Dr. Lohmann, un de los principales autores de la LGA, opina que es "costumbre que una de las partes designe a un árbitro, otra al segundo y que los dos así nombrados designen al tercero. Para superar esa corruptela (que en el fondo permite que el tribunal esté integrado por representantes de las partes), la norma es taxativa al imponer que todos los árbitros han de ser nombrados por acuerdo de las partes y directamente por ellas."

Lo que resulta increíble, es que este sistema que supuestamente genera "corruptelas" ha sido recogido por el artículo 92 de la propia LGA aplicable a los arbitrajes internacionales.

<sup>19</sup> El artículo 13 de la LGA establece que cuando surja la controversia y "no hubiera árbitro designado ni sometimiento a un reglamento arbitral", la parte interesada tendrá que proponer notarialmente a la otra un formulario de sumisión donde constará, entre otros, el nombre de todos los potenciales árbitros. Si la otra parte no contesta, el interesado tendrá que recurrir al juez para que éste cumpla con "integrar" el convenio arbitral, para lo cual se deberá aplicar el inciso 1) del artículo 15 de la LGA que a la letra dice: "Tratándose de designación de árbitros, y salvo que se hubiera predeterminado su número, el demandante debe proponer un número no inferior a siete, entre quienes el juez elegirá a tres, designando dos suplentes".

<sup>20</sup> Cantuarias S., Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., p. 271-276; y, Cantuarias S., Fernando. (Árbitros) Op. cit., p. 77-79.

<sup>21</sup> Esta propuesta tiene como fuente el art. 6 del Anteproyecto de la Comisión presidida por la Dra. Delia Revoredo en 1989 (en adelante simplemente Proyecto de 1990) y el art. 867 del Proyecto I.L.D. También ha sido recogido en el Proyecto Comisión.

<sup>22</sup> La norma tiene como fuente el artículo 6 de la Ley de Arbitraje de Suecia, 11 de la Ley Modelo de UNCITRAL, 12 de la Convención Intercantonal Suiza, IV de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961) y 868 del Proyecto I.L.D. También se encuentra recogida en el Proyecto Comisión.

común acuerdo. Si las partes no se pusieran de acuerdo en el nombramiento, transcurridos ocho (8) días de la primera propuesta, lo hará el juez.

A falta de designación del presidente del tribunal arbitral, asumirá tal condición el árbitro de mayor edad"<sup>23</sup>.

"Artículo .- Incumplimiento del encargo.- Si el tercero a que se refiere el artículo , encargado de efectuar la designación de el o los árbitros, no lo hiciera dentro del plazo determinado por las partes o del establecido en el reglamento de la institución arbitral o, a falta de ellos, dentro del plazo de ocho (8) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tal caso, las partes podrán designar a un nuevo tercero con ese propósito. A falta de acuerdo entre las partes sobre la designación del tercero dentro del mismo plazo, el juez procederá a la designación de el o los árbitros"<sup>24</sup>.

"Artículo .- Nombramiento por el juez.- Es competente para la designación de o de los árbitros en los casos a que se refieren los artículos , y , el juez civil al que las partes se hubiesen sometido expresamente. En defecto de sumisión expresa, el del lugar donde debe realizarse el arbitraje si se hubiese previsto; a falta de ello y a elección del demandante, el del lugar de celebración del convenio arbitral o el del domicilio del emplazado, o el de cualquiera de ellos, si son varios. El proceso se sujeta a las reglas del proceso sumarísimo con las particularidades siguientes:

1. El emplazante acompañará a su solicitud el o los documentos que contienen el convenio arbitral y propondrá los nombres de los árbitros en un número no inferior a siete (7), entre quienes el juez elegirá, designando a uno o más suplentes según corresponda.
2. Si el demandado no concurre a la audiencia, en el acto de la misma o dentro de los tres días siguientes, el juez resuelve designando al o a los árbitros.
3. En los casos de comparecencia del demandado

y de contradicción total o parcial a la solicitud de designación, sólo son admisibles como medios probatorios los documentos escritos.

En la misma audiencia, o dentro de los tres días de celebrada, el juez resuelve designando al árbitro o a los árbitros o rechazando la solicitud, imponiendo las costas y costos del proceso a la parte cuya pretensión o contradicción hubiese sido desestimada totalmente.

El juez únicamente podrá rechazar la solicitud cuando considere por los documentos aportados que no consta la voluntad de las partes de acudir al arbitraje.

4. Para el nombramiento del o los árbitros, según corresponda, el juez tomará en cuenta lo previsto en el convenio arbitral sobre las condiciones que deben reunir los árbitros.

5. Contra las decisiones del juez no procede recurso impugnatorio alguno, sin perjuicio de lo indicado en el punto siguiente.

6. La resolución que pone fin al proceso es apelable sin efecto suspensivo, sólo cuando se haya desestimado la solicitud de designación de árbitros. Contra lo resuelto por el superior no procede impugnación alguna"<sup>25</sup>.

## **V. ESTABLECIMIENTO DE NORMAS QUE OTORGUEN A LAS PARTES Y A LOS ARBITROS LIBERTAD PARA DETERMINAR LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO, CON LOS UNICOS LIMITES DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA**

El artículo 27 de la LGA reconoce en las partes la facultad de pactar las reglas de procedimiento que mejor les acomode o diferir la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la Institución Arbitral encargada de administrar el arbitraje.

Sin embargo, no existe norma alguna que establezca los límites dentro de los cuales puede establecerse el proceso arbitral. Adicionalmente el ar-

<sup>23</sup> La fuente de este artículo es el numeral 869 del Proyecto I.L.D. Está recogido en el Proyecto Comisión.

<sup>24</sup> La fuente de esta norma son los artículos 10 del Proyecto de 1989, 24 del Proyecto de 1990 y 870 del Proyecto I.L.D. También forma parte del Proyecto Comisión.

<sup>25</sup> La norma propuesta tiene como fuente los artículos 871 del Proyecto I.L.D y 42 de la Ley de Arbitraje Española de 1988. Está recogido en el Proyecto Comisión. Si bien la norma propuesta a primera vista se parece al actual artículo 15 de la LGA, lo cierto es que mientras la norma actual se aplica a la "integración" de un convenio arbitral, el numeral propuesto sólo se aplicará en caso el juez tenga que actuar como entidad nominatoria residual de árbitros. Las diferencias por tanto son sustantivas.

título 28 de la LGA niega en los árbitros la facultad de determinar las reglas de procedimiento a falta de acuerdo entre las partes, obligando en todos los casos a aplicar un proceso supletorio previsto en la misma norma.

Sobre el primer tema, consideramos que la próxima ley arbitral que se dicte deberá establecer los límites dentro de los cuales las partes y los árbitros pueden pactar las reglas de procedimiento, con la finalidad de asegurar derechos constitucionales como son el debido proceso y el derecho de defensa.

Para el efecto, proponemos el siguiente artículo:

"Artículo .- Trato equitativo de las partes.- Las reglas de procedimiento establecidas por las partes o por los árbitros, en su caso, deberán respetar el principio de igualdad de las partes y garantizar a éstas, necesariamente, lo siguiente:

1. El ejercicio del derecho de defensa.
2. La posibilidad de tener tiempo suficiente para conocer los documentos y pruebas presentadas durante el procedimiento.
3. La posibilidad de intervenir en la actuación de las pruebas y demás diligencias ordenadas por los árbitros.
4. El derecho de las partes a ser representadas durante el procedimiento, así como asistidas por abogados en todo momento"<sup>26</sup>.

En lo que se refiere al impedimento existente para que sean los árbitros los encargados de determinar, a falta de acuerdo entre las partes, las reglas del proceso arbitral (dentro de los límites antes indicados), consideramos siguiendo a Cai-

vano<sup>27</sup>, que "si las partes han confiado en que estas personas [los árbitros] son las más idóneas para resolver el fondo de la disputa, han de confiar también en que sabrán imprimir al juicio la mecánica que mejor convenga a la naturaleza del caso", razón por la cual, la ley arbitral deberá reconocer en los árbitros esta facultad<sup>28</sup>.

Por ello proponemos la derogatoria del actual artículo 27 de la LGA y su reemplazo por la siguiente norma:

"Artículo .- Libertad de regulación del proceso.- Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución a quien encomienda su organización. A falta de acuerdo, los árbitros podrán determinarlos del modo que consideren más apropiado, atendiendo la conveniencia de las partes"<sup>29</sup>.

Ahora bien, independientemente de liberalizar el tema de la determinación del proceso arbitral, compartimos la opinión de Garro<sup>30</sup>, en el sentido que las "... actuaciones arbitrales deberían estar reguladas -en forma supletoria en la ley de arbitraje...", con la finalidad de ser una guía a los usuarios de este sistema de resolución de conflictos privados.

En base a esta consideración, proponemos mantener el actual artículo 28 de la LGA, pero con el siguiente contenido:

"Artículo .- Procedimiento supletorio.- Salvo disposición distinta de las partes o de los árbitros, el procedimiento arbitral se sujetará a las siguientes reglas<sup>31</sup>:

1. La parte que formula su pretensión ante los

<sup>26</sup> La norma tiene como antecedente el artículo 886 del Proyecto I.L.D. Está presente en el Proyecto Comisión.

<sup>27</sup> Caivano, Roque J. Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 202.

<sup>28</sup> Sobre los costos y los peligros que significa mantener la actual prohibición contenida en el artículo 28 de la LGA, recomendamos leer: Cantuarias S., Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., p. 323-325; 339-344.

<sup>29</sup> La norma en comentario tiene su antecedente en los artículos 19 y 20 de la ley modelo de UNCITRAL, 24 de la Convención Intercantonal de Arbitraje Suiza y 885 del Proyecto I.L.D. También está recogida en el Proyecto Comisión.

<sup>30</sup> Garro, Alejandro M. El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la Nueva Legislación Española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central. En: Arbitraje Comercial y Laboral en América Central, editado por Alejandro M. Garro, Transnational Juris Publications Inc. Nueva York, 1990, p. 42.

<sup>31</sup> El artículo que proponemos pretende aclarar algunos puntos oscuros de la actual norma y tiene como fuente diversas disposiciones. A saber: 31, 36 y 39 del proyecto de 1989, 40, 44, 46 y 48 del proyecto de 1990, 25 de la ley modelo de UNCITRAL, 887 del Proyecto I.L.D. y art. 28 de la actual LGA. Esta norma está recogida en el Proyecto Comisión.

árbitros deberá hacerlo dentro de los 8 (ocho) días de notificada de la instalación del tribunal arbitral, debiendo ofrecer al mismo tiempo las pruebas que la sustenten.

Si la parte no cumple con formular su pretensión con arreglo al párrafo anterior, los árbitros darán por terminada las actuaciones.

2. Luego de recibida la pretensión, se citará al demandado para que en el plazo de 8 (ocho) días manifieste lo que convenga a su derecho y ofrezca las pruebas correspondientes. Si se formula reconvencción, los árbitros correrán traslado a la otra parte por igual plazo<sup>32</sup>.

3. Si alguna de las partes no cumpliera con absolver los trámites que le corresponden dentro de los plazos previstos en el inciso 2, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que dicha omisión se considere como una aceptación de las alegaciones de la otra parte<sup>33</sup>.

4. Cumplidas las actuaciones anteriores los árbitros citarán a las partes a una audiencia en la que procurarán un acuerdo conciliatorio. Si no hay conciliación, fijarán y precisarán los asuntos en controversia. Cuando se trate de las cuestiones a que se refiere el artículo, notifican a las partes para que en el plazo de cinco días hábiles expongan sobre ellas los fundamentos complementarios que consideren pertinentes y ofrezcan las demás pruebas de que intenten valerse<sup>34</sup>.

5. Los medios probatorios se actúan en una o más audiencias dentro de un plazo que no podrá exceder de quince días hábiles.

6. Actuados los medios probatorios, los árbitros pueden solicitar a las partes un resumen escrito de sus alegaciones.

7. Como directores del proceso los árbitros deben velar para que el mismo se desarrolle bajo los principios de celeridad, inmediación, privacidad, concentración y economía procesal, posibilitando la adecuada defensa de las partes".

Adicionalmente, consideramos que será necesario incorporar un párrafo al actual artículo 31 de la LGA, con el siguiente contenido: "Los árbitros tienen la facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas"<sup>35</sup>.

Finalmente, creemos conveniente que se incorpore un artículo que permita contar con el auxilio judicial para la actuación de pruebas, ya que los árbitros carecen de poder de imperio.

La LGA no contiene una norma como la que proponemos, bajo la errada premisa de que los árbitros al amparo del actual artículo 31 de la LGA pueden seguir adelante con el proceso arbitral. Sin embargo, siendo que la carga de la prueba corresponde a quien alega hechos, muchas veces será necesario contar con el apoyo judicial, ya que a la parte interesada no le bastará apelar a lo dispuesto en el mencionado artículo de la LGA<sup>36</sup>.

En base a estas consideraciones, proponemos el siguiente artículo:

"Artículo - Auxilio jurisdiccional para la actuación de pruebas.- El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral

<sup>32</sup> Se han modificado los incisos 1) y 2) del artículo 28 de la LGA, ya que la presentación conjunta de pretensiones sólo es posible en aquellos casos en que ambas partes han acordado someter a arbitraje sus controversias una vez nacidas éstas (en cuyo caso las partes si lo consideran pertinente pactarán la sumisión conjunta), mientras que, tratándose de arbitrajes iniciados por sólo una de las partes (arbitraje pactado antes de que nazca la controversia), la presentación conjunta es inadecuada, ya que ninguna de ellas conoce de antemano las pretensiones de la otra.

Adicionalmente se ha incorporado el segundo párrafo del inciso 1) que sanciona con la terminación del arbitraje la falta de presentación oportuna de la demanda.

<sup>33</sup> Este inciso sanciona expresamente la rebeldía de las partes.

<sup>34</sup> Este inciso debe concordarse con la norma que regula la competencia de los árbitros para resolver acerca de su propia competencia, ya que al exigirse que cualquier oposición sea planteada por las partes al presentar sus alegaciones iniciales, corresponde que los árbitros resuelvan en este momento dicha articulación, salvo que decidan reservarla para el momento de dictar el laudo.

<sup>35</sup> La propuesta tiene como fuente el artículo 19 inciso 2) de la Ley Modelo de UNCTRAL y está recogida en el Proyecto Comisión. Sobre el tema leer: Cantuarias S. Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., p. 342-344.

<sup>36</sup> Sobre el tema leer: Leathy, Edward R. y Kenneth J. Pierce. Sactions to control party misbehavior in International Arbitration. En *Virgian Journal of International Law*, Vol. 26, N° 2, 1986, p. 301; y, Cantuarias S. Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., p. 347-350.

tral, podrá pedir auxilio judicial para la actuación de pruebas. Es competente el juez de paz letrado o el juez especializado en lo civil del lugar donde sea necesario ejecutar la resolución. El juez dará cumplimiento a la solicitud en un plazo que no excederá de cinco (5) días, bajo responsabilidad, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de pruebas"<sup>37</sup>.

## **VI. CORRECCION DE LA NORMA QUE REGULA LA COMPETENCIA DE LOS ARBITROS PARA RESOLVER ACERCA DE SU PROPIA COMPETENCIA**

El artículo 34 de la LGA supuestamente recoge lo que en la doctrina se conoce como la competencia de los árbitros para resolver acerca de su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), que no es otra cosa que la facultad que se confiere legalmente a los árbitros para que sean ellos los que en un primer momento resuelvan acerca de la validez del convenio arbitral y de la extensión de la materia que será resuelta en el laudo arbitral.

Esta es una facultad fundamental que debe estar presente en toda ley arbitral moderna, porque de lo contrario, bastaría acudir al Poder Judicial alegando la nulidad del convenio arbitral o la no arbitrabilidad de una materia, para tener que esperar el fallo jurisdiccional como condición para iniciar o proseguir el arbitraje"<sup>38</sup>.

Sin embargo, el artículo 34 de la LGA comete el error de confundir supuestos de competencia de los árbitros (validez del convenio y arbitrabilidad de la disputa) con hechos que pueden configurar supuestos de recusación de los árbitros (por ej. la falta de requisitos de los árbitros).

Este error es corregido por el artículo que proponemos, el cual además flexibiliza el momento en el cual deben resolver los árbitros esta oposición, al permitirse que ellos determinen libremente si deben resolver de forma inmediata o conjuntamente con el laudo, en aquellos casos en que el

tema de la competencia esté íntimamente ligado al fondo de la controversia.

"Artículo .- Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.- La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales.

Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada"<sup>39</sup>.

## **VII. DETERMINACION PRECISA DE LOS RECURSOS QUE CABEN CONTRA LOS LAUDOS ARBITRALES, LAS CAUSALES Y LAS INSTANCIAS**

En un anterior trabajo<sup>40</sup>, hemos expresado nuestra oposición a que siquiera se permita la apelación del laudo arbitral ante el Poder Judicial, por considerar, entre otras razones, que ello implica desconocer una de las funciones principales del arbitraje, cual es el resolver definitivamente el fondo de una controversia, sin que quepa en modo alguno la intervención de los jueces.

También hemos indicado que la apelación ante otra instancia arbitral debe quedar en manos de la autonomía de voluntad de las partes, no existiendo razón alguna para limitar su recurso, como lo hace la actual LGA, a la existencia de reglamentos arbitrales<sup>41</sup>.

Adicionalmente, hemos hecho referencia que resulta fundamental para el desarrollo del arbitraje, como mecanismos alternativos al Poder Judicial en la resolución de conflictos, que existan vías de control del "exceso de poder" de los árbitros, de-

<sup>37</sup> El proyecto tiene como antecedente al actual artículo 102 de la LGA (aplicable únicamente a los arbitrajes internacionales). Forma parte también del Proyecto Comisión.

<sup>38</sup> Cantuarias S. Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., p. 225-234.

<sup>39</sup> La propuesta se ampara en el artículo 16 de la Ley Modelo de UNCITRAL, 8 de la Convención Intercantonal Suiza, 17 de la Ley Hispano-Luso-Americana y 888 del Proyecto ILD. El artículo que se propone está incluido en el Proyecto Comisión.

<sup>40</sup> Cantuarias S. Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., p. 380-381.

<sup>41</sup> Ibid., p. 383-384.

biendo corresponder esa misión en exclusiva al Poder Judicial<sup>42</sup>.

Es dentro de esta postura, que además es la que siguen las principales legislaciones arbitrales del mundo, que proponemos los siguientes artículos modificatorios de la actual ley arbitral:

"Artículo .- Recursos contra los laudos.- Los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos no procede recurso alguno, salvo el previsto en el artículo . El laudo tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará con arreglo a las normas contenidas en el título de esta sección"<sup>43</sup>.

"Artículo .- Recurso de anulación.- Contra los laudos arbitrales procede sólo la interposición del recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en el artículo 64. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad"<sup>44</sup>.

También proponemos modificar la redacción de algunas de las causales de anulación contenidas en el artículo 56 de la LGA, así como pretendemos agregar otras que son fundamentales, como la de violación del debido proceso y derecho de defensa:

"Artículo .- Causales de anulación alegadas por las partes.- El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe<sup>45</sup>:

1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo [...]"<sup>46</sup>.

2. Que en el desarrollo del procedimiento arbitral no se ha observado probadamente alguna de las garantías previstas en el artículo perjudicando de manera manifiesta el derecho de defensa, siempre que el incumplimiento u omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanados oportunamente<sup>47</sup>.

3. Que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente<sup>48</sup>.

4. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas.

5. Que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiere manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo<sup>49</sup>.

6. Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.

En ningún caso procede recurso de anulación del laudo por haberse omitido resolver algunos de los puntos controvertidos".

<sup>42</sup> Ibid., p. 380-383; 384-387.

<sup>43</sup> La norma tiene como antecedente el artículo 907 del Proyecto I.L.D. Está también recogida en el Proyecto Comisión.

<sup>44</sup> La norma bajo comentario reemplaza al artículo 55 de la LGA y tiene como antecedente el artículo 34 de la Ley Modelo de UNCITRAL, 1476 del Código Procesal Civil Francés, 62 del Proyecto de 1989, 66 del Proyecto de 1990 y 908 del Proyecto I.L.D. Este artículo está presente en el Proyecto Comisión.

<sup>45</sup> La norma que se propone establece que las causales deben ser expresamente alegadas y probadas por quien pretenda anular el laudo. Tiene como fuente, entre otras, el actual artículo 56 de la LGA y el artículo 909 del Proyecto I.L.D. También forma parte del Proyecto Comisión.

<sup>46</sup> Este inciso elimina la referencia a la formalización judicial del convenio arbitral.

<sup>47</sup> Se agrega esta causal referida al derecho de defensa y debido proceso, la cual tiene su antecedente en diversos tratados (entre éstos el de Nueva York de 1958 y Panamá de 1975), como en la mayoría de legislaciones arbitrales del mundo.

<sup>48</sup> La deficiente constitución del tribunal arbitral es también una causal de anulación de los laudos arbitrales reconocidos mundialmente.

<sup>49</sup> Esta causal se mantiene según su contenido actual y tiene como fuente el artículo 26(c) de la ley de arbitraje de Israel.

"Artículo .- Causales de anulación de oficio.- No obstante lo establecido en el artículo , el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje según lo establecido por el artículo . La anulación parcial procederá sólo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo"<sup>50</sup>.

Finalmente, por falta de espacio no vamos a reproducir nuestra propuesta acerca de los requisitos, formalidades y trámites de este recurso. Sin embargo, bien vale la pena indicar que resulta fundamental reducir dramáticamente las diversas formalidades y requisitos que se exigen en la actual LGA.

## VIII. A MODO DE CONCLUSION

Quedan todavía por analizar una serie de temas que en nuestra opinión deben ser corregidos a la brevedad, pero que por razones de espacio sólo enunciaremos los principales: la figura del convenio arbitral tácito<sup>51</sup>, las causales de recusación de los árbitros<sup>52</sup>, el trámite de recusación<sup>53</sup>, el sistema de designación del árbitro dirimente<sup>54</sup>, los plazos para laudar, las atribuciones de los árbitros en lo

referente a las medidas cautelares<sup>55</sup>, la intervención del estado peruano en el arbitraje comercial<sup>56</sup>, la interrupción de la prescripción en los arbitrajes<sup>57</sup>, los convenios arbitrales y las relaciones jurídicas estándares<sup>58</sup>. y las necesarias modificaciones que deben hacerse a diversos artículos del Código Procesal Civil y Código Civil relacionados con el arbitraje.

Es cierto que las modificaciones a la actual LGA que estamos proponiendo no son suficientes como para augurar que el arbitraje se va a desarrollar significativamente en el Perú a corto plazo, ya que a la par de la existencia de una ley arbitral moderna debe necesariamente procederse a una campaña que aliente la constitución de instituciones arbitrales en todos los niveles de la sociedad, así como se desarrollan actividades conducentes a informar a todos los usuarios del arbitraje (abogados, jueces, público en general) acerca de sus inudables ventajas.

Sin embargo, creemos que una ley arbitral moderna por lo menos permitirá contar con el marco adecuado, como para que a futuro concentremos nuestros escasos recursos únicamente en promocionar e incentivar la práctica arbitral en nuestro país.

<sup>50</sup> Siendo que el principio es que la parte interesada debe alegar y probar las causales de anulación de laudo arbitral, esta norma permite que el juez de oficio anule el laudo cuando la materia es legalmente no arbitrable.

<sup>51</sup> Cantuarias S. Fernando y Manuel Diego Aramburú Y. Op. cit., p. 195-200.

<sup>52</sup> Ibid., p. 303-313.

<sup>53</sup> Ibid., p. 313-316.

<sup>54</sup> Ibid., p. 360.

<sup>55</sup> Ibid., p. 350-355.

<sup>56</sup> Ibid., p. 461-476.

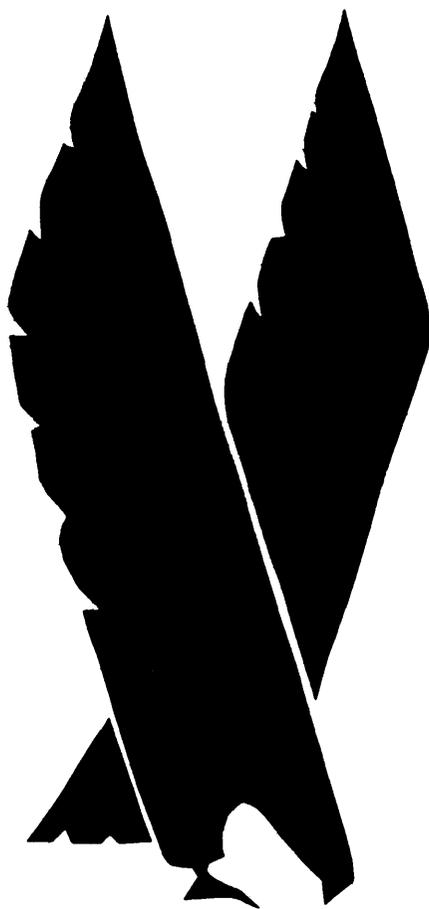
<sup>57</sup> Ibid., p. 240-245.

<sup>58</sup> Ibid., p. 234-240.

# American Airlines

*Todo es especial*

---



## **TARIFAS PROMOCIONALES VISIT USA (VUSA) MULTIMILLA**

A. V. E. REPRESENTACIONES S.A./AGENTE GENERAL CALLAO

AV. SAENZ PEÑA 214 2do. PISO, CALLAO TELEFAX : 465-3550

# DE LA INSOLVENCIA AL INCUMPLIMIENTO DE PAGO

Jean Bastin  
Doctor en Derecho  
Universidad Católica de Lovaina, Bélgica  
Licenciado en Ciencias Históricas  
Universidad de Namur

*Desde épocas muy antiguas, la insolvencia fue siempre un mal social, objeto de la preocupación de los legisladores, quienes generalmente se limitaban a no inquietarse más que del endeudamiento del comerciante y de la empresa, sin tomar en cuenta que la falta de pago no perdona ni a los particulares ni a los estados. A lo largo de la historia, el problema de la insolvencia ha recibido numerosas "soluciones": desde la prisión por deudas hasta la diversidad de fórmulas actuales, que incluyen sistemas como la suspensión de pagos o la insolvencia de hecho, propias de una situación en la cual se han multiplicado los casos de insolvencia como consecuencia del dinamismo económico y la generalización del crédito.*

*El autor analiza la evolución histórica del concepto de insolvencia y su transformación en el incumplimiento de pago y las diversas formas como esta evolución se ha plasmado en las legislaciones europeas.*

*La lectura del presente artículo resulta imprescindible para los profesionales del Derecho vinculados con la aplicación diaria de nuestra Ley de Reestructuración Empresarial, aprobada mediante el Decreto Ley N° 26116, en la medida que aporta elementos para entender la lógica en la que se inscribe el sistema peruano de tratamiento de la insolvencia.*

## I. EVOLUCION DEL CONCEPTO DE INSOLVENCIA

La materia prima de todos aquellos que hacen de proteger a los terceros contra la insolvencia su profesión merecería un estudio histórico que habría apasionado al autor, y también al historiador. El estudio podría describir cómo evolucionó el concepto de insolvencia en la antigüedad, en la Edad Media y en la Epoca Moderna, cómo fue sancionada por los antiguos, qué medidas se adoptaban para reducir su frecuencia y cuál fue en el transcurso de los milenios la suerte de los acreedores.

El objeto de este artículo no le ha permitido ni la satisfacción ni el interés que hubiera sentido en tal búsqueda; bástenos con decir que, contrariamente a la frivolidad con que se trata este concepto en la actualidad, en otro tiempo el no hacer frente a las propias deudas pecuniarias conllevaba sanciones que a duras penas pueden imaginarse hoy.

Citemos algunas, únicamente para medir el camino recorrido. El encarcelamiento por deudas no ha desaparecido hace tanto tiempo de nuestros códigos judiciales; de hecho, cayó en desuso debido a las condiciones cada vez más restrictivas para motivar su aplicación y a que el coste era a cargo de los acreedores que querían utilizar esta última sanción.

Un edicto de Carlos V, y era en el siglo XVI, estipula textualmente: "El quebrado fraudulento debe ser condenado al último suplicio mediante la horca".

Retrocediendo más aún en la historia, basta con evocar "la piedra del deshonor", que se remonta a la Edad Media, y que se encuentra todavía en el Palacio de Justicia de Padua, en Italia; en aquella época se hacía sentar allí a los deudores insolventes, expuestos de esta forma a los sarcasmos de sus acreedores.

La evolución a través de los tiempos y en distintos países de los términos insolvencia, quiebra, bancarrota o ruina, realmente merecería búsquedas que resultarían sugestivas.

Nos vamos a limitar, y esto no es todavía más que tocar el tema por encima, a examinar la evolución del concepto de insolvencia en la época contemporánea, ya que éste va a influir en su protección.

## **1. Evolución contemporánea del concepto de insolvencia**

Si hemos juzgado útil consagrar estas páginas a la protección contra el incumplimiento de pago y no solamente a la quiebra, no es porque los profesionales de esta actividad hayan modificado sus técnicas, sino más bien porque la noción del riesgo ha cambiado de manera fundamental. Intentemos explicar sucintamente esta evolución.

Desde épocas muy antiguas, la insolvencia fue siempre un mal social, objeto de las preocupaciones de los legisladores, a pesar de que normalmente se limitaban a no inquietarse más que del endeudamiento del comerciante.

Durante mucho tiempo, se pudo resumir la situación jurídica mediante dos ecuaciones: insolvencia = quiebra, quiebra = procedimiento colectivo de liquidación de bienes del insolvente para resarcir a los acreedores.

No obstante, la falta de pago no perdona ni a los particulares ni a los estados. Para los primeros, si se excluye el procedimiento de quiebra utilizado raramente en los países del derecho napoleónico, no había absolutamente nada previsto como sanción última mas que la prisión por deudas. Es verdad que el recurso al crédito es más raro entre los particulares, pues el hecho mismo de acudir a él era para ellos una carga hasta una época apenas pasada.

El exceso de endeudamientos podía también afectar a los estados, pero existían otros medios para hacer frente a esta situación mediante la emisión de moneda depreciada.

Gracias al absolutismo reinante hasta la revolu-

ción de 1789 se recurrió también a otros métodos, como el préstamo forzoso; incluso los acreedores del estado llegaron a ser víctimas de gravosas multas e incluso de procedimientos que desembocaban en la confiscación de sus bienes. La obra de Daniel Dessert, *Argent, pouvoir et société au grand siècle* expone minuciosamente todos los medios empleados, en particular por los reyes de Francia, para hacer frente a un endeudamiento excesivo. Por otra parte, no podía considerarse a un estado como insolvente y, todavía hoy, las sentencias condenatorias no son ejecutadas por vía de embargo de los bienes que forman parte de su patrimonio.

Hasta el siglo XVIII, como consecuencia del desarrollo de las peticiones incrementadas a los particulares mediante la emisión de rentas vitalicias, de préstamos tontinos o hipotecarios como fuente de financiación de las necesidades estatales, la fe en el crédito del estado no se convirtió en una preocupación mayor para sus dirigentes y el espectro de la bancarrota del estado se convirtió en una realidad.

Ya ante la Asamblea nacional, constituida el 17 de junio de 1789 y en la misma víspera de la toma de la Bastilla, Mirabeau declaraba perentoriamente "ningún poder tiene el derecho de traicionar la confianza pública, no importe bajo qué forma y denominación lo haga".

La creación por la Convención el 24 de setiembre de 1793 del Gran Libro de la deuda pública, que concentraba en un solo tipo de registro todas las deudas, iba a hacer a la vez más aguda y más fácil la eventualidad de una bancarrota. Efectivamente, el 9 Vendimiario del año VI (30 de setiembre de 1797) se concretó una verdadera bancarrota del estado con la "bancarrota de los dos tercios", debido a que cada inscripción del Gran Libro se redujo en dos tercios de su montante, reembolsándose solamente un tercio. Este fue un caso, entre otros, de la insolvencia materializada de un estado.

No obstante, la insolvencia era el mayor peligro para el comerciante, y su estatuto era, y sigue siendo todavía, particularmente precario. Debido a la naturaleza misma de su actividad, debía conservar intacto su crédito frente a terceros, banqueros, abastecedores o asalariados; de ahí la obligación que tenía de hacer lo imposible por pagar estrictamente a los vencimientos ya que, en caso contrario, llegaba la insolvencia y con ella su categórica sanción: la quiebra, la gestión y la liquidación de sus bienes por un tercero y, como última sanción, la desaparición de su empresa, es decir, la ecuación comentada más arriba.

Esta sanción tenía otra consecuencia más. Incluso aunque estuviesen asociados, los comerciantes ejercían habitualmente su actividad en nombre propio y su fortuna personal constituía la garantía común de sus acreedores. Eran raras las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, sistema bien estructurado para proteger los bienes de sus dirigentes. Para los demás comerciantes, con la quiebra llegaba también la ruina de la familia y la constancia pública del fracaso irremediable.

Aparte de la quiebra, las situaciones intermedias eran raras; existía por supuesto el acuerdo, pero no había nada comparable con la diversidad de fórmulas actual, que va desde la suspensión de pagos hasta la insolvencia de hecho, pasando por múltiples sistemas de pago aplazado de deudas, con la eventual exoneración parcial de las mismas.

Intentemos ahora describir la situación actual y determinar las causas de un cambio tan radical.

a) La quiebra ha perdido todo su significado primitivo, ya no es la prueba de un fracaso definitivo ni un oprobio, sino un simple incidente del camino en la vida económica.

b) La suspensión de pagos y la apertura del procedimiento colectivo de saldo de las deudas ya no es sinónimo de insolvencia, sino un sistema para regular una situación de exceso de deudas.

c) El endeudamiento se ha propagado y con él la insolvencia se ha hecho común y los medios para salir de ella se han multiplicado, no solamente para los comerciantes, sino también para los particulares y los estados.

Esta verdadera revolución económica de la que acabamos de describir tres aspectos tuvo por origen, como toda revolución, profundas mutaciones de orden social y económico que motivaron nuevas legislaciones y nuevas costumbres.

Intentaremos describir sucintamente estas mutaciones.

a) La familia constituía en otro tiempo la célula fundamental de la sociedad, mientras que el individuo fue ocupando su propio lugar en el concepto de la vida moderna y, desde entonces, el oprobio de la quiebra que castigaba tanto y, en ocasiones, más que al individuo a la familia, se fue amimorando.

b) El recurso al crédito como motor de toda actividad económica se ha desarrollado considerable-

mente, al tiempo que se han multiplicado las formas de crédito puesto a disposición de empresas, individuos y estados.

Como consecuencia, las deudas se acrecentaron considerablemente, multiplicándose al mismo tiempo las ocasiones de no hacerles frente y, desde ese momento, los impagados se generalizaron.

c) La moralidad ha descendido mucho desde la última guerra mundial; este fenómeno ya ha sido descrito muchas veces por los sociólogos. Esto ha conllevado también el descenso de la moralidad en el comercio y el viejo proverbio "el que paga sus deudas se enriquece" ha caído en desuso.

d) El patrimonio era, en otro tiempo, atributo de una clase privilegiada; se democratizó y la preocupación por protegerlo de los azares de la suerte favoreció la actividad económica al abrigo de una sociedad y su recorte puede dejar intacto el patrimonio individual de sus titulares. Al mismo tiempo, la creación de grandes consorcios, casi siempre internacionales, más financieros que industriales, favoreció la creación de filiales cuyos dirigentes dejaron que se esfumara el deber paternalista que tenían sobre ellas, favoreciendo así el abandono a su triste suerte de aquellas que no respondieron al papel que debían haber asumido en la estrategia general del grupo. El anonimato, que acabó siendo la regla para las empresas de cierta importancia, al mismo tiempo que su papel en el contexto económico global, favorecieron la opinión de que en la empresa había que distinguir, por una parte el inmovilizado, su valor comercial y/o industrial y, por otra a sus propietarios; el fracaso de estos últimos no podía tener como consecuencia económica la destrucción de la maquinaria, que puede constituir la riqueza, si no de la nación, sí al menos de la región y, desde ese momento, se hizo necesario protegerla en detrimento de su propietario, menos individualizado que en el pasado, pero también en detrimento de los acreedores. Entre estos, los más dignos de protección fueron los asalariados. Pero también los más poderosos, es decir, los estados mismos, se previnieron por medio de la institución de los privilegios que se fueron multiplicando con el transcurso del tiempo; en cuanto a los acreedores no provistos de privilegios, también podían ser sacrificados, ya que tampoco eran corrientemente personas individuales, como consecuencia de las transformaciones que acabamos de describir.

Otra consecuencia de esta evolución es la búsqueda de sistemas que antes de la insolvencia pudieran salvaguardar al inmovilizado, incluso en detrimento de los propietarios, de las empresas y de

los acreedores. Esta tendencia se notó ya con ocasión de la gran crisis de 1929 y se acentuó aún más con las de 1974 y 1981, cuando para vencer el paro, el mantenimiento de la maquinaria suponía automáticamente el del empleo, al menos en parte.

Casi no resulta necesario añadir que la democratización del patrimonio y el incremento de los sueldos en el P.B.I. aumentaron las posibilidades de endeudamiento a crédito de los particulares y como corolario, se multiplicó y vulgarizó el incumplimiento de sus pagos.

Esta descripción abreviada de las evoluciones fundamentales de la economía, que es un verdadero fenómeno social, conllevó un cambio radical de los objetivos que había que alcanzar en la protección contra la insolvencia, pero no explica, sin embargo, la última parte de nuestra tercera observación: la insolvencia se generalizó también entre los estados.

No excluimos la idea de que los dirigentes de los estados, que también son hombres, hayan experimentado el contagio de la generalización de la deuda como forma de vida, pero de ahí a pensar que la insolvencia pueda ser un fin hay un paso, si embargo, que no se puede dar. Se puede pensar que aún existe la influencia de la antigua idea de que la insolvencia no afectaba a los estados y que no se ha reflexionado sobre ello. No obstante, hoy día se cataloga tanto a los estados como a las empresas en las publicaciones que realizan aquellos que, mediante el sistema del ranking, se dedican a determinar el grado de solvencia de los virtuales prestatarios.

Dos causas esenciales provocaron esta nueva revolución en el nivel estatal. Bajo la influencia de las ideas keynesianas por una parte y del marxismo por otra, los estados, especialmente como es lógico los estados socialistas, tendieron a apropiarse de al menos una parte de los medios de producción y se convirtieron ellos mismos en una especie de comerciantes en el sentido originario del término.

Las crisis económicas, junto con una gestión demasiado burocrática, llevaron a las empresas públicas a tales pérdidas que en una economía de mercado hubiesen quebrado. Los estados se encontraron entonces en la penosa situación de pensar en declarar la insolvencia de algunas de ellas.

Los estados se endeudaron también considerablemente, ya lo hemos dicho; cuando se trataba de una deuda interna, podía arreglar fácilmente sus

problemas de endeudamiento excesivo y no es nuestro propósito exponerlos aquí. Sin embargo, el problema se planteaba a veces de forma más aguda para las colectividades locales, ya que podía pensarse, incluso, en su suspensión de pagos; es sintomático que en los Estados Unidos se hayan creado organismos privados que cubren el riesgo de no reembolso en el momento del vencimiento de los préstamos contratados por colectividades locales.

No obstante, cuando los estados se vieron obligados a solicitar préstamos en el extranjero, la situación era muy distinta y todavía más cuando los prestamistas no eran otros estados, sino consorcios privados. En caso de incumplimiento de pago, estos no podían tratarles más que como insolventes en el amplio sentido del término.

Añadamos para terminar que la costumbre contraída por los estados de situarse en el mercado de capitales privados internacionales, especialmente en beneficio de sus actividades productivas, no ha conseguido interesar en absoluto a las empresas privadas de seguro de crédito, que han añadido la cobertura de esas operaciones a las de riesgos políticos que ya estaban excluidas.

## **II. LAS CONSECUENCIAS DE LA EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE INSOLVENCIA E INCUMPLIMIENTO DE PAGO**

Los cambios que hemos descrito en el capítulo precedente están lejos de haber terminado y es más, podemos llegar a la conclusión de que están en plena evolución, lo que explica por otra parte los titubeos a los que asistimos, especialmente en las leyes sucesivas que se esfuerzan por hacer frente a los problemas suscitados por esta evolución.

Si bien en el plano de las empresas y de los estados se ha recorrido ya un largo camino, lo que nos permitiría suponer que la evolución está prácticamente terminada, no ocurre lo mismo en lo concerniente a los particulares.

Las soluciones son tanto más difíciles de encontrar cuanto que normalmente están inspiradas por conceptos políticos divergentes, siendo las soluciones del liberalismo diferentes obligatoriamente de aquellas inspiradas por el intervencionismo.

Se pueden distinguir dos tipos de problemas que hay que resolver:

a) Es evidente que si los incumplimientos de pago se multiplican, será necesario atribuir una mayor importancia a su estudio, tanto a nivel gubernamental como de las víctimas, sean quienes fueren los deudores o los acreedores y será necesario proceder a una observación más pausada del fenómeno.

b) Es evidente que si un incumplimiento de pago ya no es una declaración de fracaso, sino un incidente en la vida de un estado, de un particular o de una empresa, merece distintos tratamientos que cuando se intenta proteger al acreedor y lo que por el contrario importa es cuidar la supervivencia económica de la entidad.

## **1. La observación del fenómeno**

### **1.1. En el ámbito de los estados**

La capacidad de pago de todos los estados es hoy en día objeto de profundos estudios que se terminan generalmente con una calificación en cifras, lo que no excluye, sino todo lo contrario, el estudio de todos los aspectos como la balanza comercial, la balanza de pagos y los cálculos en cuanto a su futuro y en cuanto a su voluntad y capacidad de hacer frente a sus obligaciones. Si han conocido algún incumplimiento, los acuerdos de periodicidad de los pagos se descubren y publican cuidadosamente.

### **1.2. En el ámbito de los particulares**

Las estadísticas globales del nivel de compromiso de los particulares son objeto de atentos cuidados, pero incluso en el plano individual, a veces bajo los auspicios de organismos privados se establecen listas de personas que no hacen frente a sus compromisos. En ocasiones, hay iniciativas que van más lejos y que pretenden crear verdaderos catastros de las obligaciones de los particulares. Se habla de un fichero negativo para los primeros y de fichero positivo para los segundos.

### **1.3. En el ámbito de empresas**

Si bien la notación existe, no puede sin embargo situarse más que en el ámbito de las grandes empresas. Cada una sobre la base de su balance es objeto de cálculos, de ratios; pero la búsqueda principal intenta descubrir a las empresas en dificultades y, en el seno de los tribunales de comercio generalmente se intenta descubrir las que en un futuro próximo podrían ser víctimas de un incumplimiento de pago y se intenta sugerirles, no imponerles, medidas de reestructuración para asegurar su supervivencia.

## **2. El tratamiento de los incumplimientos de pago**

### **2.1. En el ámbito de las empresas**

Debido a la importancia económica del incumplimiento de pago de las empresas, las medidas tomadas son muy antiguas y se remontan a la crisis de 1929.

Las iniciativas legislativas más frecuentes son también las que conciernen a las empresas, pero conllevan los mayores titubeos. Sin embargo, antes de abordarlas y, sea cual sea la negación incluso del tratamiento judicial de las empresas en situación de suspensión de pagos, vamos a dedicar algunas palabras a los incumplimientos de pago que escapan a todo control y por tanto a toda estadística.

Algunas situaciones inextricables de endeudamiento, en efecto, empujan a veces a los acreedores desesperados a renunciar a cualquier recurso y a provocar una situación jurídica de quiebra.

La legislación alemana ha sido consciente hasta tal punto de la inutilidad práctica de estas quiebras que rechaza la apertura de un procedimiento colectivo cuando el deudor presta juramento, según el cual declara que no tiene ningún activo realizable y por lo tanto distribuible en beneficio de sus acreedores.

También está extendido el procedimiento de liquidación voluntaria de una sociedad, que conduce evidentemente a un concurso de acreedores, pero que también escapa a la publicidad reservada a las insolvencias declaradas.

Respondiendo a los mismos criterios de confidencialidad que les rodean, añadamos el gran número de insolvencias que se negocian, al abrigo de cualquier publicidad, entre acreedores y a las que se llama generalmente convenios amistosos y que han sido incluso consagrados por la ley francesa del 1 de marzo de 1984, relativa a la prevención y al arreglo amistoso de las dificultades de las empresas. Según los términos de esta ley, el tribunal, ante una empresa con dificultades graves de tesorería, pero no insolvente, nombra a solicitud de ésta un conciliador que generalmente no es un juez, sino uno de los expertos en diagnóstico inscrito en una lista establecida cerca de cada audiencia territorial.

La consulta de los acreedores es secreta para evitar que se comprometa la credibilidad de la empresa y los términos y plazos -con exclusión de

cualquier reducción del crédito al menos en principio- deben ser aceptados por la totalidad de los acreedores para que se le pueda dar carácter definitivo.

Los conciliadores, al amparo del congelamiento de los créditos que el procedimiento conlleva, toman su tiempo para negociar y se aprovechan del cansancio de los acreedores.

Pocos de estos procedimientos llegan a buen término, es verdad, y los depósitos de balance son la consecuencia frecuente de estos procedimientos, pero merecerían ser considerados como ejemplo de incumplimiento de pago confidencial y sin insolvencia.

A propósito de este procedimiento, aunque más adelante exponeremos otros casos y como conclusión de los casos de insolvencia confidencial, enunciaremos un nuevo e importante principio: contrariamente a la antigua ecuación, puede haber procedimiento colectivo organizado sin insolvencia, pero puede también haber insolvencia sin procedimiento concursal.

Si hemos abordado las situaciones en que no hay procedimiento concursal aunque haya insolvencia, lo que por supuesto conlleva la intervención del organismo que protege al acreedor contra el incumplimiento de pago, en los procedimientos que vamos a exponer ahora, intentaremos al menos hacer un bosquejo de las nuevas concepciones y enumeraremos algunas de las fórmulas que se han encontrado.

Podemos ordenarlas en cuatro categorías, aunque no haya necesariamente insolvencia, ya que todas o prácticamente todas conllevan un congelamiento prolongado de los créditos.

### 2.1.1. La gestión controlada

Como su nombre indica, instituye un período de observación al final del cual se tomará una decisión en cuanto al futuro de la empresa. El poder de los gestores de la empresa puede suspenderse durante ese período.

El nombramiento en Francia de un *administrateur extraordinaire* entra parcialmente en esta categoría, lo mismo que la *amministrazione controllata* en Italia. Existió en Bélgica después de la crisis de 1929,

pero después se abolió, aunque todavía subsiste en Luxemburgo y, a pesar de que se señala raramente, puede conducir a una verdadera liquidación de la empresa de que se trate.

### 2.1.2. El aplazamiento de pago

Como su nombre indica, no debería ser más que un congelamiento provisional de los créditos en que debería desembocar un reintegro ulterior pero integral de los créditos. Este es todavía hoy el sistema belga, aunque se utiliza raramente. En otros países, algunos sistemas puestos en marcha con un nombre análogo pueden ir mucho más lejos y este eufemismo no es más que uno de los reflejos de la frivolidad con que hoy se trata la insolvencia.

Probablemente el régimen de suspensión de los procedimientos judiciales individuales contra el quebrado fue abolido en Francia porque no permitía ir lo suficientemente lejos. Por el contrario, en Italia *l'amministrazione controllata*, en España la suspensión de pagos, en el Reino Unido la *administrative order*, en los Países Bajos la *surseance van betaling*, recurren a la misma noción.

No obstante, normalmente se trata de la institución de un período de observación, a veces muy largo, que no responde únicamente a la idea de una prórroga, sino que es la fase preparatoria de una intervención, al menos parcial, del pasivo.

### 2.1.3. *Le redressement judiciaire*<sup>1</sup>

Este procedimiento responde a una preocupación desconocida en otra época y que nació después de la Segunda Guerra Mundial. Algunos estados deseaban beneficiarse del procedimiento anterior de aplazamiento de pago para llevar a cabo los mismos objetivos. Fue instituido en Francia bajo el nombre de *reglement juricarie* en 1967. El término *redressement judiciaire* se sucedió en 1985 y podemos encontrar su equivalente en los Estados Unidos bajo el nombre corrientemente utilizado de "protección del capítulo XI". Al ser una concepción nueva en el cuadro general de las leyes sobre la quiebra, no responde ni a la creación de un concurso de acreedores para permitirles recuperar algún dividendo mediante la realización del activo de la empresa, ni tampoco a la noción de aplazamiento de pago, aunque estos procedimientos hayan sido desviados en algunos estados para res-

<sup>1</sup> Término introducido por una disposición de 1985, que podríamos traducir por rehabilitación o enderezamiento judicial. (Nota del traductor)

ponder a las mismas preocupaciones, la noción de aplazamientos de pago no es más que como su propio nombre indica un período de tiempo que permite a una empresa movilizar sus fuerzas para hacer frente a sus nuevas obligaciones. Tampoco se corresponde con la gestión controlada que es un tutelaje sobre una empresa para permitirle enderezar su situación financiera. No se corresponde tampoco, finalmente, con el sistema del acuerdo preventivo, que permite a una empresa que no puede hacer frente a sus pagos ofrecer un plan de intervención de sus deudas con o sin el mantenimiento de la empresa.

En verdad, al menos teóricamente, si la empresa no es insolvente es viable, pero si puede congelar el pago de sus deudas y evitarse el pago de los intereses correspondientes a ellas, podrá tener un segundo respiro, liberada de sus cargas, y ofrecer ulteriormente a sus acreedores el indemnizarlos después de haber reestructurado la empresa o de haber encontrado un comprador de la misma con vistas a continuar la explotación, el cual podrá buscar el camino del acuerdo con los acreedores.

Estos son en la práctica los objetivos de los dirigentes. En cuanto a las preocupaciones de los legisladores están encaminadas únicamente a mantener a flote a una empresa que correría el riesgo de venirse abajo sin este procedimiento y, accesoriamente, de ahorrarse el pago de subsidios de desempleo que supondría la liquidación de la empresa.

La suerte de los acreedores no preocupa en absoluto ni a los unos ni a los otros, cargados como están de una especie de comandita al menos provisional de la empresa en dificultades, incluso de una donación parcial de sus créditos cuando se presente el plan de intervención del pasivo.

En cuanto a la prosecución de la actividad de la empresa que este procedimiento presupone, se hará a riesgo de los acreedores, los cuales intentarán, en la medida de lo posible, salir lo menos mal de esta situación.

Es inútil decir que una construcción jurídica semejante, en la que los objetivos de las partes son diferentes, es susceptible de generar efectos diversos.

a) Durante el período en el que el procedimiento de suspensión de pagos está en trámite, la empresa que se beneficia de él perturba las leyes del mercado, pudiendo llevar a cabo frente a sus colegas una competencia que comprometerá sus márgenes de beneficio. Lo mismo ocurrirá ulterior-

mente si el aligeramiento de las cargas resultante de una intervención del pasivo se prolongase durante un largo período, mejorando de esta forma artificialmente el precio de coste de la empresa en suspensión.

b) A menudo también el aligeramiento provisional de las cargas no es suficiente para compensar la utilidad estructural de la empresa en suspensión y la consecuencia es una nueva declaración de suspensión de pagos, generadora de nuevos procedimientos para el acreedor.

c) Si se adopta la opción de que un tercero recupere la empresa, el comprador, sobre todo si es poderoso económicamente, obtendrá condiciones tan favorables para la recuperación de la maquinaria y del stock, que reducirá aún más los dividendos que hay que entregar a los acreedores. A veces, no obstante, no podrá remediar los defectos estructurales de la empresa y también fracasará a su vez.

d) Finalmente, la instauración de un procedimiento así invitó a los hombres de negocios poco escrupulosos a provocar deliberadamente el procedimiento de suspensión de pagos de su empresa, de la misma manera que favoreció la eclosión de una nueva categoría de hombres de negocios, "los recompradores", más inclinados a sacar provecho de estas situaciones para obtener beneficios rápidos que a levantar la empresa que adquirieron.

Sea como sea, la técnica de procedimiento de suspensión de pagos provocó después de su instauración en 1985 -y desde que la crisis dejó sitio a un restablecimiento espectacular de la economía- que el número de declaraciones de suspensión de pagos no haya cesado de aumentar, pasando de 25,018 en 1984 a 40,042 en 1989.

#### 2.14. Los planes de intervención del pasivo

Sea cual sea el nombre del procedimiento utilizado, el título que hemos adoptado expresa bien lo que quiere decir; puede ser la continuación de los procedimientos descritos más arriba, pero puede ser también el objetivo inmediato, especialmente en los estados que han querido conservar apelaciones más clásicas. Así, en Bélgica, aunque poco utilizado, el acuerdo preventivo resulta de esta concepción, puesto que tiene por objeto la aceptación de los acreedores por medio de una votación en la que es necesaria la mayoría cualificada, de una reducción de los créditos y de un escalonamiento en el tiempo de lo que reste; puede tratarse también de una liquidación judicial llamada acuerdo con abandono de activo. Tales procedi-

mientos existen todavía en diversos países.

En muchos de los sistemas descritos anteriormente, los acreedores estatuyen en última instancia sobre el procedimiento concursal del pasivo.

Hemos visto que en los casos ordenados bajo los términos "suspensión de pagos" y "procedimiento de suspensión de pagos", este plan de intervención de las cuentas se pospone, lo que le distingue de la situación económica examinada aquí, que comienza por un procedimiento concursal.

### 2.1.5. La liquidación judicial

Es el resultado clásico de la práctica ancestral de que la insolvencia de la empresa conlleve la quiebra. Este nombre sigue utilizándose corrientemente en algunos países como Bélgica bajo el nombre de *faillite*, en España *quiebra*, en Alemania *konkursverfahren*, en el Reino Unido *liquidation*, en los Países Bajos *faillissement*, y en Italia *fallimento*, por no citar más que algunos países.

El concurso de acreedores actúa aquí plenamente y la empresa se liquidará, en ocasiones en bloque, y se darán generalmente al recomprador condiciones favorables, sobre todo si acepta conservar más o menos los efectivos del personal que ocupaba la empresa en quiebra. Normalmente la empresa se liquidará progresivamente por la venta al por menor de todos los activos, inmuebles, material, stock, créditos, etc.

Estas liquidaciones duran generalmente muchos años y hoy en día, debido a la multiplicación de los privilegios, los acreedores llamados no privilegiados no reciben más que muy tardíamente escasos dividendos y la mayoría de las liquidaciones no les dejan nada después de pasar los acreedores privilegiados. De aquí su resignación a aceptar las técnicas que hemos señalado en los puntos 1, 2, 3 y 4 y que, en último caso, les serán favorables aunque desprecien sus opiniones. Esta resignación de los acreedores tampoco hace más que favorecer la frivolidad con que se trata a la insolvencia.

## 2.2. En el ámbito de los particulares

Las consideraciones sociales en parte y, sobre todo, el desarrollo del crédito al consumo que ha provocado mayor endeudamiento de los particulares hacen que las ideas evolucionen hoy día hacia la extensión a los particulares de las fórmulas instauradas en favor de las empresas insolventes, a saber: el congelamiento de los créditos, la centralización colectiva de las deudas con procedi-

miento concursal y, eventualmente, la remisión definitiva de un determinado porcentaje de ellas.

Evidentemente, en algunos países existía ya el régimen de la extensión de la quiebra a los particulares, como en Alemania, en los Países Bajos, e incluso en Francia, en los departamentos incluidos en Alsacia y Lorena.

No obstante, los sistemas puestos en marcha o proyectados en muchos países no se inspiran en el sistema de la quiebra, que amortiza el pasivo con la liquidación de todos los bienes del deudor. No se necesitan nuevos instrumentos para esto, ya que el sistema de la quiebra existe, aunque se aplique raramente.

En contra del sistema moderno de salvaguarda de las empresas en dificultades, algunas legislaciones que conocen ya la suspensión provisional de pagos por decisión de la justicia se inspiran en determinados casos concretos sin que resulten obligatorias para la generalidad de los acreedores. Pero, lo más general es prever el congelamiento de los créditos, un procedimiento colectivo, y el mantenimiento del deudor en el disfrute, al menos parcial, de sus activos con procedimiento concursal del pasivo impuesto normalmente sin control de los acreedores.

## 2.3. En el ámbito de los estados

El fenómeno de la frivolidad con que se trata la insolvencia no ha evitado que la suspensión por parte de cualquier estado del pago de sus deudas externas se haya convertido en una decisión tan corriente que no merezca más que unas pocas líneas en la prensa.

Los acreedores se reúnen frecuentemente y se esfuerzan por negociar colectivamente los acuerdos de escalonamiento de las deudas, a veces acompañados de nuevos créditos para hacerles frente. De vez en cuando, la situación es tal que los acreedores, sean estados u organismos financieros privados, se ven obligados a condonar las deudas. Este sistema, desconocido en otro tiempo, empieza a ser la práctica corriente.

Desde luego, los estados, salvo en casos de cambios de régimen consecutivos a las revoluciones, no revocan sus deudas exteriores, pero algunos han sido llevados o se han llevado ellos mismos a un estado tal de insolvencia que equivale en la práctica a una revocación de sus deudas anteriores.

No obstante, el fenómeno de frivolidad con que

se trata a la insolvencia destaca sobre todo en el ámbito de las empresas públicas. Hay que distinguir dos tipos distintos entre las empresas en las que el estado tiene un poder de decisión. Las que conservan un estatuto social, pero cuyo capital está en posesión mayoritaria del estado, generalmente a través de sociedades nacionalizadas o de organismos creados ad hoc.

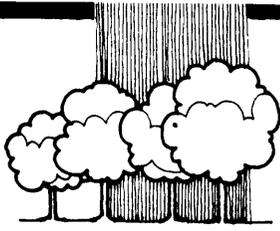
Los poderes públicos no han tenido escrúpulos en absoluto en dejar caer lo que podía considerarse como filiales, especialmente cuando eran conducidas a participar para salvar una empresa privada en peligro.

En lo concerniente a la empresa pública propiamente dicha, se está dibujando un movimiento para permitirle consagrar su insolvencia. Este movimiento ha nacido en la actualidad en los países que habían socializado los medios de producción. En China, Hungría y Argelia se han promulgado leyes que instituyen para las empresas públicas el

régimen de la quiebra, con todo lo que esto comporta.

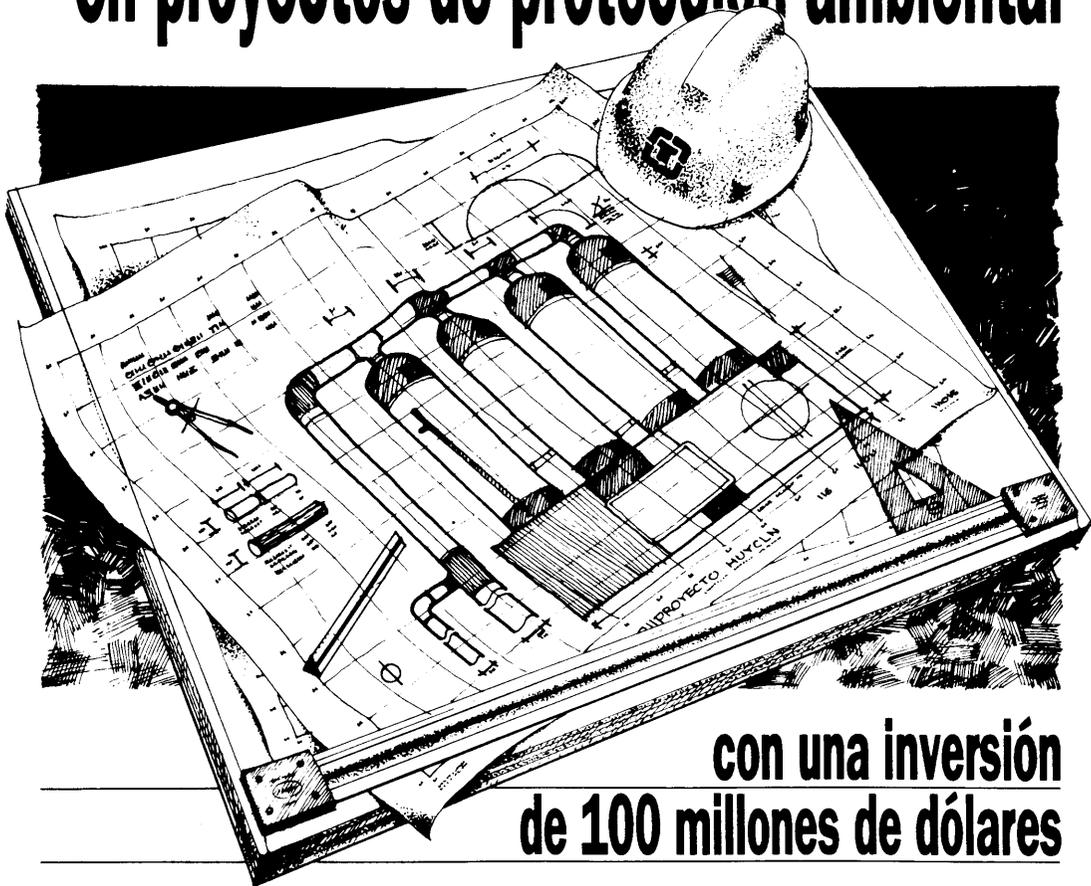
También en la antigua URSS y en Polonia se ha podido comprobar casos de verdaderas quiebras, sobre todo en este último país, por las necesidades de la causa, se ha resucitado una ley anterior a la instauración del régimen comunista. El movimiento nacido en el este, ¿se desarrollará hacia el oeste? El futuro lo dirá.

No vamos a sacar de estos comentarios más que una conclusión apropiada al fin que perseguimos de exponer los sistemas de protección contra el incumplimiento de pago. Como consecuencia de la frivolidad con que se trata a la insolvencia y de la multiplicación que se ha dado de los sistemas de procedimiento colectivo en casos en que no se ha llegado a la insolvencia, el papel de los que hacen su profesión de proteger a los terceros contra el incumplimiento de pago ha tomado y toma una dimensión inesperada y muy extensa.



# ESTAMOS OCUPADOS

en proyectos de protección ambiental



con una inversión  
de 100 millones de dólares

Toda acción del hombre, como se sabe, ocasiona cambios en la naturaleza.

De hecho, nuestro largo y complicado proceso de extracción de mineral y su transformación en concentrados de cobre primero, y en cobre blister de exportación después, ha cambiado el paisaje de Toquepala, Cuajone e Ilo.

Allí hay tres centros mineros de Southern Peru llenos de actividad, dotados de todos los servicios básicos tales como agua, luz, viviendas, hospitales, colegios y una amplia infraestructura urbana.

Conscientes que hay residuos de ese

proceso minero-metalúrgico, la empresa está invirtiendo 100 millones de dólares en un conjunto de proyectos de protección y adecuación ambiental para disponer o controlar en la forma más idónea posible, de los gases, relaves y escorias derivadas de este proceso.

Estamos ocupados en ello porque el ambiente, sí nos preocupa.

**SOUTHERN PERU**  
Cobre trabajando por el Perú



# EL PAPEL DEL MERCADO DE VALORES EN LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Julio Salas Sánchez  
Profesor de Derecho Mercantil  
Pontificia Universidad Católica del Perú

## I. INTRODUCCION

A finales de setiembre de 1965, hace ya 29 años, se realizó la Cuarta Conferencia Anual de Ejecutivos (CADE), auspiciada por el Instituto Peruano de Administración de Empresas (IPAE). El tema que tratamos en esa oportunidad fue en términos generales, el mismo que hoy día nos ocupa: la sociedad anónima y el mercado nacional de capitales.

Hace 29 años carecíamos de una Ley General de Sociedades. Teníamos simplemente un esquema normativo contenido en el Código de Comercio de 1902, que era básicamente una copia del Código de Comercio español de 1886, el cual a su vez era una reproducción del Código de Comercio de Napoleón. En aquel CADE, el ilustre jurista Máximo Cisneros dijo que el Perú, a la par de exhibir con orgullo ruinas milenarias de la cultura incaica y de las culturas preincaicas, debe exponer con vergüenza la reliquia jurídica de un Código de Comercio, que en su origen tiene más de cien años y que todavía continúa en vigencia. El doctor Cisneros precisó que esto era un fenómeno lamentable y totalmente *sui-generis* en el mundo.

El esquema normativo del Código de Comercio de 1902 -al que me he referido anticipadamente- era en realidad raquítico, por contener solamente 24 artículos dedicados a la sociedad anónima. Esta circunstancia tenía una única explicación: el Código de Comercio obedecía a circunstancias históricas radicalmente diferentes a las que ya regían en 1965. Por influencia de las ideas absolutamente liberales del siglo pasado, nuestro Código de Comercio dejaba a los socios de la sociedad anónima en la más absoluta libertad para disponer la estructura y la forma de gobierno de su sociedad.

*El desarrollo que ha tenido nuestro mercado de capitales en general y el mercado de valores en particular es un hecho sin precedentes en la historia peruana. No puede negarse que en el estancamiento experimentado por este sector en las décadas pasadas, contribuyó en gran medida una legislación anquilosada, cuyo efecto era precisamente el contrario del que debía lograr. Esta experiencia hace necesario que los miembros de la actual Comisión Reformadora de La Ley General de Sociedades consideren con detenimiento las ventajas y desventajas de incluir en la nueva Ley, regulaciones vinculadas más con el sector bursátil.*

*El doctor Julio Salas destaca en el presente trabajo, realizado en base a la ponencia que sustentara en el Forum «La Reforma de la Ley General de Sociedades», los temas que en su concepto deberían ser acogidos por la nueva Ley de Sociedades. Al mismo tiempo, establece cuáles deberían ser regulados, con mayor propiedad, por legislación especial del mercado bursátil.*

Hacia 1965, el mundo ya había visto culminar la etapa de fortalecimiento de la sociedad anónima. Esta forma jurídica había probado con amplitud su flexibilidad y su capacidad de adaptación a los cambios ocurridos en los últimos 300 años, desde su nacimiento, con la lejana compañía holandesa de las Indias Occidentales. Ciertamente, la longevidad de la sociedad anónima se extiende hasta los 500 años, si se considera aquella tesis que reconoce como su germen a la llamada Banca de San Giorgio de Génova, establecida en el siglo XV.

A lo largo del tiempo, la forma jurídica de la sociedad anónima florecía, a diferencia de lo que ocurría con la sociedad en comandita y con la sociedad colectiva. En épocas de transformación, la sociedad anónima había probado francamente su eficacia; había participado en la revolución industrial de mediados del siglo pasado, en la que se iniciaron las grandes obras públicas, los ferrocarriles y las concesiones de obras públicas; en fin, la sociedad anónima se adaptaba rápidamente a los cambios del mundo moderno. El Derecho ofrecía al empresario un mecanismo lo suficientemente ágil y versátil para el desarrollo de su empresa.

## II. LA SOCIEDAD ANONIMA ABIERTA Y SU REGULACION EN EL PERU

Es en esa época, a mediados del siglo pasado, en que nace el germen de lo que actualmente se llama o denomina sociedad anónima abierta. En ese momento opera un cambio trascendental en la vida económica del hombre: se pasa de la acumulación de la riqueza inmobiliaria a la acumulación de la riqueza mobiliaria. Es, como lo dijo un jurista alemán -Lackman- el ingreso de los no comerciantes en el comercio. Precisamente, la sociedad anónima fue el mecanismo que se utilizó para dicho traspaso; el capital comenzó a ser ofrecido al gran público, dejando de ser el feudo de unas pocas fortunas individuales. Esta circunstancia histórica hizo que nuestro Código de Comercio quedara absolutamente desplazado, como un instrumento que con sólo 24 artículos pretendía regular una institución que ha servido y que sirve de medio para las enormes transformaciones que ya han ocurrido en el siglo XX, y que ahora -*ad portas* del siglo XXI- estamos en posibilidades de vislumbrar.

Por todo eso, no fue en absoluto extraño que los participantes del cuarto CADE de 1965 reclamaran que se formulara una nueva Ley de Sociedades en la que la sociedad anónima tuviera un trato destacado. Los participantes en el evento destacaron que la sociedad anónima, mediante el accionariado difundido, constituye uno de los principales

instrumentos del desarrollo económico y social, en cuanto permite una amplia distribución de la propiedad de los medios de producción y de sus beneficios. Esa fue la primera conclusión de CADE. Su primera recomendación fue la de proceder a la más amplia divulgación de la importancia social y económica de la sociedad anónima de accionariado difundido y de sus características, así como de las actividades y de la finalidad de la empresa moderna, mediante información sistemática al alcance de los ahorristas y de los inversionistas en general. Recomendaba también CADE '65, la conveniencia de que las empresas ofrezcan a su personal las acciones por ella emitidas. Pasaba por exigir un cambio estructural a lo que entonces se llamaba Bolsa de Comercio, así como la transformación del Colegio de Agentes de Cambio, para que estas dos entidades pudieran ofrecer adecuadas garantías respecto a la seriedad y la corrección de los títulos, con el objeto de asegurar precios reales y una adecuada liquidez. Terminaba CADE '65 recomendando la creación de una Comisión Nacional de Valores para vigilar la oferta pública de valores y para asegurar que los inversionistas cuenten con información completa, seria, oportuna y veraz acerca de la organización, características y negocios de las entidades emisoras y de los títulos que ofrecen.

¿Qué ha sucedido en estos casi 30 años en el Perú? Un año después del CADE se promulgó la Ley N° 16123, Ley de Sociedades Mercantiles, que resultó ser una virtual copia de la Ley de Sociedades Anónimas de España de 1951. Pero la Ley N° 16123, ignorando lo ocurrido tanto en el mundo económico como en el mundo jurídico, se limitó a regular los procesos de constitución por suscripción pública. Olvidó esa Ley, o quizás simplemente desconoció, que no se puede tratar igualmente a la sociedad anónima abierta y a la cerrada, que durante su vida la sociedad anónima abierta tiene que proporcionar mucha más información que la sociedad anónima cerrada, que los derechos de los accionistas en una y otra modalidad de sociedad anónima deben ser distintos, que el interés público exige que la sociedad anónima abierta esté sujeta a un mayor grado de control y fiscalización que aquél que corresponde a la sociedad anónima cerrada; en suma, se demostró que la Ley N° 16123, en el aspecto relacionado al mercado de valores era una ley absolutamente insuficiente.

## III. SOCIEDAD Y MERCADO DE VALORES

En 1970 se creó la Comisión Nacional de Valores y si bien se expidió una frondosa legislación, ella

estaba destinada a regular las características de los títulos que se cotizan en la bolsa, así como a establecer los requerimientos de información para los eventuales inversionistas.

Vanas fueron las ilusiones de quienes legislaban sobre la materia en la década de 1970. No era posible desarrollar un instrumento típicamente capitalista como la Bolsa de Valores en un medio como el nuestro en aquella época, sometido a los dictados de un gobierno de tendencia socialista. El cambio de dirección que operó en 1975 no resolvió los problemas. El funcionamiento de la bolsa durante 1978 y 1979 no hizo nada más que confirmar que en nuestro país no existía un mercado de valores adecuadamente organizado. Fue en todo caso la excepción que confirmaba la regla de la existencia de un mercado bursátil languideciente, que requería una inyección que lo tonificara.

En este mismo marco, las acciones laborales -que tuvieron un desarrollo creciente, hasta los ochentas- no eran representativas ciertamente de lo que es un mercado de valores, por la sencilla razón de que las acciones laborales solamente se ofrecen en lo que se llama el mercado secundario, en tanto que el mercado de valores en general debe ser comprensivo de ambos mercados: el primario y el secundario.

El mercado de valores no llegaba al público o el público no respondía; es labor quizás de los sociólogos el explicar por qué. Por su parte, el terrorismo y la hiperinflación pusieron su cuota para mantener alejado al inversionista del mercado de capitales. Si la inversión extranjera era maltratada, si los capitales de riesgo no afluían, entonces las empresas -simplemente por temor a los cambios que continuamente se sucedían en nuestro país- tenían que acudir a una única fuente de financiamiento, la única que quedaba, la más cara de todas: el financiamiento bancario o el financiamiento de las empresas financieras.

Restablecida la calma pública y la calma económica, bienvenidos los capitales extranjeros, esta vez sí con seriedad aparentemente, el empresario se encuentra con un nuevo reto: crear empresas internacionalmente competitivas. Para ello se requiere promover fuentes alternativas de financiamiento al préstamo bancario y es entonces que caemos en la cuenta de que nuestra Ley es definitivamente insuficiente para ello. Corresponde al hombre de Derecho ofrecer al empresario los instrumentos para crear empresas sanas y fuertes, que puedan contar con un financiamiento propio. De otro lado, debe garantizarse que quienes otorguen dicho financiamiento tengan la confianza

en un adecuado rendimiento, la posibilidad de liquidar su inversión en el momento en que lo estimen conveniente y la aptitud de utilizar esa inversión en la forma más adecuada para la consecución de sus fines.

En las líneas precedentes hemos hecho un recorrido de lo que teníamos hace 30 años y de lo que pasó hasta la actualidad. Sucede que, tal como lo hicieron los abogados que intervinieron en CADE '65, nosotros tenemos que partir formulando un inventario de lo que existe, para poder conocer nuestras carencias y saber lo que queremos tener con el objeto de cumplir a cabalidad con los enormes retos que sin duda el siglo XXI nos va a exigir.

Me parece que debo plantear una pregunta previa antes de entrar al tema específico que voy a desarrollar. El tema a tratarse es el papel del mercado de valores en la nueva Ley General de Sociedades. Me pregunto si no debería ser al revés, esto es, si no es la nueva Ley General de Sociedades la que debe jugar un papel en el mercado de valores. La pregunta no debe entenderse como ociosa o académica. Mientras el mercado de valores es una realidad en constante cambio, la Ley General de Sociedades es un marco jurídico con una necesaria vocación de permanencia: tiene entonces que encansillarse en el movimiento continuo que es el mercado de valores. Con un marco jurídico estático por naturaleza, la realidad no demora mucho en desbordarlo. El Derecho no crea la realidad, el Derecho sigue a la realidad, el Derecho solamente la ordena y enriquece. Hay que concluir entonces que el tema ha sido adecuadamente enunciado, pero lamentablemente es parcial. Ese Derecho vivo, que es el mercado de valores, tiene que ser recogido por la nueva Ley General de Sociedades, pero los que se encarguen de esa labor deberán tener como tarea inexcusable, no sólo incorporar los cambios ocurridos en el Perú en los últimos 30 años, sino también vislumbrar los que se podrían producir en el futuro, porque ya se están produciendo en otras latitudes.

Por ello deberán preparar una Ley que otorgue a los empresarios las herramientas necesarias para su propio desarrollo y para que dicho desarrollo se extienda a todo nuestro país. Hay entonces una interacción y complementación entre la Ley General de Sociedades y la Ley del Mercado de Valores: aquélla debe crear el marco jurídico necesario y general para la adecuada regulación de la gestión social y los derechos de los inversionistas; la otra, la Ley del Mercado de Valores, debe regular los mecanismos de acceso al mercado bursátil, en especial aquellos que se refieren al financia-

miento empresarial, distinto a aquél que entraña o puede entrañar una participación accionaria.

La definición más elemental de empresa es la unión de capital y trabajo. Luego, el capital es uno de los elementos indispensables e ineludibles en la empresa. Tradicionalmente, la empresa obtiene el capital de sus accionistas o también vía préstamos mercantiles en sus distintas modalidades. Como alternativa la empresa se autofinancia invirtiendo los recursos por ella generados. La nueva Ley de Sociedades no va a regular los préstamos mercantiles porque no es su labor, salvo el caso de los bonos que pudiera emitir la sociedad, como ahora lo hace la Ley vigente. El autofinanciamiento, por su parte, es una alternativa empresarial que sólo tendría que regularse en la Ley en razón de que puede ocasionar el ya casi constante enfrentamiento entre la administración y los accionistas. En tanto que la administración pretende un fortalecimiento al grado máximo de la empresa, los accionistas aspiran a un alto rendimiento a través de sus dividendos, aun cuando esto puede atentar contra el financiamiento de la sociedad.

La nueva Ley de Sociedades se debe crear en un marco conceptual que dé la seguridad jurídica y asegure el acceso de la empresa al mercado de valores.

Ello significa que debe tener -en primer lugar- una claridad conceptual suficiente para entender y hacer entender que hay diferencia entre la sociedad anónima cerrada y la sociedad anónima abierta; pero a la vez deberá preservar las notas esenciales de la sociedad anónima: sociedad por acciones, sociedad de capitales, sociedad de responsabilidad limitada. En dicha claridad conceptual, habrá una incorporación del Derecho vivo a la Ley y esa sola incorporación abrirá todo un panorama de reforma indispensable a la Ley vigente, con el que se ofrecerá al empresario todos los mecanismos para lograr un adecuado financiamiento.

La sociedad anónima cerrada podría permanecer como hoy está tratada, con los necesarios retoques derivados de la experiencia y de las nuevas necesidades. Pero donde deberán estar las verdaderas reformas será en las sociedades anónimas abiertas. Este tipo de sociedad ya está definida por el artículo 260 de la Ley del Mercado de Valores y la calificación que allí existe parece ser comprensiva de todas las circunstancias que permiten a una empresa ser considerada como una sociedad anónima abierta.

En este proceso de acercamiento e integración de

la realidad a la ley, la Ley de Sociedades y la Ley del Mercado de Valores deben ser complementarias, de modo que cada una regule su propio ámbito. No existe razón para que la Ley del Mercado de Valores legisle no sólo sobre la definición de la sociedad anónima abierta sino también sobre los derechos de los accionistas, para que defina al minoritario y establezca sus derechos, para que regule el certificado o certificados de suscripción preferente, para que establezca una excepción al principio de prohibición que existe en nuestro país en el que no se pueden emitir acciones por debajo del valor nominal, sin haber correlativamente estudiado y analizado con profundidad el problema de las acciones sin valor nominal.

Tampoco existe razón para que en forma sesgada la Ley del Mercado de Valores admita la existencia de acciones sin derecho de voto, sin establecer su marco normativo y sin considerar el hecho de que la Ley General de Sociedades considera el derecho a voto como uno de los derechos sustanciales del accionista. Estos temas son propios de la Ley de Sociedades y no de la Ley del Mercado de Valores. Sucedió simplemente que ante la carencia de normas de la Ley General de Sociedades, la Ley del Mercado de Valores se vio obligada a abordar esos puntos y regularlos.

Es necesario entonces, el rescate de los temas que corresponden propiamente a la Ley de Sociedades. La Ley de Sociedades debe rescatar para sí misma el tratamiento completo de la sociedad anónima abierta, de los títulos que ella emite o puede emitir, de los accionistas, de sus derechos y de sus obligaciones. Esta es quizás una primera conclusión.

Al Derecho le corresponde organizar un mercado transparente y libre de todo aquello que es ajeno al inversionista. Que el inversionista asuma su propio riesgo económico no es tarea del Derecho; sí lo es en cambio, establecer reglas claras que le permitan contar con información oportuna y certera y, si fuera el caso, asumir el control social o cierto grado del mismo con pleno conocimiento de los riesgos que tal decisión entraña.

La apertura del capital hacia la gran masa del público inversionista nos lleva, de otro lado, a considerar un problema cuya adecuada solución es vital para un buen desarrollo del mercado de valores. Me refiero a la protección de la minorías accionarias. Difundir el accionariado tiene un efecto interesante: se integran a la sociedad a un gran número de accionistas que pueden lograr representar una parte considerable del capital social. Pero la experiencia ha demostrado que esa gran

masa se encuentra desorganizada, que en realidad no está interesada en asumir el control o la gestión social. Esta circunstancia ha llevado a algunos tratadistas a cuestionar si esta masa de inversionistas es realmente merecedora de una protección legal. Al margen de los cuestionamientos jurídicos que pudieran existir a favor y en contra de las diferentes posiciones doctrinarias, es evidente que hay una cuestión práctica de la máxima importancia: si el inversionista no se siente protegido, simplemente no acudirá a la Bolsa; si no acude a la Bolsa, no habrá inversión y si no hay inversión se habrá limitado o cerrado el acceso del empresario al financiamiento que debe ofrecer la Bolsa de Valores.

Imagínense ustedes lo que ha sucedido no hace mucho en la Bolsa de Valores de Nueva York: se han colocado cincuenta millones de dólares de una sociedad nacional, de un banco peruano, a cambio de un paquete accionario que únicamente representará el 10% del capital social de ese banco. Según informaciones muy recientes en el mercado secundario, el día de hoy -21 de setiembre- se habrían transado veinte millones de dólares de esas acciones. No es este el lugar para analizar la operación en sí misma; basta señalar que ella se ha realizado y así como ella pueden venir muchas más, con el efecto de traer para las empresas el capital fresco que requieren para ser competitivas en el ámbito internacional. Y ello ha sido posible gracias a la existencia de un marco conceptual claro, de un mercado con la transparencia suficiente para generar confianza en el inversionista y por el hecho de que las minorías en su caso están adecuadamente protegidas.

## V. LA APERTURA DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS

La inexistencia de los elementos antes señalados nos hacía permanecer en la estructura de las sociedades anónimas cerradas, incapaces de afrontar los nuevos retos de inversión que requiere la empresa moderna. Esta circunstancia no debe hacernos pensar en modo alguno en proscribir la sociedad anónima cerrada que ha cumplido y seguirá cumpliendo un muy importante papel en el Perú, pero si no se introducen los necesarios cambios en la Ley General de Sociedades, las sociedades continuarán siendo -como dijo el doctor Fernando de Trazegnies en 1982- familiares, cerradas: las juntas generales de accionistas podrán seguir reuniéndose en el comedor de la abuela y los asientos del directorio o de la gerencia puede seguir distribuyéndose entre los hijos, primos y sobrinos.

Si en cambio, realmente se desea crear un mercado de valores sólido, la sociedad anónima abierta parece ser el medio más adecuado y ella tendrá que serlo en todo el sentido la palabra: abierta no sólo en cuanto a la percepción de capitales, sino también en cuanto a proporcionar la información que se requiera, en cuanto a permitir la participación de los accionistas minoritarios dentro de los límites y en las condiciones que la nueva Ley General de Sociedades establezca.

## VI. LAS ACCIONES SIN DERECHO A VOTO Y EL TRAFICO DE VALORES

Se ha promulgado la Ley N° 26356, que incorpora en nuestro país el régimen jurídico de las acciones sin voto o acciones preferenciales sin derecho a voto. Ya hubo un antecedente legislativo en 1987 con el Decreto Supremo N° 089-87 EF, pero esta norma fue derogada por el Decreto Legislativo N° 755, Ley del Mercado de Valores. Con todo, no creó esta última norma un mejor marco jurídico específico.

Un primer acercamiento a la Ley N° 26356 permite afirmar que es correcto el camino escogido por el legislador al introducir el régimen de acciones sin voto dentro de la Ley General de Sociedades. Con esta modificación, la regulación de las acciones sin voto es parte integrante de la Ley General de Sociedades y no constituye un instrumento legal paralelo. Las características de las acciones sin voto son las siguientes:

1. Sólo pueden carecer del derecho de voto cuando como contrapartida se les otorgue un privilegio patrimonial consistente en una utilidad preferencial de utilidades.
2. La distribución o determinación del *quantum* del dividendo preferencial queda librado a las condiciones que se establezcan en el acto de la emisión por la entidad emisora.
3. Las acciones sin voto recuperan ese derecho en determinadas circunstancias señaladas en la propia Ley.
4. La participación preferencial de utilidades queda sujeta naturalmente a la existencia de utilidades y a que se acuerde su distribución. Si esto último no sucede, dichas acciones recuperan el derecho de voto.
5. Las acciones sin voto conservan además el derecho sustancial de poder asistir a las juntas con derecho a voz.

6. El derecho a tener suscripción preferente, cuando se emitan nuevas acciones sin derecho a voto, es también un derecho esencial de esos accionistas.

7. No determina la Ley esto último y ello quizás atiza el debate: si acordada la emisión de nuevas acciones ordinarias, necesaria y obligatoriamente deberá acordarse una emisión de acciones sin derecho de voto. La respuesta pareciera ser positiva, considerando que la finalidad del derecho de preferencia es permitir que el accionista mantenga su proporción. Sin embargo el debate queda abierto.

El título, la acción sin derecho de voto -que hoy se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico- tiene algunas carencias y cuestionamientos que paso a señalar brevemente:

1. No hay mención alguna a la proporción en la que participarán en la distribución del patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad; ¿tienen algún derecho preferencial sobre las demás acciones?

2. En segundo lugar, una vez satisfecho el dividendo preferencial, ¿participan del saldo de las utilidades que se distribuyan conjuntamente con las demás acciones emitidas por la sociedad? ¿O sólo tienen como único derecho, el preferencial acordado en la emisión?

3. En tercer lugar, la distribución preferencial de utilidades que se les acuerda, ¿es una distribución obligatoriamente en efectivo o puede serlo también en acciones de propia emisión?

4. Finalmente, ¿cuál es la situación de las acciones sin derecho a voto respecto a los casos de reducción de capital forzada?

En líneas generales, y en lo que respecta al mercado bursátil, el paso es ciertamente correcto y positivo, pero perfectible. Queda solamente un aspecto por analizar: ¿cuál es el destino de las acciones laborales? ¿Persisten las acciones del trabajo? Ambos títulos carecen del derecho de voto y gozan de un derecho preferencial sobre las utilidades. Pero mientras las acciones sin voto son acciones de capital, las acciones de trabajo no lo son. Mientras las primeras tienen la posibilidad de acceder al voto en determinadas circunstancias, las segundas no tienen esa posibilidad en ningún caso.

Quizás tengamos que reconocer que desde el punto de vista del inversionista, tales diferencias entre uno y otro valor carecen de importancia. El inversionista bursátil, salvo aquél que busca el

control social, tiene interés únicamente en el dividendo y en el valor que se agrega a su inversión; es decir, en la rentabilidad, así como en su eventual valor de realización.

En esta óptica, las acciones sin voto y las acciones de trabajo son figuras que se dirigen al mismo segmento público y que tienen prácticamente las mismas características por lo que, presumiblemente, podría adelantar que tendrán una cotización similar en el futuro. Desde esta perspectiva, cabría adelantar que las acciones sin derecho de voto podrían llegar a sustituir a las acciones de trabajo en la medida en que aquellas tienen una ventaja sobre éstas: tienen la posibilidad de adquirir -por lo menos- algún grado de intervención en la gestión de la sociedad, grado del cual carecen las acciones de trabajo.

## VII. LOS CERTIFICADOS DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

Otra figura que necesariamente deberá ser incorporada en la nueva Ley General de Sociedades y que tiene directa incidencia en el mercado de valores es la figura de los certificados de suscripción preferente, ahora regulados en la Ley del Mercado de Valores. No me voy a referir a las consideraciones hechas en favor o en contra de los certificados de suscripción preferente. En cambio, debo señalar que ya en la doctrina y en las legislaciones más modernas se viene acogiendo la figura de la supresión del derecho de preferencia.

En términos generales, se sostiene que si se mantiene el carácter absoluto del derecho de preferencia se podría evitar -o limitar casi en grado absoluto- la posibilidad de que personas que van a efectuar aportaciones importantes al capital de la sociedad puedan ingresar como accionistas.

La operación bursátil a la que nos hemos referido y que ha podido cerrarse en la Bolsa de Nueva York ha tenido que usar todos los mecanismos legales imaginables para poder hacer compatible el ejercicio del derecho de suscripción preferente con la posibilidad de que ingresen al capital de esta sociedad peruana nuevos inversionistas. Esto no hubiese sido necesario si nuestra legislación hubiera contemplado la posibilidad de la supresión del derecho de suscripción preferentemente.

## VIII. LAS ACCIONES SIN VALOR NOMINAL

El tema de las acciones sin valor nominal es otro de los temas a ser abordados por la nueva Ley General de Sociedades. Frente a nuestro sistema, que

considera al capital social como una cifra de retención, como el patrimonio que la sociedad anónima se obliga a mantener en garantía de las obligaciones adquiridas frente a terceros, diversas legislaciones ya han adoptado el sistema de las acciones sin valor nominal. Respecto de ellas, el profesor Garrigues destaca que esta figura ha sido y viene siendo utilizada para atraer con gran facilidad la cobertura de las nuevas acciones emitidas por aumento de capital. Sin embargo, reconoce el propio Garrigues, la figura de las acciones sin valor nominal ha sido cuestionada en países como el

que le dio origen: los Estados Unidos de Norteamérica.

Los puntos señalados anteriormente no pretenden ser todos los aspectos a considerar en la nueva Ley General de Sociedades, pero ciertamente resultan importantes si realmente se desea crear empresas sólidas y fuertes, empresas que operen dentro de una economía de mercado y que puedan competir internacionalmente. Con ello se generará la prosperidad de los empresarios nacionales y del país en general.

**ABRAHAM  
VELARDE  
ALVAREZ**

***Notario de Lima***

Av. Arequipa N° 4036, Miraflores  
Telfs. 45-9762 40-1043 22-6853 70-3681  
Fax 41-5851

*Jaime A. Murguía Cavero*

**NOTARIO - ABOGADO**

Jr. R. Rivera Navarrete 889 Of. 210 - San Isidro - Lima 27  
☎ 4423467 4420300 4426512 Fax: 4420850

# LA EMPRESA Y LOS LIMITES A LA INTERMEDIACION LABORAL

Víctor Ferro Delgado  
Profesor de Derecho Laboral  
Pontificia Universidad Católica del Perú

## 1. INTRODUCCION

Los derechos laborales en el Perú enfrentan hoy en día un reto de incalculables consecuencias. Cada vez más se difunde la figura de la intermediación laboral, vale decir, diversos supuestos conforme a los cuales trabajadores que prestan servicios para una empresa determinada no tienen vínculo laboral directo con ésta, sino con un tercero. A la empresa en la cual laboran estos trabajadores se le conoce como empresa usuaria, mientras a la que provee el personal, comúnmente se le denomina empresa de servicios.

En nuestro medio, ello se realiza a través de las empresas de servicios temporales, empresas de servicios complementarios y fundamentalmente a través de cooperativas de trabajadores. Estas últimas han tenido un desarrollo vertiginoso desde la dación del Decreto Legislativo 728 de fines del año 1991, y ocupan hoy en día aproximadamente a 200,000 trabajadores, es decir, el 7.84% de la población económicamente activa asalariada (2'550,000). Se constata la importancia de esa cifra si se toma en cuenta que el total de trabajadores sindicalizados en el conjunto de las empresas privadas del país asciende a 290,000 personas<sup>1</sup>.

Desde una perspectiva meramente económica, reducir la mano de obra propia para operar mediante personal proveniente de intermediación laboral presenta, en términos generales, la innegable ventaja de disminuir los costos de operación de la empresa usuaria.

*El nuevo régimen laboral adoptado por nuestro ordenamiento luego de la consabida reforma normativa de dicho rubro, sirve de marco al doctor Víctor Ferro para emprender un análisis de la figura de la intermediación en la relación jurídico-laboral. Desde un punto de vista crítico y de interpretación legislativa, el autor se aproxima al tema tomando en cuenta sus implicaciones no sólo laborales, sino eventualmente también las empresariales. Ambas perspectivas confluyen finalmente en la conclusión a la que se llega al término de este artículo, cuyo interés y actualidad resultan tanto mayores, cuanto más arraigada esté la cultura de la libertad económica en nuestro país.*

<sup>1</sup> Análisis Laboral N° 213, marzo 1995, Lima, p. 25.

En efecto, es usual que dicho personal sea precario, es decir, que preste servicios en base a contratos de trabajo temporales. En razón de dicha precariedad, les resulta extraño el ejercicio de derechos colectivos, específicamente, la negociación colectiva, la sindicación y la huelga, vale decir, aquellos institutos a través de los cuales los trabajadores pueden ejercer presión al empleador para la obtención de mejoras salariales y de condiciones de trabajo. En el ámbito de los derechos laborales individuales, la intermediación laboral neutraliza la todavía espinosa estabilidad laboral; permite el pago de remuneraciones y beneficios menores comparados con quienes realizan las mismas labores en la empresa usuaria; favorece la concentración del beneficio de participación de las utilidades de la empresa usuaria entre quienes figuran en su planilla; e incluso, conforme veremos más adelante, alguna forma de intermediación abre la posibilidad de inaplicar derechos considerados irrenunciables para los trabajadores comunes.

Vistas así las cosas, la figura del intermediario puede contribuir a tales propósitos, ya que si se obtuviese válidamente que toda o la mayor parte de la mano de obra sea ajena a la empresa, se habrá obviado esa diversidad de factores que contribuye a la elevación del costo de la mano de obra. Sería así el mercado y no la negociación colectiva el que fijaría las remuneraciones, y la empresa se mantendría al margen de toda dificultad de naturaleza laboral por el expeditivo camino de carecer de personal propio. Nos interesará por tanto evaluar la licitud de este análisis, no así su racionalidad económica.

Para ello, analizaremos los conceptos de empresa, de patrono y de intermediario de manera de contribuir al esclarecimiento de esta problemática, para luego evaluar la legislación aplicable en nuestro medio en materia de intermediación laboral.

## 2. CONCEPTO DE EMPRESA

Tradicionalmente, la empresa ha sido entendida como la conjunción de dos factores: capital y trabajo. Es un lugar común acotar que el capital por sí mismo podrá producir renta pero no empresa, ya que ésta requiere de una fuerza de trabajo que coordinada bajo un poder de dirección genere riqueza productiva.

Capital y trabajo vinculados a través de la empresa se han erigido en el motor fundamental de nuestras sociedades contemporáneas constituyendo, conjuntamente con el avance tecnológico, los fenómenos que mejor caracterizan el desarrollo económico del presente siglo.

Con Alonso Olea podemos conceptualizar que la empresa es una agrupación de personas, bienes y servicios, que se conjugan según una idea organizativa, formulada en vista a la consecución de un fin productivo<sup>2</sup>.

Hueck y Nipperdey postulan que la empresa está integrada por cosas (v.g. edificaciones, máquinas, materias primas) derechos (v.g. patentes, créditos), valores incorpóreos, (v.g. experiencia, innovaciones, relaciones de clientela) y, finalmente, de fuerzas de trabajo humano<sup>3</sup>.

Empero, a este razonamiento podría oponerse que si bien resulta obvio que la empresa requiere de personas, no necesariamente ese requisito debe identificarse con la pertenencia a la empresa, ya que ésta podría operar con personas ajenas a ella en cuanto dependen de un tercero.

Sin embargo, los distintos ordenamientos legales han sido particularmente cautos en restringir la actividad de aquellas empresas que se limitan a proveer personal. Bayón Chacón y Pérez Botija las denominan empresas de trabajo, e indican que "la legislación laboral vigila y persigue en lo posible la actividad de empresas dedicadas a proporcionar trabajadores por cierto plazo a otros y a todo tipo de tráfico laboral así como exige garantías especiales a los contratistas y subcontratistas (...) declarando ilícita y sancionable la actividad de personas naturales o jurídicas que reclutan o contratan trabajadores y les proporcionan, prestan o ceden temporalmente a las empresas, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico y de los empresarios que utilizan a dichos trabajadores sin incorporarlos a su empresa estableciendo su responsabilidad subsidiaria por las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la seguridad social. Dichos trabajadores podrán adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o en la cesionaria, a su elección"<sup>4</sup>.

Es por ello que al concepto de empresa le resulta

<sup>2</sup> ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1981, pp. 114-115.

<sup>3</sup> HUECK, A., y H. NIPPERDEY. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 73.

<sup>4</sup> BAYON CHACON, G., y E. PEREZ BOTIJA. *Manual de Derecho del Trabajo*, 12ª ed. Marcial Pons, Madrid, 1978-79, p. 207.

inherente el concepto de trabajador perteneciente a la empresa y de ahí que sólo en vía de excepción se admita la interposición de un tercero en la relación directa entre empleador y trabajador. Dicho en otros términos, la intermediación sólo cabe a título excepcional y sujeta a garantías que cauteleen los derechos laborales de los trabajadores, tales como la solidaridad impuesta por la ley entre el intermediario y la empresa usuaria y en determinados casos, la garantía de que los trabajadores del intermediario tendrán derecho a las mismas remuneraciones y beneficios de los trabajadores pertenecientes a la empresa usuaria de manera de evitar que por esa vía se afecten sus derechos laborales.

### 3. CONCEPTO DE PATRONO

La condición de patrono supone la existencia de un contrato de trabajo cuya principal característica es la subordinación del trabajador. Como señala Horacio de la Fuente, una situación de dependencia personal que somete al trabajador a un poder jurídico ajeno<sup>5</sup>. Este poder directivo determina la facultad del patrono de conducir la actividad laboral de quien trabaja bajo su dependencia en su beneficio mediante retribución<sup>6</sup>.

Montoya Melgar es tanto más enfático cuando concibe al poder directivo como una exigencia impuesta por la realidad y no una creación del legislador "por eso, allí donde existen relaciones laborales y empresas -cualquiera que fuere el sistema político-económico adoptado- allí encontraremos la invariable realidad de un estrato reducido de sujetos que dirigen y un estrato amplio de sujetos que obedecen"<sup>7</sup>.

En consecuencia, quien dirige es patrono y quien es dirigido es trabajador, actores por tanto del contrato de trabajo en el marco de una interrelación directa proveniente de dos centros de intereses que se traducen de una parte en el ejercicio de un poder directivo y de otra parte en un estado de la subordinación.

De ahí, pues, que esta estructura jurídica supone la existencia de un vínculo directo entre patrono y trabajador, ya que de otra forma no cabría el ejercicio efectivo del poder de dirección al interior de la empresa ni podría reconocerse la vigencia real del estado de subordinación del trabajador.

### 4. CONCEPTO DE INTERMEDIARIO

El intermediario laboral implica una interposición en el vínculo directo entre empleador y trabajador. Como sostiene Krotoschin, el intermediario puede ser a su vez empresario generándose una relación triangular por la que si bien los servicios se prestan en provecho de otra, el vínculo de subordinación se establece, real o aparentemente, con la tercera persona interpuesta. Así, el contratista dispone de elementos propios, de cierta solvencia económica y realiza obras para otros por su cuenta. Es un verdadero empresario y mantiene vínculo laboral con sus trabajadores, mientras que el beneficiario principal de los servicios -la empresa usuaria- no está vinculado laboralmente con dicho personal<sup>8</sup>.

La intermediación laboral puede revestir diversas modalidades. En múltiples supuestos se sustenta en contratos de obra que la empresa usuaria encomienda a terceros, quienes para tal efecto cumplen las labores contratadas con su propio personal. Es el caso de los contratistas o subcontratistas.

En tales supuestos la intermediación es limitada. En rigor, estamos ante un empleador que realiza las labores propias del giro de su actividad dirigiendo a sus propios trabajadores, aunque ello aproveche a un tercer beneficiario de la obra y las actividades se realicen en el centro de trabajo de éste. A pesar de ello, es frecuente constatar en la legislación comparada responsabilidades concretas a dicho beneficiario, tales como la solidaridad entre éste y el contratista frente a las acreencias laborales de los trabajadores, como la que prevé el artículo 34 del código sustantivo del trabajo de Colombia:

<sup>5</sup> DE LA FUENTE, Horacio. Tratado de Derecho del Trabajo, obra dirigida por Antonio Vázquez Vialard. Astrea, Buenos Aires, tomo III, p. 325.

<sup>6</sup> POZZO D, Juan. Manual teórico práctico de Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1963, Vol. 1, pp. 148-149. Citado por DE BUEN, Néstor, en: Derecho del Trabajo. Porrúa, México, 1977, p. 452.

<sup>7</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo. El poder de dirección del empresario en el Derecho Laboral en Iberoamérica, obra dirigida por Baltazar Cavazos Flores. Trillas, México, p. 158.

<sup>8</sup> KROTOSCHIN, E. Tratado práctico del Derecho del Trabajo. Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. I, p. 139.

"Son contratistas independientes, y por tanto verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contratan la ejecución de una o varias obras o de prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos sus riesgos para realizarlos con sus propios medios y con libertad técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores".

El tema se presenta bastante más restrictivo cuando se trata de la mera provisión de mano de obra. Javillier, refiriéndose a la contrata de mano de obra, la define como "la operación jurídica en virtud de la cual un jefe de empresa confía a otro la ejecución de una parte de la obra que le ha sido encargada. La subcontrata resulta de una especialización económica. Puede consistir en el exclusivo suministro de mano de obra. El legislador, para proteger a los trabajadores, ha prohibido toda operación con finalidad lucrativa de suministro de mano de obra, que tiene por efecto causar un perjuicio a los trabajadores a los que afecta o evitar la aplicación de las disposiciones legales, de los reglamentos o del convenio colectivo de trabajo o tráfico de mano de obra. También se prohíbe toda operación con finalidad lucrativa que tenga por objeto exclusivo el préstamo de mano de obra cuando éste no se efectúe en el marco del trabajo temporal".

Dicho en otros términos, no cabría que el mero suministro de mano de obra tenga como resultado que los trabajadores perciban menores derechos que los que la legislación consagra o los que el convenio colectivo ha establecido, o los que, simplemente, rigen en la empresa usuaria.

Algunas legislaciones fulminan esa posibilidad, como aparece del artículo 35 del ya citado código sustantivo de trabajo de Colombia:

"1. Son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

2. Se consideran como simples intermediarios, aún cuando aparezcan como empresarios independientes las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador, para beneficios de éste y en actividades inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciera así responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas".

Es claro, pues, que para la legislación colombiana el intermediario de las características anotadas no es el verdadero empleador, sino una mera ficción.

Caldera tipifica la figura de la intermediación señalando que el intermediario "no es personero de ninguna de las dos partes, porque de serlo no habría propiamente intermediación sino que su personería queda subsumida en la de la parte a quien representara. El intermediario ejercita, pues, su propia cualidad: frente al trabajador, contratándolo, remunerándolo, ejerciendo el poder de dirección emanado de la relación de trabajo; frente al empleador, entregándole la obra hecha o el servicio ejecutado, mediante el vínculo civil o comercial a través del cual hubiera acordado la realización del encargo"<sup>9</sup>.

Lo expuesto nos lleva a una primera clasificación, según los grados en que opera la intermediación laboral:

1. Contratistas que actúan como verdaderos empleadores asumiendo labores de carácter especializado, mediante una intermediación de segundo grado o atenuada.

2. Contratistas que destacan personal para realizar labores inherentes a las que desarrolla el beneficiario o empresa usuaria, mediante una intermediación de primer grado.

<sup>9</sup> JAVILLIER, Jean Claude. Derecho del Trabajo. Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1982, p. 241.

<sup>10</sup> CALDERA, Rafael. "El Intermediario en el Derecho Laboral". En: Estudios sobre Derecho Individual del Trabajo en Homenaje al Profesor Mario Deveali. Heliasta, 1979, p. 332.

3. Contratistas que realizan labores de mero suministro de mano de obra, mediante una intermediación indebida.

Respecto de los primeros, son frecuentes en servicios permanentes de carácter complementario o especializado al giro de la empresa, tales como las de seguridad, mantenimiento de equipos, etc. A su vez, en determinadas actividades cuyas operaciones requieren de una subdivisión de sus procesos productivos en razón de su especialización o complejidad, tal como sucede en la industria petrolera o la minería. A modo de ejemplo, las labores de tabulación geológica o las obras civiles propias de la construcción de una mina son ejecutadas por contratistas especializados que no se confunden con las actividades que son propias de la empresa usuaria o beneficiaria del servicio, ni desplazan al personal de la empresa usuaria. En este contexto la intermediación laboral es de segundo grado o atenuada, ya que la empresa usuaria no está sustituyendo a su propio personal ni ejercitando su poder de dirección en atención a que se desliga de la conducción de labores específicas que cumple el contratista mediante sus propios trabajadores.

El segundo caso usualmente se enmarca en la necesidad de atender labores temporales en el centro de trabajo tales como el reemplazo de trabajadores con licencia en la empresa usuaria o la atención de necesidades estrictamente coyunturales. En este supuesto, la intermediación es de primer grado por cuanto el patrono dirige al trabajador proporcionado por el intermediario y le encomienda labores propias del giro principal de su actividad. De ahí, pues, que esta forma de intermediación es restringida y sólo resulta razonable en supuestos de temporalidad a fin de evitar la sustitución permanente del personal de la empresa usuaria.

El tercer supuesto implica fraude a la ley, pues supone la sustitución con vocación de permanencia del personal de la empresa usuaria por personal facilitado por el intermediario respecto del cual ejerce directamente el poder de dirección y que es empleado en las mismas labores que correspondería ejecutar al propio personal de la empresa usuaria. Al restringirse o eliminarse la aplicación de los beneficios propios del centro de trabajo y al asignárseles remuneraciones menores que las que corresponden a los trabajadores de la empresa usuaria que realizan las mismas o análogas labores, dicho personal termina siendo perjudicado tanto en sus derechos individuales como colectivos en materia laboral.

## 5. LA INTERMEDIACION LABORAL EN EL DECRETO LEGISLATIVO 728

Una cabal comprensión del régimen de intermediación laboral previsto en el Decreto Legislativo 728 exige situarse en el contexto de la reforma laboral emprendida en el Perú en el año 1991.

El ordenamiento laboral peruano puede ser situado en función de dos reformas legislativas significativas. La primera, llevada a cabo a partir de 1970 por el gobierno militar de ese entonces, que introdujo una variación sustancial en la orientación de la legislación laboral peruana vigente hasta ese entonces. Normas tales como la estabilidad laboral, la comunidad laboral y la justicia laboral cautiva en manos del Ministerio de Trabajo son algunas de las disposiciones introducidas en ese tiempo que imprimieron un signo de ultraprotección a nuestro ordenamiento laboral, dando lugar a una marcada polarización entre trabajadores y empleadores. Si bien la mayor parte de esa legislación fue modificándose paulatinamente, la normatividad laboral mantenía un sesgo anacrónico.

La segunda reforma se produce en 1991, cuando el Poder Ejecutivo con base en facultades delegadas por el Congreso, lleva a la práctica una reforma flexibilizadora de dicha legislación.

Uno de los institutos cuya flexibilización resultaba impostergable era el relativo a la estabilidad laboral, habida cuenta de que había devenido en lo que amplios sectores conceptuaban como una de las principales trabas para la contratación de mano de obra. Además dicho instituto adolecía de una construcción desequilibrada en los derechos que correspondían a las partes, en desmedro del derecho del empleador a extinguir el vínculo laboral en supuestos de suyo evidentes que, sin embargo, la legislación vigente hasta ese entonces no había contemplado, como por ejemplo, en materia de separación por causas vinculadas a la capacidad del trabajador.

En lo relativo a la intermediación laboral, la legislación previa había establecido que ésta sólo cabía a título de excepción y limitada a labores de carácter complementario a la actividad principal del centro laboral, tales como mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, eventos temporales y otros análogos (Decreto Ley 22126). Sin embargo, no se había previsto específicamente la consecuencia de la prestación de servicios con infracción a estos supuestos, si bien ello no resultaba indispensable ya que por la simple aplicación del principio de primacía de la realidad, cabía determinar a quién correspondía la condición de ver-

dadero empleador. Ello fue sancionado por la tercera ley de estabilidad laboral que se promulgó en el país, al disponerse que el incumplimiento en referencia daba lugar a "la inscripción del trabajador en el libro de planillas del centro laboral en el que se encontrare realizando labores de carácter permanente, reconociéndole el tiempo de servicios prestados al mismo" (artículo 32 del Decreto Ley 24514).

Como indicáramos en otro trabajo, el Decreto Legislativo 728 (en adelante: el Decreto) mantuvo en lo esencial el carácter restrictivo de la intermediación laboral, regulándola en función de limitaciones provenientes de dos distintas vertientes: una, de carácter cualitativo, vinculada a la naturaleza de las labores que cumple el personal; otra, de carácter cuantitativo y temporal<sup>11</sup>.

En cuanto a lo primero, la limitación cualitativa implica que el personal proveniente de la intermediación sólo puede realizar labores complementarias a la actividad principal del centro de trabajo, vale decir que están impedidos de participar de las actividades propias del giro de actividad de la empresa usuaria.

En cuanto a lo segundo, la limitación cuantitativa determina que si el personal proveniente de la intermediación laboral cumple labores propias de la actividad principal del centro de trabajo, éste no podrá exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria y dentro de un marco de temporalidad.

Con base en estas vertientes, la norma prevé dos modalidades de instrumentación de la intermediación: i) empresas especiales, que se subdividen en empresas de servicios temporales y empresas de servicios complementarios; y ii) cooperativas de trabajadores, que se subdividen entre las que denominaremos comunes y las conformadas por trabajadores cesantes.

## 5.1. Empresas de servicios complementarios

La norma las define como aquellas cuya actividad principal es la de poner a disposición de otras empresas (usuarias) actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado. Respecto de estas últimas las tipifica como aquellas que no están

comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal altamente calificado (artículo 182 del Decreto).

Esta modalidad de intermediación resulta, pues, aquella que previamente habíamos tipificado como de segundo grado o atenuada ya que se trata de labores en las que el intermediario actúa como verdadero empleador, asumiendo la facultad directiva que le compete, y sin sustituir al personal de la empresa usuaria que cumple las labores propias del giro del negocio. Es más, en el caso de las labores especializadas es innegable que la intermediación satisface una necesidad que de otra forma haría perder las ventajas derivadas de la maximización de la utilización de los recursos humanos y materiales requeridos para las mismas, ya que obligaría a la empresa usuaria a desarrollar con su propio personal y equipo labores para las cuales carece de la especialidad necesaria, forzándola así a la ineficiencia y a la improductividad.

Como ya hemos adelantado, al ser esta modalidad de intermediación de naturaleza cualitativa, no existe limitación al número de trabajadores que pueden prestar servicios en la empresa usuaria.

De otro lado, no puede perderse de vista que este personal labora bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, en los que la temporalidad estará vinculada al contrato que su empleador haya celebrado con la empresa usuaria. Ello implica que, paradójicamente, en la mayoría de los casos estos trabajadores se encuentran permanentemente regidos por contratos temporales, con las implicancias que ya indicáramos respecto a la imposibilidad real del ejercicio de derechos colectivos que tal precariedad laboral determina.

## 5.2. Empresas de servicios temporales

Su objeto consiste en que la empresa usuaria cuente con trabajadores provenientes de intermediación para que realicen todo tipo de actividades -incluso aquellas propias de su giro de actividad- en todos los casos en que la usuaria podría recurrir a la contratación directa del personal recurriendo a alguno de los supuestos que la ley contempla para la celebración de contratos de trabajo sujetos a modalidad.

<sup>11</sup> FERRO DELGADO, Víctor. "La Intermediación Laboral en el Decreto Legislativo N° 728". En: *Asesoría Laboral*, N° 21, Lima, setiembre 1992, p. 13.

En efecto, podrá resultar más eficiente a una empresa usuaria recurrir a la intermediación laboral a través de la modalidad de empresas de servicios temporales en todos los casos en que sea necesario atender necesidades de naturaleza temporal tales como el incremento de actividades o necesidades productivas eventuales o para cubrir reemplazos de trabajadores ausentes por determinados periodos. Ello evitará a la empresa usuaria incurrir en los costos derivados de procesos de reclutamiento, selección y entrenamiento de personal, que harían onerosa la contratación directa. Así, las empresas de servicios especiales satisfacen una necesidad de eficiencia y racionalidad en costos laborales de esta naturaleza.

Esta modalidad de intermediación corresponde a lo que hemos denominado de primer grado en cuanto que la empresa usuaria pasa a ejercer la facultad directriz propia del contrato de trabajo con personal que no le pertenece, a quien conduce de la misma forma que a sus propios trabajadores. En tal virtud, el personal de esta modalidad de intermediación sustituye a los trabajadores de la empresa usuaria por lo que su intervención es de carácter restringido. Nuestro ordenamiento así lo entiende cuando prevé que este personal no puede exceder del 20% de la empresa usuaria y debe además laborar sujeto a un marco de temporalidad (artículo 177 del Decreto).

Sin embargo, la norma reglamentaria ha previsto que la indicada limitación cuantitativa sólo opera cuando la intermediación tenga por objeto "cubrir las labores de un puesto permanente del usuario cuando aquél transitoriamente ha quedado vacante por ausencia del trabajador permanente de la empresa usuaria". Por el contrario prevé que opera la limitación cualitativa (naturaleza de las labores) cuando la intermediación tenga por objeto "cubrir puestos no permanentes creados en el usuario por necesidades temporales ... cuya duración está sujeta a la temporalidad del hecho determinante" (incisos a y b del artículo 85 del Reglamento del Decreto).

Repárese que el artículo 177 del Decreto no ha efectuado este distinguo, ya que prevé, de modo genérico, el tope del 20% para las empresas de servicios temporales. Estimamos, empero, que ello no podría ser interpretado como un exceso del reglamento en cuanto no desnaturaliza las limitaciones propias de la intermediación laboral, salvaguardando que éstas son de orden cuantitativo o cualitativo pero no así irrestrictas.

### **5.3. Cooperativas de trabajadores**

Su inclusión en el Decreto como una modalidad de intermediación laboral puede explicarse en función del propósito flexibilizador de dicha norma respecto de la estabilidad laboral: la existencia en el centro de trabajo de un sector de trabajadores (los cooperativistas) no amparados por dicho derecho permitiría contar con un "grupo testigo" de lo que debía corresponder al adecuado cumplimiento de las labores, comparado con el rendimiento que para funciones análogas cumplía personal protegido por la estabilidad laboral.

Así, se prevé esta forma de intermediación en las labores propias del giro de la actividad principal de la empresa usuaria, previendo dos tipos de cooperativas según sea quienes las integren: cooperativas que hemos denominado comunes (artículo 151) y cooperativas formadas por cesantes de la empresa usuaria (artículo 154). Para ambos tipos de cooperativas se prevé que la empresa usuaria "está obligada a pagar por dichos servicios un monto no menor al doble de la remuneración mínima vital multiplicada por el número de socios trabajadores comprendidos en el servicio" (artículo 1 Decreto Supremo N 066-90-TR).

En cualquier caso, opera una limitación temporal, aunque mediatizada, al precisarse que el plazo máximo de los contratos entre la cooperativa de trabajadores de la empresa usuaria será de tres años, pudiendo ser renovados de común acuerdo (artículo 153 del Decreto).

### **5.4. Cooperativas comunes**

Aquellas que hemos denominado cooperativas comunes están integradas por cooperativistas que no han tenido vínculo laboral previo con la empresa usuaria. Además del indicado marco de temporalidad, estas cooperativas sólo pueden operar sujetas a la referida limitación cuantitativa en el número de personas que pueden colocar en la empresa usuaria ("el número de trabajadores que podrá prestar servicios a través de estas empresas no excederá del 20% del total de trabajadores del usuario" -artículo 177 del Decreto).

### **5.5. Cooperativas integradas por cesantes**

Las cooperativas integradas por quienes han cesado en la empresa usuaria y que cuentan con un alto grado de calificación laboral, gozan de un mayor nivel de flexibilidad. Así, el Decreto prevé que éstas pueden constituirse como suministradoras de servicios complementarios a los procesos de producción que se lleven a cabo en empresas

usuarias, tales como provisión de insumos o de materias primas o para tareas de carácter especializado, como labores de control de calidad o de acabado final, siempre que estos cesantes cuenten con un alto grado de calificación laboral.

Cabe preguntarse si esta modalidad de intermediación se rige por las mismas limitaciones antes indicadas para las cooperativas comunes. De primera intención debe descartarse tal hipótesis, ya que si así fuera carecería de objeto el distinguo que la ley efectúa.

A ello se agrega que a la cooperativa integrada por cesantes se exige que éstos cuenten con "alto grado de calificación laboral" en "tareas de carácter especializado". En consecuencia, nos encontramos ante personal tecnificado y escaso, que en función de edad o calificación usualmente puede sentirse motivado a iniciar actividades independientes pero que guarda una vinculación natural con la empresa a la cual ha prestado servicios. *Ergo*, el artículo 154 acotado afianza la idea que cabe que personal cesante continúe vinculado a la empresa en la cual cesó, esta vez bajo un régimen cooperativo, sin que ello pueda interpretarse como una continuación simulada del vínculo laboral preexistente.

Así, cabe concluir que se ha buscado dotar a esta modalidad de cooperativas de alguna dosis de mayor flexibilidad al permitirse que sus integrantes cumplan labores propias de la actividad principal del giro de la empresa usuaria sin sujetarse a la limitación cuantitativa antes señalada. En efecto, si bien la ley denomina a estas labores "servicios complementarios a los procesos de producción", es claro que actividades tales como el control de calidad o el acabado final son, propiamente, inherentes al proceso productivo, por lo que, a pesar de ello, se admite que labores de esta naturaleza puedan cumplirse mediante esta modalidad de intermediación y sin la limitación del 20% en referencia. Así, esta limitación se circunscribiría a las cooperativas comunes, en atención a que pueden integrarla trabajadores no calificados susceptibles de ser indiscriminadamente utilizados para cualquier labor en la empresa usuaria.

Por cierto, si la cooperativa común o integrada por cesantes realiza las labores complementarias que la norma asigna a las empresas de servicios complementarios (mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras labores de carácter especializado) no estará afectada a limitación cuantitativa alguna ya que en tal caso, la restricción surgirá de la propia naturaleza de las labores (limitación cualitativa).

## 5.6. El exceso de las normas reglamentarias

Este esquema, que en el contexto flexibilizador del Decreto no resulta reñido con los postulados que la doctrina y el derecho comparado reconocen, ha pretendido ser desdibujado con lo dispuesto por los artículos 70 y 71 del Reglamento del Decreto, aprobado por Decreto Supremo N° 004-93-TR.

Este dispositivo introduce el criterio de la existencia de dos modalidades de cooperativas de trabajadores:

- "a) Aquellas que producen bienes o prestan servicios a favor de terceros en sus establecimientos o en los establecimientos de las empresas usuarias; y
- b) Aquellas que se constituyen específicamente para cumplir el objeto de empresas de servicios temporales, es decir, que a través de sus socios trabajadores, presten a las empresas usuarias los servicios temporales contemplados en el Título III de la Ley."

Seguidamente, se señala que la limitación del 20% en referencia sólo resulta aplicable respecto de las cooperativas que brindan servicios temporales.

Con ello el dispositivo incurre en el contrasentido de sostener que si los trabajadores de la cooperativa realizan labores permanentes en la empresa, no debe operar limitación alguna. Así, cabría que una empresa pueda operar sin contar con personal propio, bastando para ello que encomiende a una cooperativa de trabajadores todas las labores permanentes del centro de trabajo y propias del giro de su actividad.

Dicho en otros términos, la empresa dejaría de tener trabajadores propios basándose en que ha contratado con cooperativistas que si bien laboran bajo su dependencia, sujetos a su poder de dirección y cumpliendo todas las labores inherentes a la actividad del centro de trabajo, no lo hacen en virtud de un contrato de trabajo sino en razón de su condición de socios de una cooperativa de trabajadores con la que la empresa usuaria ha celebrado un contrato de locación de servicios.

A lo expuesto se agrega que, en aplicación de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 034-83-TR, la asamblea general de la cooperativa, mediante acuerdo de las dos terceras partes de la misma, puede aprobar regirse por beneficios menores a los que fije la legislación laboral común. En tal virtud, cabría -como ya se vislumbra- que, con tal de

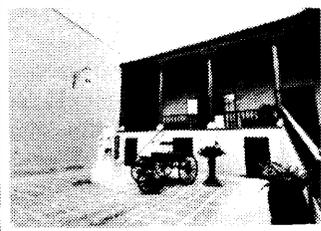
conseguir la ocupación en la empresa usuaria, las cooperativas compitan entre sí por ofrecer sus servicios al menor costo posible, dejando de lado derechos tales como la compensación por tiempo de servicios, las vacaciones, la jornada máxima de ocho horas u otros derechos elementales, sin contar, por cierto, en que les resulta ajena la estabilidad laboral y la participación en las utilidades en la empresa usuaria, el ejercicio de derechos colectivos o la aplicación de los mismos beneficios y remuneraciones que por labores análogas se reconocan a los trabajadores dependientes de la empresa usuaria.

Este esquema corresponde a lo que hemos denominado contratistas que realizan labores de mero suministro de mano de obra mediante una intermediación indebida, al margen que pueda no existir lucro por parte de los promotores de la cooperativa y que efectivamente distribuyan íntegramente los beneficios obtenidos. El tema central en esta modalidad es que la intermediación laboral así entendida pasa a convertirse de excepcional en irrestricta e ilimitada, con todo lo que ello significa respecto a la eliminación de personal propio en la empresa usuaria. Pero, más aun, desconoce el desequilibrio existente en la relación contractual entre empleadores y trabajadores -sustrato esencial del derecho del trabajo- y por esa vía neutraliza derechos laborales incuestionablemente reconocidos por todos los ordenamien-

tos legales civilizados, semejándose así a la locación de servicios del siglo pasado.

Creemos, pues, que normas reglamentarias defectuosamente concebidas no podrían en forma alguna rebasar el marco legal que pretenden regular. Por lo demás, no puede perderse de vista la norma consagrada por el artículo 23 de la Constitución que establece que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador", precepto meridianamente claro para que cualquier apreciación judicial sobre esta materia pueda fulminar supuestos mecanismos de intermediación laboral reñidos de toda base jurídica. De ahí que una controversia judicial sobre esta materia podría válidamente optar por la norma de mayor jerarquía y aplicar así los criterios y limitaciones nítidamente expuestos en el Decreto Legislativo 728 en materia de intermediación laboral.

Cabe concluir señalando que la intermediación laboral cumple un valioso rol, que no puede ser desconocido o mediatizado. Pero, de la misma forma, tampoco puede ser instrumentalizada para trastocar lo que constituyen los fundamentos del Derecho del Trabajo, trabajosamente construidos en su dilatada búsqueda de un equilibrio razonable entre los derechos de trabajadores y empleadores.



# Dos mundos que se integran en un gran banco!



En el Banco Wiese se unen el maravilloso mundo del arte, de nuestra cultura, con el dinámico mundo de una banca eficiente, segura. Por algo, el WIESE... es el WIESE!



## BANCO WIESE



*para gente como usted.*

# EMISION Y COLOCACION INTERNACIONAL DE ACCIONES EMITIDAS POR SOCIEDADES PERUANAS A TRAVES DE AMERICAN DEPOSITARY RECEIPTS (ADR)

Albert Forsyth Solari  
Profesor de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica del Perú

*El creciente dinamismo de las actividades mercantiles y la globalización de la economía han motivado la creación de nuevos mecanismos para financiar a las empresas. Entre esos mecanismos merecen especial atención los que permiten captar capitales en el mercado externo mediante los denominados Recibos de Depósito o Depositary Receipts, títulos o certificados negociables que representan acciones o títulos de deudas de una empresa ubicada fuera del mercado local del inversionista.*

*Los Depositary Receipts se presentan bajo dos modalidades: los GDR (Global Depositary Receipts) que pueden negociarse en cualquier mercado del mundo, y las ADR (American Depositary Receipts) que se transan en el mercado norteamericano y son el objeto del presente artículo.*

*El doctor Albert Forsyth desarrolla el concepto de ADR, sus modalidades de aplicación y su utilización por las empresas peruanas. Especial atención merece el régimen tributario de las ADR, pues tal como explica el autor las ganancias de capital en estas transacciones se encuentran exoneradas del Impuesto a la Renta hasta el año 2000.*

*THĒMIS - Revista de Derecho considera de especial importancia la difusión de las nuevas figuras jurídicas, para permitir su mejor conocimiento y facilitar así su aplicación por los operadores jurídicos nacionales.*

Entre los mecanismos de financiamiento establecidos para la captación de capital en el mercado externo se encuentra aquél que permite acceder al mismo a través de los denominados Recibos de Depósitos conocidos internacionalmente como *Depositary Receipts*, títulos o certificados negociables que representan acciones o títulos de deuda de una empresa ubicada fuera del mercado local del inversionista.

Existen dos tipos de *Depositary Receipts*, en función al origen de la plaza en que los mismos serán negociados: (1) *American Depositary Receipts* o ADR, a negociarse en el mercado norteamericano; y (2) *Global Depositary Receipts* o GDR, que puede transarse en cualquier otro mercado del mundo, inclusive en el norteamericano. En el caso de los ADR, se denominarán *American Depositary Shares* (ADS), cuando representen acciones.

Estos instrumentos pueden clasificarse también atendiendo a quién gestione su emisión; es decir, se consideran como programas: (1) promovidos, si aquél es impulsado por la propia empresa emisora; y (2) no promovidos, si son gestionados por un tercero, generalmente un banco de inversión.

Tratándose de una emisión de acciones realizada por una empresa no norteamericana, el mecanismo funciona de la siguiente manera: el emisor deposita sus acciones en custodia en un banco local en cuenta abierta a nombre de un banco extranjero que será el banco depositario; éste procederá a emitir ADR o GDR, según corresponda, con lo cual dicho certificado, que representará la propiedad de un determinado número de acciones del emisor, podrá ser libremente negociado en la respectiva plaza.

Existen tres niveles para la colocación de ADR: (1) el Nivel I o Primer Nivel corresponde a emisoras no registradas en la *Securities and Exchange Commission* (SEC) cuyos ADR no se listan en Bolsa, pero que pueden ser negociados en el mercado denominado *over the counter* (OTC) a través transacciones directas; (2) el Nivel II o Segundo Nivel permite la inscripción de los ADR, bajo la regulación de la SEC, en una Bolsa de Valores como la *New York Stock Exchange* (NYSE), la *American Stock Exchange* (AMEX) o la *National Association of Securities Dealers Automated Quotation System* (NASDAQ); y (3) el Nivel III o Tercer Nivel, en los que se encuentran los ADRs conformados por la emisión de nuevas acciones.

Los emisores peruanos que tengan las acciones representativas de su capital social listadas en una Bolsa de Valores podrán recurrir, a efectos de captar nuevos capitales en la plaza norteamericana y emitir y colocar internacionalmente las mismas a través de ADR, al Nivel III. A dicho efecto, el proceso, desde el punto de vista del emisor y de la legislación peruana, consiste en efectuar un aumento de capital y emitir certificados de suscripción preferente, realizar una oferta privada o una oferta pública de acciones, con la participación de un banco de inversión que usualmente suscribe en forma definitiva las acciones producto del aumento a través de un contrato de *underwriting* en firme, para luego colocarlas en el mercado por medio de ADR. No obstante que el banco de inversión *underwriter* suscribe las acciones de manera definitiva, sólo detenta su titularidad por un corto tiempo en tanto procede a su colocación a los inversionistas finales.

A continuación, nos referiremos a los tipos de acciones que pueden ser emitidos por una empresa local y que pueden ser sustento de un ADR, así como los procedimientos y las connotaciones que se debe considerar en cada caso.

## I. TIPOS DE ACCIONES QUE PUEDEN EMITIRSE

Nuestra legislación permite a las sociedades anónimas la emisión de tres tipos de acciones: las acciones comunes y acciones sin derecho a voto, que son reguladas por la Ley General de Sociedades (LGS), modificada por la Ley N° 26356, y las acciones del trabajo, que son normadas por el Decreto Legislativo N° 677.

### 1.1. Acciones comunes

Son aquellas que representan una parte alícuota del capital de una sociedad anónima y que confie-

ren a su poseedor la calidad de socio. Se representan mediante títulos emitidos únicamente en forma nominativa; es decir, con designación expresa de su titular, debiendo ser cuando menos emitidas por su valor nominal.

Estos valores mobiliarios, además de representarse en títulos o certificados de acciones, pueden también hacerse utilizando el denominado sistema de anotaciones en cuenta de la Caja de Valores (CAVAL), siempre que se trate, en este último caso, de acciones inscritas en el Registro Público de Valores e Intermediarios de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) y que se coticen en una Bolsa de Valores. Conforme a dicho sistema, las acciones estarán representadas por medio de anotaciones en cuenta, considerándose emitidos los valores representados en éstas cuando se efectivice su inscripción en el registro contable de la institución de compensación y liquidación de valores que corresponda.

Para su transmisión, se requerirá de una transferencia contable, produciendo la inscripción respectiva a favor del adquirente los mismos efectos que la tradición de los títulos. De esta manera, quien aparezca con derecho inscrito en los asientos del registro contable, será considerado como titular legítimo de tales anotaciones, pudiendo exigir al emisor el cumplimiento de las prestaciones que se derivan del valor así representado.

Los derechos mínimos que conceden las acciones comunes están expresamente establecidos en la LGS. Estos derechos son de dos tipos: (1) derechos económico-patrimoniales, entre los que se encuentran el derecho de participar en el reparto de utilidades, el derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación y el derecho preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones producto de un aumento de capital, y (2) derechos de carácter político y de naturaleza personal, como son el fiscalizar la gestión de los negocios sociales e intervenir y votar en las juntas generales de accionistas.

No obstante establecerse legalmente que las acciones de igual clase confieren los mismos derechos a sus titulares, también se permite la existencia de diversas clases de acciones. Las diferencias entre ellas pueden consistir en el valor nominal, en el contenido de los derechos o en ambas cosas a la vez. Sin embargo, lo que no puede es alterarse el derecho a voto dado que se prohíbe expresamente la creación de acciones de voto plural; es decir, acciones con derecho a más de un voto respecto de otras de similar naturaleza.

En este sentido, nada obsta para establecer preferencias para el cobro de dividendos o la cuota de liquidación. Tratándose de dividendos podría, por ejemplo, establecerse el cobro de un dividiendo fijo o un porcentaje de los mismos, concurriendo por el saldo con los demás accionistas, o estipularse además que dicho dividiendo es acumulable si en uno o más ejercicios no hubieran existido utilidades para pagarlo. Del mismo modo, podría acordarse que una clase de acciones elige a un número mayor de miembros del directorio que la otra u otras clases, a fin de mantener el control de la administración, no obstante participar en una menor proporción que las demás en el capital social de la empresa.

## 1.2. Acciones sin derecho a voto

Las acciones sin derecho a voto fueron creadas recientemente por la Ley N° 26356, la cual modificó expresamente los artículos 108, 109 y 143 de la LGS, permitiendo a las sociedades anónimas la emisión de las referidas acciones.

Básicamente, estas acciones tienen los mismos derechos que las acciones comunes antes referidas, con excepción de los siguientes derechos: (1) derecho a una distribución preferente de utilidades; (2) no tienen derecho a voto en las juntas generales de accionistas (con las salvedades que se indican más adelante); (3) intervienen con derecho a voz en las juntas generales de accionistas; (4) son preferidas en la suscripción de acciones sin derecho a voto en los casos de aumento de capital en que se opte por este tipo de acciones; y (5) la emisión de acciones sin derecho a voto, ya sea que se trate de una emisión pública o privada, debe ser necesariamente registrada por la sociedad en el Registro Público de Valores e Intermediarios, siéndole de aplicación las normas de la Ley del Mercado de Valores, aprobada por el Decreto Legislativo N° 755 (LMV).

Los supuestos de excepción en los que este tipo de acciones serán computables para el quórum y mayoría de las juntas generales de accionistas son los siguientes: (i) junta que se convoque con el objeto de disminuir capital, transformar la sociedad, fusionar, rescindir, disolver, liquidar, trasladar la sede social al extranjero, modificar el objeto social o el plazo de duración de la sociedad, (ii) cuando la sociedad incumpla con realizar la distribución preferencial de utilidades dentro del ejercicio siguiente, mientras subsista el incumplimiento, o cuando pretenda modificar o excluir directa o indirectamente los derechos de esta clase o serie de acciones; y, (iii) cuando se suspenda o retire de cotización en bolsa las acciones sin derecho a voto

por cualquier causa imputable a la sociedad, mientras subsista esta situación.

Tema que merece especial comentario es el referente a la distribución preferente de utilidades. Sobre el particular la Ley N° 26356, al modificar el artículo 108 de la LGS, señala expresamente que las acciones cuyo privilegio patrimonial consiste en el derecho a una distribución preferencial de utilidades, podrán carecer de derecho a voto excepto cuando la sociedad incumpla con efectuar dicha distribución preferencial dentro del ejercicio anual siguiente, mientras subsista el incumplimiento.

Las utilidades constituyen el beneficio realmente obtenido por la sociedad en cada ejercicio económico como consecuencia del desarrollo de sus actividades. Dicho de otra manera, es la diferencia de activos adicionales existentes en el patrimonio de la sociedad, comparado al principio y al fin de cada ejercicio. Estos activos adicionales no deben provenir de aportes de capital, disminución de pasivos, revaluación de activos o reexpresión de capital por efecto de la inflación. A estas utilidades también se les denomina «utilidades brutas».

Conforme a la LGS, de las utilidades brutas que obtiene una sociedad debe deducirse y aplicarse a pérdida la parte que corresponda, de ser el activo menor que el capital social, y a la constitución de reservas legales y estatutarias luego de deducirse el Impuesto a la Renta. Del mismo modo, deberá detraerse la participación de los trabajadores de la renta anual antes de impuestos, según lo establecido por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 677. A estas utilidades se les denomina «utilidades netas», y es a la cantidad resultante a la que se aplica el concepto de utilidades referido en el artículo de la LGS modificado.

Resulta importante determinar qué sucede cuando en un ejercicio determinado no se generan utilidades susceptibles de ser repartidas entre los accionistas. En estos casos, las acciones sin derecho a voto sólo tendrían el derecho de ejercerlo si es que existiendo utilidades éstas no fueran repartidas, ya que mal se puede repartir lo que no existe. Es más, la LGS establece en forma expresa que sólo cabe el reparto de dividendos respecto de utilidades realmente obtenidas o de reservas en efectivo de libre disposición, que no son más que utilidades acumuladas y no repartidas. Debe tenerse presente que la acción, que representa una alícuota del patrimonio a diferencia del bono u obligación que es un pasivo, es un título de renta variable que rinde beneficios cuando éstos realmente existen como producto de las operaciones

de la sociedad. Lo contrario, es decir, el reparto de utilidades que no existen implicaría una reducción del patrimonio de la empresa en perjuicio de los terceros acreedores de la misma.

Merece asimismo mención aparte el aspecto referido a la distribución preferencial. Conforme a lo antes mencionado, se entendería como distribución preferencial, por ejemplo, el establecer el cobro de un dividendo por un monto fijo o un porcentaje de los mismos, concurriendo por el saldo con los demás accionistas; o establecer además que dicho dividendo es acumulable si en uno o más ejercicios no hubieran existido utilidades para pagarlo; o que los dividendos serán un porcentaje sobre el valor nominal de cada acción; o establecer que estas acciones tendrán derecho a un dividendo doble o triple que las demás.

Resulta obvio que la simple declaración de que los poseedores de acciones sin derecho a voto tienen como derecho preferente el cobrar primero las utilidades que les corresponden, no es de manera alguna un derecho preferente en el sentido que la ley señala, ya que todas las acciones se encontrarían finalmente en las mismas condiciones, por cuanto la junta general de accionistas sólo puede acordar el reparto de lo que efectivamente existe.

Otro punto relevante en relación al reparto de utilidades es qué sucede cuando existiendo éstas en un ejercicio determinado, la junta general de accionistas decide que no se declara un dividendo o simplemente no toma una decisión al respecto. Conforme a las modificaciones introducidas por la Ley N° 26356, los accionistas sin derecho a voto adquirirían tal derecho a partir de ese momento, pudiendo intervenir en las actividades de la empresa hasta el momento en que la junta decida el reparto de utilidades.

Sin embargo, tratándose de accionistas minoritarios su derecho a la percepción preferente de utilidades resultaría no ejercitable de manera inmediata, por cuanto no tienen manera de obligar a la mayoría al reparto de las mismas si no es a través de un procedimiento judicial.

### **1.3. Acciones del trabajo**

Con anterioridad a la dación de la Ley N° 26356 (que, como hemos visto, creó las acciones sin derecho a voto) y no obstante que la LGS y su antecesora, la Ley de Sociedades Mercantiles, establecían de manera expresa que todas las acciones tenían derecho a voto, durante la vigencia de esta última se dictaron diversos dispositivos legales

que crearon una nueva clase de acciones, las «acciones laborales», las cuales tenían derecho a participar en las utilidades de la empresa y a ser representadas en el directorio, pero no en la junta general de accionistas.

En efecto, los Decretos Leyes N° 21789, N° 22329 y N° 22333, Leyes de la Comunidad Industrial, Pesquera y Minera, respectivamente, crearon las mencionadas acciones laborales como títulos que, no obstante permitir la participación de sus titulares en la utilidades de las empresas, no conferían derecho de representación a los mismos en la junta general de accionistas. Las leyes mencionadas, entre otras cosas, obligaban a las empresas a extraer un porcentaje de sus utilidades anuales y aplicarlo a la creación de una cuenta patrimonial denominada «cuenta participación patrimonial del trabajo», que era representada en acciones laborales entregadas a sus trabajadores. Esta cuenta, conjuntamente con la de capital social a la que corresponden las acciones comunes, conforma el patrimonio de la empresa.

Si bien en un principio las acciones laborales tenían no sólo los derechos patrimoniales a que antes hemos hecho referencia sino también, aunque de manera restringida, los políticos o personales ya señalados en tanto tenían representación en el directorio con la consiguiente facultad de fiscalizar los negocios sociales, en la actualidad las acciones laborales, denominadas «acciones del trabajo», sólo tienen derechos patrimoniales. En los hechos, estas acciones se han convertido en verdaderas acciones sin derecho a voto, que ni siquiera en determinadas circunstancias pueden votar en junta general de accionistas.

El Decreto Legislativo N° 677, que derogó todos los regímenes referentes a Comunidades Laborales, establece que las acciones del trabajo confieren a sus titulares el derecho a participar en los dividendos a distribuir de acuerdo a su valor nominal. Del mismo modo, establece que la distribución referida será preferente, no obstante que no define dicha preferencia y no existe reglamento alguno que la precise. Por último, la norma mencionada establece en forma expresa que los accionistas del trabajo no tienen intervención ni voto en las juntas generales de accionistas ni en los directorios.

## **II. EMISION DE ACCIONES**

### **2.1. Derecho de suscripción preferente**

El primer mecanismo para la emisión de acciones que sustentaría, a su vez, la emisión de ADR es el

aumento de capital por nuevos aportes en acciones comunes o acciones sin derecho a voto. Para ello, resultan de aplicación las normas pertinentes de la LGS y de la LMV, siempre que se trate, en este último caso, de acciones inscritas en el Registro Público de Valores e Intermediarios y que sean cotizadas en una Bolsa de Valores.

Los acuerdos para el aumento de capital, así como la posible modificación del estatuto, no sólo para reflejar dicho aumento sino también en el caso de que se decida crear acciones sin derecho a voto, deberán ser adoptadas por junta general extraordinaria de accionistas. Esta junta debe convocarse con no menos de tres días de anticipación, siendo el quórum en primera convocatoria de las dos terceras partes (66.6%) del capital pagado de la sociedad, mientras que en la segunda se requerirá las tres quintas partes del mismo (60%). En ambos casos, el acuerdo de aumento del capital debe ser tomado contando con el valor favorable de, cuando menos, la mayoría absoluta del capital pagado.

Al respecto, debe considerarse que la LGS permite que las juntas generales de accionistas se lleven a cabo sin previa convocatoria, caso en el cual se denominan juntas universales. Ello será posible, siempre que en dicha junta estén representadas la totalidad de las acciones y los accionistas acuerden en forma unánime la celebración de la misma y los asuntos a tratar.

De otro lado, la LGS permite también a la junta general de accionistas facultar el directorio a aumentar el capital social hasta una suma determinada, en las oportunidades que éste decida, sin previa consulta a la junta. El límite que se establece para estos efectos es que el aumento no sea superior a la mitad del capital social vigente a la fecha en que el directorio haga uso de la mencionada facultad. Estos aumentos deberán realizarse en un plazo de cinco años a partir del acuerdo de junta general de accionistas. Las acciones producto de estos aumentos sólo podrán ser acciones ordinarias; es decir, acciones comunes con derecho a voto.

En el proceso de aumento de capital es importante considerar el ejercicio del derecho de preferencia que tienen los accionistas de una empresa para la suscripción de acciones provenientes de nuevos aportes. En efecto, los accionistas tienen en tal caso derecho de preferencia para suscribir a prorrata las acciones producto del aumento. Inclusive, si ejercido el derecho de suscripción preferente quedaran aún acciones sin suscribir, los accionistas que hubieran ejercido tal derecho en la primera rueda de suscripción podrán adquirir a prorrata

las acciones restantes. Si al finalizar la segunda rueda o las que hubiera establecido la junta general de accionistas o el directorio, en su caso, hubiere una parte del aumento no suscrita, ésta podrá ser ofrecida a terceras personas.

Tratándose de una empresa que cotiza sus acciones en Bolsa de Valores, la LMV regula el referido derecho de preferencia en los denominados «certificados de suscripción preferente», títulos de carácter circulatorio en los que se incorpora el derecho de preferencia de los accionistas y que pueden ser transmitidos a cualquier persona, la cual tendrá el derecho mas no la obligación de suscribir el aumento de capital en la parte que representa el título.

Los certificados deben ser puestos a disposición de los accionistas dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se tomó el acuerdo de aumento de capital. Del mismo modo, la LMV establece que estos títulos pueden ser libremente negociados dentro o fuera de Bolsa, dentro del plazo que establezca la junta general de accionistas o el directorio, en caso de delegación. El plazo de negociación no puede ser inferior a quince días ni mayor a sesenta, contado a partir de la fecha en que los mismos son puestos a disposición de los accionistas. Los adquirentes de estos títulos tienen derecho a suscribir las acciones a que ellos se contraen, en las mismas condiciones que para los accionistas establecen la LGS, los estatutos de la empresa o el acuerdo social adoptado.

El contenido mínimo de los certificados de suscripción preferente es el siguiente: (1) denominación de la sociedad y los datos relativos a su inscripción en el Registro Mercantil; (2) fecha del acuerdo de la junta general de accionistas para aumentar el capital; (3) monto del capital escriturado y el de su incremento; (4) nombre del título; (5) numeración correlativa de las acciones de las cuales proviene y el número de acciones que da derecho a suscribir; (6) fecha de emisión; y, (7) firma de un director de la empresa.

Conforme al Decreto Legislativo N° 677, los titulares de acciones del trabajo, en los casos de aumento de capital por nuevos aportes que acuerden las juntas generales de accionistas, tienen derecho de efectuar aportes a la cuenta participación patrimonial del trabajo en proporción a su participación en dicha cuenta. Al efecto debe tenerse presente que la cuenta participación patrimonial del trabajo es aquella que incluye a este tipo de acciones y que, conjuntamente con la cuenta capital social a la que responden las acciones comunes, conforma el patrimonio de la empresa.

El objeto de dicho aporte es mantener la proporción existente entre la cuenta mencionada y el capital social. En el caso de que algún accionista del trabajo no suscriba el aumento, los demás accionistas de la misma clase podrán suscribirlo de manera proporcional. Es potestad de la junta general de accionistas determinar el número de ruedas de suscripción de acciones; sin embargo, si se optara por el mínimo de dos ruedas que establece la ley, la cuenta participación patrimonial del trabajo se vería disminuida en relación con la del capital social, dado que, tratándose de este tipo de acciones, no cabe ofrecer participación en el aumento de la cuenta a terceras personas.

Existen dos puntos importantes que considerar respecto del compromiso de compra en firme de las acciones subyacentes a los ADRs contenidos en el contrato de *underwriting* que el emisor suscribiría con el banco de inversión que actúe como *underwriter*.

El primero de ellos está referido a la negociación de los términos del contrato. A fin de poder facilitar la ejecución de la transacción, los accionistas presentes en la junta, que son los titulares del derecho de preferencia, una vez acordado el aumento de capital podrían delegar en el directorio, o en una persona determinada, la negociación y ejecución del contrato de *underwriting* otorgándole plenos poderes a dicho efecto. Adicionalmente, en tanto es característico de los certificados de suscripción preferente el ser circulatorios, consideramos conveniente que los términos más importantes del mencionado contrato sean incorporados a estos, y entregados al banco de inversión a la suscripción del contrato.

El segundo punto es que con el objeto de estabilizar el precio de los ADR en el mercado, el banco de inversión tenga la posibilidad de solicitar a la empresa una cantidad adicional de acciones que pudieran transarse de ser necesario. En este sentido, el hecho de que para el aumento de capital se utilice el mecanismo de los certificados de suscripción preferente facilita este propósito por cuanto la junta de accionistas pueden acordar un aumento de capital mayor al que se pretenda finalmente colocar en el mercado. En efecto, una de las principales características de dichos certificados es que confieren a sus titulares el derecho y no la obligación de pagar el aumento de capital acordado y representado en parte por el título, en tanto el mismo sólo representa un derecho a suscribir en forma preferente. No obstante, según se ha mencionado en el párrafo anterior, no existe obstáculo para que al momento de transferirse el certificado a una tercera persona se celebre un

contrato entre las partes en el que el receptor del título se obligue en firme, bajo ciertos términos, a suscribir las acciones.

Los certificados que fueran necesarios para estabilizar el precio se quedarían en poder de los accionistas hasta el momento en que les fueran requeridos, en cuyo caso a su entrega el banco de inversión asumiría la obligación incondicional de suscribir la parte del aumento de capital en ellos representados.

Una vez ejercido el derecho contenido en los certificados se sabrá de manera definitiva el monto efectivo del aumento de capital, pudiendo delegarse en el directorio la facultad de dar por cancelado el aumento y modificar el artículo pertinente del estatuto de la empresa a fin de que refleje el nuevo capital.

Debe tenerse presente que en este tipo de transacciones existe un lapso de tiempo, usualmente cinco (5) días entre la firma del contrato de *underwriting* y su ejecución final o cierre, en el que el banco de inversión adquirente de los certificados de suscripción preferente suscribe las acciones y las entrega al banco custodio local a fin de que el banco depositario en el exterior emita los ADR. En este plazo de cinco (5) días, el banco de inversión procede a la colocación previa de los ADR, los mismos que son finalmente entregados a los inversionistas finales en la fecha de cierre.

## 2.2. Oferta privada de acciones

La oferta privada de acciones es otro de los mecanismos que la ley contempla para el aumento de capital de una empresa cuyas acciones se encuentran inscritas en el Registro Público de Valores e Intermediarios.

Según hemos indicado, tanto la LGS como la LMV establecen el derecho de preferencia y el mecanismo a través del cual los accionistas presentes al momento de acordarse el aumento de capital pueden suscribir las acciones producto del mismo. Sin embargo, nada obsta para que los accionistas renuncien al derecho que la ley les confiere, permitiendo a terceras personas suscribir y pagar el aumento de capital.

Conforme a la LGS, el acuerdo de emisión de nuevas acciones debe fijar las condiciones en que ha de pagarse la parte de capital que no se desembolse al suscribirlas, debiendo abonarse por lo menos, el veinticinco por ciento del valor nominal de las acciones suscritas. Teniendo en cuenta ello, podría perfectamente acordarse un aumento de

capital en el que los accionistas presentes renunciaran, en primer lugar al derecho de preferencia que la ley les concede y, en segundo lugar, fijaran las condiciones en que el mismo ha de ser suscrito y pagado por terceras personas. En estos casos se encarga al directorio de la empresa la ejecución del acuerdo de aumento de capital, así como la búsqueda de posibles inversionistas interesados en suscribir y pagar el aumento de capital, en las condiciones establecidas, referidas básicamente a la forma y oportunidad del pago.

Obviamente, el aumento de capital y la emisión de nuevas acciones queda supeditado a que se produzca la correspondiente suscripción y el pago de por lo menos el veinticinco por ciento del valor nominal de las acciones suscritas.

Cabe también señalar que al igual que en el caso de la emisión de certificados de suscripción preferente si, al acordarse el aumento de capital no se conoce a ciencia cierta el monto que va a ser finalmente suscrito, es posible contemplar el reajuste del aumento si éste no se realiza por el total originalmente previsto. En este supuesto, al igual que lo señalado en el punto anterior, la junta general de accionistas puede facultar al directorio para declarar el monto definitivo del aumento, obviando así la realización de una nueva junta general de accionistas.

De esta manera, la emisión de las acciones que sustentarían los ADR podría realizarse a través de una oferta de acciones en la que *underwriters* de la transacción se obligarían, bajo las condiciones que se pacten, a suscribir y pagar directamente el íntegro de las acciones producto del aumento de capital sin tener que pasar previamente por el proceso de emisión de los certificados de suscripción preferente.

La oferta privada de las acciones producto de un aumento de capital no estaría sujeta, en principio, a la LMV, dado que ésta regula la oferta pública de valores mobiliarios. Conforme a esta ley, se entiende por oferta pública a la invitación adecuadamente difundida que una o más personas naturales o jurídicas dirigen al público en general o a determinados segmentos de éste, a fin de realizar determinada transacción respecto de un valor mobiliario.

Considerando que de acuerdo a la LMV la inscripción de una determinada clase de valores del emisor acarrea automáticamente la de todos los valores de la misma clase y que las transacciones sobre acciones inscritas en el Registro Público de Valores e Intermediarios podrán realizarse en

rueda de bolsa o fuera de ella, una vez suscritas, pagadas y emitidas las acciones provenientes del aumento de capital por nuevos aportes podrían transarse en el mercado bursátil o en el extra-bursátil, atendiendo al fenecimiento del cautiverio bursátil a partir del año en curso.

### 2.3. Oferta pública de acciones

Como se ha señalado, se entiende por oferta pública de valores a la invitación adecuadamente difundida que se dirige al público en general o a un segmento de éste, para realizar cualquier acto jurídico referido a la colocación (oferta primaria) o transferencia (oferta secundaria) de valores mobiliarios. Igualmente se considerará oferta pública la negociación que se efectuó en las ruedas de bolsa o cualquier otro mecanismo centralizado de negociación.

Conforme al Reglamento de Oferta Pública Primaria de Valores Mobiliarios, aprobado por la Resolución CONASEV N° 906-91EF/94.10.0, las sociedades que se propongan aumentar su capital por oferta pública primaria de acciones deberán comunicar a CONASEV dicha determinación, solicitando la inscripción de las referidas acciones en el Registro Público de Valores e Intermediarios.

Para estos efectos, CONASEV evaluará la información que la sociedad presente, la misma que deberá incluir, entre otros: (1) programa de aumento de capital de conformidad con el artículo 215 de la LGS. Este programa deberá contener los principales datos referenciales de la sociedad emisora (denominación, objeto, capital social, valor nominal de las acciones, series y clases existentes), derechos de suscripción preferente de los antiguos accionistas, importe total de las obligaciones emitidas y contenido del acuerdo de emisión de nuevas acciones; (2) copia del acta de junta general de accionistas en la que se acordó el aumento de capital; (3) perfil técnico-económico que sustente el aumento de capital (conteniendo estudio de mercado, estructura de financiamiento y análisis de rentabilidad y de sensibilidad considerando probables escenarios y proyecciones); (4) convenio suscrito con intermediario autorizado para la colocación de los valores materia de la oferta pública; (5) prospecto informativo a ser utilizado en la difusión de la oferta pública primaria de acciones ; (6) obtener la clasificación del valor mobiliario (hasta el momento no han entrado en funcionamiento las empresas clasificadoras de riesgo, de las cuales existen dos que, a la fecha, han obtenido la correspondiente autorización de organización, encontrándose pendiente de entrega la correspondiente licencia de funcionamien-

to); y (7) modelo del certificado de acciones que será objeto de oferta pública.

Verificada la información antes señalada, el Registro Público de Valores e Intermediarios procederá a la inscripción de las acciones en el mismo. Cumplido ello, CONASEV dispondrá de oficio que las acciones sean listadas en la bolsa o bolsas en las cuales el emisor desea se negocien sus valores.

## 2.4. Programas de American Depositary Receipts

Conforme a la Resolución CONASEV N° 358-93-EF/94,10.0, las empresas que deseen efectuar programas de ADR deben presentar en forma previa, tanto a CONASEV como a las bolsas de valores que correspondan, la siguiente información: (1) contrato celebrado con el banco depositario; (2) contrato celebrado entre el banco depositario y el banco custodio; y (3) acta de la junta general de accionistas en la que conste el acuerdo de participar en programas de ADR.

De otro lado, las empresas deberán cumplir con informar al Registro Público de Valores e Intermediarios, entre otros, los siguientes hechos: (1) con carácter de hecho de importancia, información sobre la inscripción de los ADR en la *Securities and Exchange Commission* (SEC) u otra Comisión de Valores extranjera y en las bolsas de valores en que éstos se transen, cuando corresponda, al día siguiente de producida tal inscripción; (2) copia de los contratos de depósito y de suscripción transitoria de emisiones primarias con garantía parcial o total de su colocación relativos a programas de ADR, al día siguiente de celebrados; (3) información trimestral acerca de las transacciones efectuadas con ADR, dentro de los diez días de vencido el trimestre correspondiente; (4) copia del contrato celebrado entre el banco custodio y la empresa, dentro de los diez días de suscrito; (5) información sobre emisión, transacciones y retiros de ADR, así como números de certificados en circulación, en la misma forma y plazos en que esta obligada a entregar dicha información a la SEC u otra Comisión de Valores extranjera (esta información debe ser comunicada, en la misma oportunidad, a la bolsa de valores nacional que corresponda); y (6) copia de la comunicación presentada a la SEC u otra Comisión de Valores extranjera, en la misma oportunidad de entrega a dichos organismos.

Cabe anotar que la documentación antes referida que se encuentre en idioma extranjero, deberá presentarse acompañada de la correspondiente traducción, bajo responsabilidad del gerente general de la empresa en cuanto a su veracidad.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la empresa deberá poner a disposición de la CONASEV, en cuanto ésta lo solicite, la información actualizada de los tenedores de ADR.

Debemos indicar que las acciones objeto de programas de ADR serán registradas en la empresa a nombre del depositario.

## 2.5. Aspectos tributarios

A fin de establecer la afectación de ingresos con el Impuesto a la Renta, la Ley del Impuesto a la Renta (LIR) considera como criterios de vinculación en forma alternativa, el domicilio del sujeto que contiene la renta (sea persona natural o judicial) y a la ubicación de la fuente que genera la renta.

En ese sentido, conforme a la LIR, están sujetas al impuesto la totalidad de las rentas gravadas que contengan los contribuyentes que, de acuerdo a aquella, se consideren domiciliados en el país, sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas naturales, el lugar de constitución de las jurídicas, ni la ubicación de la fuente productora. Tratándose de contribuyentes no domiciliados en el país, de sus sucursales, agencias o establecimientos permanentes, el impuesto recaerá sólo sobre las rentas gravadas de fuente peruana.

Conforme a lo indicado, los contribuyentes domiciliados en el país tributan por sus rentas de fuente mundial. A estos efectos, las personas naturales son consideradas domiciliadas en el país en los siguientes casos: (1) los ciudadanos peruanos y residentes habituales en el país; (2) las personas naturales extranjeras que hayan residido o permanecido en el país dos años o más en forma continuada (las ausencias temporales de hasta noventa días calendario en cada ejercicio gravable no interrumpen la continuidad de la residencia o permanencia); y (3) las personas naturales no domiciliadas que luego de permanecer por seis meses en el Perú han obtenido el Registro Unico de Contribuyentes y opten por ser tratados tributariamente como sujetos domiciliados.

Cabe precisar que las personas naturales se considerarán domiciliadas o no en el país según fuera su condición al principio de cada ejercicio gravable.

En consecuencia, los cambios que se produzcan en el curso de un ejercicio gravable sólo producirán efectos a partir del ejercicio siguiente.

En el caso de empresas, la ley dispone en princi-

pio que si éstas se han constituido o establecido en el territorio nacional, tributarán por sus rentas de fuente mundial, excepto si son sucursales de entidades no domiciliadas, en cuyo caso tributarán solamente sobre sus rentas de fuente peruana.

Las ganancias derivadas de la tenencia de acciones representativas del capital de empresas constituidas en el Perú pueden ser de dos tipos: (1) dividendos; y, (2) ganancias de capital por la negociación de los valores.

Respecto a los dividendos, la LIR establece que estos y cualquier otra forma de distribución de utilidades no constituyen renta gravable. En tal sentido, los beneficios generados por las empresas constituidas en el Perú tributarán por concepto del Impuesto a la Renta el treinta por ciento (30%) en la empresa. Sin embargo, la posterior distribución de las utilidades de libre disponibilidad no se encontrará sujeta a retenciones por concepto de Impuesto a la Renta, toda vez que los dividendos se encuentran inafectos a este tributo.

En relación con las ganancias de capital por la negociación de las acciones como título valor, debe distinguirse el tratamiento que la LIR contempla para personas naturales y para empresas.

Las ganancias que obtenga una persona natural por la negociación de acciones representativas del capital de sociedades constituidas en el Perú están, en principio, inafectas al Impuesto a la Renta. Estas ganancias sólo serán gravables cuando la persona natural que las obtenga se dedique en forma habitual a la intermediación comercial de estos valores. Al respecto, la LIR establece que se presumirá la existencia de habitualidad en la enajenación de acciones hecha por personas naturales, cuando el enajenante haya efectuado en el curso del ejercicio, por los menos diez (10) operaciones de compra y diez (10) operaciones de venta.

Para estos fines, tratándose de valores cotizados en Bolsa, se entenderá como única operación la orden dada al agente para comprar o vender un número determinado de valores, aun cuando éste, para cumplir el encargo, realice varias operaciones. En tal caso, sólo la ganancia proveniente de la décimo primera enajenación resultará afectada al Impuesto a la Renta. La tasa correspondiente es de treinta por ciento (30%).

Las ganancias de capital obtenidas por una empresa constituida en el país, por la compraventa de acciones, estarán siempre afectas; tratándose de empresas se presume la existencia de una in-

tención de especulación mercantil desde la primera venta. En estos casos, la tasa aplicable es treinta por ciento (30%).

La legislación nacional no es suficientemente clara respecto a la afectación con el Impuesto a la Renta a las ganancias de capital que eventualmente podría obtener una empresa no domiciliada en el país, por la venta de acciones representativas del capital de una empresa constituida en territorio nacional. En efecto, tal como se ha señalado, el Impuesto a la Renta alcanza solamente a aquellas ganancias obtenidas por sujetos domiciliados o a aquellas producidas por una fuente peruana.

En relación con las ganancias obtenidas por una empresa no domiciliada, habría que determinar si las ganancias de capital que eventualmente podría obtener una empresa no domiciliada en el país, por la venta de acciones representativas del capital de una empresa constituida en territorio nacional, califica siempre como renta de fuente peruana.

Al respecto, la LIR señala que, en general, y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de la celebración o cumplimiento de los contratos, se considera renta de fuente peruana a las obtenidas por la enajenación de acciones representativas del capital de sociedades constituidas en el Perú, entre otros, en el caso previsto en el inciso c) del artículo 3 de dicha Ley. Este artículo señala que constituye renta gravada, los resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes.

En ese orden de ideas, la ganancia no estaría gravada. En efecto, para poder gravar una ganancia primero hay que determinarla y, tal como señala la misma LIR, en las ventas de bienes la ganancia está determinada por la diferencia entre el valor de venta y el costo computable del bien. En este sentido, no sería factible determinar una ganancia si se desconoce el costo del bien, el cual estaría registrado en la contabilidad de una empresa no domiciliada a la que la Administración Tributaria peruana no tiene acceso y, aunque lo tuviera, los principios de contabilidad de hecho varían de un país a otro, sin dejar de mencionar que la recaudación del impuesto sería -en este caso- inviable en la práctica.

Definidas las ganancias afectas, es importante señalar que la LIR establece la exoneración hasta el año 2000 de la ganancia de capital derivada de las operaciones de compraventa de acciones que se realicen en Rueda de Bolsa.

De acuerdo con lo antes expuesto, y si tenemos en consideración que las acciones subyacentes a un ADR son acciones que se compran y venden en Rueda de Bolsa, podemos concluir que la ganancia de capital en estas transacciones se encuentra exonerada del Impuesto a la Renta hasta el año 2000. Del mismo modo, se encuentran inafectos al mencionado impuesto los dividendos

que periódicamente se perciben por tales acciones.

De otro lado, respecto del Impuesto General a las Ventas, la Ley que regula este tributo no considera a las acciones como bienes muebles; en consecuencia, sus transferencias se encuentran inafectas a este tributo.

**JULIO CESAR BERNINZON OLIVI**

**Abogado**  
**NOTARIO DE LIMA**

Las Begonias N° 630 - Of. 43 - San Isidro

☎ 442-0427 Fax 442-0427

# LOS ACTOS «ULTRA VIRES»\* EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS

Enrique Elías Laroza  
Profesor de Derecho Mercantil  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Universidad de Lima

Se denominan actos *ultra vires* aquellos que realizan los apoderados de una sociedad mercantil y que no están contemplados expresamente en el objeto social.

El cumplimiento estricto del objeto social es de singular importancia en la vida societaria, pues aquél representa la razón misma de la existencia del ente jurídico. Es el negocio para el cual se formó la empresa. Tanto el Directorio como la Gerencia (y la propia Junta General de Accionistas) deben conducir los actos de la sociedad dentro del gran cauce del objeto social. Su modificación representa una de las pocas causales que facultan a un accionista a separarse de la sociedad, de conformidad con el artículo 210 de nuestra Ley General de Sociedades.

Sin embargo, es usual que en las sociedades anónimas los órganos societarios tengan poderes muy amplios para realizar toda clase de operaciones. La Junta General de Accionistas, órgano supremo de la sociedad, tiene facultad para otorgar toda clase de poderes. Igual sucede con el Directorio y la Gerencia, cuando la Junta General o el Estatuto así lo establecen.

¿Qué ocurre entonces, cuando se realiza una operación aprobada por un órgano social que tiene poderes para realizarla, pero que excede el objeto social? ¿Es un acto nulo? ¿La nulidad afecta al tercero que contrató con la sociedad y que constató la existencia y la legitimidad de los poderes? ¿Está obligado el tercero, además, a verificar si no es un acto *ultra vires*? En suma, ¿la responsabilidad de

*Teniendo como base jurídica la Ley General de Sociedades, el autor analiza la posibilidad de sostener en nuestro ordenamiento jurídico que las facultades conferidas por las sociedades anónimas a sus representantes se encuentran limitadas, de acuerdo a cómo se encuentre definido su objeto social. El centro del artículo consiste pues, en la revisión de los alcances y efectos que tienen los denominados actos «ultra vires» en nuestro medio. La posibilidad de anularlos o de restarles eficacia es descartada ante una serie de argumentos de orden práctico y doctrinal, a los que se añade lo dispuesto por los artículos 19 y 173 de nuestra Ley Societaria, que regulan la determinación de la responsabilidad de los representantes.*

\* Ultra vires: "más allá del hombre", "más allá de la persona".

los actos que exceden el objeto social se dilucida en el interior de la sociedad, o afecta también a los terceros que contratan con ella?

Para iniciar el análisis y tratar de responder a estas preguntas tenemos que remitirnos al Derecho anglosajón y, principalmente, a la interpretación de la jurisprudencia inglesa. Sería así *ultra vires* el principio según el cual adolece de nulidad absoluta todo acto de una sociedad que exceda el objeto social; como consecuencia de ello, la sociedad no respondería por ninguno de los efectos del acto nulo y los accionistas no tendrían facultad para convalidar ni ratificar *a posteriori* dichas operaciones ni sus consecuencias.

Creemos que la teoría anglosajona sobre la consecuencia de los actos *ultra vires* no encuentra asidero en la costumbre mercantil peruana ni en las disposiciones de nuestra Ley General de Sociedades. En primer lugar, porque la teoría *ultra vires* es inaplicable en el ámbito legal de las sociedades anónimas peruanas, donde los efectos de una operación ajena al objeto social no son similares a los reconocidos en la jurisprudencia inglesa. En segundo lugar, porque en nuestro Derecho es la Junta General de Accionistas la encargada de interpretar si los demás órganos sociales se excedieron o no en sus representación y si originaron o no daños al patrimonio social, de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de Sociedades (los accionistas sólo pueden hacerlo si reúnen, por lo menos, un tercio de las acciones representativas del capital social). En tercer lugar, porque en el Derecho latino la decisión sobre si un acto excede o altera el objeto social, como dice Vivante, «es una interpretación del contrato social que debe hacerse teniendo en cuenta el conjunto de sus cláusulas y de la primitiva intención de los contratantes»<sup>1</sup>. En cuarto lugar, porque la rígida y **limitativa** formulación del objeto social, propia del Derecho anglosajón, se sustituye en nuestro medio por un sistema de texto **enunciativo**, el que, como expresa Halperin, «debe interpretarse en el sentido que le otorga el hombre corriente de los negocios»<sup>2</sup>. Y, finalmente, porque la teoría *ultra vires*, como destaca Miguel A. Sasot, «ha ido perdiendo adeptos en el Derecho inglés y se propugna su abandono, como forma de terminar con la confusión que la misma ha creado entre el “objeto social” y los “poderes de la sociedad”, o sea los actos que la sociedad puede y debe realizar por cumplir su objeto»<sup>3</sup>.

Estos son argumentos de peso para descartar la aplicación de los efectos rígidos de la teoría *ultra vires* en nuestro medio. De acuerdo a nuestro ordenamiento legal vigente si un funcionario de una sociedad solicita un crédito, o vende un bien, o pacta garantías, facultado por poderes expresos o por su Directorio, el que a su vez está autorizado por el estatuto, nada obliga al acreedor a verificar si el crédito, la venta, o las garantías otorgadas, representan «actos *ultra vires*». Esto sería extender las obligaciones de fiscalización de un acreedor a extremos que nuestra ley no contempla, ni expresa ni tácitamente.

Al respecto, un análisis de nuestra Ley General de Sociedades nos lleva a igual conclusión. El inciso 4 del artículo 5 determina que el objeto social debe constar en el contrato. Pero el texto de nuestra Ley **no** es restrictivo. Por el contrario, es inclusive más lato que el inciso b) del artículo 11 de la Ley española de 1951 sobre sociedades anónimas, que fue el modelo de ley extranjera escogido por el legislador peruano. Aquí nos encontramos frente a un caso en que nuestro legislador se aparta del modelo. Nuestra ley no adopta el texto simple de la Ley española, que menciona solamente «el objeto social». Por el contrario, añade «señalándose clara y precisamente los negocios y operaciones que lo constituyen».

¿Cuál de los dos textos es más restrictivo? Un análisis ligero conduce a pensar que nuestra Ley desea enfatizar una especificación más estrecha («señalándose clara y precisamente»). Pero si estudiamos con más detenimiento vemos que, acto seguido, nuestra ley añade «los negocios y operaciones que los constituyen». ¿Negocios y operaciones? ¿Hay diferencia entre ambos conceptos?

La diferencia es clara. «Negocios» son los rubros generales del fin social. «Operaciones» son aquellos actos que la doctrina considera complementarios, extensivos o afines al objeto. Lo cierto es que nuestra Ley ha elegido una forma menos restrictiva que la de su norma inspiradora.

Por ejemplo, si una empresa industrial faculta a su Directorio para que realice **operaciones** financieras o de garantía, además de los **negocios** industriales descritos en su objeto social, no hay impedimento alguno para que ese Directorio invierta sus recursos financieros en la forma que considere prudente, aunque el resultado posterior sea ad-

<sup>1</sup> MESSINEO, Francesco. Tratado de Derecho Comercial. t. II, p. 90.

<sup>2</sup> HALPERIN. Sociedades Anónimas. p. 81.

<sup>3</sup> SASOT, Miguel. Sociedades Anónimas (Constitución). p. 91.

verso. Son los «errores propios e inevitables de una correcta administración empresarial» a que alude Halperin, citando a Colombres y Grower<sup>4</sup>. Cuando otra empresa dedicada, por ejemplo, a operaciones inmobiliarias, faculta a su Directorio o le otorga poderes al Gerente para que realice **operaciones** de garantía, además de los **negocios** descritos en su objeto social, no hay impedimento alguno para que el Directorio o el Gerente avalen o garanticen en nombre de la sociedad otra operación, pues así cumplen con el fin esencial de lucro de la empresa mercantil.

Esa (y no otra) es la interpretación enunciativa, amplia, tradicional, del Derecho latino, que considera que la sociedad anónima es un ente responsable, una realidad jurídica capaz de enfrentar las obligaciones y riesgos de la personalidad, y sobre todo, una persona que, en el ámbito de la buena fe propio del mundo mercantil, no se escudará tras de discutibles nulidades para responder por los actos de sus mandatarios debidamente facultados. Veamos, al respecto, una cita de Miguel A. Sasot:

«Quienes ven en la sociedad anónima una realidad jurídica, nacida de la condición naturalmente asociativa del ser humano, a la que el Estado sólo reconoce y no crea, consideran que el enunciado de las actividades que las mismas puede realizar, según relación contenida en sus estatutos, es puramente enunciativa, pero no limitativa; de donde se afirma que la sociedad puede realizar todas aquellas operaciones o actos que, pese a uno estar expresamente enumerados en los estatutos, **deben considerarse como complementarios o extensivos de los enunciados de estos últimos**, o como señala Rodríguez-Rodríguez, como medio para la consecución del objeto perseguido en la medida que ella no implique un cambio de finalidad»<sup>5</sup>.

Por otro lado la opinión, categórica, de Joaquín Garrigues y Rodrigo Uría:

«En cualquier caso, el objeto social no constituye un marco que delimite la capacidad jurídica de la persona moral sociedad anónima en Derecho español. Así lo ha reconocido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 5 de Noviembre de 1959) y la Dirección General de los Registros (Resolución de 8 de Octubre de 1964), quienes ponen de relieve que en nuestro Derecho, por principio, las personas jurídicas gozan de una capaci-

dad plena y general que se extiende a todo campo [...] sin que el fin de ellas constituya por sí un límite de su capacidad, en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como una sombra, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces, aunque se extralimiten de su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos»<sup>6</sup>.

Creo necesario analizar también el artículo 19 de nuestra Ley General de Sociedades, que a la letra determina:

«Artículo 19.- Quienes no están autorizados debidamente para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella y bajo la firma social».

La Ley señala aquí, con toda claridad, la obligación primordial de los terceros que contratan con una sociedad mercantil: verificar que la persona que firma por la sociedad tenga poderes suficientes para realizar el acto. Si el que firma no detenta esas facultades, no obliga a la sociedad. Contrario sensu, quien las tiene sí obliga a la sociedad.

Se trata, entonces, de una obligación objetiva y clara: verificar los poderes del firmante, que obligan a la sociedad. Ni en la letra ni en el espíritu de la Ley encontramos la intención de obligar a los terceros a ingresar en el terreno, impreciso y subjetivo, de la interpretación de los alcances del objeto social de la empresa poderdante.

Nótese, finalmente, que tampoco en el ámbito del Derecho Civil peruano encuentra asidero la teoría de los «actos *ultra vires*» acogida por la jurisprudencia anglosajona. Ello resulta claro si se analizan las causales de nulidad y anulabilidad contenidas en los artículos 219 y 221 del Código Civil.

En suma, consideramos que cualquier responsabilidad derivada de actos que exceden el objeto social, celebrados por apoderados debidamente facultados, se dilucida en el interior de la sociedad, de acuerdo al procedimiento establecido por el artículo 173 de la Ley General de Sociedades. Consecuentemente, la empresa no puede argumentar la nulidad de los mismos frente a terceros, ni mucho menos exceptuarse de responsabilidad frente a estos últimos.

<sup>4</sup> HALPERIN, Sociedades Anónimas, p. 452.

<sup>5</sup> SASOT, Miguel, Sociedades Anónimas (Constitución), p. 84.

<sup>6</sup> GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo, Comentario a la Ley de Sociedades, t. I, p. 244.

Algunas personas  
ven así de lejos  
la posibilidad de  
tener una **IBM**.



La verdad,  
es que **IBM**® está  
tan a la mano  
como en este aviso.

L.T. 9105867

**IBM**®  
IBM DEL PERU S.A.

# LIBRE COMPETENCIA, PRIVATIZACION Y DESMONOPOLIZACION

Alejandro Alfageme Rodríguez Larraín  
Presidente de la Comisión de la Libre  
Competencia del INDECOPI

*El tema de la privatización de las empresas estatales ha cobrado en los últimos tiempos singular importancia, no sólo en el Perú, sino también a nivel mundial. La liberalización de nuestra economía se enmarca en la asunción y puesta en práctica, alrededor del orbe, de los principios propios de la competencia y el mercado. Por ello, como señala el autor de este artículo, en países como China o Rusia se llevan a cabo -tal como en el Perú- procesos de privatización de empresas públicas. En este trabajo Alejandro Alfageme, Presidente de la Comisión de la Libre Competencia del INDECOPI, con la autoridad que su cargo le da para tratar estos temas, resalta la importancia que tiene la desmonopolización de nuestras empresas públicas para el logro de una economía sana. Para ello nos introduce al tema a través de una declaración de los principios liberales que, a su entender, deben regir el mercado y la economía peruanas, recalcando las bondades que en términos de eficiencia y eficacia tienen la libre competencia en un marco de acceso al mercado sin restricciones basadas en monopolios o posiciones de dominio. Con un lenguaje sencillo y didáctico, el autor justifica la opción legislativa y jurídica de corte liberal sobre la base de argumentos relacionados más bien con la economía, de tal forma que los fenómenos económicos resultan accesibles a cualquier persona que desconoce esta disciplina. Por todas estas razones, el presente artículo es sin duda muy atractivo para quien -careciendo de perspectiva económica- quiera iniciarse en la comprensión del tema de la competencia, la privatización y la desmonopolización.*

La economía de mercado y la competencia no sólo contribuyen magníficamente al objetivo de la prosperidad, sino también al de libertad en las democracias modernas. La aspiración a la libertad cívica surge al comienzo de la era contemporánea. El individuo se concibe a sí mismo como sujeto en el mundo, que quiere conformar según sus ideas, y utilizar los frutos de su trabajo siguiendo sus gustos y propósitos. De ello resultan reivindicaciones de autodeterminación, libertad de obrar y derechos de propiedad, ya formulados por el filósofo moralista escocés del siglo XVIII, Adam Smith, que hasta hoy son elementos fundamentales de la libertad cívica.

La filosofía francesa estableció luego la correlación entre libertad burguesa y libertad política. Montesquieu proclamó la división de poderes aminoradora del poder y Rousseau la igualdad entre los hombres; junto a la reivindicación de libertad económica aparece la de libertad política, y junto al burgués, el ciudadano. Desde Emmanuel Kant hay que entender la libertad como libertad del individuo humano. Según Kant, el ser humano es libre de emprender algo de por sí sin dejarse guiar por sus afectos. El ser humano tiene libre albedrío para obrar moralmente. Pero el acceso de la libertad de querer a la libertad de obrar depende esencialmente de los límites que la sociedad imponga al individuo. Esos límites los explica tal como sigue el filósofo y economista inglés Stuart Mill (1806-1873): «La única libertad que merece tal nombre es la de perseguir nuestro bien a nuestro modo, sin privar a otro del suyo, ni obstaculizar sus gestiones para conseguirlo». Por tanto, el individuo tiene libertad de acción, o sea, autonomía privada, cuando él mismo puede determinar sus fines y perseguirlos siguiendo su propio camino.

Pero si alguien es apartado de sus fines y camino contra su voluntad por otro, es que «un poder» ha entrado en juego. El sociólogo alemán Max Weber (1864-1920) definió el poder como oportunidad de imponer la voluntad del poderoso, incluso frente a los que se oponen. Así se menoscaba la capacidad creativa y el ingenio del ser humano, y se predetermina su futuro de por sí abierto.

La economía de mercado y la competencia reducen a un mínimo el poder económico, y a la postre el poder social y el poder político generados por él, pues la competencia descentraliza y cuestiona el poder. Se descentraliza el poder social desde el momento en que el Estado se abstiene de actividad empresarial propia y deja los mercados a entes privados, pues él no debe ser actor y árbitro a la vez. Cabría considerar esto incluso como primera división del poder en una sociedad libre. Análogamente al poder político en las democracias, que siempre y únicamente se concede por tiempo mediante elecciones, también el poder económico se atribuye por tiempo mediante la competencia, y sólo en tanto los económicamente débiles conserven su libertad de acción.

En consecuencia, la democracia por un lado, y por otro, la economía de mercado y la competencia, son cara y cruz de una misma medalla: «la sociedad libre». Si falta sólo una de ambas, entonces queda restringida la libertad. Los contrarios a la libertad conocen muy bien semejante conexión: siempre metieron la mano a la economía de mercado y a la competencia cuando querían atacar la libertad. Por eso el postulado de la libertad requiere que se proteja y mantenga la competencia.

La protección de la libertad en la esfera económica tiene el mismo rango que su protección en la esfera política. Una y otra incumben a la ley. Esta ha de establecer y asegurar las condiciones que posibiliten la libertad. La ley debe garantizar la autonomía privada con el fin de que los mercados se encaucen ellos mismos mediante la competencia. Esto comprende también la protección de la competencia frente a los participantes en el mercado, que podrían restringirla o anularla escudados en la economía privada.

De otro lado es importante comprender que las prácticas restrictivas de la competencia o concurrencia, como también se le puede llamar, son prácticas a las que recurren las empresas para lograr una posición dominante en el mercado. La posición dominante en el mercado es una situación análoga a la del monopolista, es decir una empresa que se encuentra sola en un mercado determinado y puede así aprovechar plenamente su

capacidad negociadora frente a sus agentes de ventas y a los consumidores de los bienes y servicios que ofrece. Un monopolista puede decidir el precio de venta que le permitirá obtener un beneficio máximo sin que los competidores, ofreciendo un precio más bajo, puedan apoderarse automáticamente del mercado.

Para obtener una posición de monopolio o una posición dominante en el mercado, una empresa tiene dos posibilidades. O bien trata de ser la mayor o la única empresa que abastece el mercado, utilizando ciertas prácticas comerciales restrictivas destinadas a aumentar su poder de mercado, o bien llega a un acuerdo con los competidores existentes (aquellos que venden los mismos bienes o servicios) para fijar el precio y repartirse los mercados, que es lo que se denomina acuerdo de cartel o, como preferimos, prácticas colusorias restrictivas de la competencia, en las que pueden ubicarse las licitaciones colusorias que utilizan con frecuencia las empresas en los procedimientos de licitación relacionados con los contratos del sector público, y que causan pérdidas directas a la administración e indirectas al contribuyente. Las principales características de estas licitaciones, como se señala en el documento de la UNCTAD TD/B/RBP/12/Rev. 1, son la fijación de precios y el reparto de mercados.

Respecto de los monopolios, es pertinente señalar que para convencer de la necesidad de efectuar reformas estructurales en el Perú y en cualquier otro país en desarrollo o en otros países que lo requieran, no basta con una reflexión sobre los beneficios de la introducción de la competencia. También hay que mostrar los perjuicios de seguir manteniendo las actuales situaciones monopólicas o de falta de competencia.

Es previsible que las empresas que viven al abrigo de la competencia reaccionen vigorosamente contra cualquier propuesta de liberalización, destacando las desventajas posibles de la competencia y, sobre todo, señalando los costos de pasar de una situación a otra. Aunque sabemos que esos costos -si es que se producen- no son costos ni para el consumidor ni tampoco para otras empresas, las empresas que disfrutaban de restricciones a la competencia se ocuparán de presentarlos como costos que deberán ser soportados por toda la sociedad. Por eso es importante evaluar los costos que derivarían de dejar las cosas tal y como pretenden esas empresas.

En primer lugar, para el consumidor, mantener esa situación supondría no poder comprar los servicios a aquellas empresas que estarían dispuestas

a ofrecérselos más baratos, viéndose forzados a continuar pagándolos más caros al monopolista. Esta situación no tiene sólo un efecto general a nivel macroeconómico -un IPC más alto- sino que tiene repercusiones a nivel individual y de economía familiar. Utilizando el lenguaje de los economistas podemos decir que el poder de compra sería menor y se reduciría la capacidad de consumo y ahorro de las familias.

Pero se puede utilizar un lenguaje más claro. Mantener las restricciones a la competencia significa que el mismo salario que reciben los miembros de una familia, les sirve para hacer o adquirir menos cosas. Pagar el teléfono más caro, pagar los servicios locales a un precio mayor, pagar más cara la energía eléctrica, pagar más caros los productos farmacéuticos, etc., todo ello significa para el consumidor que le queda menos dinero para hacer mejoras en su casa, pagar una mejor educación a sus hijos, vestir mejor o incluso poder ahorrar algo para tener en su vejez un suplemento de renta adicional a la pensión a que tenga derecho. Puede así sostenerse que los monopolios y las restricciones a la competencia impiden mejorar la calidad y el nivel de vida de los ciudadanos de un país.

El otro gran daño de los monopolios -de la falta de competencia- se produce sobre el empleo. En la medida en que los monopolios aumentan los costos de las empresas, se reducen las posibilidades de crear empresas internacionalmente competitivas y ello supone que hay menos oportunidades de crear empleo de las que habría en una situación de competencia; esto porque el daño mayor es el que se hace al impedir la creación de empresas que en otras condiciones se estarían creando y, por tanto, que estarían creando empleo. Esto tiene consecuencias también para las políticas públicas ya que, en la medida en que aumentase el número de empresas industriales y aumentase el empleo, los ingresos públicos podrían aumentar de forma notable y eso permitiría aumentar los gastos en educación, en sanidad, y en infraestructura. Esto es, que el Estado pueda cumplir con más eficiencia y eficacia su verdadero rol en la economía de un país.

Por otro lado, las restricciones a la competencia que imponen los monopolios impiden el crecimiento económico de un país porque detienen prematuramente las fases de expansión. Al limitar el crecimiento económico del país en los momentos de auge -ya que no se deja a otros operadores entrar a actuar-, los monopolios y las restricciones a la competencia se convierten en factores limitativos al crecimiento, pues generan burbujas espe-

culativas y aumentos de precios que impiden mantener el período de expansión.

Los monopolios también impiden la innovación. Aunque se piense que las empresas monopolísticas dedican muchos recursos a la investigación, cuando se observan los resultados obtenidos, estos son más bien mediocres. Esto porque las restricciones a la competencia reducen los estímulos a inventar nuevos productos, aplicar nuevos procesos, y a mejorar los procesos de producción.

Así, si se quiere aumentar el bienestar de los ciudadanos y la riqueza de un país, la competencia debe ser la regla. Es cierto que puede haber excepciones, pero aún admitiendo que el monopolio tiene sentido, es evidente que no lo tiene en la mayoría de los casos. Por eso, la competencia debe ser la norma y el monopolio la excepción.

Mayores alcances sobre una experiencia en esta materia, en particular sobre los monopolios públicos en el sector servicios, puede encontrarse en el documento *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, elaborado por el Tribunal de Defensa de la Competencia de España. Es interesante, por ejemplo, el comentario de ese tribunal respecto a qué podría pasar de hecho con la cuota de mercado de Telefónica si se aprueba la liberalización de las telecomunicaciones. Sobre el particular, se señala que el ejemplo inglés indica que después de casi una década, la cuota de mercado de British Telecom se mantiene aún en niveles altísimos -en torno al 90%-Se precisa que, al mismo tiempo, el mayor crecimiento del mercado inducido por la liberalización ha compensado en exceso la pérdida de cuota. Indica, asimismo, que antes de la introducción de la competencia, British Telecom era una empresa más atrasada que Telefónica; y que hoy, debido al asalto en competitividad, está preparada para competir en los mercados más difíciles, como el de Estados Unidos.

Todo lo anterior es lo que justifica la necesidad de contar con disposiciones como la del Decreto Legislativo N° 701, y la existencia de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI.

Entrando en la materia de interés, expresaremos que de conformidad con las recomendaciones del Grupo Especial de Trabajo sobre Experiencias Comparadas en Materia de Privatización de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, la privatización de ciertos sectores abiertos debe completarse con medidas destinadas a impedir que los monopolios públicos se conviertan simplemente en monopolios privados,

lo que mermaría el potencial de incremento de la eficiencia que debería ofrecer la privatización.

El fomento de la libre competencia es de importancia crucial para el éxito de la privatización. Así, aunque la propiedad es importante, la competencia lo es todavía más para conseguir un aumento de la eficiencia.

Pero las posibilidades en este campo, para la promoción de la competencia, pueden variar. Así, y como primer paso hacia la privatización, las empresas públicas pueden ser expuestas a la competencia (desmonopolizadas) liberalizando las barreras reglamentarias a la entrada, suprimiendo las subvenciones a las empresas públicas, sometiendo a éstas a controles de prácticas comerciales restrictivas o fraccionando las grandes empresas públicas para reducir su poder de mercado.

También cabe la posibilidad de adoptar estas medidas en el momento de la privatización, evitando de esta manera que los monopolios públicos se transformen en monopolios privados. Asimismo, pueden elegirse las condiciones de privatización con miras a lograr una competencia máxima.

Una tercera posibilidad consiste en mantener, o incluso reforzar, la posición monopolística de la empresa pública, o adoptar algunas medidas que le otorguen un poder de mercado hasta después de que quede privatizada, pero eliminando estas medidas en una posterior etapa.

## **DESMONOPOLIZACION ANTES DE LA PRIVATIZACION**

En China, por ejemplo, la reducción de los beneficios registrados en sectores en los que ha quedado eliminado el poder monopolístico de las empresas públicas y que se han abierto a un gran número de empresas privadas parece indicar que se ha intensificado la competencia en esos sectores.

En México, de conformidad con la Comisión Federal de la Competencia, se ha anunciado que, cuando termine el monopolio estatal de las telecomunicaciones, los usuarios podrán pasarse a proveedores rivales de servicios a larga distancia, sin tener que utilizar códigos especiales de acceso, y tendrán que autorizarse en breve plazo las interconexiones entre los competidores a larga distancia y las redes locales. Este país ha impuesto también controles de prácticas comerciales restrictivas contra el comportamiento de los monopolios estatales. En virtud de la nueva ley mexicana sobre la

materia, si bien las «actividades estratégicas» de las empresas públicas (en sectores reservados por ley) no pertenecen a la jurisdicción de la autoridad encargada de la competencia, las actividades de las empresas públicas en otras esferas están sometidas al control de prácticas comerciales restrictivas, en tanto que las autoridades de ámbito federal, estatal y municipal deben atenerse a la Ley de Competencia Económica al otorgar concesiones para estaciones de servicio a todos los mexicanos sin discriminación.

La situación en el Perú es que la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia es de aplicación «a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas», como lo establece el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 701.

Eso ha permitido que la autoridad en materia de competencia en el país, la Comisión de Libre Competencia, haya conocido y pueda investigar, sin limitación alguna, la comisión de conductas anticompetitivas por parte de las empresas del Estado, como en efecto lo ha efectuado en los casos de la Empresa Nacional de Puertos (ENAPU) y de la Empresa Nacional de Comercialización de la Coca S.A. (ENACO).

Es importante comentar el primer caso que fue resuelto por la Resolución N° 014-93-INDECOPI/CLC, del 23 de diciembre de 1993, que apelada por ENAPU Y fue confirmada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual. La Resolución declara fundada la denuncia interpuesta por la empresa Servicios Técnicos Marítimos S.A., por abuso de posición de dominio, en cuanto a que «la actividad que desempeña la Comisión de Promoción de la Inversión Privada y el Comité Especial de Privatización de ENAPU (CEPRI-ENAPU), en nada se opone a la actividad que desarrolla la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, en su labor de velar por que no se infrinjan las disposiciones contenidas en la Ley que prohíbe las prácticas monopólicas, restrictivas y controlistas de la libre competencia, dado que ni el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, ni en su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 070-92-PCM, se exceptúa a las empresas sujetas al régimen de privatización de cumplir las normas que rigen la libre competencia en el mercado».

Se señala también en la mencionada Resolución que «se debe distinguir claramente entre un pro-

ceso de privatización y el cumplimiento del entorno normativo vigente. COPRI es competente para decidir todo aquello referente a las actividades, servicios, bienes y derechos, tangibles e intangibles de ENAPU. Pero de ninguna manera es competente para decidir acerca de actividades, bienes y servicios que no le corresponden a dicha empresa». Agrega que «por ello, COPRI será competente para decidir acerca del proceso de privatización de los remolcadores de ENAPU, o del servicio de remolque que presta ENAPU con esos remolcadores, pero de ninguna manera podrá adoptar decisiones respecto del servicio de remolque en general en el área adyacente al Terminal Marítimo del Callao, por cuanto ENAPU no tiene actualmente ningún derecho exclusivo sobre él».

Asimismo, la Resolución indica que «en este orden de ideas, la Comisión no está interfiriendo con el proceso de privatización que el CEPRI de ENAPU y la COPRI realizan en dicha empresa, por cuanto no se está resolviendo nada respecto de los derechos que tiene la denunciada sobre los remolcadores de su propiedad y a prestar dicho servicio en las condiciones de oportunidad, calidad y precio que considere convenientes, dentro de un mercado en el que prime la libre competencia»; y que «la competencia de la Comisión está restringida a velar por que empresas como la denunciada respeten las normas de libre competencia y no abusen de su posición de dominio en el mercado».

## **DESMONOPOLIZACION EN EL MOMENTO DE LA PRIVATIZACION**

El programa de desmonopolización de la economía rusa se está llevando a cabo paralelamente con la privatización de las empresas públicas. En algunos países, las autoridades de control de las prácticas comerciales restrictivas han intervenido para garantizar que la privatización se lleve a cabo de manera tal que salvaguarde la competencia o impida los abusos.

En Alemania, por ejemplo, la Oficina Federal de Cárteles ha intervenido en varias ocasiones ante la *Treuhandanstalt* (organismo de privatización en las regiones orientales) para manifestar su oposición a la venta de una empresa pública a un comprador que domina el mercado. En una ocasión, tuvo que efectuar un control de fusión para impedir esa venta.

En la antigua Checoslovaquia, la autoridad encargada de la competencia autorizó a un consorcio franco-suizo para adquirir una participación mayoritaria en una empresa pública de fabricación

de chocolates que tenía una posición monopolística, con la condición de que los precios no se elevaran más de un 50% por encima del costo de los suministros durante los cinco años siguientes.

El propio proceso de privatización se ha llevado a cabo a veces de modo competitivo. Así, por ejemplo, en Rusia, la «privatización en pequeña escala» (de pequeñas empresas) se ha realizado principalmente por concursos públicos o subastas, así como mediante la venta de activos a los empresarios que ya eran arrendatarios. Las pequeñas empresas privatizadas representan más de las dos terceras partes de las empresas privatizadas hasta la fecha. Al respecto, el Grupo Especial de Trabajo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha recomendado que siempre que sea posible se recurra a la licitación, tanto si se trata de opciones sin venta como de opciones con venta. El éxito de una licitación dependerá naturalmente de que haya una competencia suficiente para lograr el contrato y de que los poderes públicos sean capaces de garantizar que el proceso de licitación no entrañe colusión ni comportamiento exclusivo. Las autoridades encargadas de la defensa de la competencia pueden tener un papel importante que desempeñar en este respecto.

Sin embargo, hasta la fecha, aunque la promoción de la competencia ha sido uno de los objetivos declarados o implícitos de la privatización, en muchos países en desarrollo y otros países a menudo no se le ha atribuido en la práctica mucha importancia; con frecuencia, se ha mantenido y hasta reforzado la concentración en el mercado, especialmente cuando las empresas privatizadas eran grandes y tenían una fuerte posición en el mercado.

Rara vez se ha aplicado procedimientos o medidas específicas de evaluación para determinar si los monopolios no están siendo meramente transformados en monopolios privados, incluso en aquellos países en desarrollo que cuentan con leyes de defensa e la competencia. A menudo las autoridades encargadas de la competencia no tienen atribuciones para supervisar el proceso de privatización, ni siquiera para celebrar consultas con las autoridades que se encargaron de la privatización. Tal vez esto se deba a que se ha supuesto que la combinación de privatización y reducción de las barreras reguladoras a la entrada en el mercado, así como el proceso general de reforma económica, bastarán para garantizar el desarrollo de fuerzas competitivas en el mercado.

También puede haber poca disposición a fraccionar las grandes empresas públicas que se privati-

cen, pues esto podría dificultar su venta o reducir su precio de venta, su inclinación a invertir o su eficiencia o la disposición de los compradores a seguir invirtiendo en ellas.

No obstante, no hay que perder de vista que el fraccionamiento de empresas públicas que se va a privatizar podría reportar a veces beneficios considerables en cuanto a la competencia y la eficiencia, así como contribuir a atraer más inversionistas.

La cuestión de la desmonopolización también está estrechamente vinculada a la cuestión de la gestión de las empresas. Una manera de lograr que las empresas privatizadas estén controladas por los más aptos para administrarlas sería, como en las privatizaciones francesas, velar por que haya un «núcleo» de inversionistas (locales o extranjeros) con una participación mayoritaria.

Esto no descartaría la posibilidad de que en la privatización de algunas empresas del Estado peruano que por su vinculación a sectores básicos o fundamentales de la economía, e incluso por su ubicación, se propugne que una importante participación en su accionariado sea de propiedad de nacionales. Ello, que de ninguna manera puede ser entendido como limitación de acceso al mercado, se puede lograr con programas como los de Promoción Empresarial y Participación Ciudadana.

Por otra parte, pueden agravarse los problemas de la competencia cuando los adquirentes han obtenido a menudo de los gobiernos precios reducidos, incentivos, subvenciones o una protección regulatoria como condición para la compra de una empresa pública. Estos acuerdos pueden ser inevitables en algunas circunstancias, pero deberían ser supervisados por las autoridades encargadas de la defensa de la competencia para tratar de reducir a un mínimo los peligros para la competencia. Por ejemplo, en la antigua Checoslovaquia, un acuerdo entre el Gobierno y una empresa conjunta compuesta por la administración de telecomunicaciones y dos empresas de telecomunicaciones de los Estados Unidos, por el que se concedía a esa empresa un monopolio de 20 años en los servicios telefónicos celulares y una licencia no exclusiva de 10 años para los servicios de información, fue aprobado por la autoridad de defensa de la competencia porque eran necesarias grandes inversiones, pero esa autoridad se negó a aprobar la concesión de derechos exclusivos de comercialización de esos servicios debido a que eso constituía un peligro para la competencia futura.

## DESMONOPOLIZACION CON POSTERIORIDAD A LA PRIVATIZACION

Los controles de prácticas comerciales restrictivas con posterioridad a la privatización pueden contribuir a compensar la falta de desmonopolización antes de la privatización o durante ésta. En principio, los controles de prácticas comerciales restrictivas aplicados a empresas privatizadas deberían ser los mismos que se efectúan con cualquier otra empresa. Sin embargo, las autoridades encargadas de la competencia pueden tener que prestar especial atención cuando una firma privatizada retiene una posición dominante en el mercado debido, por ejemplo, a su gran tamaño, a los nombres conocidos de sus productos, a su fuerza financiera (que le permite observar un comportamiento abusivo), a la integración vertical, a los acuerdos de exclusividad vertical, a las subvenciones o a la protección prevista en la reglamentación. Ahora bien, este control posterior a la privatización sería más fácil de llevar a cabo si se tomaran anticipadamente medidas apropiadas mientras el estado fuera el propietario de la empresa. Esto se aplica, en particular, a las medidas estructurales destinadas a fragmentar a la empresa, que normalmente las autoridades encargadas de la competencia se resisten a imponer a empresas del sector privado. Por regla general, cuanto antes se tomen medidas de desmonopolización, mejor. En comparación con la desmonopolización posterior a la privatización, las medidas de desmonopolización adoptadas en el momento de la privatización suelen constituir una mejor solución. No obstante, los cambios radicales que entraña para la empresa combinar la privatización con la desmonopolización pueden a veces desestabilizar la empresa y colocarla en una situación de desventaja competitiva en el mercado. Por otra parte, las presiones que ejercen los adquirentes potenciales de una empresa pública pueden dificultar la puesta en práctica de la desmonopolización en el momento de la privatización.

En cambio, la desmonopolización anterior a la privatización (en particular si se lleva a cabo de modo escalonado y se combina con reformas destinadas a incrementar la eficiencia) ofrecería a la empresa pública la oportunidad de prepararse para resistir a todo el impacto de la competencia como empresa del sector privado. Los poderes públicos deberían, pues, estimular una competencia más eficaz a largo plazo en el mercado, sin estar sometidos a presiones inmediatas por la necesidad de dar satisfacción a los adquirentes potenciales y elevar al máximo el precio de venta de la empresa pública. Además, la desmonopolización anterior a la privatización brindaría a las autorida-

des encargadas de la competencia una mejor oportunidad para familiarizarse con la situación de competencia en el sector correspondiente, y este conocimiento del mercado podría utilizarse para formular recomendaciones sobre la forma de privatizar una empresa pública de manera que potencie la competencia.

En Polonia, por ejemplo, se llevan a cabo estudios y análisis de mercados sobre las perspectivas de determinados sectores industriales para ayudar a elegir el método y la estrategia de privatización y aplicar una política de fomento a la inversión extranjera.

Es importante tener presente que la necesidad de desmonopolizar las empresas públicas antes de su privatización es tanto más acuciante cuanto que el proceso de privatización ha resultado a menudo difícil y lento en los países en desarrollo y otros países, especialmente en el caso de las grandes empresas públicas.

Asimismo, consideramos necesario tener en cuenta que, en general, los inversionistas extran-

jeros no se opondrán a que se los someta a las normas sobre la competencia si éstas se ajustan ampliamente a los principios universales sobre competencia y si se las aplica de una manera rápida y flexible, teniendo plenamente en cuenta las consideraciones relativas a la eficiencia. También pueden acoger con satisfacción la aplicación de las normas sobre competencia para controlar las prácticas comerciales restrictivas de sus competidores. Asimismo, el control de las prácticas comerciales restrictivas debe refrenar el comportamiento anticompetitivo de las empresas ya establecidas como reacción ante la entrada al mercado de inversionistas extranjeros.

Por último, es pertinente señalar que la necesidad de garantizar que la fragmentación de empresas del Estado no pueda revertirse, causando un perjuicio a la competencia, hace necesario incluir en la legislación del país disposiciones que regulen las operaciones de concentración que puedan impedir de forma significativa la competencia efectiva en todo el mercado o en una parte sustancial del mismo.

**¿Es Ud. un buen ejecutivo?  
¡ Cuide su empresa !**

**¿Ud. desea seguir siendo un buen ejecutivo?  
¡ Cuide su salud !**

Nosotros hemos preparado para Ud. un control de salud dirigido a los problemas cardiovasculares, producidos por el stress del mundo gerencial que termina en:

- Aumento de colesterol.
- Hipertensión arterial.

que a su vez causa los INFARTOS, ARRITMIAS Y RUPTURA DE VASOS CEREBRALES.

Clínica "Los Olivos" de San Isidro le ofrece los servicios de:

- Holter de 24 horas (electrocardiograma de 24 horas)
- M.A.P.A. (Monitoreo computarizado de presión arterial durante 24 horas).
- Prueba de esfuerzo en faja.
- Su informe computarizado en un tiempo mínimo.

Nota: Puede traer carta de garantía de su empresa.

**Cardiólogo** : Dr. Percy Salomón

**Medicina General** : Dr. Enrique Colmenares



**Vale por una consulta gratis**

**Clínica "Los Olivos" de San Isidro**

Calle Los Olivos 364 San Isidro  
(a 1/2 Cdra. de Javier Prado y Camino Real)

*... al cuidado de la salud  
sin límite de edad.*

# LA TITULARIZACION

Juan Antonio Buendía Sardón  
Abogado  
Master en Administración de Empresas  
ESAN

*El dinamismo que ha experimentado en los últimos años nuestro mercado de capitales y la creciente necesidad que tienen las empresas y los particulares de obtener financiamiento a menor costo son factores que indudablemente obligan a los profesionales del Derecho y la Economía a pensar en la introducción en nuestro país de nuevos instrumentos financieros.*

*Entre ellos, la titularización se presenta como una alternativa que merece atención. En términos generales, la titularización o securitización es un mecanismo por el que se empaacan activos con los que se garantizan títulos emitidos por empresas especializadas, que pueden negociarse en el mercado. El sistema es, sin duda, novedoso en nuestro medio y parece aconsejable su legislación.*

*A lo largo del trabajo, el autor analiza los requisitos, los participantes en el proceso y sus características, pero también dedica su atención a la forma cómo se ha regulado la figura en los países industrializados, así como en Chile y Colombia. La perspectiva es esencialmente práctica y presenta gran interés para los profesionales vinculados a la actividad empresarial.*

El término castellano de titularización o titulización<sup>1</sup> hace referencia al proceso de *securitisation*<sup>2</sup> o securitización, como suele castellanizarse la expresión, a través del cual se agrupan y empaacan cuentas por pagar, préstamos u otros activos financieros para emitir contra ellos títulos de deuda usando con este fin empresas especialmente constituidas o un fideicomiso. Este mecanismo de financiamiento tiene su antecedente más directo en el empaquetamiento de hipotecas residenciales en los Estados Unidos hace aproximadamente veinte años. Desde esa fecha a la actualidad se han realizado titularizaciones sobre una gran diversidad de activos, llegando a tener esta modalidad de financiamiento un gran impacto en el mercado de capitales. Los fondos pueden provenir de instituciones financieras, individualmente o a través de un sindicato, del mercado de dinero cuando se emiten papeles comerciales o del mercado de capitales.

Muchos de los países de la región disponen ya de legislaciones que permiten la realización de este tipo de operaciones, cuya implementación en el país esperamos se haga en el corto plazo. En este contexto el presente artículo tiene dos objetivos: proveer al profesional del Derecho del marco conceptual y jurídico fundamental para entender este tipo de operaciones, así como proponer los lineamientos que debería acoger el legislador en el país, a la luz de la legislación comparada y nuestra propia tradición jurídica.

<sup>1</sup> Es el término usado en España.

<sup>2</sup> O *securitization*, como también se suele escribir.

Para estos efectos, el artículo ha sido dividido en cuatro partes. La primera está destinada a explicar los conceptos y fundamentos básicos de la titularización; la segunda, a conocer las diversas áreas del Derecho involucradas en estas operaciones y el modo como la titularización ha sido tratada por las legislaciones norteamericana, francesa, japonesa, española, colombiana y chilena; la tercera parte propone los derroteros que debería acoger la titularización en el país dentro del marco jurídico nacional, para finalmente, en la cuarta parte, proveer al lector de una visión del futuro de estas operaciones y de cómo el desarrollo económico y la globalización de mercados las afectará.

Antes de entrar en materia, creo necesario explicar el porqué de la inclusión de un artículo como éste en una revista especializada de Derecho, siendo un tema que podría ser calificado como esencialmente financiero. La realidad es que no sólo será necesario un número reducido de abogados que puedan dialogar con financistas y economistas para plasmar una norma sobre la que en el futuro los profesionales del Derecho no van a tener nada que decir. Muy por el contrario, la estructuración de servicios financieros tan complejos como la titularización va a requerir de abogados especializados en el diseño de productos financieros, que entiendan a plenitud los costos y los beneficios de éstos y otros productos financieros.

En este sentido, el artículo no sólo supone su lectura por abogados conocedores de este mecanismo; sino, principalmente, por estudiantes y profesionales que deseen tomar conocimiento de este tema, casi por completo desconocido en el país. Por ello la argumentación no se limita a los aspectos jurídicos, sino que pretende comunicar algunos conceptos financieros que suelen resultar arduos para el profesional de las letras y que le serán de utilidad en la vida práctica.

## I. CONCEPTOS BASICOS

En esta primera parte se exponen inicialmente los agentes de la titularización y los objetos de la mis-

ma, para luego explicar los esquemas básicos que suele adoptar este proceso. Finalmente, se hace un breve resumen de las ventajas que tiene.

### 1. Participantes de la titularización

Tal vez prematuramente, comenzaremos describiendo los distintos roles que cubren los participantes en una titularización, antes de detallar los esquemas básicos bajo los cuales suelen estructurarse dichos procesos. Si resulta más cómodo al lector, puede comenzar por los esquemas básicos que se tocan posteriormente.

#### 1.1. Originadores<sup>3</sup> o constituyentes

Los originadores son las empresas propietarias de los activos financieros que van a ser destinados a la titularización. Entre ellos podemos considerar a los brazos financieros de las empresas comercializadoras, las mismas empresas comercializadoras, bancos comerciales, instituciones de ahorro y crédito, líneas aéreas e incluso empresas manufactureras, de seguros y otras.

Algunas legislaciones no obligan a la presencia desde un inicio del originador, pues se pueden estructurar procesos a partir "de la conformación de fondos comunes especiales o de fondos de valores, porque allí, de alguna manera, el esquema inicial se invierte; esto es, primero se obtienen los recursos líquidos de los interesados en la constitución del fondo y con ellos se adquieren los bienes que han de conformar el patrimonio. No se transfieren los bienes para obtener los recursos, sino que se colocan estos para adquirir los bienes"<sup>4</sup>.

#### 1.2 La administradora<sup>5</sup>

Suele ser el mismo originador o una filial de éste. Es la entidad responsable de administrar la cartera, recaudar los flujos provenientes de los activos y emitir regularmente los informes correspondientes al fideicomisario y a los inversionistas, según el caso.

<sup>3</sup> El término inglés es *originators*. Como la bibliografía consultada está mayormente en lengua inglesa, se procurará dar al lector la denominación inglesa de los principales términos, no sólo porque algunos carecen de traducción al español, sino también para facilitarle un estudio más detallado de otras fuentes posteriormente.

<sup>4</sup> Conferencia dictada por el doctor Sergio Rodríguez Azuero, Presidente de la Asociación de Fiduciarias de Colombia, en el IV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso. Santafé de Bogotá D.C., agosto 25 de 1994, p. 4.

<sup>5</sup> El término inglés es *servicer*.

### 1.3. El emisor<sup>6</sup> o agente

Es la entidad que emite los nuevos valores. Puede ser una empresa especializada en titularización, una empresa especialmente creada con ese fin (llamada también sociedad de quiebra remota<sup>7</sup>), una sociedad fiduciaria o una institución financiera; dependiendo de las características de la emisión y la legislación aplicable.

Cuando se trata de sociedades de quiebra remota, éstas no pueden incurrir en otro tipo de actividad o deuda que las relacionadas con la titularización misma; de modo que se asegura al inversionista que los activos titularizados no se verán afectados por la quiebra de la sociedad. Tres son las notas distintivas de estas empresas:

- a. Han sido constituidas con la única finalidad de facilitar la emisión de los títulos.
- b. Estas empresas carecen en la práctica de capital, pues la emisión está estructurada para ser suficientemente respaldada por los activos transferidos.
- c. Son por naturaleza temporales, en tanto no se haya cumplido con los términos de la emisión.

En algunos países, además de las responsabilidades de emisión de valores y recaudación y pago de los flujos generados, y del cumplimiento de los derechos incorporados en los títulos, el emisor llega incluso a convertirse en interlocutor de los inversionistas.

Las empresas especializadas<sup>8</sup> no necesariamente tienen relación con el originador, e incluso no son responsables de la administración de la cartera. Suelen operar a través de diferentes originadores y paquetes de activos en beneficio de las empresas medianas.

En la legislación de los EE.UU., como en otros ordenamientos, suele utilizarse también la fiducia<sup>9</sup>, clasificada dentro de uno de dos tipos: la fiducia en propiedad (*owner trust*) y la fiducia en garantía (*guarantor trust*); la primera es considerada como un socio para efectos impositivos, pues los intereses pagados a los inversionistas y los que pagan los deudores son registrados en el estado de ganancias y pérdidas del emisor; en tanto que en el segundo caso, los tenedores de los títulos son tratados como propietarios de los activos e impositivamente, como si los inversionistas recibieran un interés sobre los activos<sup>10</sup>.

### 1.4. Mecanismos de cobertura<sup>11</sup>

Estos mecanismos pueden convertir un mal paquete de activos en un papel de excelente calidad, y aunque suelen ser dados por el originador o el emisor, también pueden ser otorgados por una tercera parte. Muchas de las veces, un producto como éste es acompañado con más de un mecanismo. La legislación colombiana los clasifica como internos y externos<sup>12</sup>.

#### 1.4.1. Internos

- a. Subordinación de la emisión. El originador suscribe una porción de los valores emitidos a la que se imputarán hasta agotarla los siniestros o faltantes de los activos.
- b. Sobrecolateralización de la cartera. Cuando el valor de los activos excede el valor de los títulos emitidos.
- c. Exceso en el flujo de caja. Aquí, la cobertura está dada por la diferencia entre la tasa de interés que se pagará a los inversionistas y lo que se espera obtener.
- d. Sustitución de cartera. El originador se obliga a

<sup>6</sup> En inglés, *issuer*.

<sup>7</sup> La palabra inglesa es *bankruptcy remote* cuando la sociedad es constituida por el originador, en tanto que las sociedades constituidas por los *underwriters* son conocidas como *orphan subsidiaries*. Suelen aparecer como subsidiarias o filiales.

<sup>8</sup> En inglés, se suele usar el término *conduits* para referirse a ellas. Las más grandes son las agencias federales hipotecarias, y también existe la Small Business Administration (SBA) e incluso bancos de inversión especializados.

<sup>9</sup> *Trust* en inglés.

<sup>10</sup> Para más detalle, consultar PAVEL, Christine A. *Securitisation*. Probus, Chicago, 1989. pp. 36 y 37.

<sup>11</sup> En inglés se usa *credit enhancers* en referencia al vehículo que reduce el riesgo de crédito de la emisión.

<sup>12</sup> Op. cit 2, pp. 15 ss.

sustituir los créditos que varían de categoría por aumentar su riesgo.

e. Contratos de apertura de crédito. Permiten que el emisor maneje una cuenta bancaria establecida por el originador en favor del patrimonio autónomo.

#### 1.4.2. Externos

a. Aavales o garantías otorgadas por establecimientos de crédito.

b. Seguros de crédito.

c. Depósitos de dinero en garantía.

d. Contratos irrevocables de fiducia mercantil en garantía, constituidos sobre ciertos títulos de deuda de primera clase y cuyo valor presente cubra el valor ofrecido para el mecanismo de cobertura.

e. Aval del originador.

Estos mecanismos de cobertura se clasifican también por el tipo de riesgo que cubren. Así, tenemos mecanismos de cobertura contra:

a. Riesgo crediticio.

b. Riesgo de liquidez

c. Riesgo de interés.

d. Riesgo de reinversión, y

e. Riesgo de redención y prepago.

Esta última clasificación es de un carácter financieramente más técnico y propio ya que atiende a la estructuración misma, con un enfoque de identificación y neutralización de los distintos riesgos potenciales para el logro de una mejor calificación.

#### 1.5. Calificadoras de riesgo

La misión de estas instituciones es ofrecer a los inversionistas una calificación sobre el título a ser

emitido, basada tanto en la calidad de la cartera como en los mecanismos de cobertura. Dicha calificación se centra en tres criterios:

a. La probabilidad de que el emisor incumpla con sus obligaciones.

b. La naturaleza y provisiones sobre la obligación.

c. La posición relativa de la obligación en el caso de quiebra<sup>13</sup>.

#### 1.6. Fideicomisarios

Se suelen constituir en intermediarios entre el emisor y los inversionistas. En el caso peruano, su intervención es considerada por la Ley General de Sociedades<sup>14</sup>.

#### 1.7. La colocadora

Funciona como *underwriter* o suscriptor de los títulos a ser emitidos, y suele ser un banco de inversión. No son indispensables en la estructuración.

#### 1.8. El estructurador

Suele ser el mismo emisor.

### 2. Objetos de la titularización

Aquí describiremos algunos de los activos que suelen ser destinados a la titularización y los distintos tipos de papeles emitibles contra dichos activos.

#### 2.1. Activos destinados a la titularización

No todos los activos pueden ser objeto de una titularización. Depende mucho de las características de los créditos, los prestatarios originales, la situación de la misma empresa originadora y los costos relacionados con el proceso. Sin llegar a detalles que escapan a este artículo, a continuación se enumeran las características de un paquete ideal de activos para efectos de una titularización<sup>15</sup>:

a. Características definidas de los créditos.

<sup>13</sup> Op. cit. 8, p. 33. Esta división de internos y externos también se conoce como mecanismos de cobertura otorgados por el vendedor u otorgados por un tercero.

<sup>14</sup> Decreto Legislativo 311, Ley General de Sociedades, artículo 240°.

<sup>15</sup> Tomado por Christine A. Pavel de The First Boston Corporation, op. cit. 8, p. 33.

- b. Un patrón definido de pago y flujos de caja predecibles.
- c. Un promedio de madurez de los créditos de al menos un año.
- d. Baja morosidad e incobrabilidad.
- e. Amortización total.
- f. Diversos sujetos de crédito.
- g. Un alto valor de liquidación.

#### 21.1. Titularización de cuentas por pagar

Los casos típicos son hipotecas (la titularización misma tiene su origen en el empaquetado de hipotecas), créditos por venta de vehículos, tarjetas de crédito, créditos de consumo, etc. La bibliografía es amplia en cuanto al mecanismo de estructuración de titularizaciones para este tipo de activos.

#### 21.2. Titularización inmobiliaria

Las opciones aquí son variadas. Así, la legislación colombiana llega a distinguir hasta cinco productos diferentes a partir de la fiducia clásica<sup>16</sup>. Este esquema básico permitía inicialmente el traspaso de un inmueble a la entidad titularizadora, la que transformaba y enajenaba ulteriormente las unidades resultantes a los adquirientes finales, quienes solían tener el carácter de fideicomitentes adherentes.

Hoy, empero, se regulan adicionalmente: la llamada titularización inmobiliaria en garantía, que implica la constitución con un inmueble de un patrimonio autónomo con cuyo respaldo se emitirán los títulos de deuda; la titularización inmobiliaria en participación, que supone la asociación de los inversionistas al proyecto a través de la titularización; en tanto que, inversamente, la titularización de proyectos de construcción permite a los constructores emitir contra el flujo esperado del proyecto. Finalmente, bajo la legislación colombiana se pueden también formar fondos inmobiliarios para el financiamiento de diversas inversiones inmobiliarias: compra de inmuebles, construcción, compra de deuda hipotecaria, proyectos, etc.

#### 21.3. Titularización de flujos de caja

Para facilitar el financiamiento de proyectos de infraestructura de servicios públicos.

### 2.2. Tipos de títulos emitidos

El mecanismo de titularización puede ser estructurado mediante la emisión de títulos con las siguientes características:

a. Títulos de contenido crediticio. Son aquellos que representan una renta o suma determinable de dinero, principal e intereses, que debe ser cancelada por el patrimonio autónomo o el emisor.

b. Títulos de participación. Estos títulos representan partes alícuotas de los activos objeto de la titularización. El inversionista no obtiene en consecuencia un título de rendimiento, sino que participa de las utilidades o pérdidas que genere el paquete titularizado.

c. Títulos mixtos. Son aquellos que expresan una rentabilidad mínima o son amortizables.

### 3. Estructuras básicas de titularización

Muchas de las técnicas involucradas en un proceso de titularización tienen paralelo en transacciones que nos son usualmente familiares, como el *factoring*, el arrendamiento financiero (como técnica para separar la propiedad del financiamiento), el uso de vehículos especiales (como cuando se inicia un nuevo proyecto o se estructura un *joint-venture*). La nota distintiva es el empaquetado de activos financieros para tener acceso a fondos sin recurso o acción de regreso contra el originador o propietario original de la cartera.

En realidad, el término "titularización" es usado para hacer referencia a una gran variedad de tipos de estructuración de pasivos a partir de activos financieros con distintas connotaciones comerciales, financieras, contables y legales. En un sentido amplio<sup>17</sup> y sin llegar a ser una definición legal, sino un término meramente descriptivo, se lo utiliza para referirse en forma genérica a diversos títulos respaldados por activos<sup>18</sup> que involucran el uso de un vehículo especial<sup>19</sup> para la emisión, sea

<sup>16</sup> Op. cit. 2, p. 4.

<sup>17</sup> FLEMING, Donald, y Chris OAKLEY. "Securitization: a legal overview". En: *Securitisation*, setiembre 1994, p. 42.

<sup>18</sup> Op. cit. 8, pp. 4 ss.

<sup>19</sup> Entiéndase aquí el uso de sociedades de quiebra remota o fideicomisos.

este vehículo una empresa creada específicamente para la emisión, una entidad especializada en titularización o una institución financiera.

En un sentido más restringido se llega a limitar su uso al caso de la venta de cuentas por cobrar a una institución financiera, la que agrupa estos activos junto con otros activos pertenecientes a otras empresas y emite contra ellos<sup>20</sup>. El uso del término en sentido tan restringido obedece, como veremos luego, a como es regulada la titularización en algunos países.

Llegados a este punto, cabe hacer una atinencia. Suele distinguirse entre dos modalidades básicas de titularización: la denominada titularización con estructura de flujo de caja o titularización propiamente dicha, de las estructuras de valor de mercado.

La primera supone la utilización de una empresa distinta a la propietaria original de los activos financieros a titularizar. La segunda, en cambio, hace referencia a las emisiones de títulos por la propia originadora con respaldo en sus activos financieros, generalmente a través de deuda a largo plazo<sup>21</sup>. Este último caso es aplicable, por ejemplo, a las emisiones de obligaciones con garantía específica a las que obliga nuestro ordenamiento para las emisiones por encima del capital de la empresa<sup>22</sup>. La razón de esta obligación está en que el flujo de caja operativo de las empresas medianas suele ser variable y su capital insuficiente para justificar el préstamo de fondos sin garantía.

En los Estados Unidos se usan tres esquemas básicos de titularización: bonos respaldados por activos, pases a través y pagos a través<sup>23</sup>. Los dos primeros representan esquemas muy definidos, en tanto que el tercero constituye una modalidad mixta. Los esquemas básicos antes mencionados estructuran la emisión a través de sistemas de pago o de deuda. Un esquema de pago supone la

transferencia de la propiedad de los activos a titularizar hacia el inversionista en tanto que un esquema de deuda implica la utilización de estos como colateral, en garantía de los bonos o títulos que se emitan.

### 3.1. Pases a través o *pass-throughs*

El mecanismo de financiamiento se produce en este supuesto a través del empaquetamiento de activos financieros y su colocación bajo fiducia<sup>24</sup> (u otro vehículo, dependiendo de las distintas legislaciones), sobre la que se emiten títulos de propiedad que son vendidos a los inversionistas; de ahí el uso del término inglés *pass-throughs*.

En este sistema, se retiran los activos financieros de los libros de la empresa originadora y se destina el íntegro de los flujos de caja que generen a pagar a los inversionistas, quienes son propietarios del portafolio.

### 3.2. Bonos respaldados por activos o *asset-backed bonds*

Se trata de emisiones de bonos con señalamiento de garantía en los activos financieros o en las cuentas por cobrar del propio emisor. Así, los flujos generados por los activos no son destinados a servir los títulos emitidos y la emisión misma es registrada en los libros de la empresa como deuda. La emisión suele ser hecha usando una empresa financiera organizada con el sólo propósito de emitir los títulos y comprar los activos subyacentes con las ganancias<sup>25</sup>. Merece destacarse que, sin embargo, los activos permanecen dentro del balance consolidado del originador.

Un rasgo característico de este tipo de emisiones es que son usualmente sobrecolateralizadas; es decir, la emisión es respaldada por un monto mayor al de la propia emisión, estipulándose la adición de nuevos activos para los casos en que el

<sup>20</sup> MIAN, Sheehzad L., y Clifford W. SMITH, Jr. "Extending trade credit and financing receivables". En: *Journal of Applied Corporate Finance*, setiembre 1994, pp. 75 y ss.

<sup>21</sup> Se denomina como estructura de valor de mercado a esta segunda modalidad, debido a que es el valor de los activos el que garantiza la emisión de obligaciones y no el flujo de caja que generen.

<sup>22</sup> Decreto Legislativo 311, Ley General de Sociedades, artículo 226°.

<sup>23</sup> Los términos son traducciones literales de los usados en inglés, a falta de traducciones o términos correlativos en español. Así, se usa *bonos respaldados por activos* en vez de *asset-backed bonds*, *pase a través* en vez de *pass-throughs*, y *pago a través* en vez de *pay-throughs*.

<sup>24</sup> O *trust*, que es el término inglés.

<sup>25</sup> Este mecanismo es el que suele usarse para la emisión de papeles comerciales con respaldo de activos, modalidad con que suele titularizarse las cuentas por cobrar de tarjetas de crédito, automóviles y cuentas por cobrar comerciales. Op. cit. 8, p. 9.

monto del colateral caiga por debajo del valor de la emisión. Tres son los casos por los que se usa la sobrecolateralización: en primer lugar, porque la reducción de valor del sobrecolateral tiene un comportamiento distinto al de la emisión. Tal efecto se produce debido a que los pagos sobre los activos dados en garantía suelen incluir intereses y amortizaciones de capital, haciendo que el valor del colateral reduzca su magnitud más rápidamente que el de la emisión.

La segunda razón es que el sobrecolateral protege al inversionista de los retrasos y la falta de pago de los activos financieros dados en garantía. En último término, el exceso de colateral protege al inversionista de las variaciones en el valor de mercado que pudieran tener los activos titularizados entre dos distintas fechas.

### 3.3. Pagos a través o *pay-throughs*

Esta modalidad combina algunas características de las dos modalidades anteriores: el bono es emitido y respaldado por un paquete de activos financieros que, sin embargo, no salen del balance del emisor. A su vez el flujo de caja generado por dicho paquete es destinado al pago de las condiciones de la emisión, de modo similar al realizado en la modalidad de *pass-throughs*.

El uso de una u otra modalidad (de pago o de deuda) o variaciones de ambas dependerá del tipo de emisor, los activos a ser titularizados, así como de los aspectos legales, contables e impositivos con los que el emisor opere.

## 4. Estructuras básicas de titularización: otra visión

Con un enfoque algo distinto<sup>26</sup>, aunque con términos similares y por lo tanto a veces equívocos, se clasifican también los mecanismos de titularización bajo dos modalidades: modalidad de traspaso o traslado y modalidad de pago. La piedra de toque aquí está en la utilización de un vehículo especial por parte del originador para el traspaso de los activos a titularizar versus la venta de dichos activos a una entidad emisora.

### 4.1. Modalidad de traspaso o traslado

Esta modalidad implica la creación de un patrimonio autónomo - muchas veces a través de una

fiducia-, contra el que se emiten los títulos que representan la titularidad sobre el paquete. De esta manera se aíslan los activos de los libros del originador y de los del mismo emisor, reduciéndose así los riesgos de mala administración.

### 4.2. Modalidad de pago

Supone, como se dijo líneas arriba, la venta de los títulos a un emisor, quien suele ser -dependiendo del ordenamiento legal de cada país- una empresa especializada en titularización que incorpora entre sus activos los activos a titularizar. El efecto es que los activos transferidos pasan a responder por cualquiera de las obligaciones contraídas por el emisor.

La ventaja del originador es doble: obtiene rápidamente la liquidez necesaria y queda desvinculado de la operación.

## 5. Ventajas de la titularización

La principal ventaja de este mecanismo es que permite a los originadores transformar activos inmovilizados o de lenta rotación en efectivo; sin embargo no constituye la única. Abajo se enumeran algunas otras ventajas:

- a. Protege al originador del riesgo por variaciones en la tasa de interés.
- b. Incrementa y diversifica el número de prestatarios originales y de inversionistas.
- c. Crea un mecanismo de financiamiento permanente y eficiente.
- d. Permite al originador remover activos de su balance y mejorar sus indicadores financieros.
- e. Constituye un mecanismo orientado hacia fondos de mediano y largo plazo que se ajusta mejor a la estructura crediticia de muchos originadores.
- f. Permite disminuir costos para el comprador, producto de la oportunidad que tiene el originador de ofrecer el producto y el financiamiento versus dos transacciones distintas con empresas desvinculadas.
- g. Permite desarrollar y profundizar el mercado de capitales.

<sup>26</sup> Un cuarto enfoque, además de los arriba enumerados, clasifica a los procesos de titularización como títulos respaldados por activos, papeles comerciales respaldados por activos y préstamos respaldados por activos. HOPKIN, Richard. En: *Securitisation*, setiembre 1992, p. 11.

## II. ASPECTOS LEGALES

Líneas arriba se ha dado una idea de lo que constituyen los diversos mecanismos de titularización. Pasamos ahora a explicar, primero, los distintos aspectos que suele aconsejarse tener legalmente en cuenta en una titularización, para luego, explicar brevemente los mecanismos legales adoptados en algunos países. Como dentro de dicha explicación debiera incluirse el tratamiento que se da a aspectos muy diversos como la notificación a los prestatarios originales, la constitución de vehículos especiales, la consolidación de estados financieros, la protección a los inversionistas, los aspectos contables e impositivos, las normas de excepción e incluso los usos y costumbres, se limitará la discusión en este artículo a los aspectos más fundamentales, dejando los demás para un documento que, por su naturaleza, permita un tratamiento más detenido.

### 1. Algunos aspectos legales de consideración<sup>27</sup>

Muchas de las estructuraciones basadas en activos pueden involucrar distintos ordenamientos; es por ello que incluimos a modo de esquema básico de análisis los siguientes rubros:

#### 1.1. Vehículos especiales

Dependiendo de la legislación, puede requerirse la constitución de empresas especializadas en titularización, realizar las operaciones bajo un fideicomiso, o tener la posibilidad de formar empresas de quiebra remota, patrimonios autónomos, etc. Dichos vehículos pueden a su vez, estar sujetos a limitaciones legales, registros, aprobaciones, prohibiciones y comunicaciones muy diversas, que es necesario tener presentes.

#### 1.2. Arbitraje jurisdiccional

El conocimiento del contexto normativo del lugar donde va a realizarse la titularización y de la legislación aplicable en otros países, puede permitir al estructurador aprovechar las ventajas de otras legislaciones dentro de un proceso que se denomina arbitraje jurisdiccional.

En este análisis las consideraciones impositivas son de la mayor relevancia. La titularización pue-

de estar sujeta a impuestos como la renta, impuestos al valor agregado o a las ventas, dobles efectos impositivos y pagos por registro, pagos por transacciones en el mercado de valores u otras cargas. La imposición puede recaer tanto respecto a los activos titularizables como a los papeles a ser emitidos.

### 1.3. Transferencia de los activos

Nos referimos en este punto al modo como los activos empaquetados van a ser trasladados al emisor. Dependiendo de cada legislación puede usarse uno de varios mecanismos: novación, cesión, subrogación e, incluso, subparticipación<sup>28</sup>. La elección de uno u otro dependerá de las modalidades permitidas en cada país y de las formalidades que cada uno demande. Regulaciones muy restrictivas, como la italiana, pueden constituir una seria limitación a estos procesos, pues demandan incluso la participación de un notario. Inversamente, países como España, Alemania o el Reino Unido permiten, para estos casos, cesiones o transferencias sin notificación a los deudores originales.

### 1.4. Mecanismos de cobertura

En este nivel, las opciones tomadas por los legisladores van desde la tipificación de los mecanismos a utilizar, hasta la indicación de los montos y las formas cómo estos se determinan. Otros países, en cambio, dejan el aspecto de control y calidad del papel a ser emitido a las empresas calificadoras y a la transparencia del mercado, permitiendo así mayor flexibilidad en la creación y estructuración de garantías. Cabe en este punto subrayar el importante rol que cumplen las empresas calificadoras.

## 2. Panorama legislativo internacional

Como anotáramos al inicio de esta segunda parte, buscamos limitar el tema de exposición a los notas más características de este mecanismo en algunos países: Estados Unidos, donde tuvo su origen; España y Francia, países europeos con tradiciones jurídicas similares al Perú; Japón en Asia y las más recientes experiencias latinoamericanas de Colombia y Chile. La presentación es de suyo elemental y centrada en los aspectos que considero más saltantes para orientar la tercera parte de este artículo. Valga esto como atingencia a las crí-

<sup>27</sup> Basado en: *Securitisation: a legal overview*. Op. cit., p. 16.

<sup>28</sup> Este mecanismo no constituye una transferencia en sentido estricto. Se trata a los inversionistas como acreedores del vehículo y a los prestatarios originales como deudores del mismo.

ticas que puedan resultar de un tratamiento que, reconozco, es voluntariamente simple y tal vez parcial en la selección de los contenidos tratados.

## 2.1. Estados Unidos

En la segunda parte hablamos ya de los esquemas básicos con que se estructuran los títulos respaldados por activos en los Estados Unidos. También se comentó que el originador tiene a disposición, en ese país, la constitución de vehículos especiales, el uso de un fideicomiso o de instituciones especializadas<sup>29</sup>.

La titularización en este país está sujeta a los Estatutos Federales, las leyes estatales (*Blue Sky Laws*) y las regulaciones de la Securities & Exchange Commission (SEC). Las normas fundamentales son la *Securities Act* de 1933, la *Securities Exchange Act* de 1934, la *Rule 415* y la *Investments Company Act* de 1940.

a. La *Securities Act* de 1933 dispone que todas las ofertas y ventas de títulos deben ser registradas en la SEC, a menos que se pueda obtener una excepción. La misma norma enumera diversas excepciones a la obligación de registro, como cuando la emisión es hecha por un banco o bajo su garantía. Dicho registro obliga al emisor a realizar reportes periódicos (anuales y trimestrales) de la situación financiera de la empresa. Sin embargo, para el caso de la titularización -donde los informes no resultan tan relevantes para el inversionista- se consideran excepciones a la obligación periódica de emitir información.

b. La *US Trust Indenture Act* de 1939 regula la oferta de títulos de deuda sobre ciertos montos, dependiendo de las circunstancias. Con el objeto de proteger a los inversionistas, señala en estos casos una serie de restricciones. Sin embargo, los procesos de titularización estructurados bajo un esquema de pago no están sujetos a esta norma.

c. La *US Investment Act* de 1940 obliga a las empresas de inversión a ser registradas en la SEC, por lo que el vehículo especial debe ser diseñado para evitar la obligación de registro, que impone adicionalmente una serie de limitaciones a las empresas de inversión. Diversas excepciones contenidas en la misma norma y enmiendas posteriores regulan dicha obligación de registro.

Un aspecto interesante es la posibilidad de transferir los activos bajo dos modalidades:

La tradicional, que implica la venta de títulos discretos y específicos, como son las cuentas por pagar de xxx o las de zzz, y que se usa para la transferencia de un sólo grupo de activos o dentro de esquemas de carácter revolvente. En contraposición a esta modalidad, se encuentra la transferencia de paquetes integrales, en la forma de derechos indivisos sobre ellos. Este último mecanismo es usado para la transferencia de todas las cuentas creadas o que vaya a crear el originador, o una de sus líneas de negocio, permitiendo de esta manera el flujo automático de activos hacia el vehículo<sup>30</sup>. La nota característica de este sistema, no está en la definición del paquete mismo, sino en que la inversión es hecha sobre el paquete de activos como un todo, antes que sobre determinados activos específicos.

Los inversionistas y las empresas norteamericanas tienen entonces a su disposición no sólo un mercado desarrollado y maduro, en el que este mecanismo se encuentra sumamente difundido. También se ven favorecidos con dispositivos legales que permiten la estructuración de procesos muy variados y flexibles, dentro de un esquema normativo adaptable a las necesidades del mercado.

## 2.2. Francia

Toco el caso francés pues muestra los resultados de una primera iniciativa legal que procuraba paliar las serias restricciones que el Código Civil de ese país ofrecía a este tipo de mecanismos. Si bien estas limitaciones aún subsisten y han limitado el desarrollo de estas operaciones, no han impedido la continua y cada vez mayor emisión de papeles "titularizados".

La legislación establecida en 1988 a través de la ley de *titrisation* procura el establecimiento de un mercado de títulos respaldados por activos, introduciendo las siguientes innovaciones:

a. Reduce las limitaciones y restricciones en la transferencia de activos financieros y la participación en los flujos de caja generados por dichos activos.

<sup>29</sup> *Conduits*, como Freddie Mac, Ginnie Mae o Maggie Mae. Para mayor detalle, ver BARLETT, William W. *Mortgage - Backed Securities*. New York Institute of Finance, Nueva York, 1989.

<sup>30</sup> Ver "Legal Aspects of the US Regulations". En: *Securitisation*, setiembre 1992, pp. 59 ss.

b. Establece como alternativa la constitución de sociedades de quiebra remota o empresas especializadas en titularización (*les Fonds Commun de Créances* o FCC).

c. Elimina impuestos corporativos, clarificando las normas contables.

El mecanismo usa los FCC para administrar la cartera y representar a los inversionistas. Asimismo, establece los denominados depositarios (*dépôtaires*) como custodios de los activos, encargando tal función sólo a instituciones financieras registradas.

Dicha norma, si bien redujo muchos de los obstáculos legales, no llegó a tratar una serie de aspectos que es necesario relieves, como<sup>31</sup>:

a. Responsabilidad legal de las partes.

b. Restricciones en el Código Civil que no encajan con el esquema de regulación de la titularización.

c. Consecuencias impositivas inciertas.

d. Monto de los mecanismos de cobertura.

e. Estándares contables potencialmente desventajosos, entre otros.

### 2.3. España

El caso español es interesante; su norma pertenece a esta década y tiene como objetivo desarrollar el mercado español dentro de la "política gubernamental de vivienda"<sup>32</sup>. Por ello, la titularización es aplicable tan sólo a créditos hipotecarios. Sin embargo, se trata de una norma moderna, aunque sujeta a una serie de formalidades y un tratamiento impositivo desfavorable.

El mencionado mecanismo considera los siguientes aspectos<sup>33</sup>:

a. La conformación de "Fondos de Titularización Hipotecaria" como patrimonios separados y autónomos carentes de personalidad jurídica, integrados -en cuanto a su activo- por participaciones hi-

potecarias y -en cuanto al pasivo- por valores emitidos en cuantía y condiciones financieras tales que el valor patrimonial neto del Fondo sea nulo.

b. La administración y representación legal de los fondos corresponde a la sociedad gestora que los hubiese creado.

c. La creación de "Sociedades Gestoras de Fondos de Titularización Hipotecaria", que tienen como único objeto la administración y representación legal de uno o más fondos, correspondiéndoles -como gestoras de bienes ajenos- la representación y defensa de los intereses de los titulares de los valores emitidos.

d. La creación de estas sociedades requiere la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, previo informe de la Comisión Nacional de Mercado de Valores, donde deberán registrarse.

e. Las sociedades gestoras sujetas a la supervisión, inspección y sanción de la Comisión Nacional de Valores.

f. El riesgo financiero de los valores emitidos está a cargo de una entidad calificadora.

g. Se permite el uso de mecanismos de cobertura, pero no se determinan montos.

h. Finalmente, los fondos de titularización están sujetos al Impuesto sobre sociedades de tipo general, pero exentos del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

i. Se deja una serie de aspectos que deben ser regulados por posteriores reglamentos.

### 2.4. Japón

La norma fundamental es la N° 25 de 1948; inspirada en la *US Securities Act* de 1933 y en la *US Securities Exchange Act* de 1934. Sin embargo, la norma japonesa obliga, a diferencia de la norteamericana<sup>34</sup>, a recabar la autorización de funcionamiento como titularizadora del Ministerio de Finanzas<sup>35</sup>, y sujeta el sistema a ciertas normas de información y protección contra el fraude. De fecha

<sup>31</sup> Ver GRAHAM, Brett, y Robert SHEEHY. "The Prospects of French Securitisation". En: *Securitisation*, setiembre 1992.

<sup>32</sup> Ley 19/1992, Exposición de motivos.

<sup>33</sup> Ley 19/1992, artículos quinto y sexto.

<sup>34</sup> Como antes se dijo, en los Estados Unidos se requiere tan sólo del registro correspondiente en la SEC.

<sup>35</sup> Obligación que constituye para efectos prácticos una verdadera barrera de ingreso.

más reciente, la enmienda de 1992 busca flexibilizar muchas de las rigideces propias del sistema legal japonés, caracterizado por las complejas formalidades y restricciones.

La existencia de formalidades excesivas y restricciones sólo puede entenderse analizando varios factores no legales y legales que es interesante mencionar, por las consecuencias que tienen en el desarrollo del mercado de capitales japonés (opuesto al sistema norteamericano, por así decirlo).

Así, la legislación sobre nuevos productos financieros tiene que pasar por una suerte de acuerdo previo de los interesados, que suelen tener intereses encontrados. Por ejemplo, la legislación nipona divide el mercado de fondos en productos que constituyen títulos y los que no, teniendo capacidad de operación sobre los primeros las empresas del mercado de valores y sobre los otros, las empresas financieras. Encontramos entonces que la banca tiene un rol preponderante para la calificación de un nuevo instrumento como título. Precisamente, ha sido la banca quien ha logrado impedir que muchos activos sean calificados como tales para conservar el control sobre ellos<sup>36</sup>. Incluso, ante la liberación del mercado de bonos, los banqueros lograron imponer una serie de restricciones para impedir a las industrias el acceso al mercado de capitales<sup>37</sup>.

Las limitaciones van más allá del simple ordenamiento legal; es así que existe la costumbre de tener por prohibido todo aquello que la ley no permita expresamente, hecho que reduce la posibilidad de creación de nuevos instrumentos financieros, ya que este proceso debería basarse en la creatividad y constante innovación, dentro de un marco jurídico que no obligue, inversamente al caso japonés, a hacer lo que la ley no manda.

La lógica consecuencia de estas restricciones legales y no legales es la previsión de un futuro incierto para la titularización en el Japón.

## 2.5. Colombia

La elección del caso colombiano se debe, primero, a que utiliza un esquema similar al de otros países latinoamericanos: el fideicomiso; y, en segundo lugar, a que recientemente la titularización ha sido expresamente regulada por su ordenamiento, con una variedad de posibilidades interesantes de analizar. Con ello se ha logrado, a sólo unos meses de creado el nuevo esquema legal, que existan 17 operaciones pendientes de autorización (entre noviembre de 1993 y agosto de 1994).

La legislación colombiana usa como vehículo, al igual que la panameña<sup>38</sup> y la venezolana, el fideicomiso; para estos efectos establece las siguientes vías jurídicas<sup>39</sup>:

- a. Contratos de fiducia mercantil irrevocables.
- b. Constitución de fondos comunes a través de contratos de fiducia mercantil.
- c. Constitución de fondos de valores.

En las dos primeras alternativas pueden fungir como agentes<sup>40</sup> las sociedades fiduciarias que se constituyan o las instituciones financieras autorizadas para celebrar contratos de fiducia. La tercera vía está reservada para que operen como agentes las sociedades comisionistas de bolsa, pero sólo para la movilización de títulos registrados en el mercado de valores. En estos casos, el agente debe pedir la autorización respectiva ante la Superintendencia de Valores.

El mecanismo funciona a través de la formación de patrimonios autónomos constituidos a partir

<sup>36</sup> Así, los instrumentos respaldados por hipotecas y activos financieros de los bancos no están calificados como títulos, y por ende sólo pueden ser manejados por las empresas financieras. Las empresas de valores, sólo después de un gran enfrentamiento, lograron que se les permita acceder a los papeles comerciales.

<sup>37</sup> Contrariamente, en algunos países, gobierno y banca ven en la titularización un medio de fortalecimiento y desarrollo de su sistema financiero como mecanismo de reestructuración de los estados financieros de sus instituciones (Finlandia y Noruega, por ejemplo).

<sup>38</sup> Consultar en Panamá, Ley N° 1 de 1984, y en Venezuela, la Resolución de la Comisión Nacional de Valores del 10 de noviembre de 1993.

<sup>39</sup> Resolución N° 1994 de la Superintendencia de Valores de Colombia, del 4 de noviembre de 1993. También véase la Resolución 455, de 1993.

<sup>40</sup> Emisores en sentido estricto, aunque se les permite administrar el fondo.

de títulos de deuda pública, títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores, carteras de crédito, documentos de crédito, activos inmobiliarios, rentas y flujos de caja predecibles y otros activos que sean permitidos por la Superintendencia de Valores. Funciona también a partir de sumas de dinero destinadas a la adquisición de los activos antes descritos.

Los títulos deben ser provistos de mecanismos de cobertura suficientes, corresponder según el caso a las calificaciones A, B o C de cartera según las normas de la Superintendencia de Banca (o su equivalente para el caso de carteras no bancarias certificadas por un auditor) y deben sujetarse a un proceso de calificación de riesgo.

Se limita el uso de estos mecanismos para períodos mayores a un año, con el objeto de discriminar los medios de financiamiento de corto y largo plazo.

Como el mecanismo usa la fiducia, la acción en caso de incumplimiento se limita a la realización del patrimonio autónomo, pues no hay una real transferencia como sucede en los sistemas que no hacen uso de la fiducia<sup>41</sup> y que permiten que se pueda accionar contra el agente. En este sentido, los inversionistas no son considerados como obligacionistas de la entidad emisora, sino como titulares del patrimonio autónomo.

## 26. Chile

La legislación chilena -también de reciente data- con el exitoso precedente de las administradoras de fondos de pensiones, regula la titularización a través de la constitución de empresas especializadas, llamadas sociedades securitizadoras. Tales empresas tienen como único giro de negocio la estructuración de procesos de titularización a través de la conformación de patrimonios autónomos. Contra estos patrimonios no pueden ir los acreedores de la securitizadora, que funge de emisora y administradora, según el caso. A diferencia del caso colombiano, dado que se permite a los acreedores del patrimonio autónomo accionar contra la misma securitizadora, ésta no ejerce la representación de los inversionistas.

La legislación chilena distingue claramente entre el patrimonio de la securitizadora y el patrimonio

común, señalando normas específicas para el caso de quiebra del agente o liquidación del patrimonio. Asimismo obliga a la securitizadora a llevar un registro para cada patrimonio autónomo y contabilidades distintas para cada uno. Como en la ley colombiana, la titularización tiene definida su acción dentro del mercado de capitales. En este esquema las sociedades securitizadoras están sujetas a la autorización de la Superintendencia de Valores para su funcionamiento y se someten posteriormente a su control.

El esquema chileno, lo mismo que el español, crea una sociedad titularizadora bajo un concepto muy distinto al de la sociedad de quiebra remota<sup>42</sup>. Por ello establece capitales mínimos y restricciones sobre su manejo, sujetando en última instancia la disolución de la sociedad a la autorización de la propia Superintendencia.

## III. LINEAMIENTOS PARA LA LEGISLACION EN EL PAIS

Esta tercera parte contiene, a manera de conclusiones, los lineamientos que suponemos debería contener el esquema normativo de titularización en el Perú.

1. La norma debe buscar en términos generales cumplir con los siguientes objetivos:

a. Lograr un esquema definido y claro para la securitización.

b. El sistema debe ser flexible en cuanto a los vehículos especiales, los emisores, activos que respalden la emisión y su transferencia, tipos de títulos a emitir y mecanismos de cobertura.

c. Proporcionar transparencia y seguridad para el inversionista.

d. Diseñar un adecuado tratamiento tributario.

e. Integrarse a nuestro ordenamiento legal.

f. Aprovechar la experiencia internacional.

2. Los esquemas de titulación deben, conforme a su naturaleza, estar sometidos a las normas relativas al mercado de valores y por ende, sujetos a la regulación y reglamentación de la CONASEV.

<sup>41</sup> Salvo el caso de la legislación panameña que, siguiendo el esquema anglosajón, establece expresamente la transferencia de bienes al fiduciario.

<sup>42</sup> Sin llegar, como la española, a regular la propiedad.

3. Dentro del esquema de libre competencia y libre acceso a los mercados de capitales que viene implementándose, debe permitirse la constitución de empresas titularizadoras tanto a instituciones financieras, como a empresas y personas que no pertenezcan al sistema financiero o a otros sectores de la economía.

Debe utilizarse los precedentes en nuestra legislación para la formación de patrimonios independientes y para la creación de empresas titularizadoras de modo similar al caso chileno. Este esquema, en efecto, no es extraño en nuestro marco jurídico. Lo usan las Administradoras de Fondos de Pensiones, los Fondos Mutuos y Fondos Colectivos. La alternativa es el uso de la figura del fideicomiso que en el caso peruano se halla visiblemente subdesarrollada, limitada en cuanto a la naturaleza de los participantes, tipos de activos a ser movilizados y que incluso es prerrogativa de algunas instituciones financieras<sup>43</sup>.

Las empresas financieras debieran para estos efectos formar un departamento separado.

4. La titularización debe ser hecha sobre un mecanismo de efectiva transferencia de los activos a inmovilizar, los que deben ser retirados de los libros del originador y sobre los cuales los tenedores podrán ejercer titularidad dentro de un esquema de clara transmisión del riesgo<sup>44</sup>. Esto significa que la transferencia de activos debe hacerse sin recurso en favor del inversionista sobre el originador (cedente).

5. Las sociedades titularizadoras, como hemos visto, son creadas como vehículos especiales o como empresas permanentes. Las primeras constituyen sociedades de quiebra remota, en tanto que las otras son empresas especializadas en este tipo de operaciones.

Si bien la constitución de sociedades de quiebra remota es extraña en nuestro ordenamiento, (que además tiene una serie de rigideces para la disolución de empresas), su introducción sería un aporte importante. Téngase presente la utilización de esta modalidad dentro del esquema francés, con una tradición jurídica similar.

6. Nótese que la naturaleza misma de la titularización está en la movilización de activos y en la estructuración de mecanismos de cobertura suficientes para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los títulos emitidos y que, en este contexto, la sociedad titularizadora tiene como objetivo principal la individualización de los activos movilizados y la emisión correlativa de títulos contra el patrimonio independiente así constituido.

Dentro de este marco, la introducción de capitales mínimos –como se dispone en algunas legislaciones– y la inclusión de algunas restricciones a la propiedad sobre la sociedad titularizadora, son requisitos excesivamente altos<sup>45</sup> y operan, antes que como seguro para los inversionistas, como barrera de entrada que ocasiona la inmovilización de capitales productivos.

La introducción de limitaciones en la conformación de estas sociedades añade un elemento de cobertura a la titularización extraño al proceso mismo, proceso que repito, debiera estructurarse y calificarse como suficiente en sí mismo.

7. Debe existir una clara diferenciación entre lo que constituye el patrimonio común de la sociedad titularizadora y los patrimonios independientes que administra, a través de registros de los activos administrados y contabilidades individuales.

Similar separación debe considerarse para accionar en caso de falencias: los acreedores de la titularizadora no pueden accionar contra los patrimonios independientes, ni los del patrimonio autónomo en contra del patrimonio común, salvo pacto en contrario.

Llegados a este punto debe hacerse notar que si bien la titularizadora podría ser objeto de un proceso de quiebra, el patrimonio autónomo por naturaleza sólo puede entrar en liquidación.

8. El monto de cobertura adicional a los activos empaquetados debiera sujetarse a estándares internacionales y responder a las características de cada proceso y la calidad que cada emisor deseara a su título, antes que a montos fijos predeterminados como en algunas legislaciones.

<sup>43</sup> El uso del término fideicomiso en nuestra legislación es incluso equívoco, dado el precedente de su uso por nuestra Ley General de Sociedades.

<sup>44</sup> *Prima facie*, al margen de los mecanismos de cobertura.

<sup>45</sup> E inclusive innecesarios dentro de un esquema que permita la constitución de sociedades de quiebra remota.

En este punto, cabe resaltar el rol de las calificadoras de riesgo como verdaderos instrumentos de protección al inversionista.

9. La exposición de una relación detallada de mecanismos de cobertura -como hacen algunas legislaciones- tiene un carácter simplemente enumerativo y pedagógico, cuando en realidad debiera responder a los usos, modalidades e innovaciones que se hacen internacionalmente.

10. Siguiendo regulaciones más modernas debe flexibilizarse el mecanismo legal para la transferencia de los activos a través de la cesión, sin exigir, -como los casos español, alemán e inglés arriba explicados- la no notificación de la cesión realizada al deudor original. Este mecanismo debería contemplarse especialmente cuando el originador sigue administrando la cartera o ésta conserva un esquema de cobro similar al primitivo.

11. El esquema impositivo debe ser claro: sujetar la renta generada por los títulos emitidos a las exoneraciones vigentes y ser consistente con la exoneración a la cesión o transferencia de activos actual, dado que se trata de una cesión de derechos. El impuesto a la renta de tercera categoría debe ser limitado a las empresas securitizadoras que tengan como giro la generación de utilidades a través de la titularización de diversos paquetes. Este no es el caso de aquellas empresas que funcionan como vehículo especial con el único objetivo de independizar los activos.

#### IV. FUTURO DE LA SECURITIZACION

Las cifras son reveladoras: el mercado de títulos respaldados por activos ha crecido en los últimos años sustancialmente. El 40% de los créditos hipotecarios en los Estados Unidos son titularizados, con una clara tendencia a una mayor utilización de este mecanismo en activos diversos a los tradicionales, como créditos de consumo. Sólo en los últimos tres años en los Estados Unidos las emisiones públicas totalizaron 180 mil millones de dólares con una clara tendencia a la aparición de nuevos emisores. En el resto del mundo, las cifras muestran un desarrollo similar o se busca adecuar la legislación a estos productos.

#### DESARROLLO DEL MERCADO DE TITULOS CON RESPALDO EN ACTIVOS FINANCIEROS EN LOS EE.UU. <sup>46</sup>

	1992	1993	1994
	US\$MM	US\$MM	US\$MM
Automóviles	23.2	24.0	17.8
Tarjetas de Crédito	15.7	19.3	31.0
Otros activos	2.9	8.0	12.1
Hipotecas	6.2	6.8	9.9
Casas manufacturadas	2.9	2.4	4.4
TOTAL	50.9	60.5	75.2

En el país podemos encontrar en la titularización un mecanismo de financiamiento moderno que permita a las empresas crecer con mayor facilidad y al público acceder a cada vez mejores condiciones crediticias. Téngase presente además el potencial del sector productivo, financiero y comercial. También pensemos en el desarrollo de proyectos de infraestructura y el apoyo a la mediana empresa que puede generarse. Estamos seguros que todo ello promoverá el deseado desarrollo y profundización de nuestro mercado de capitales.

#### REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

1. Conferencia dictada por el doctor Sergio Rodríguez Azuero, Presidente de la Asociación de Fiduciarias de Colombia, en el IV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso. Santafé de Bogotá D.C., agosto 25 de 1994.
2. PAVEL, Christine A. *Securitisaton*. Probus, Chicago, 1989.
3. FLEMING, Donald, y Chris OAKLEY. "Securization: a legal overview". En: *Securitisaton*, setiembre 1994.
4. MIAN, Sheehzad L., y Clifford W. SMITH, Jr. "Extending trade credit and financing receivables". En: *Journal of Applied Corporate Finance*, setiembre 1994.
5. BARLETT, William W. *Mortgage - Backed Securities*. New York Institute of Finance, Nueva York, 1989.

<sup>46</sup> Tomado de Smith Barney, Inc.

6. ROGERS y WELLS. *U.S. and International Offerings by Latin American Companies: Legal and Procedural Issues*. Julio 1944.
7. IMHORR, Eugene A., Jr. "Asset Securitization: Economic Effects and Accounting Issues". En: *Accounting Horizons*, vol. 6, n° 1, marzo 1992.
8. SWENGLE, Robert W., Jr. "Accounting for Asset Securitization". En: *Bankers Magazine*, mayo-junio 1989.
9. SWERINGA, Robert J. "Recognition and Measurements Issues in Accounting for Securitization Assets". En: *Journal of Accounting, Auditing & Finance*, vol 4, II trimestre 1989.
10. Institute for International Research. *Asset Securitization*. Spring Conference, New York, 1994.
11. KOPFF, Gary J. "Asset Securitization in Argentina & Colombia". En: *The Financier: ACMT*, vol. 1, n° 3, agosto 1994.
12. Legislación correspondiente a cada país.

**Todos  
tenemos  
derecho, al arte  
y a la cultura.  
Estas riquezas  
del hombre,  
solo son  
fecundas  
cuando se ponen  
al servicio  
de todos.**



**Interbanc**

**Banco Internacional del Perú**

***UN BANCO PARA TODOS!***

## UNA APROXIMACION A LOS MERCADOS FUTUROS

**María Soledad Haro Ch.**  
Alumna del undécimo ciclo  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de Lima

**Jorge Enrique Lazo N.**  
Alumno del undécimo ciclo  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de Lima  
Alumno del noveno ciclo  
Facultad de Economía, Universidad del Pacífico

*La promulgación de la Ley N° 26361 ha renovado en nuestro país el debate acerca de la posible puesta en práctica de una Bolsa de Productos. Sin embargo, al decir de los autores del artículo que a continuación presentamos, éste no es el único tema de discusión que plantea la norma, puesto que de su texto pueden extraerse importantes conclusiones en relación con la posibilidad de desarrollar en el Perú el mecanismo de los mercados futuros.*

*Ciertamente, el desarrollo de mercados futuros requiere no sólo de un adecuado marco jurídico, sino que -fundamentalmente- exige que en nuestro medio se presenten las condiciones fácticas necesarias. Quizá por esta razón el mérito del trabajo de María Soledad Haro y Jorge Lazo, alumnos de la Universidad de Lima, consiste en dejar de lado la clásica visión del abogado, sumido en un mundo de conceptos abstractos, para enfrentar de lleno las condiciones que se presentan en nuestra realidad.*

*A lo largo del artículo se analizan las características de los mercados futuros, los agentes que intervienen en ellos, los elementos que se pueden negociar y las ventajas de este sistema, novedoso en el Perú.*

En los últimos años el Perú ha sido partícipe de una serie de transformaciones de orden económico y financiero como consecuencia de la internacionalización de los mercados, el proceso de globalización de la economía y su reincorporación al sistema financiero internacional. En la actualidad, el contexto económico mundial exige un mayor fortalecimiento de nuestros agentes de producción e intermediación que determinen la expansión y desarrollo del mercado local a fin de elevar sus niveles de competitividad y eficiencia. Como consecuencia de ello, una serie de mecanismos e instrumentos de orden financiero utilizados en mercados más desarrollados requieren ser difundidos con el objeto de ser aplicados para la puesta en práctica de estrategias en el campo de las finanzas, que nos permitan alcanzar un mejor posicionamiento en el mercado internacional.

Entre los principales instrumentos utilizados se encuentran los denominados mercados futuros o mercados derivados, que surgen como una alternativa para enfrentar la incertidumbre en el nivel de los precios internacionales y el riesgo que conlleva en la planificación económica de las empresas. Los mercados futuros permiten a los principales agentes económicos y de intermediación, fijar las condiciones contractuales -en términos actuales- de una transferencia que se ejecutará en un plazo diferido, permitiéndoles trasladar el riesgo de la operación a través de la cobertura del nivel de precios, lo que se traducirá en la aplicación por las empresas de estrategias y proyecciones económicas más estables.

Sin embargo, la dinámica y funcionamiento de los mercados futuros exige un análisis previo y la comprensión de su objeto y alcances, para permitir la aplicación de este mecanismo en el sistema financiero local. Por esta razón, el presente artículo tiene la finalidad de exponer las principales características del sistema y la coyuntura apropiada para su aplicación.

## I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

### 1. Alcances

Dentro de la diaria actividad comercial existen momentos en que los agentes económicos prevén que en un futuro próximo efectuarán una transacción de características dadas. Frente a esta situación surge la preocupación de todo empresario: la incertidumbre por saber qué pasará en el futuro y cuáles serán los precios, entre otras variables.

Un agricultor, por ejemplo, puede prever que dentro de un determinado número de meses deberá vender su cosecha; un exportador o importador que deberá vender o comprar divisas y hasta un administrador de empresas que deberá prestar o tomar prestado en función a la situación de liquidez que se presente. En todos estos casos el agente asume un riesgo, que está determinado por la eventual fluctuación de los precios del mercado.

Para limitar este riesgo existen diversas posibilidades. El importador puede comprar divisas a plazo a una entidad bancaria o el administrador obtener una línea de crédito con un tipo de interés fijado de antemano. En ambos supuestos, el agente entra en una relación contractual con una entidad crediticia a la que transfiere su riesgo, y por lo que ésta a su vez exige una retribución. Estos son los llamados contratos *forward*, en los que los términos y condiciones son libremente acomodables por las partes.

Otra posibilidad que permite reducir el nivel de incertidumbre es el *contrato de futuros*, también conocido en otros países como *futures contract*. El *futures contract* o contrato de futuros es un acuerdo entre dos partes por el cual uno se compromete a entregar un determinado producto, especificado en cantidad y calidad, en una fecha determinada, y en contraprestación la otra parte paga el precio acordado en el contrato. De esta manera, se logra fijar un precio actual de acuerdo al cual se puede efectuar una previsión certera y obtener beneficio, con independencia del precio futuro del producto en el mercado. Si bien ambos meca-

nismos permiten reducir el riesgo que produce la inestabilidad en términos económicos, presentan problemas en cuanto al nivel de liquidez que requieren las empresas, porque no permiten reducir el riesgo de incumplimiento derivado de los mismos contratos. Frente a esta situación y en la búsqueda de alternativas de solución más eficaces, aparecen los mercados futuros.

### 2. Antecedentes

Para algunos autores, el inicio de este tipo de operaciones podría encontrarse en la Edad Antigua, en los contratos sobre futuros que operaban en el mercado romano de occidente o en el mercado de productos de Yedo (hoy Tokio). En este último, se negociaban abiertamente posiciones de compra y venta de productos naturales que provenían de los distintos feudos de la región.

Sin embargo, el antecedente más próximo al sistema de operación actual se encuentra en los mercados futuros sobre mercancías que se desarrollaron a partir de 1848 en la *Chicago Board of Trade*, en la que se negociaba principalmente trigo y maíz, como consecuencia de la inestabilidad producida por la guerra de Crimea. A partir de la experiencia exitosa de la *Chicago Board of Trade* surgieron en el mundo otra serie de mercados, en los que se empezó a negociar una amplia variedad de productos y que dieron origen al auge de los denominados *commodities*.

América Latina no fue ajena al sistema. En esta región surgieron, entre otras, la Bolsa de Cereales y Frutas de Argentina, la Bolsa Nacional Agropecuaria de Colombia y la Bolsa de Futuros y Mercaderías del Brasil.

La exitosa experiencia en los mercados de futuros de productos produjo en 1975, como consecuencia de la volatilidad de las tasas de interés generada por el abandono del tipo de cambio fijo establecido por el Sistema de Bretton Woods, la aparición de un mercado de futuros financieros, que permite entre otras cosas protegerse del cambiante nivel de intereses y tasas que derivan de operaciones financieras. En la actualidad, se negocian a través de los principales mercados de futuros del mundo otros instrumentos económicos, entre los que se encuentran las divisas, el tipo de cambio y los índices bursátiles.

En lo que se refiere a nuestro país, la Ley N° 26361 (Ley sobre Bolsa de Productos) publicada el 30 de setiembre de 1994, constituye el primer paso para la aplicación de un sistema de mercados futuros en el Perú. Ciertamente, esto no implica que

los empresarios peruanos hayan sido ajenos al sistema, pues una serie de empresas -principalmente del sector minero- ya participan activamente en la negociación de metales a través de otras bolsas o mercados sobre futuros.

## II. ASPECTOS GENERALES

### 1. Marco conceptual aplicable

Por mercado futuro debemos entender al mercado organizado en el cual se transan contratos a futuro y contratos de opción sobre la base de productos, instrumentos financieros, índices bursátiles y moneda extranjera, que surge como una alternativa de organización más económica y eficiente para afrontar los niveles de variabilidad en los costos de transacción de los principales factores que intervienen en el mercado.

### 2. Características de los mercados futuros

Dentro de las principales características de los mercados futuros se pueden precisar las siguientes:

a. Los productos que se transan en el mercado deben ser homogéneos tanto en calidad como en cantidad, lo que permite una estandarización de los contratos negociados.

b. A fin de dar un marco de mayor seguridad a las operaciones, se introduce un sistema de depósitos y márgenes que elimina el riesgo de incumplimiento de los contratos celebrados.

c. En un nivel contractual, las relaciones de compra y venta de futuros u opciones se realizan entre el agente económico y una entidad de control de operaciones denominada Cámara de Compensación, reduciéndose la relación de los agentes a un nivel económico.

d. Permiten una mayor capacidad de liquidez, por cuanto el inversionista no requiere esperar el momento de ejecución del contrato para salir del mercado, sino que puede finalizar la operación con un mecanismo inverso.

e. Constituyen un mecanismo de protección y cobertura que permite trasladar el riesgo en el nivel de precios e índices del mercado.

### 3. Agentes que intervienen en los mercados futuros

Dentro del sistema de aplicación de los mercados futuros intervienen una serie de entidades o agentes cuyos roles es necesario considerar con detalle:

a. **Hedgers.** Se denomina así a aquellos inversionistas que en busca de protegerse de las continuas fluctuaciones en el mercado físico, aseguran un nivel de precio o interés actual, reduciendo de esta forma el nivel de pérdidas, pero a la vez el nivel de ganancias que podrían obtener en un escenario económico posterior. La función de *hedger* se puede asumir desde una posición de compra como de venta.

b. **Especuladores.** Son aquellos inversionistas que asumen el riesgo de las fluctuaciones de precios, como producto de las posibles expectativas que se producen en el mercado físico. Eduardo Martínez Abascal sostiene que «la atracción de los especuladores se debe, entre otros factores, a las siguientes razones: 1) el reducido monto necesario para operar en este mercado, que es normalmente menor que el requerido en el mercado físico; y, 2) la rentabilidad que en el corto plazo se puede obtener»<sup>1</sup>.

c. **Corredores.** Desde el punto de vista jurídico, todas las transacciones en el mercado de futuros se realizan entre un agente y la Cámara de Compensación. Sin embargo, como bien sostiene Xavier Freixas, «desde el punto de vista económico la Cámara de Compensación tiene un papel pasivo, y los dos tipos de agentes que intervendrán en el mercado son los intermediarios y los creadores de mercado o *market makers*»<sup>2</sup>.

Los corredores podrán actuar siempre por cuenta de terceros, pero nunca por cuenta propia, obteniendo como beneficio un costo fijo por su intervención y otro variable en razón a la utilidad que obtenga su representado.

d. **Cámara de Compensación.** Es aquella sociedad jurídicamente autónoma que participa como contraparte en todos los contratos de futuro para garantizar el cumplimiento de los mismos. La Cámara de Compensación recibe las posiciones iniciales o margen inicial y las posiciones finales o margen

<sup>1</sup> MARTINEZ ABASCAL, Eduardo. *Futuros y Opciones en la Gestión de Carteras*. Mc Graw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1993, p. 25.

<sup>2</sup> FREIXAS, Xavier. *Futuros Financieros*. Alianza Económica, Madrid, 1991, p. 36.

de manutención, que representan el nivel mínimo al que se puede llegar.

Asimismo, le corresponde a esta entidad el control sobre el nivel de los depósitos de garantía entregados por los *hedgers* en el proceso de negociación dentro de los mercados futuros. Finalmente le corresponde a esta entidad :

- Realizar la auditoría e investigación de los corredores que participan en el mercado,
- Supervisar la entrega y recepción de los productos,
- Efectuar las liquidaciones de los futuros, y;
- Dar información del mercado.

#### 4. Operatividad de los mercados futuros

El proceso de negociación en un mercado de futuros se inicia con una posición de compra o de venta sobre un producto estandarizado que se dirige en forma directa o a través de un corredor a la Cámara de Compensación, la cual las registra. Esta posición u orden puede ser:

**a. Una orden limitada.** Es aquella en la que se establece un precio máximo de compra o un precio mínimo de venta.

**b. Una orden stop.** Es aquella en la que, al contrario, a partir del precio indicado se libera una orden por lo mejor. Así por ejemplo, una orden de venta *stop* a 98,20% establece que debe venderse la cantidad indicada si el precio del activo es inferior a 98,20%.

**c. Una orden market if touch.** Es aquella orden que libera una opción por lo mejor si se alcanza un nivel determinado de precio.

Una vez propuestas las posiciones, se espera que la convergencia de la oferta y la demanda produzca el cierre de la operación a través de la Cámara de Compensación. Producida la operación, la Cámara de Compensación solicita al *hedger* un depósito inicial o margen de garantía, que varía según los mercados y los tipos de contrato (que normalmente suelen estar en un nivel del 10% al 30%). El depósito podrá ser realizado en efectivo, en cuyo caso generará un interés que se le reconocerá al depositario, bien en títulos valores u otros documentos crediticios.

La Cámara de Compensación se encarga de controlar que el nivel de garantía no se reduzca como

consecuencia de las variaciones en el nivel de precios en el mercado físico, pasando a la cuenta del beneficiado el margen a su favor, y viceversa. Para una mayor seguridad, las liquidaciones deben realizarse de manera diaria.

Es necesario señalar que quien adquiere los derechos y obligaciones por el contrato a futuro o se encuentra en la posición de ejercer su derecho por el contrato de opción, puede transferir su posición o liquidar la operación, con lo que se evita la entrega física del bien.

La liquidación consiste en recomprar exactamente el número de contratos vendidos o en vender el número de contratos previamente comprados. Este es, precisamente, el mecanismo más utilizado en el cierre de operaciones de los mercados futuros.

#### 5. Elementos que se pueden negociar en los mercados futuros

Dentro de los principales instrumentos de corto plazo que pueden negociarse en un mercado de futuros se encuentran los contratos a futuro y los contratos de opción. Ambos instrumentos permiten la cobertura del riesgo, pero mientras en el contrato de futuro surge la obligación de comprar o vender, en el contrato de opción se adquiere sólo un derecho que se podrá ejercer según las ventajas comparativas con el nivel de precios del mercado físico.

A pesar de la diferencia, debemos considerar que en ambos casos pueden ser objeto del contrato:

- a. Bienes o productos.
- b. Instrumentos financieros.
- c. Moneda extranjera.
- d. Índices Bursátiles.

##### 5.1. Mercado de productos

Es aquel mercado donde se transan contratos futuros de materias primas, minerales y algunos productos naturales. Este mercado es internacionalmente conocido como mercado de *commodities*.

Los productos que se transan en este mercado se caracterizan por:

- a. Ser ampliamente conocidos.
- b. Ser productos homogéneos.

c. Tener un nivel de precios con altas fluctuaciones, debido principalmente al riesgo de no extracción.

En este mercado debe presentarse una alta estandarización en los contratos en cuanto a la fecha de entrega, fluctuaciones de precios, cantidad y calidad del producto, tamaño de los contratos y horas de operación en bolsa. El desarrollo de este mercado de futuros ha dado origen a las diversas Bolsas de Productos que se han desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica (entre las que destacan la *New York Mercantile Exchange*, la *New York Commodity Exchange* y la *Chicago Mercantile Exchange*), Europa, Japón y América del Sur.

## 5.2. Mercados de instrumentos financieros

La aparición del mercado de futuros de instrumentos financieros confiere la posibilidad de transferir el riesgo de tipos de interés a otros agentes. Un ejemplo lo constituye, a decir de Rigoberto Parada Daza, «la gestión de carteras de renta fija, en las que el plazo medio puede ser más o menos largo de lo inicialmente previsto dado que la adquisición de futuros puede compensar el mismo»<sup>3</sup>.

El desarrollo de este mercado fue el resultado de diversos factores económicos y financieros, entre los que destacan el abandono del sistema de cambios fijos de Bretton Woods y la introducción consecutiva de los tipos de cambio flotantes, que tuvo por consecuencia la posible utilización de tipos de interés para la gestión de los tipos de cambio.

Asimismo, otro factor que produjo la aparición de este mercado fue la aceleración del proceso de inflación en las décadas del setenta y del ochenta y la desaceleración posterior, que repercutió en el nivel general de intereses de tipo nominal. Finalmente, influyó también la aparición de políticas monetarias en las que se regulan los agregados monetarios con el ajuste correspondiente de los tipos de interés.

La importancia de la aplicación de este mercado radica en que la modificación en los tipos de interés genera variaciones importantes en el valor de los activos financieros.

Sin embargo, el desarrollo del mercado de futuros sobre instrumentos financieros no es únicamente aplicable al caso de intereses derivados de los valores de renta fija, sino principalmente a las accio-

nes de empresas locales que se negocian en la Rueda de Bolsa, que permitirían obtener beneficios adicionales a los que proporciona el propio mercado bursátil.

## 5.3. Mercados de monedas

Este mecanismo de negociación permite a un *hedger* adquirir moneda extranjera en niveles de cotización actuales, lo que le facilita afrontar cualquier variación que lo perjudique en el mercado de cotizaciones. Así, este sistema permitiría a un exportador cubrirse frente a las fluctuaciones del tipo de cambio.

Justamente, los inversionistas potenciales de este mercado son los agentes del comercio exterior; es decir los importadores o exportadores.

## 5.4. Mercados de índices bursátiles

La contratación de los índices bursátiles constituye un producto financiero introducido en la década del ochenta en aquellos mercados bursátiles en que un alto número de empresas cotizan sus valores.

Lo que se negocia son los índices de las llamadas *canastas de acciones*, que permiten agrupar a una determinada cantidad de empresas afines por su actividad u otro elemento vinculatorio en un rubro general. Un ejemplo de ello lo constituye el IPSA (Índice de Precios Selectivos de Acciones), que agrupa a las cuarenta acciones más transadas en la Bolsa de Comercio de Santiago de Chile.

## 6. Ventajas de los mercados futuros sobre los contratos forward

A fin de entender con mayor claridad las ventajas que el mecanismo de mercados futuros ofrece sobre los llamados contratos *forward*, debemos replantear las principales diferencias entre ambos:

a. Mientras que en el mercado de futuros las características del contrato (cantidad, calidad y fecha) son estandarizadas, en los *contratos forward* son fijadas por común acuerdo entre las partes.

b. El tipo de contrato es privado en la modalidad *forward*, mientras que en los mercados futuros se utiliza un contrato standard con la Cámara de Compensación.

c. En el caso de los contratos *forward* los benefi-

<sup>3</sup> PARADA DAZA, Rigoberto. Mercados de Futuros Financieros y de Opciones. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1993, p. 123.

cios del inversionista se concretan al término del contrato, mientras que en el caso de los mercados futuros los beneficios son calculados y saldados diariamente.

d. En los contratos *forward* puede aparecer un depósito de garantía fijado por acuerdo entre las partes; en cambio, en los mercados futuros existe un depósito obligatorio y estandarizado.

e. En los contratos *forward* no existen márgenes de garantía, que en el caso de los mercados futuros son de ajuste diario.

A partir de las características enunciadas se pueden deducir las siguientes ventajas:

a. Si la fecha de vencimiento del contrato *forward* coincide con la fecha de vencimiento del contrato de futuros correspondiente, la cobertura con uno u otro de los contratos genera las mismas ganancias y pérdidas.

b. El sistema de depósitos-márgenes está diseñado para garantizar el cumplimiento del contrato. En el caso de que este sistema no cumpla con su objetivo, la Cámara de Compensación deberá asumir las pérdidas resultantes, con lo que la seguridad es mayor que en los contratos *forward*.

c. La estandarización hace que exista un mercado diario líquido, con lo que cada operador puede invertir su posición, comprando el número correspondiente de contratos -si es vendedor- y cancelarla de este modo, al haber realizado todos los contratos con la Cámara de Compensación.

d. Al existir un mercado formado por la oferta y la demanda, nos aproximamos a un mercado de competencia perfecta más sólido.

e. La única desventaja del sistema de mercados futuros es el costo de implementación, el establecimiento del sistema de márgenes y la gestión de depósitos. Sin embargo, consideramos que los costos derivados son iniciales y que se reducen a medida que el mercado se va consolidando.

### III. APLICACION DE LOS MERCADOS FUTUROS EN EL PERU

#### 1. Antecedentes

La aparición del producto financiero denominado

mercado de futuros y el inusitado desarrollo alcanzado en otros países ha despertado la inquietud por difundir y aplicar el sistema en nuestro mercado local como un mecanismo de cobertura frente a la variabilidad en el nivel de precios del mercado internacional.

En nuestro mercado local se utilizaron con poco éxito distintos mecanismos de cobertura, entre los que destacan:

a. El otorgamiento de créditos o endeudamiento.

b. El mantenimiento de fondos en moneda extranjera.

c. La adquisición de activos (generalmente inmuebles).

Sin embargo, como bien sostienen Roberto Urrunaga y Alberto Huarote: «Estas estrategias seguidas se encuentra lejos de ser las óptimas»<sup>4</sup>. En efecto, la realidad ha demostrado que el otorgamiento de créditos en moneda extranjera para cubrirse frente al riesgo de cambio tiene un margen de probabilidad de éxito muy estrecho, debido a que el mercado no es tan receptivo a este tipo de crédito y porque en el supuesto de que se produzca un fenómeno de depresión económica fuerte, el nivel de cotización de la moneda extranjera produciría un riesgo de incobrabilidad de las deudas bastante elevado.

Con relación a la tenencia de moneda extranjera como mecanismo de protección, ha quedado demostrado que en la mayoría de los casos el costo de mantener ociosos dichos recursos podría llegar a superar varias veces los costos de transacción involucrados.

En lo que se refiere a la adquisición de activos fijos para cubrirse de futuras alzas en el mercado, su principal desventaja radica en la posible irrealización de tales activos, puesto que depende de variables tales como el nivel económico del país, el nivel del poder adquisitivo y los cambios en la tecnología y costumbres.

Como se puede apreciar, ninguna de las estrategias mencionadas permite alcanzar un nivel de cobertura que posibilite a nuestros agentes económicos crecer sobre la base de programas planificados y niveles de certeza operacionales.

<sup>4</sup> URRUNAGA, Roberto, y Alberto HUAROTE. *Opciones, Futuros y su Implementación en la Bolsa de Valores de Lima*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 1993, p. 48.

## 2. Posibilidades de aplicación

Para comprender mejor la viabilidad de la aplicación de los mercados futuros en nuestro país, conviene analizar en forma independiente cada uno de los potenciales mercados que podría formarse. En este sentido, plantearemos nuestras impresiones sobre la posibilidad de desarrollar un mercado de futuros sobre productos, sobre instrumentos financieros, sobre moneda extranjera y sobre índices bursátiles.

### 2.1. Posible aplicación de un mercado de futuros sobre productos

Sin lugar a dudas, el auge alcanzado por las denominadas Bolsas de Productos en otros países del continente (es el caso de Brasil, Argentina, Colombia y Chile) podría hacer pensar en el éxito del sistema en el mercado local. Sin embargo, debemos tomar en consideración lo siguiente:

a. La producción de materias primas dirigida al mercado local se encuentra restringida en razón de que nuestro sector de manufacturas y producción no se ha desarrollado en escalas auspiciosas, lo que no implica negar el crecimiento que viene logrando el sector en los últimos años.

Asimismo, debemos tomar en cuenta que la mayor parte de la producción de materia prima local está dirigida al mercado internacional y, por consiguiente, podría resultar innecesaria la creación de un mercado de futuros local en el que concurren pocos demandantes, debido a que el inversionista extranjero preferirá comprar los productos a través de las bolsas norteamericanas o europeas o las de algunos países latinoamericanos en los que el sistema se encuentra ampliamente desarrollado.

b. Otro aspecto importante que debemos destacar es la falta de homogeneidad y estandarización que pueden alcanzar nuestras materias primas, en especial las del sector agricultura o pesquería. En este sentido, el mercado de metales se presenta como el más propicio para la aparición de un mercado de futuros sobre productos.

c. Un factor indispensable para el desarrollo de este mercado es la capacidad de almacenamiento, que tanto por las características de algunos productos agropecuarios, como por la escasez de infraestructura, resultaría un factor determinante para limitar el éxito del mercado.

d. Un último factor que debemos resaltar es la escasa capacidad del mercado agropecuario local para influir en los precios del mercado internacional.

A manera de conclusión, debemos indicar que la posibilidad de éxito de este mercado se encuentra bastante limitada y que el sector minero sería el de mayores posibilidades. De cualquier forma, resultaría conveniente la difusión del sistema para intentar la participación del Perú en otras bolsas de América Latina como primer paso para superar las deficiencias antes indicadas y para lograr los niveles de cobertura deseados.

### 2.2. Posible aplicación de un mercado de futuros sobre instrumentos financieros

Dentro de los instrumentos financieros, el que más interés despierta en nuestra economía es el relativo a los papeles bursátiles, entre los que destacan las acciones y los bonos. También debe considerarse la posible aparición de otros títulos derivados de mecanismos financieros modernos, como la securitización o titularización de activos.

En este sentido, el despegue de nuestra economía local hace prever el inicio de una serie de emisiones de acciones de empresas locales en busca de crecimiento, lo que producirá mayores niveles de competitividad en el mercado, así como la emisión masiva de títulos de renta fija como mecanismo de financiación.

Otro aspecto que hace atractivo el desarrollo de este mercado de futuros es la consolidación del Sistema Privado de Pensiones y las llamadas AFPs (Administradoras de Fondos de Pensiones), que deberán colocar una parte importante de sus recursos en instrumentos de poco riesgo como los bonos públicos o los bonos corporativos a largo plazo, que vienen apareciendo con más fuerza y que permitirán seguir desarrollando un sistema diversificado de tasas de interés.

Además de todo lo expuesto, conviene precisar otras razones que nos llevan a pensar en el éxito de este mercado:

a. El nivel de cotizaciones de títulos dentro de las bolsas de valores locales presenta una gran variabilidad de precios.

b. Existe una estandarización de los productos o instrumentos financieros a transar.

c. La demanda local es potencialmente fuerte y está acompañada del nivel de crecimiento económico que experimenta nuestra economía actual y que permite la posibilidad de captar a inversionistas extranjeros que, atraídos por el nivel de crecimiento de nuestro país, pueden convertirse en potenciales inversionistas de este mercado.

d. La posibilidad de iniciar el mercado de futuros financieros en la propia Bolsa de Valores de Lima, lo que aligeraría tiempo y costos de implementación del sistema, por cuanto ya se contaría con un adecuado y eficiente centro de información y organización para transar los instrumentos.

e. La liquidez que representan las acciones y los títulos de renta fija.

f. Finalmente, otra ventaja es que no se requiere de un mecanismo de almacenamiento que, como vimos en el caso de mercado de productos, encarece la aplicación del sistema.

### **2.3. Posible aplicación de mercados futuros sobre moneda extranjera e índices bursátiles**

Pensar en la posibilidad de desarrollar un mercado de futuros de moneda resulta bastante prematuro en nuestro país, debido a que en la economía local el mercado de monedas es inexistente, con excepción del dólar norteamericano.

Al respecto, conviene tomar en consideración lo siguiente:

a. Existe una escasa demanda en el mercado local por carteras de moneda extranjera.

b. A nivel internacional existen otros mercados futuros más desarrollados, que ofrecen una variedad de carteras de monedas y que cotizan sus tipos de cambio futuros, en los que la escasa demanda nacional vería satisfechas sus necesidades.

c. Debido a la estabilización de la economía local, el precio del dólar ha sufrido un nivel de cotización casi estático, que no permitirá alcanzar el nivel de fluctuaciones que requiere un mercado de futuros.

Con relación al mercado de futuros sobre índices bursátiles, consideramos que aún no es el mo-

mento apropiado para su desarrollo, en razón de que las empresas que negocian en el mercado bursátil no son muchas, lo que nos impediría hablar en la actualidad de canastas de acciones.

### **3. Ley sobre Bolsa de Productos**

Con fecha 30 de setiembre de 1994 se promulgo la Ley N° 26361, que regula la formación y el funcionamiento de las Bolsas de Productos. La intención fundamental de la norma radica en la posibilidad de eliminar o aminorar las ineficiencias que se presentan en el mecanismo de comercialización de los productos agropecuarios, donde la participación de los intermediarios ha distorsionado el nivel de precios, sobre la base de la falta de contacto directo entre las partes del mercado y de la falta de información del nivel de precios que tienen los productores.

Es conveniente recordar que la Bolsa de Productos es una modalidad del mercado de futuros de *commodities*, que se puede definir como un recinto de operaciones en el cual se reúnen diariamente compradores y vendedores. En este mercado, generalmente mediante un proceso de subasta a viva voz o por medio de redes de comunicación electrónica, se establecen precios para modalidades operativas diferentes, tal como es el caso de los contratos por mercadería disponible o de entrega inmediata y los de entrega futura, a través de contratos a futuros o de opción.

La importancia de esta norma no radica, a nuestro entender, en la posibilidad de desarrollar los mercados futuros sobre productos, puesto que como ya manifestamos anteriormente, se presentan una serie de limitaciones para su aplicación. La importancia está en la posibilidad, abierta por este cuerpo legislativo, de aplicar los mercados futuros sobre índices financieros y es a partir de este aspecto que debemos desarrollar el surgimiento de este mercado.

# ADRs: MECANISMO DE COLOCACION DE ACCIONES EN MERCADOS DE VALORES INTERNACIONALES

Fernando Pickmann Dianderas  
Abogado  
Universidad de Lima

Actualmente se produce un fenómeno al cual no podemos ser ajenos: la internacionalización de la economía mundial. Esta situación ha repercutido de manera especial en los mercados de valores, produciéndose una movilización de capitales de grandes inversionistas o fondos de inversión hacia los países en los cuales se están dando condiciones de crecimiento económico.

Los cambios que se han venido experimentando en el sistema financiero internacional han llevado a las empresas a buscar nuevas alternativas de financiamiento.

La búsqueda de soluciones se da cada vez en un mayor número de empresas de los países en desarrollo, las cuales empiezan a financiarse a través de mercados de capitales internacionales (en especial el norteamericano), colocando los valores por ellas emitidos, como bonos (*eurobonds*, *yankee bonds*, *samurai bonds* o *bulldog bonds*) o acciones (mediante los sistemas de ADRs -*American Depositary Receipts*- o GDRs -*Global Depositary Receipts*-).

*El incremento de las operaciones mercantiles, especialmente las relativas a la interacción económica entre los mercados de valores de diferentes países, ha llevado a la búsqueda de nuevos mecanismos de negociación que faciliten las transacciones mercantiles.*

*Una de las nuevas modalidades la constituyen los ADRs, en los que, mediante la intervención de tres sujetos: la empresa emisora de acciones, el banco local que las custodia y el banco extranjero depositario y emisor de los ADRs, se logran importantes ventajas en la colocación de acciones a nivel internacional. Los distintos tipos de ADRs y su proceso de emisión son analizados en el presente artículo.*

Mediante la emisión de títulos y su negociación en mercados extranjeros, muchos países vienen integrando sus mercados de valores nacionales al circuito de los mercados financieros internacionales. Asimismo, debemos resaltar que de todos los mercados financieros internacionales el que se ha mostrado como el más interesante es el mercado de valores de los Estados Unidos.

A partir de 1993, en el Perú las grandes empresas - generalmente ya inscritas en bolsa - se han interesado de manera especial por los certificados «ADR» (*American Depositary Receipts*), como un

mecanismo de acceso a los mercados norteamericano e internacional.

## 1. LEGISLACION DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE MERCADOS DE VALORES

En los Estados Unidos existen numerosas leyes que regulan el funcionamiento de su mercado de valores, siendo las más importantes para efectos de la cotización de valores extranjeros las siguientes: *La Securities Act* de 1933, *La Securities and Exchange Act* de 1934 y *La Regulation S*.

### 1.1. La Securities Act de 1933

La *Securities Act* de 1933 (Ley de 1933) fue la primera norma norteamericana sobre valores que se dio como consecuencia del crack que sufrió el mercado de valores norteamericano. Esta Ley fue promulgada con el objeto de que los inversionistas recuperaran seguridad en el negocio de compra y venta de valores.

La Ley de 1933 establece los requisitos de registro que debe cumplir una oferta pública de valores a ser distribuida en más de un Estado de los Estados Unidos. Esta Ley no está relacionada con las sucesivas transferencias de valores que se produzcan después de la oferta pública inicial.

Las compañías foráneas que pretendan captar fondos en los Estados Unidos mediante una oferta pública de valores, tienen que registrarse de acuerdo a esta Ley, salvo se acojan a una de las excepciones que trataremos posteriormente.

### 1.2. La Securities and Exchange Act de 1934

Otra norma de gran importancia es la *Securities and Exchange Act* de 1934 (Ley de 1934). Esta Ley también regula los requisitos de registro con los que deben cumplir las empresas que cotizan valores en bolsa, pero a diferencia de la Ley de 1933, la Ley de 1934 regula los registros que deben cumplirse en el caso de sucesivas transferencias de valores.

### 1.3. Regulation S

Esta Ley exceptúa de los requisitos de presentación periódica y registro ante la *Securities Exchange*

*Commission* (SEC), en el caso específico de una emisión de valores realizada fuera de los Estados Unidos.

## 2. ADRs: ORIGEN Y DEFINICION

Como bien dice Roselló, los ADRs tienen su origen en la orden que un inversionista de Nueva York dio a su banquero para que le comprara determinadas acciones de una compañía inglesa en la Bolsa de Valores de Londres, pero bajo la advertencia de que no deseaba tener en su contabilidad valores emitidos en libras esterlinas sino en dólares americanos, razón por la cual le pidió que en representación de las acciones así adquiridas, el banco le emitiera un certificado de depósito. Además quien en la práctica aparecía como titular de las acciones inglesas era el banco depositario. Este mecanismo funcionó hasta principios de los años '80, con los recibos de depósito no auspiciados<sup>1</sup>.

Como consecuencia de la innovación aportada por la operación mencionada, el mercado de valores norteamericano inició un crecimiento impresionante.

De tal manera, un ADR puede ser definido como «un certificado negociable, nominado en dólares y emitido por un banco norteamericano, que representa las acciones de una compañía no norteamericana. Se trata de un documento de participación en el capital de una empresa no estadounidense que brinda a sus tenedores los derechos y obligaciones inherentes al título original (acción) que representa»<sup>2</sup>.

Completando los conceptos recién mencionados conviene citar lo dicho por el Estudio de abogados Mayer, Brown & Platt en informe de marzo de 1994, en la parte que expresa que «los ADRs son instrumentos negociables nominativos, que representan, directa o indirectamente, un número específico de acciones. Los ADRs son emitidos por un depositario estadounidense, usualmente un banco, contra el depósito de las acciones de la compañía extranjera en un banco depositario (actuando como agente del depositario americano) en el país de origen de la compañía emisora. Los ADRs evitan la transferencia física de acciones a los Estados Unidos y permiten que títulos que se comercian en los Estados Unidos puedan pagarse

<sup>1</sup> ROSELLÓ, Rafael. "ADRs y Financiamiento". En: Diario El Comercio. Lima, 24 de marzo de 1994. p. F3.

<sup>2</sup> FREYRE SUAREZ, Luis y BAZAN NUÑEZ, Liliana. "Nuevos Instrumentos Financieros en el Perú". En: Valores. CONASEV, 1994.

en la manera acostumbrada en el mercado estadounidense, en lugar de hacerlo en la forma usual del país de origen del emisor. Adicionalmente, los ADRs, en general, establecen que el pago con respecto a los mismos sea hecho en dólares estadounidenses, independientemente de la moneda en que se hagan los pagos respecto a las acciones mismas en el país de origen. Finalmente los ADRs pueden ser inscritos en las bolsas de valores de los Estados Unidos, mientras que ciertas acciones de emisores extranjeros no pueden serlo»<sup>3</sup>.

De acuerdo con lo recién expresado, los ADRs pueden quedar definidos como títulos valores negociables expresados en dólares, que se negocian en el mercado de valores norteamericano y que son emitidos por un banco depositario norteamericano contra una cantidad de acciones que se encuentran en custodia en un banco del país de la emisora. Además, se encuentran sujetos a la regulación de los Estados Unidos y representan la propiedad de una o varias acciones de una empresa no estadounidense.

Debemos resaltar que el titular del ADR lo será igualmente de las acciones que se encuentran en custodia y de sus derechos.

Los ADRs no son acciones, sino certificados que representan acciones. Un ADR no necesariamente representa una sola acción. Bien puede, en efecto, ser representativo de una cantidad mayor.

En el Perú la Resolución CONASEV N° 358-93-EF/94.10 define a los ADRs como certificados que representan para sus tenedores, propiedad sobre acciones emitidas por empresas inscritas en el Registro de la CONASEV, depositadas en un banco custodio local. Dichos certificados se negocian en mercados de valores extranjeros, los mismos que otorgan a sus titulares el derecho a recibir dividendos y demás derechos que respaldan los certificados. Estos certificados, sean ADRs o GDRs se emiten en dólares y el pago de los dividendos respectivos también se realiza en esa moneda.

Los ADRs pueden ser promovidos o no promovidos de acuerdo a quien gestione la emisión. Así, son considerados promovidos o auspiciados cuando quien gestiona la emisión es la propia empresa

emisora de las acciones; y no promovidos o no auspiciados cuando los gestores son un inversionista o un banco de inversión como respuesta a la demanda que exista en el mercado de valores de los Estados Unidos.

### 3. PARTES Y PROCESO DE EMISION DE ADRs

En el proceso de emisión de ADRs participan tres partes: (i) la empresa emisora de acciones que decide incursionar en el mercado de valores de los Estados Unidos; (ii) el banco custodio o cualquier entidad de la localidad autorizada para custodiar las acciones que serán objeto de ADRs; y (iii) el banco depositario, que es el banco extranjero que emite los ADRs<sup>4</sup>.

El proceso de emisión consta de lo siguiente: una sociedad anónima local realiza una emisión de acciones y las coloca en custodia en una institución financiera nacional, que actúa como custodio de las acciones y celebra un contrato con una entidad financiera norteamericana, que opera como depositaria en los Estados Unidos de la entidad emisora de los valores. Esta última emite los certificados ADRs cuya característica fundamental es que se encuentran expresados en dólares, de donde sus dividendos son pagaderos en la misma moneda.

Los ADRs pueden ser clasificados dentro de tres niveles a los que identificaremos como I, II y III, dependiendo si se trata de acciones existentes, de una nueva emisión o de si su cotización es pública o privada. Es así, que de los tres niveles a los que se puede acceder, los dos primeros son para acciones ya existentes en el mercado, y el tercero para la colocación de nuevas acciones. Por tanto, debemos resaltar que el hecho de acogerse a un programa de ADRs no siempre implica levantar capitales frescos.

### 4. ADRs NIVEL I

Como bien dicen White & Case, mediante los ADRs Nivel I la empresa no persigue obtener capital nuevo ni financiamiento, sino solamente lograr colocar los valores de la empresa en los listados de los Agentes de Bolsa de Nueva York. Lo que la empresa emisora desea mediante este mecanismo es crear o aumentar el interés por sus ac-

<sup>3</sup> MAYER, BROWN & PLATT. Acceso al Mercado de Capitales Internacional por Parte de Empresas Latinoamericanas: Emisión de Títulos de Deuda y Acciones. Marzo de 1994.

<sup>4</sup> "ADR: Abriendo el Camino". En: Inflación y devaluación. n° 111. Lima, enero de 1994. p 3.

ciones en el mercado secundario de los Estados Unidos, mediante la negociación de sus ADRs en el mercado directo de valores<sup>5</sup>.

Este primer programa de ADRs se realiza únicamente sobre acciones que se encuentran ya en circulación en el mercado doméstico local.

El establecimiento de un programa de ADRs Nivel I es simple y los costos no son relevantes. Para el efecto, la entidad interesada debe: (i) acreditar ante la SEC la suscripción del contrato celebrado entre la empresa emisora y el banco depositario (este tipo de contrato se encuentra relativamente estandarizado); (ii) la emisión de los ADRs de acuerdo a la ley de valores americana debe ser registrada bajo la forma F-6 de la SEC, la misma que debe ser firmada por el emisor y el depositario, la cual es muy breve y no requiere información detallada; y, (iii) asimismo, el emisor deberá obtener una exención de la SEC de los requisitos de registro e informe que ordena la Ley de Valores de 1934 de los Estados Unidos, según lo dispuesto por la Regla 12g 3-2(b) de dicha Ley<sup>6</sup>.

La forma F-6 mencionada en el párrafo anterior es muy simple y no requiere de ningún tipo de información especial del emisor. Una vez que la SEC aprueba la emisión, se puede depositar las acciones y proceder a emitir los ADRs bajo el programa Nivel I.

Debemos resaltar que la información contable que la SEC solicita a la empresa emisora es la misma información y documentación que ésta se encuentra obligada a presentar a las autoridades de su propio país.

Cumplidos los requisitos exigidos por la SEC, el banco depositario circulará el programa de ADRs en el mercado norteamericano y realizará un oferta pública, hecho lo cual procederá a comprar las acciones en el país de emisión mediante agentes de bolsa locales, y celebrará un contrato de custodia con un banco local, el que conservará los valores en custodia y en representación del banco depositario extranjero, que -finalmente- procederá a emitir los ADRs. Con este mecanismo, la empresa habrá logrado listarse en el mercado norteamer-

cano, aunque las operaciones no se harán en bolsa sino «*over the counter*» (sobre el mostrador).

Este nivel de ADRs, si bien no permite la emisión primaria de acciones, hace posible que la empresa emisora adquiera imagen en el mercado financiero norteamericano y puede ser considerado como un primer paso a programas avanzados. Asimismo, estos ADRs de Nivel I «brindan al emisor nacional la oportunidad de expandir y diversificar la base accionaria e incrementar el precio de su acción como resultado de una demanda y negociación global»<sup>7</sup>.

## 5. ADRs NIVEL II

A diferencia del Nivel I, los ADRs Nivel II son una modalidad de registro pleno y «serán objeto de inscripción en alguna bolsa de los Estados Unidos, ya sea la *New York Stock Exchange* (NYSE), el *American Stock Exchange* (AMEX), o la *NASDAQ*»<sup>8</sup>.

El Nivel II es utilizado por compañías foráneas (*off shore*) de los Estados Unidos, con el objeto de ampliar su base accionaria con inversionistas americanos. En principio, el sistema de emisión es similar al del Nivel I, pero cumpliendo con requisitos más complicados que exige la SEC. Por lo tanto, esta modalidad es más costosa de poner en práctica.

Debe tenerse presente que tanto el Nivel I como el II están orientados a la negociación de acciones que ya han sido negociados alguna vez en sus mercados nacionales, es decir, son títulos propios de negociación en el mercado secundario y no persiguen levantar capital, pues están referidos a títulos que no constituyen una primera colocación en el mercado.

Para la puesta en práctica de este Nivel de ADR, como dicen White & Case, la empresa emisora deberá cumplir con todos los requisitos de registro y reporte que exige la SEC para cualquier empresa americana. Es así que la empresa, además de encontrarse obligada a cumplir con llenar la forma F-6, está obligada a registrarse ante la SEC de acuerdo a lo dispuesto por las Leyes de mercados

<sup>5</sup> WHITE & CASE. "ADRs: American Depositary Receipts". En: Valores, n° 13 CONASEV, Lima, julio de 1993. p. 35

<sup>6</sup> Vid. ROSELLO, p. F3

<sup>7</sup> "ADRs: Alternativa de Financiamiento". En: 1/2 de Cambio. n° 275. Lima, enero 1994. p. 20.

<sup>8</sup> FREYRE. BAZAN. Op. cit. p. 33.

de valores norteamericanas, presentando ante aquélla una declaración de la forma F-20, que contiene todas las demás exigencias que solicita la SEC<sup>9</sup>. Finalmente, la empresa emisora se encuentra sujeta al examen de la SEC, el cual incluye la presentación de un reporte anual preparado de acuerdo a los «*US Generally Accepted Accounting Principles (US GAAP)*» cuya confección usualmente demora mucho tiempo.

La forma F-20, a la cual nos hemos referido, es similar al informe anual presentado por las compañías estadounidenses, pero incluye, además, información sobre ciertos aspectos adicionales, como restricciones cambiarias locales y obligaciones fiscales.

Una vez aceptado el registro por la SEC, se le permite al emisor registrar sus ADRs en alguna de las bolsas oficiales de los Estados Unidos, incluso en una de las más grandes, es decir, *New York Stock Exchange (NYSE)*, *American Stock Exchange (AMEX)* o *National Association of Securities Dealers Automated Quotation (NASDAQ)*.

En este segundo caso y debido a que los ADRs se cotizan en bolsa, la información contable que debe suministrarse a la SEC no se limita a la que la sociedad emisora debe presentar a las autoridades de su país de origen, sino que la contabilidad de la empresa debe cumplir además con los principios generales aceptados por la SEC, es decir, con los requisitos establecidos en el US GAAP.

Por último, este Nivel II proporciona al inversionista una mayor y mejor información sobre el emisor, y obliga a la empresa emisora de acciones a presentar una serie de informes periódicos, además de la forma F-20.

## 6. ADRs NIVEL III

Mediante los ADRs de Nivel III, las empresas procuran obtener financiamiento para sus operaciones a través de una oferta pública primaria de sus acciones, siguiendo un procedimiento similar al

que se sigue para emitir ADRs Nivel II. A tal efecto deben cumplir con todos los requisitos del Nivel II, diferenciándose principalmente en que mediante este mecanismo, lo que el emisor desea es obtener una vía para levantar capital. Como señala Duggan, no se trata de una negociación aislada de valores ya existente, sino de una colocación de nuevos valores, es decir una oferta primaria de acciones<sup>10</sup>.

Bajo el programa de ADRs Nivel III el emisor desea obtener capital fresco en los Estados Unidos mediante una oferta pública de ADRs, normalmente por medio de un *underwriter* o sindicato de *underwriters* americanos.

En este tercer programa, al igual que en los programas I y II, se requiere del registro de los ADRs de acuerdo a la forma F-6. Adicionalmente, en el caso de los ADRs Nivel III, el emisor es el que vende las acciones objeto de ADRs. Por este motivo la Ley de Valores americana exige además del registro de los ADRs, el registro de las acciones depositadas que representa, el cual se hace mediante la declaración F-1, que incluye un prospecto con información detallada sobre el emisor, muy similar a la forma F-20 que se utiliza en el establecimiento del programa de ADRs Nivel II<sup>11</sup>.

El impreso F-1 será usado únicamente en el caso de registro de acciones que no se encuentren exentas de los requisitos de registro ante la SEC. En general, este impreso requiere la presentación de información acerca de las actividades y resultados financieros del emisor y los estados financieros auditados, incluyendo una conciliación de éstos con los US GAAP.

Para que los ADRs puedan ser negociados en el mercado nacional de valores de los Estados Unidos, se debe cumplir con llenar y presentar a la SEC la forma F-20 y otros informes de forma periódica. Por último debemos decir que el emisor quedará sujeto a las reglas de las leyes sobre valores de los Estados Unidos<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Vide WHITE & CASE. Op. cit. p. 37.

<sup>10</sup> Vide DUGGAN, Peter. "Is the Market Ready for Peruvian ADRs?" En: *Latin Finance Country Survey*, n° 52 noviembre de 1993 p. 67.

<sup>11</sup> Vide WHITE & CASE. Op. cit. p. 37

<sup>12</sup> El 20 de setiembre de 1994, el Banco Wiese se convirtió en la primera empresa peruana en acceder a programas de emisión de ADRs y logró cotizar en el mercado de valores de los Estados Unidos exitosamente. Esta empresa ha colocado en el *New York Stock Exchange (NYSE)* 2'369,752 ADRs Nivel III, representativos de 11'104,718 acciones, donde cada certificado representa cuatro acciones ordinarias.

## 7. Regla 144A. «Restricted ADRs» (RADRs)

Esta regla fue establecida por la SEC en Abril de 1990, con el objeto de estimular los mecanismos de levantar capital en los Estados Unidos por emisiones foráneas.

Esta forma de cotización de títulos es una colocación privada muy similar a un programa de Nivel III, mediante la cual el emisor desea obtener capital en los Estados Unidos mediante la oferta de ADRs, por medio de una o más instituciones de banca de inversión norteamericanas. Sin embargo, a diferencia del Nivel III, en el programa de ADRs bajo la regla 144A (RADRs), la oferta no es una oferta pública bajo los principios establecidos por la Ley de Valores. Por este motivo la oferta se hace sin necesidad de cumplir con los requisitos de registro que ordena la Ley de Valores. Es decir, no se necesita registrar las acciones que están siendo representadas mediante certificados, ni tampoco se requiere que el emisor presente las formas F-1 o F-6 a la SEC. Por último, el emisor no se encuentra obligado a presentar informes periódicos a la SEC<sup>13</sup>.

Si bien es cierto que esta modalidad, al igual que la del Nivel III está siendo destinada a captar capital, por sus requisitos se asemeja más a la del Nivel I, pues a diferencia del Nivel III, los RADRs no se negocian como oferta registrada<sup>14</sup>.

Bajo la modalidad de la regla 144 A, sólo pueden venderse valores que no se encuentren cotizados en bolsas estadounidense.

En un procedimiento de oferta de RADRs, el emisor deposita sus acciones en el banco depositario a cambio de ADRs, los que el mismo emisor vende a bancos de inversión, los cuales venden los certificados a los *Qualified Institutional Buyers* (QIB). Los QIBs son instituciones que invierten o tienen invertido en valores por lo menos 100 millones de dólares. Al momento hay poco más de 3 mil QIBs.

En razón de que las colocaciones hechas bajo el

mecanismo de RADRs son de carácter privado, no se encuentran dirigidas al público en general.

Según la Regla 144 A, los compradores pueden revender los ADRs a los QIBs. La venta a los compradores normalmente se realiza sobre la base de una obligación en firme. Por lo tanto, una oferta bajo la regla 144 A, se distingue de una colocación privada tradicional en la cual el banco de inversión actúa como agente emisor y no tiene obligación de comprar los valores ofrecidos<sup>15</sup>.

Para realizar la oferta de RADRs el emisor debe preparar un documento que contenga información detallada sobre el emisor, equivalente al prospecto F-1. Sin perjuicio de lo antes dicho, el emisor de RADRs no se encuentra obligado a cumplir con las reglas y regulaciones que contienen las leyes de valores, razón por la cual el emisor puede omitir algún tipo de información que sería exigida por la SEC (por ejemplo, la presentación de sus estados financieros de acuerdo al US GAAP).

Para acogerse a la excepción de la regla 144 A, «la empresa emisora deberá preparar un informe a ser distribuido entre los inversionistas, conocido como "Offering Circular", "Prospectus o Information Memorandum". Dicho documento debe contener como mínimo la siguiente información: (i) una descripción de la empresa, de su giro de negocio y de los productos que produce o servicios que presta; (ii) información financiera actualizada, incluyendo los estados financieros auditados de los últimos tres ejercicios; (iii) una descripción de los valores a ser ofertados; (iv) una reseña de las condiciones políticas, jurídicas, económicas y monetarias del país; y (v) cualquier otra información que resulte relevante para el inversionista»<sup>16</sup>.

En junio de 1990, la *National Association of Securities Dealers* (NASD) estableció un sistema electrónico y computadorizado de negociación cerrada para los RADRs llamado PORTAL (*Private Offerings Resales and Trading Through Automated Linkages*). Este sistema fue designado para crear un mercado privado para negociar valores.

<sup>13</sup> Vide WHITE & CASE. Op. cit. p. 38.

<sup>14</sup> Al igual que una colocación de acciones mediante certificados ADRs Nivel I, los emisores que califiquen para la Ley norteamericana como emisores privados extranjeros pueden evitar los requisitos de registro y presentación de información periódica ante la SEC, acogiéndose a la excepción 12g3-2(b) de la Ley de 1934.

<sup>15</sup> Vide WHITE & CASE. Op. cit. p. 38.

<sup>16</sup> BOZA, Beatriz. "Accediendo al Mercado de Capitales Internacional". En: *Invirtiendo en Perú - Guía Legal de Negocios*. Apoyo, Lima, enero 1994. p. 238.

Debe resaltarse, por último, que los costos de establecer un sistema de RADRs son mucho menores a los que costaría establecer ADRs Nivel III.

## 8. GLOBAL DEPOSITARY RECEIPTS (GDRs)

Los *Global Depositary Receipts* (GDRs) no son nada más que una variación de los ADRs. Es decir, desde un punto de vista legal, operativo y técnico, son lo mismo, salvo en que no sólo son ofrecidos en los Estados Unidos, sino simultáneamente en uno o más mercados extranjeros (generalmente en mercados europeos) con un sólo título valor.

Los GDRs son usados cuando el emisor procura captar capital en su propio mercado, el mercado de los Estados Unidos, y en el mercado internacional, mediante colocación pública o privada de sus valores. No obstante, la distinción entre ADRs y GDRs se vuelve borrosa, dado que algunos emisores ofrecen ADRs globalmente, a veces cotizándose en la Bolsa de Luxemburgo o cambiándolos por medio del euro cambio/CEDEL<sup>17</sup>.

## 9. BENEFICIOS DE LOS MECANISMOS DE ADRs

1. Las empresas listadas en bolsas norteamericanas mediante certificados ADRs acceden a mecanismos de financiamiento internacional, ya que los ADRs sirven como garantía de sus operaciones, lo que les permite obtener financiamiento fuera de su país a una tasa más baja.

2. La empresa emisora que se acoge al Nivel III o 144 A (RADRs) aumenta su capital mediante la colocación de sus acciones en mercados extranjeros.

3. Los precios de las acciones de las empresas objeto de programas ADRs tienden a fortalecerse. 4. La presencia de las empresas peruanas en el mercado norteamericano sirve como carta de presentación para el Perú, llamando la atención de inversionistas del mundo hacia nuestro país.

## 10. LEGISLACION NACIONAL SOBRE ADRs

El organismo nacional encargado de regular la normatividad sobre ADRs es CONASEV.

Para la puesta en práctica de la norma sobre

ADRs, la CONASEV ha contado con asesorías de bancos y sociedades agentes de bolsa del exterior que conocen detalladamente el tema.

Luego de un detenido estudio aparece la Resolución CONASEV No. 358-93-EF/94.10.0, la misma que establece las pautas que deben seguir las empresas peruanas para implementar programas ADRs o GDRs. Para ello deberán presentar a CONASEV los documentos sustentatorios que acrediten su intención de participar en los programas, tales como:

1. Acta de la Junta General en la que se acordó participar en un programa de ADRs.
2. Número inicial de acciones involucradas en el programa de ADRs.
3. Contrato de depósito celebrado entre la empresa y el banco depositario.
4. Contrato celebrado entre el banco depositario y el banco custodio.

En el caso de acogerse a programas de ADRs Nivel III o regla 144 A, en los cuales se levanta capital, el emisor también deberá presentar a la CONASEV:

1. El aviso de convocatoria a Junta General de Accionistas indicando que el asunto a tratar es aumentar el capital social, a efectos de colocar parte de ese capital en mercados de valores extranjeros a través de programas de ADRs o GDRs.
2. Acreditar, cuando corresponda, que los accionistas han ejercido su derecho de preferencia conforme al título IX, Capítulo V, de la Ley del Mercado de Valores.

Adicionalmente, la emisora deberá remitir, entre otros, a la CONASEV, copia de toda la documentación presentada a la SEC u otra comisión de valores extranjera, en la misma oportunidad de entrega a dichos organismos.

## 11. PROCESO DE COLOCACION DE VALORES

El proceso de captación de capitales extranjeros mediante la colocación de valores, sean bonos o acciones en el mercado internacional, se puede dividir en cinco fases o etapas: «(i) la decisión de la

<sup>17</sup> Vide DUGGAN, Peter. Op. cit. p. 70.

Estrategia Corporativa; (ii) la evaluación de la empresa emisora por parte de los asesores financieros internacionales, conocida como *due diligence*; (iii) la redacción y negociación de la documentación; (iv) el listado de los valores en una bolsa internacional, si fuera el caso; y (v) la determinación del precio y colocación internacional de valores»<sup>18</sup>.

### 11.1. Estrategia Corporativa

En esta etapa la administración evalúa la estrategia que más conviene a la empresa. En esta misma etapa la empresa contrata a sus asesores legales y a los intermediarios financieros también llamados agentes o *underwriters*.

### 11.2. El «Due Dilligence» o Auditoría Legal

Tiene por objeto preparar el llamado «*Information Memorandum*» u «*Offering Circular*».

En el «Due Dilligence» los abogados y los intermediarios financieros o «*underwriters*» recaudan información sobre la empresa, su estructura societaria, sus estados financieros y administrativos, su estrategia corporativa, competencia, estado de los procesos judiciales, relación de contratos, obligaciones más relevantes, propiedades, etc.

«Esta etapa se inicia con un pliego de preguntas y solicitud de información que le envían los abogados del “*underwriter*” a la empresa, el mismo que suele ser extenso y tedioso de contestar. Luego, los abogados del “*underwriter*” visitan las instalaciones de la empresa para revisar toda su documentación legal y entrevistar a los ejecutivos de la misma. Entre los documentos los documentos constitutivos de la empresa, Actas de Juntas Generales y de Directorio, permisos y autorizaciones gubernamentales, contratos, poderes y mandatos, juicios, titulación de inmuebles, procedimientos administrativos, estados financieros y proyecciones, planes de desarrollo y otros documentos pertinentes»<sup>19</sup>.

### 11.3. Preparación de documentos

En principio hay cinco documentos básicos en caso de colocación de valores en mercados internacionales. Ellos son:

a) El documento constitutivo. Es un instrumento en el cual se señala cuáles serán los valores objeto de la emisión, sus términos y condiciones.

b) El «*Information Memorandum*» u «*Offering Circular*». La información que proporciona este documento se desprende de los datos obtenidos en el «*due dilligence*».

En el «*Information Memorandum*» se describe detalladamente a la empresa emisora de valores, quienes son sus principales accionistas, su objeto social, sus negocios, los resultados de sus operaciones, las condiciones de la oferta, el destino de los fondos a ser recaudados, los factores de riesgo del emisor o su país de origen, información sobre las principales leyes locales y los últimos estados financieros del emisor.

c) Las opiniones legales y carta del auditor. Se solicita la opinión de: (i) el asesor local del emisor, el cual entre otros asuntos opina sobre si la emisión de acciones o bonos es legalmente válida; la ausencia de procedimientos legales o sobre los más importantes; la vigencia de las autorizaciones; el cumplimiento de las leyes locales; y la veracidad de la información contenida en el «*Information Memorandum*»; (ii) el asesor internacional del emisor que opina sobre la validez y eficacia de los bonos u acciones; (iii) El asesor internacional del agente, opinión que se limita al nivel de cumplimiento de la «*Regulation S*», *dependiendo de que sea o no una oferta en los Estados Unidos*; (iv) El asesor local del agente que opina lo mismo que el asesor local del emisor; y (v) el auditor, quien emite una carta certificando la independencia del emisor, confirmando los estados financieros y afirmando que a la fecha del cierre no ha habido cambios sustanciales en el capital del emisor desde la fecha del último balance.

d) Contrato de compraventa de títulos celebrado entre la empresa emisora y los *underwriters*. Mediante este documento se acuerda una serie de obligaciones entre las partes, en especial la obligación del suscriptor de suscribir los valores y pagar el precio. En los anexos del contrato se establece una serie de garantías y declaraciones que hace el emisor.

### 11.4. Cotización en una bolsa extranjera

En caso que las empresas emisoras opten por una oferta pública, tendrán que cumplir con las dispo-

<sup>18</sup> BOZA, Beatriz. Op. cit. p. 238.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 239.

siciones legales sobre mercado de valores del país de origen de la bolsa en que se pretende cotizar los títulos (por ejemplo, si se pretende cotizar en la bolsa de Nueva York se deberá cumplir con las disposiciones de la SEC).

### **11.5. La colocación y el cierre**

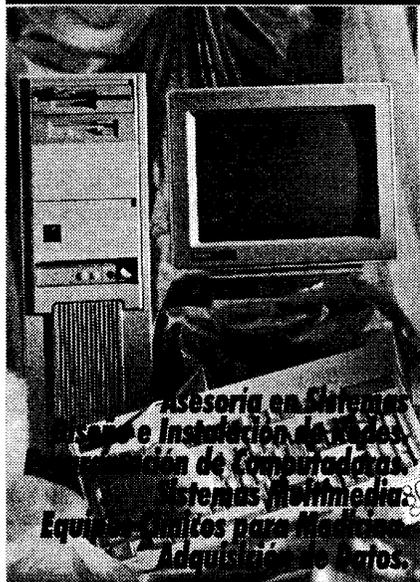
Una vez que las partes han acordado los detalles de la operación, se procede a firmar los documentos finales (el contrato de compraventa y el de suscripción de títulos entre otros). El cierre es el último paso en el cual se entregan los documen-

tos originales, y los agentes cumplen con pagar al emisor el precio de compra de los títulos.

Aun cuando los ADRs ya son conocidos por las grandes empresas peruanas, ante la primera colocación que ha realizado el Banco Wiese, todavía nohan sido acogidos en la dimensión que esperamos, ni empleados como el importante mecanismo que representan en el mundo financiero. Por ello, confiamos que las empresas nacionales, siguiendo la corriente mundial, en los próximos años accedan a este sistema de colocación de valores en los mercados de valores internacionales.

# Computadoras & Diseños S. A.

Miguel Dasso 167 Of. A. San Isidro, Lima 27, PERU, SOUTH AMERICA. Telfs. 421-6612 / 421-6615 Telefax 421-9984



Asesoría en Selección  
y Instalación de Hardware  
y Software de Computadoras  
Sistemas Multimedia  
Equipo y Software para Maestros  
Adquisición de Datos.

## COMPUTADORAS:

486 DX2-66: \$1,240.00 (\$59.00)

486 DX4-100: \$1,350.00 (\$64.00)

Pentium: \$1,870.00 (\$86.00)

## IMPRESORAS EPSON:

LX300: \$ 240.00 (\$15.00)

FX1170: \$485.00 (\$30.00)

LQ1070+: \$495.00 (\$30.00)

STYLUS COLOR: \$875.00 (\$53.00)

LASER AL1100: \$735.00 (\$45.00)

LASER AL1600: \$1315.00 (\$79.00)

- INTEL
- 04 MB RAM
- Case Minitower
- Floppy de 1.44 MB
- Disco Duro de 540 MB
- Syncmaster 3
- Teclado Enhanced
- Mouse

## APPLE MACINTOSH:

Performa 630: \$1,845.00 (\$86.00)

Performa 630CD: \$2,185.00 (\$100.00)

PowerMac 6100: \$2,995.00 (\$136.00)

Laser Select 360: \$1,775.00 (\$82.00)

Los precios NO incluyen el IGV (Mensualidad financiado en 03 años)

# EXCELENCIA

# EN

# CALIDAD



## VINOS PERUANOS QUE SE EXPORTAN

La industria vitivinícola moderna parte de un gran principio: La existencia de plantaciones de vid, técnicas, enólogos y maquinarias sofisticadas para la elaboración de vinos finos.

Una de las más importantes empresas vitivinícolas del país es TABERNERO, que cuenta con los mejores viñedos del Perú. Técnicamente cultivados con las variedades más exitosas para producir los mejores vinos del mundo; estos viñedos

sólo pueden ser comparables con los mejores de Europa, los de California, U.S.A., y en América del Sur, con los de Argentina.

Los vinos peruanos de calidad internacional como los de TABERNERO han logrado abrir mercados como los de Chicago, U.S.A. a través de la empresa B y Philippi Imports Inc., Chicago II.; y también al mercado colombiano con la firma Consumares S.A. de Bogotá, y con gran éxito en el mercado inglés, cuyos representantes visitaron los extensos viñedos peruanos de TABERNERO.

Felicitaciones Señores de TABERNERO por los esfuerzos realizados.

# RAZONAMIENTO INCORRECTO: FALACIAS Y PARALOGISMOS

Florencio Mixán Mass  
Profesor de Derecho Procesal Penal  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

*El estudio de la validez de inferencias cobra especial interés en su aplicación al razonamiento jurídico. Sin duda, el rigor de los principios lógicos, su carácter normativo, nos lleva a evidenciar defectos en el paso de premisas y conclusión que, de no ser advertidos, dan lugar a las llamadas falacias. Por ello ha llegado a considerarse a la lógica como la moral del pensamiento, donde cometer un error sería como pecar.*

*El presente artículo presenta una clasificación de los distintos tipos de error en el razonamiento inferencial y constituye una advertencia del autor para observar las reglas lógicas y mantener la coherencia en el discurso del hombre de leyes.*

## 1. IDEAS PREVIAS

Una de las más valiosas aptitudes del ser humano es la tendencia a buscar, descubrir lo esencial de la realidad. Su afán constante es lograr la verdad para liberarse de la ignorancia y también superar el error. Sin embargo, es igualmente inherente a la naturaleza humana el riesgo de la falibilidad. Es también propio de la cualidad racional la preferencia por el orden en el pensar y en el actuar.

El proceso cognoscitivo dedicado al descubrimiento de la verdad es una complejidad variada que, partiendo de la posibilidad abstracta y pasando por la probabilidad, llega a la verdad concreta. La actividad cognoscitiva que parte del nivel sensorial se eleva hasta el nivel más abstracto que se concreta en principios, leyes, hipótesis, teorías. Establecida la verdad es tenida como conocimiento dado que, a su vez, sirve como punto de apoyo para el desarrollo del saber.

También es notorio que el ser humano practica dos tipos de procesos discursivos: a) el razonamiento natural; b) el razonamiento lógico. El primero se concreta cotidianamente pero sin el debido rigor. El segundo es practicado por quienes aplican los cánones lógicos cuando enfrentan la necesidad de rigorizar el proceso discursivo: adecuar fielmente el razonamiento a los principios lógicos y reglas particulares de la inferencia. No obstante, la incorrección en el razonamiento puede tener lugar:

a) por inexistencia de la conexión entre los fundamentos y la tesis a demostrar, de modo que la «conclusión» no es tal por que no se deriva de las premisas. La ingenua o deliberada interpolación de

conectivas como «entonces», «por tanto», «de modo que», «ya que», etc, no resuelve en forma alguna esa falta de conexión. Esa ausencia de conexión entre la conclusión alegada y los fundamentos es conocida como la expresión latina *non sequitur*.

b) por errores lógicos o por la infracción deliberada de los principios y reglas de inferencia que vician el proceso de demostración aun cuando la tesis materia de la demostración sea verdadera.

Constituye un deber y un ideal evitar errores e infracciones durante el proceso discursivo. Sin embargo, el simple propósito de no cometer incorrecciones durante el razonamiento no es suficiente, pues se requiere además de cuidado, conocimiento de las leyes y reglas lógicas y constante práctica<sup>1</sup>.

## 2. REMINISCENCIA SOBRE ALGUNOS TIPOS DE RAZONAMIENTO INCORRECTO

### 2.1. Homonimia

La homonimia resulta si una misma palabra o símbolo es empleado de tal modo que resulte designando objetos o conceptos diferentes, pero con apariencia de referirse a un mismo contenido. Es una violación del principio de identidad. Los lógicos la clasifican en *ambigüedad* y *anfibología*.

La ambigüedad resulta de emplear una palabra o símbolo sin la debida especificación de su acepción para el caso, por lo que el interlocutor o el destinatario de la comunicación puede entenderla en uno u otro sentido: ya sea coincidiendo con el significado asignado para el comunicante o con otra acepción adjudicable en ese acto.

El deber de especificar el significado de las palabras se debe a que éstas tienen como característica la de tener más de un significado: sirven para expresar distintos conceptos.

Supongamos que al efectuar un silogismo típico<sup>2</sup> se empleara una palabra ambigua para designar el

termino medio. Se incurrirá irremediabilmente en la falacia llamada *queternio terminorum*<sup>3</sup>, como es el caso siguiente:

Premisa 1: El conocimiento del Derecho permite distinguir la naturaleza y la estructura de las prescripciones jurídicas.

Premisa 2: María, con conocimiento del derecho que le asiste, ha demandado por alimentos a José.

Conclusión: Luego, María distingue la naturaleza y la estructura de las prescripciones jurídicas.

En este ejemplo, la incorrección radica en el empleo ambiguo de la palabra **derecho**: como se sabe, esa palabra tiene varias acepciones. Es visible que en la primera premisa está usada con el significado de ordenamiento jurídico positivo («Derecho objetivo»), mientras que en la otra premisa aparece con el significado de facultad jurídica («derecho subjetivo»). Entonces, no existe identidad en el concepto que debe funcionar como término medio, aunque la palabra es la misma. Por lo tanto, la conclusión no está implicada por las premisas.

La proposición anfibológica resulta por defecto de sintaxis o por error de puntuación. Esa deficiencia determina que la proposición sea también entendida en más de un sentido. Algunos emplean deliberadamente esta modalidad<sup>3</sup>. Si no, recordemos la lectura de los antiguos oráculos o las respuestas de los «adivinos». En otros casos, es consecuencia del desconocimiento de las reglas gramaticales.

Son memorables a este respecto las siguientes respuestas del Oráculo del Delfos:

*Aio se Romanos vincere posse*, frase que puede significar tanto «afirmo que tú puedes vencer a los romanos», como «afirmo que los romanos te pueden vencer»<sup>4</sup>.

«Creso, rey de Lidia, planeaba una guerra contra el reino de Persia. Como era un hombre prudente, no quería arriesgarse a emprender una guerra sin

<sup>1</sup> Por ejemplo, el suscrito, a pesar de no desearlo, comete más errores que aciertos; pero, en compensación, anhela fervientemente que los demás tengan más aciertos que errores.

<sup>2</sup> El silogismo es un caso especial de inferencia que consta de dos premisas y conclusión. En las primeras se distinguen tres términos: el mayor, el menor y el medio. En la conclusión únicamente aparecen el término menor como sujeto y el término mayor como predicado.

<sup>3</sup> Emplean mucho la anfibia que quienes cuentan chistes o formulan adivinanzas.

<sup>4</sup> LOPEZ-DORIGA, Enrique. *Metodología del Pensamiento*. Herder, Barcelona. p. 139.

tener la seguridad de ganarla. Al consultar al Oráculo de Delfos sobre la cuestión, recibió la siguiente respuesta: "Si Cresos emprende la guerra, destruirá un reino poderoso". Encantado con esta predicción, de la que infirió que destruiría el poderoso reino de Persia, Cresos inició la guerra y fue rápidamente derrotado por Ciro, rey de los persas. Como éste le perdonó la vida, Cresos después escribió al Oráculo una carta en la que se quejaba amargamente. Los sacerdotes de Delfos respondieron que el Oráculo había hecho una predicción correcta: al desencadenar la guerra, Cresos destruyó un poderoso reino, ¡el suyo propio!»<sup>5</sup>.

Proponemos el siguiente ejemplo elemental de incorrección por anfibología:

A fojas 20 del expediente consta la afirmación de Juan en el sentido de que «Pedro le dijo que le había robado el reloj». Luego, está claro que es Juan el autor del robo del reloj en agravio de Pedro.

Sin embargo, la conclusión es inconsistente porque el carácter anfibológico de la premisa puede conducir también a concluir con la misma facilidad que está claro que Pedro es el autor del robo del reloj en agravio de Juan. Pues, como aparece, en la premisa no está especificada -por defecto de sintaxis- quién robó a quien: ¿Pedro robó el reloj de Juan, o Juan robó el reloj de Pedro?

## 2.2. No causa por causa (falsa causa)

Se comete la incorrección de «no causa por causa» cuando se afirma una conclusión señalando como causa de un suceso aquella que en la realidad no es tal, así como también cuando por confusión se considera como causa lo que tiene la calidad únicamente de condición o pretexto. Es frecuente fijarse mecanicistamente en la mera sucesión temporal de acontecimientos y considerarlos como concatenados causalmente, cuando en realidad son acontecimientos totalmente independientes. Esa falta de verificación de la relación causal conduce a la aplicación irreflexiva del *post hoc ergo propter hoc* (después de esto, luego, a causa de esto). Los supersticiosos son proclives a incurrir en la «no causa por causa».

a) Momentos después de que se vieron relámpagos y escucharon truenos, se produjo un sismo. Estamos ante una «no causa por causa» si uno de los presentes concluye que las causas del sismo han sido el relámpago y el trueno.

b) Una gestante hizo una consulta médica sobre molestias uterinas. El facultativo le extrajo la secreción vaginal para análisis de laboratorio. Quince días después de la consulta médica, la gestante abortó. El esposo pensó que la causa del aborto era la extracción de la secreción vaginal que hizo el facultativo.

c) «Z» tuvo una relación íntima con «B» en la «noche de brujas» y ella resultó embarazada. Esta última atribuyó la causa del embarazo a la «noche de brujas».

d) El homicida «B» desde hacía algún tiempo deseaba matar a «C», pero no encontraba la oportunidad. Entonces, propició una reunión e hizo invitar a «C». Encontrándose ambos en la reunión, «B» provocó una discusión violenta con aquél, durante la cual disparó mortalmente a «C». Se atribuye la causa de la muerte a la discusión.

La incorrección es indiscutible en los casos propuestos: el sismo es un fenómeno absolutamente extraño al relámpago y al trueno. Igualmente, la extracción de la secreción vaginal no tiene ningún nexo de causalidad con el aborto. Tampoco la «noche de brujas» es causa del embarazo, porque éste tiene como única causa la fecundación. En el caso del homicidio, tal como está formulado el supuesto, la «discusión» es simplemente una condición, un pretexto; aquí, la relación causal implica una concatenación causal: el móvil y el efecto letal del disparo.

## 2.3. Incorrección en el razonamiento condicional

Es conveniente transcribir previamente la advertencia de Alice y Morris:

«Es importante comprender claramente que la validez formal de un argumento no está de ninguna manera afectada por los valores de verdad reales de las premisas y la conclusión. La validez de un razonamiento depende solamente de si las premisas implican la conclusión; de si, en el caso presente,  $q$  se sigue de  $p \wedge (p \rightarrow q)$ . De hecho, una o ambas premisas pueden ser falsas, pero la conclusión se seguirá, no obstante, de la hipótesis. Así, en la conversación del Pichón con Alicia, por lo menos una premisa del argumento de Pichón era falsa, a saber, que si Alicia comía huevos, era una serpiente. Pero si esta proposición implicativa, junto con la proposición "Alicia come huevos" es verdadera, entonces tiene que ser el caso "Alicia

<sup>5</sup> COPI, Irving M. *Introducción a la Lógica*. Traducción de Néstor Alberto Míguez. EUDEBA, Buenos Aires, 1972. p. 106.

es una serpiente" verdadero. La cuestión de si un argumento es válido es una cuestión de que si las premisas son verdaderas, la conclusión declarada debe también ser verdadera».

«La diferencia entre las cuestiones (a) de si un argumento es válido formalmente, y (b) de si sus proposiciones constituyentes son de hecho verdaderas, es fundamental para la lógica. La primera cuestión puede resolverse sin recurrir a investigar el mundo, porque la determinación de validez formal consiste en descubrir si una implicación es tautológica, mediante el uso de tablas de verdad o de algún otro método como éste. Por otra parte, la verdad o la falsedad material de las proposiciones que constituyen el argumento sólo puede establecerse por referencia a cuestiones de hecho empíricas, mediante observación, o mediante experimento. A pesar de la enorme diferencia que hay entre decidir si una conclusión está implicada o no por las premisas dadas y decidir si éstas son verdaderas o falsas, el hecho de que las premisas y la conclusión sean ambas verdaderas a menudo lleva a la gente, equivocadamente, a suponer que hay una relación de implicación. Esto, por supuesto, no es si no una de las fuentes de falacia en razonamiento...»<sup>6</sup>.

### 2.3.1. Las Reglas del razonamiento condicional correcto

1. «Cuando una premisa de un argumento es una proposición implicativa, afirmar el antecedente exige afirmar el consecuente».

Esta regla es reconocida también con el nombre de «afirmar el antecedente».

2. «Si una premisa de un argumento niega el consecuente de la otra premisa, el antecedente debe ser negado en la conclusión»<sup>7</sup>.

Esta regla es conocida también con el nombre de: regla de «negar el consecuente».

Cuando se procede en sentido contrario en cada una de dichas reglas se incurre en incorrección. Por lo tanto, las falacias o paralogismos resultan:

a) De afirmar el consecuente.

Si mediante una premisa se afirma el consecuente de otra que es una proposición implicativa y se concluye afirmando el antecedente de ésta, se incurre en la falacia de «afirmar el antecedente» o en el paralogismo del mismo nombre.

Ejemplo:

Si «X» está matriculado en la Facultad de Derecho, entonces es estudiante de Derecho.

«X» es estudiante de Derecho. Entonces, está matriculado en la Facultad de Derecho.

Esta incorrección puede ser subsanada realizando una nueva inferencia, con la misma premisa condicional, pero aplicando la primera regla correcta ya transcrita.

b) De negar el antecedente

«En general, puede considerarse falaz todo argumento que en una premisa niega el antecedente de la otra, y luego pasa a negar el consecuente de esa premisa en la conclusión. De la negación del antecedente, no puede en absoluto inferirse nada acerca del consecuente»<sup>8</sup>.

Ejemplo:

Si en la calle «q» están reunidos algunos delincuentes, entonces Juan irá por otra calle para llegar al lugar de su destino.

No están reunidos algunos delincuentes en la calle «q». Entonces, Juan no irá por otra calle para llegar al lugar de su destino.

Muchos dirán seguramente «no veo nada raro en estos casos». Como respuesta anticipada conviene destacar que en estos casos de incorrección la conclusión no fluye de manera inexorable de las premisas y la veracidad de la conclusión queda determinada (puede ser verdadera como puede ser falsa, es cuestión de verificarla). Cuando se trata de juicios que expresan una relación bicondicional no existe peligro de incurrir en falacia en estos casos.

<sup>6</sup> ALICE, Ambrose, y MORRIS, Lazerowita. *Fundamentos de Lógica Simbólica*. Traducción de Francisco González Aramburú. Universidad de México, 1968. pp. 133-134.

<sup>7</sup> ALICE y MORRIS. *Op. cit.*, pp. 133-136.

<sup>8</sup> *Loc. cit.*

### 2.3.2. Acotación sobre la veracidad de la conclusión en el razonamiento condicional

Es útil tener en cuenta la explicación de Gorski-Tavants:

«1) de la veracidad del antecedente se sigue necesariamente la del consecuente; 2) de la falsedad del consecuente se sigue necesariamente la del antecedente. Sin embargo: 3) si el antecedente es falso, queda sin resolver el problema de la veracidad o de la falsedad del consecuente, que es verdadero unas veces y otras veces resulta falso. Exactamente del mismo modo: 4) si el consecuente es verdadero, queda sin resolver el problema de si es verdadero o falso el antecedente. Ya está claro que en tales casos la veracidad o falsedad correspondientes quedan determinados».

«Estas reglas se infringen con frecuencia. No es difícil convencerse, además, que los errores no se encuentran en los razonamientos que parten de la veracidad del antecedente ni en los que parten de la falsedad del consecuente. Por lo común, a nadie se le ocurre sacar conclusiones pasando de la verdad del antecedente a la falsedad del consecuente ni al revés.

En cambio, se incurre a menudo en error cuando se parte de la falsedad del antecedente o de la veracidad del consecuente. En efecto, no es raro que la falsedad del antecedente se infiera como necesaria del consecuente, lo cual naturalmente, no es cierto, puesto que, en el caso a que nos referimos, el consecuente puede ser falso, pero también puede ser verdadero. Exactamente del mismo modo, suele ocurrir que de la veracidad del consecuente se infiere como necesaria la veracidad del antecedente, lo cual es tampoco justo, pues siendo verdadero el consecuente, el antecedente es a veces verdadero y a veces falso»<sup>9</sup>.

### 2.4. Falsa oposición lógica

Se incurre en la llamada «falsa oposición lógica» cuando en un debate o discusión se imputa al oponente una afirmación o negación que él no ha formulado, ni siquiera implícitamente. («se le hace decir lo que no dijo»); acto seguido se esgrimen argumentos para refutar esa afirmación o negación inexistentes y finalmente se concluye que la tesis del contrincante «ha sido refutada». Pero co-

mo en la realidad esa tesis es inexistente, su refutación resulta más que falsa: sencillamente imposible. Sin embargo, la habilidad del autor de la falacia podría tener éxito si el oponente y/o el auditorio no han puesto la debida atención para descubrir el ardid.

Nos parece que en tal caso quien presume de refutante incurre en una actitud análoga a aquélla en que incurrió Don Quijote de la Mancha al considerar a los molinos de viento como «desafortados gigantes» y luego decidió «hacer batalla y quitarles a todos las vidas»<sup>10</sup>.

Metafóricamente, podríamos decir que el presunto refutante crea un monstruo pero afirma que es obra del oponente; seguidamente se pone a luchar contra el monstruo, lo destruye también imaginariamente y culmina su fantasía afirmando que ha destruido la tesis de su oponente.

### 2.5. Petición de principio (petitio principii)

Según Mans, «el sofisma de petición de principio consiste en tomar, de una manera hábilmente disimulada, como fundamento o principio de la demostración, una proposición carente de evidencia, lo cual puede suceder de tres maneras, a saber: primera, tomando como principio de la demostración la misma tesis que se trata de demostrar, aunque modificando los términos materiales; segunda, tomando como evidente por sí misma (*per se nota*) una proposición que realmente no lo sea; y tercera, tomando como principio de demostración una proposición tan dudosa como la que se trata de demostrar»<sup>11</sup>.

El círculo vicioso no es sino el primer supuesto ya mencionado; esto es, cuando la demostración recíproca de dos proposiciones tiene lugar aduciendo a una de ellas como fundamento de la otra; y, seguidamente, ésta pasa a ser el fundamento de la demostración de la anterior.

Los defensores fiscales y jueces son propensos a incurrir en la petición de principio.

### 2.6. Ignorancia o mutación de la cuestión (ignoratio elenchi o mutatio elenchi)

Se incurre en ignorancia de la cuestión al violar el principio de identidad con respecto al tema del

<sup>9</sup> GORSKI, D. P. y P. V. TAVANTS. *Lógica*. Traducción de Augusto Vidal Roget. Grijalbo, México D.F., 1968. pp. 301-302.

<sup>10</sup> CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*. Ramón Sopena, Barcelona, 1968. p. 72.

<sup>11</sup> MANS FUIGARNAU, Jaime M. *Lógica para juristas*. Bosch, Barcelona, 1969. p. 215.

debate o de demostración. Se suplanta total o parcialmente el tema, la tesis en debate, el objeto de la demostración o refutación de la pregunta. Gortari dice:

«...es posible que la hipótesis por demostrar haya sido suplantada por otra, incluso de manera tan sutil que no pueda ser fácilmente advertida. En tal caso, se tendrá una violación al precepto de la identidad y, por ello, si las hipótesis no son idénticas, entonces la validez de una de ellas no presupone la validez en la otra, ni menos la demuestra. También llega a ocurrir que al tratar de refutar una hipótesis, ésta sea suplantada por otra, de tal manera que al final se pueda tener la impresión de haber logrado la refutación de la primera hipótesis. En tal caso, debido a que las hipótesis no son idénticas, la refutación de una de ellas no presupone la falta de validez de la otra, ni mucho menos la prueba. Por ejemplo, supongamos que en el Congreso de un país al que llamaremos Labardán, se está discutiendo acerca de la conveniencia de declarar o no la guerra a otro país, que podría ser Levanterra. Entonces, si hubiese un diputado que filosóficamente arguyera que toda guerra es injusta, se estaría refiriendo a la guerra en general, cuando lo que se discute es un caso particular y concreto. Por lo cual, estaría incurriendo en la falacia de ignorar la cuestión, por tratar de demostrar más de lo que se discute. A su vez, otro diputado que participará en ese mismo debate, sosteniendo las ventajas que podrían obtenerse en caso de que Labardán saliera victorioso sobre Levanterra, también estaría ignorando la cuestión; sólo que, en tal caso, tratando de probar menos de lo que se discute. En fin, si hubiera un tercer diputado que hablara en torno a la prosperidad de Labardán y el trabajo fecundo y creador de sus habitantes, entonces estaría ignorando igualmente la cuestión, al apartarse por completo de ella»<sup>12</sup>

Es también frecuente encontrar, tanto en la argumentación de algunos defensores como de fiscales y jueces, casos de *ignoratio mutatio elenchi*.

## 2.7. Argumento por la ignorancia

El argumentum ad ignorantiam se comete cuando simplistamente se sostiene que una determinada proposición es verdadera porque no se ha demostrado su falsedad; a la inversa, que una proposición dada es falsa porque no se ha demostrado su veracidad. Es decir, se sostiene que una proposi-

ción es falsa porque se ignora que es verdadera o bien que es verdadera porque se ignora que es falsa.

Por ejemplo, decir que ciertos dogmas de contenido fideísta son verdaderos porque nadie ha demostrado su falsedad, corresponde a este tipo de incorrección. Los dogmas de la fe ni siquiera son susceptibles de discusión a la luz, del interés por saber la veracidad o falsedad, pues en materia de la fe o se acepta o no se acepta, se cree o no se cree.

Un ejemplo que ilustra esta falacia es el siguiente: Un grupo de parapsicólogos aseveró que «existen ovnis en el lugar, por cuanto se han recogido diversas evidencias de ello y nadie ha refutado su existencia hasta hoy». Como se aprecia, aunque los parapsicólogos digan que han recogido ciertas pruebas, la afirmación de la existencia de ovnis se sostiene básicamente sobre la base de un hecho negativo: que no se ha demostrado su falsedad.

Sin embargo, es necesario aclarar que no se incurre en esta incorrección discursiva cuando sobre la tesis o tema materia de la investigación, demostración o discusión, se ha agotado previamente una actividad cognoscitiva con el afán de esclarecer la veracidad o falsedad, pero no se ha logrado el resultado definitivo. En este caso, es lícito sostener que la tesis en cuestión -según el caso- es verdadera o falsa por no haberse logrado demostrar lo contrario, pese a la actividad racional exhaustiva de conocimiento desplegado. Por ejemplo, si durante la actividad probatoria eficiente y legítima desplegada en el procedimiento penal no se ha podido descartar la presunción de inocencia que ampara al procesado, presunción que es *juris tantum*; es lógico sostener que no se ha probado la veracidad de la imputación.

## 2.8. Falacia de accidente

La falacia de accidente ocurre cuando, ya sea por falta de cuidado o deliberadamente, se omite tener en cuenta la diferencia entre lo esencial y lo no esencial («lo accidental»), entre lo principal y lo secundario. De modo que, se resulta relievando como esencial aquello que sólo es de nivel secundario o quizá ocasional. Copi propone el siguiente ejemplo:

«Lo que compramos ayer, lo comemos hoy; ayer compramos carne cruda, por lo tanto, hoy come-

<sup>12</sup> DE GORTARI, E. *Lógica General*. Grijalbo, México D.F. p. 277.

mos carne cruda». En ese razonamiento, la premisa «lo compramos ayer, lo comemos hoy» sólo se aplica en general a la sustancia de lo que se compra, no a su condición. No pretende abarcar toda la circunstancia accidental, como «el estado crudo de la carne»<sup>13</sup>.

Supongamos que «X» encuentra una colección de libros magníficamente impresos y basándose únicamente en ese detalle infiere que la colección ha de tener también un nivel de conocimiento excelente y la compra. En la realidad, «X» corre un gran albur respecto del contenido.

### **29. Falsa generalización (falacia de «accidente inverso»)**

Se incurre en la incorrección de falsa generalización cuando, apresuradamente, se atribuye a toda la clase, la propiedad que se conoce de unos pocos integrantes de dicha clase. Pues aún queda pendiente por saber si esa constatación diminuta no sería una manifestación excepcional debido a condiciones especiales y transitorias.

Una generalización apresurada no tiene consistencia alguna para concluir afirmando la veracidad plena de ella, por cuanto un conocimiento por inducción incompleta permite una proyección hipotética o, en el mejor de los casos, si la inducción es consistente, un conocimiento de grado probable.

Así por ejemplo, en la afirmación «de la mejor leche, el mejor yogurt», no resulta válido inferir que por emplear en la elaboración del yogurt un determinado tipo de leche, el resultado sea el mejor, pues la leche sólo constituye uno de los componentes, si bien el más importante.

En los trabajos de investigación, para no incurrir en «falsa generalización», la indagación por muestreo sobre los componentes de una clase debe abarcar una cantidad tal que permita confiabilidad y aseverar un conocimiento de grado probable sobre la clase entera.

### **2.10. Paso indebido de lo excepcional o especial a lo general, de lo condicionado a lo irrestricto**

En la realidad, muchas veces, algo es verdadero únicamente en determinadas condiciones. Si alguien, sin tener en cuenta esa condición determi-

nada, pretende demostrar que esa verdad se concreta en cualquier circunstancia, sin condiciones, incurre en falsedad. Por ejemplo, una medicina determinada tiene eficacia terapéutica solamente si es administrada en determinadas condiciones; de allí no se puede inferir que también tendrá eficacia en toda circunstancia.

Constituye un paso incorrecto de lo especial a lo general cuando, por ejemplo, se pretende resolver un caso aplicando una norma jurídica especial que no le corresponde por cuanto dicho caso es objeto de regulación por norma jurídica de carácter general.

### **2.11. Falso antecedente**

La incorrección «falso antecedente» ocurre cuando se tiene como fundamento verdadero una proposición que, en realidad, es falsa.

Este tipo de incorrección resulta condicionada por el detalle de que siendo falso el antecedente, la conclusión puede en unos casos ser verdadera y en otros falsa. Sólo la verificación empírica permitirá descubrir dicha verdad o falsedad.

Aun cuando el procedimiento de inferencia, de demostración, resultará correcto, no varía en lo absoluto la falsedad del antecedente.

La falsedad del antecedente se demuestra ya con el hecho o la proposición contrarios que sean verdaderos.

Citamos como ejemplo el discurso televisado que dirigió a la nación norteamericana el entonces presidente Reagan, donde justificaba su pedido de cien millones de dólares al Congreso para ayudar a los antisandinistas. La premisa fundamental de su discurso -antecedente de su argumentación- consistió en afirmar que Nicaragua presentaba en esa época «peligro real para la seguridad de Estados Unidos, de América latina y el mundo entero» (sic). La falsedad de esa premisa fue puesta de manifiesto por Roberto Miró Quesada en su artículo intitulado «La Sinrazón que viene del Norte»<sup>14</sup>.

### **2.12. Precipitación por obtener la conclusión («saltus in concludendo»)**

La precipitación por obtener la conclusión se concreta cuando durante el procedimiento de demos-

<sup>13</sup> COPI, Irving M. Op. cit., p. 92-93.

<sup>14</sup> Diario *La República*. Lima, 24 de marzo de 1986.

tración no se agotan todas las etapas o discernimientos necesarios en el caso, así como cuando se omite considerar críticamente las proposiciones contrarias o hechos discordantes; pero, no obstante esa deficiencia se, decide la conclusión.

Para no incurrir en esta incorrección se requiere evitar saltos innecesarios durante la demostración, cumplir con discernir también sobre hechos y propuestas contrarias.

Se incurre en esta incorrección cuando sin antes haber agotado la investigación o sin valorar todas las pruebas, valorándolas deficientemente, se apresura la conclusión de que la perpetración de delito está probada, que culpabilidad del procesado está acreditada.

Uno de los casos de motivación deficiente puede ser consecuencia de esta falacia.

### 2.13. Falacia de composición

La «falacia de composición» incluye dos tipos:

a) La distributiva; y b) la colectiva.

La primera resulta de considerar como punto de partida hacia la inferencia el conocimiento que se tiene aisladamente de las cualidades de los miembros de una clase, se concluye que también la totalidad (lo colectivo) tiene esa misma cualidad.

Ocurre en la realidad de algunas cualidades que algunas cualidades individuales de los miembros de una clase no son transferibles a la clase como totalidad organizada. Por ejemplo, si unos cuantos integrantes de una institución respetable actúan deshonestamente, ello no significa en modo alguno que la institución como tal sea deshonestas.

Supongamos que «X», de gran fortaleza física y entrenado en defensa personal, es desafiado a pelear por cinco sujetos. «X» tiene en cuenta que individualmente, uno a uno, puede acabar con todos ellos. Acepta el reto, pero la condición de los cinco es atacarlo como conjunto. «X», basado en su condición inicial, reitera la aceptación. A no dudarlo «X» resultará en desventaja, porque una cosa es que pelee por separado con cada uno de los cinco y otro que estos le agredan unitariamente.

Asimismo supongamos que la sección «A» está

integrada por 5 miembros, mientras que la sección «B» está integrada por 30 miembros. Cada integrante de la sección «A» gasta diez kw/hora de luz, en cambio, los integrantes de la sección «B» consumen solamente 8 kw/hora de luz cada uno. Sin embargo, de esos datos no se puede en modo alguno concluir seriamente que la sección «A» consume más luz que la sección «B», porque considerado colectivamente, es la sección «B» la que consume más luz por hora, si bien es cierto que considerado individualmente, son los integrantes «A» quienes consumen más luz por hora.

La otra variable consiste en que, teniendo como referente lo que se conoce de lo colectivo, de la totalidad organizada, se transfiere sin más esa cualidad a cada uno de sus integrantes. Sucede que en la realidad, en muchos casos la cualidad del todo es intransferible al miembro o los miembros considerados individualmente.

Por ejemplo, un televisor proyecta imágenes. Inferir simplistamente que cada una de sus piezas, aisladamente consideradas, también proyecta imágenes, es inconsistente.

### 2.14. Inferencia imaginaria

«La tesis se infiere de los argumentos para su comprobación»<sup>15</sup>.

Es frecuente constatar en muchos expedientes judiciales en materia penal que la mayoría de los dictámenes fiscales, los alegatos escritos de los defensores, así como los autos y las sentencias, no contienen una inferencia. Carecen de los argumentos que reflejan una coherente valoración de los medios de prueba incorporados en el proceso, no contienen ninguna apreciación sobre la calidad de la actividad probatoria cumplida. En su lugar, se encuentra un resumen simplista y desordenado del contenido de algunos «folios», una mera y fragmentaria producción literal -de paso innecesaria- de lo documentado en el proceso. Ninguna concatenación de fundamentos, ninguna apreciación crítica que justifique el por qué de la reproducción literal del contenido de algunos folios. Luego, súbitamente, se acopla un párrafo final que contienen las siguientes «afirmaciones contundentes»: «de lo acotado en los autos, resulta fehacientemente probada la existencia del delito y la responsabilidad del procesado» (sic). También se consigna «por sus fundamentos», cuando ocurre que la resolución materia de la impugnación no

<sup>15</sup> GETMANOVA, A., M. PANOVA y V. PRETOV. *Lógica*. Traducción de Víctor Médnikov. Progreso, Moscú, 1991 p. 101.

tiene fundamentos, sino fragmentos superpuestos colocados como si fueran fundamentos.

Recordemos, además, que no basta el empleo de expresiones como «por lo tanto», «de ahí que» o «luego» entre proposiciones para poder afirmar que se trata de una inferencia. Análogamente, en una sentencia no basta señalar «vistos» y «considerando» de los que sin análisis se infiera el fallo

del juez, sino que realmente debe existir conexión lógica en el paso de los primeros al segundo. Ese estilo de proceder infringe el principio de la razón suficiente e implica más de una falacia. Adicionalmente, importa una evidente infracción de la Constitución, que consagra declarativamente, entre otros, los principios del debido proceso, así como el deber de motivar las resoluciones judiciales.

Ahorros  
Cuentas Corrientes  
Tarjeta de Crédito  
Plazo Fijo  
Moneda Extranjera  
Giros  
Transferencias  
Letras  
Remesas de Dinero  
Valores  
Cartas de Crédito  
Importaciones y  
Exportaciones, etc.

**Pida Ud. el servicio  
que necesite, y el  
BANCO DE LIMA  
se lo dará con la mejor  
atención.**



**BANCO DE LIMA**

hace las cosas bien

# APROXIMACION AL DISCURSO ESCRITO DE LOS ABOGADOS

Mónica Cabrera Camasca  
Bachiller en Lingüística y Literatura  
Pontificia Universidad Católica del Perú

*De incuestionable interés para todos los que mantienen alguna relación con el Derecho en general y con las publicaciones jurídicas en particular, resulta el tema que aborda Mónica Cabrera en el presente artículo. A partir de la apreciación de los usos lingüísticos más frecuentes en los trabajos publicados en revistas como la muestra, la autora nos introduce al ámbito del análisis gramatical y sintáctico de los discursos jurídicos, haciendo hincapié en sus formas distintivas.*

*En dicho contexto, Cabrera observa las incorrecciones más habituales en este tipo de escritos, donde formas lingüísticas socialmente aceptadas como "cultas", encubren en realidad serias contravenciones a la pulcritud idiomática. Sin embargo, el presente trabajo no se construye a enumerar una serie de recurrentes faltas, sino que conduce a una conclusión que consiste en una calificación del discurso escrito de los abogados, a partir del cual se esboza la propuesta para su mejoramiento global y su final perfección. Un aporte del que, sin duda, todos aprenderemos algo.*

## I. INTRODUCCION

Una de las principales características de una lengua es su falta de homogeneidad. Tal como afirma Coseriu:

Normalmente, en una lengua histórica pueden comprobarse tres tipos fundamentales de diferenciación interna: a) diferencias en el espacio geográfico o **diferencias diatópicas**; b) diferencias entre los distintos estratos socioculturales de la comunidad idiomática, o **diastráticas**, y c) diferencias entre los tipos de modalidad expresiva, según las circunstancias constantes del hablar (hablante, oyente, situación u ocasión del hablar y asunto del que se habla), o **diferencias diafáticas**<sup>1</sup>.

Es decir, los hablantes no usan la lengua de una manera uniforme, únicamente. Así, no existe EL español, sino que se manifiesta en formas distintas: podrían percibirse diferencias en la pronunciación, el vocabulario, etc. cuando conversan. Este fenómeno se conoce como "variación"<sup>2</sup>. Los hablantes de una lengua pueden reconocer diferentes "dejos" o notar que otros utilizan palabras que ellos no entienden o a las que no asignan los mismos significados. Esto se produce, por ejem-

<sup>1</sup> COSERIU, Eugenio. "Los conceptos de "dialecto", "nivel" y "estilo de lengua" y el sentido propio de dialectología". En: *Lingüística española actual* III, p. 12.

<sup>2</sup> Sobre el tema pueden consultarse los siguientes títulos:  
LABOV, W. *Modelos Sociolingüísticos*. Cátedra, 1983.  
SILVA CORVALAN, C. *Sociolingüística: teoría y análisis*. Alhambra, 1989.  
TRUDGILL, P. *Sociolingüistics: An Introduction*. Penguin, 1974.  
Sobre variación en el español de Lima:  
CARAVEDO, R. *Sociolingüística del español de Lima*. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

plo, si se comunican un hablante limeño y otro madrileño: la pronunciación de palabras como **zapato** o **perdices** será distinta; para un mismo objeto el primero utilizará la forma **computadora** mientras que el segundo, **ordenador**. A estos "dejos" se les conoce técnicamente como "modalidades". Sin embargo, una modalidad puede estar definida por otros elementos diferentes a la procedencia geográfica: el estrato social y la situación en que se produce la comunicación.

Respecto al primero podemos distinguir, por ejemplo, modalidades cultas y no cultas teniendo en cuenta el grado de instrucción del hablante. También es posible observar relaciones entre la condición económica (alta, media y baja) y la manera de hablar. En el habla culta, la pronunciación tiende a conservar más los sonidos, mientras que en la modalidad opuesta ésta tiende más bien a relajarse. Considérese, por ejemplo, la terminación **-ado** y su variante **-ao** en palabras como **cuñado/cuñao**, **cansado/cansao**.

En relación al segundo se puede diferenciar, por ejemplo, un habla informal y otra formal. El hablante recurre a la primera en el ámbito familiar, en su barrio o con amigos; mientras que la segunda se dan en contextos "serios" como el académico, ante personas extrañas, al escribir un texto que será publicado, etc.

El propósito de este trabajo es caracterizar con una modalidad específica el español utilizado por los abogados en el lenguaje escrito. En este caso coinciden factores sociales, dado que se trata de un grupo de hablantes que comparte un grado de instrucción superior y la pertenencia a un mismo grupo profesional, y situacionales, porque partimos de textos escritos para un público especializado y con el propósito de ser publicados. Así, podemos afirmar inicialmente que se trata de una modalidad de habla culta especializada en una situación comunicativa formal.

Como correctora de textos producidos por abogados he podido observar una serie de rasgos recurrentes tanto en usos correctos como erróneos. Lo que pretendo en este trabajo es mostrar los resultados del análisis de textos de este tipo para fundamentar la hipótesis anteriormente señalada. Por otra parte, la utilidad de este trabajo es mostrar a los abogados los errores más frecuentes en sus

textos, lo que les permitirá eventualmente, evitarlos al momento de redactar. Esto de hecho es importante porque, como mencionamos anteriormente, estos casos se producen en el ámbito académico, donde prima un modelo de corrección en el uso del lenguaje.

Proponemos concretamente que el lenguaje de los abogados presenta tres características: formalidad, explicitéz e influencia del lenguaje de las leyes (jurídico).

Para realizar este trabajo hemos partido del análisis de veinte artículos extraídos de tres revistas especializadas.

## II. USOS FRECUENTES

A continuación, presentaremos los usos más frecuentes en los textos analizados y como ellos ejemplifican las características señaladas anteriormente.

### 1. Términos formales, tecnicismos y latinismos

La modalidad estudiada muestra una fuerte tendencia hacia el uso formal del lenguaje (aspiración de corrección). No se encuentran ni oralidades<sup>3</sup> ni expresiones coloquiales ni vulgarismos. También mantiene un fuerte nexo con el lenguaje de las leyes. Esto se puede notar en:

#### a. La utilización de vocablos formales de prestigio

«Es necesario que se **observe** buena conducta».

«(...) interpretación a la que se **arribó** (...)».

«Todos los días debe **haber concurrido** al centro de trabajo».

Es más prestigiosa y formal la palabra **observe** que **mantenga**, **arribó** que **llegó** y **haber concurrido** que **haber asistido**.

#### b. La utilización de términos técnicos

Como todo grupo profesional, los abogados comparten una "jerga". En los siguientes ejemplos se encuentran subrayados los términos de este tipo.

<sup>3</sup> La oralidad consiste en el uso de expresiones propias del lenguaje hablado informal dentro de un contexto formal. Esto produce un choque de normas porque es contradictorio escribir un texto formal tal como se habla. Por ejemplo, si respondemos una pregunta oralmente, probablemente empezaremos empleando la expresión bueno. Si iniciamos un texto escrito de esa manera, estaríamos trasladando lo oral a lo escrito.

«De igual manera, de laborar un período menor a un mes tiene derecho a **percibir** tantas partes proporcionales de los sétimos o quintos como días haya laborado.»

Se solicitará **de oficio**.

### c. La utilización de latinismos

En los siguientes ejemplos vemos que se utilizan latinismos (*prima facie* en vez de *a primera vista* y *hic et nunc* en vez de *aquí y ahora*). Esta es una muestra de la relación entre el lenguaje de los abogados y el jurídico, que le da un matiz arcaizante al primero.

«Más que pretender una noción de tercero, no en contraposición sino en relación a la que tenemos de parte, debemos fijarnos *prima facie* en cuál es el elemento que permite que aquél intervenga (...)».

«A efecto de que *hic et nunc*, y en el proceso iniciado se decida a quien debe satisfacer la pretensión, pide al Juez que se llame al tercero.»

## 2 Gerundio

Un gerundio es un tipo de verboide<sup>4</sup> que presenta las terminaciones **-ando** y **-iendo**. Esta forma puede utilizarse solamente para significar acción simultánea. Es incorrecto utilizarla como adjetivo, es decir como una palabra que señala una característica, o para expresar acción posterior, consecuencia o efecto<sup>5</sup>. Pese a que una de las características de la modalidad analizada es su aspiración de corrección, es la utilización incorrecta del gerundio la más frecuente como veremos en los siguientes ejemplos.

### a. Gerundio como adjetivo

En este caso se utiliza el gerundio para expresar una característica de un sustantivo:

«Licencia tramitada ante la DISCAMEC, con carácter intransferible y vigente por tres años, **pu-diendo** ser renovada (...)».

«Solicitud **indicando** nombre y domicilio del empleador (...)».

En el primer ejemplo se menciona una licencia que se caracteriza por poder ser renovada y en el segundo se trata de una solicitud en la que se indica una serie de datos. Como mencionados anteriormente, éste es un uso incorrecto. Las versiones correctas son las siguientes:

«Licencia tramitada ante la DISCAMEC, con carácter intransferible y vigente por tres años, **que puede ser** renovada (...)».

«Solicitud **que indique** nombre y domicilio del empleador (...)».

### b. Gerundio de posterioridad

Este tipo de gerundio expresa una acción posterior a la acción principal de la oración. Por ejemplo:

«Así, por ejemplo, ciertas bonificaciones o asignaciones adquirirían percepción obligatoria, cuando habían sido pagadas de modo fijo y permanente, **lográndose** esto último al cabo de dos años».

(La acción de **lograr** es posterior a la de **adquirir**).

«La solicitud será declarada de plano inadmisibile, **disponiéndose** su archivamiento».

(La acción de **disponer** es posterior a la de **ser declarada**).

Este uso es incorrecto. Si corregimos, tenemos:

«Así, por ejemplo, ciertas bonificaciones o asignaciones adquirirían percepción obligatoria, cuando habían sido pagadas de modo fijo y permanente, **y se logra** esto último al cabo de dos años».

«La solicitud será declarada de plano inadmisibile **y se dispondrá** su archivamiento».

### c. Gerundio de efecto

Con este tipo de gerundio se expresa el efecto o consecuencia de la acción principal de la oración. Por ejemplo:

<sup>4</sup> Un verboide es una forma verbal no conjugada. Es una forma derivada de un verbo, que carece de información de persona, tiempo y modo. Por ejemplo, nótese la diferencia entre *bailé*, que indica primera persona, pasado y modo indicativo, y *bailando* o *bailar* que en un sentido estricto no ofrecen esta información. Una prueba intuitiva de ello es que la primera forma puede ser acompañada por su sujeto el pronombre *yo*, mientras que las otras no.

<sup>5</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Esbozo de una nueva gramática de la lengua española*. Espasa-Calpe, 1961, pp. 488.489.

«(..) la norma principal pierde contexto **obligando** a buscar analogías».

(La acción de **obligar** es el efecto de **perder**)

Este uso **tampoco** es correcto. La versión corregida es la siguiente:

«(..) la norma principal pierde contexto, **por lo que obliga** a buscar analogías».

#### d. Gerundio de oposición (adversativo)

Este tipo de gerundio indica acciones opuestas. Es un uso incorrecto, pero particular (la Real Academia no lo proscribire pero tampoco lo menciona dentro de los usos correctos). Veamos los siguientes ejemplos:

«Ello se debe a que la legislación no los diferencia, **concediéndoles** igual condición e igual derecho».

(Las acciones de **diferenciar** y **conceder** son opuestas)

«La legislación laboral vigente establece la obligación del empleador de llevar libros de planilla de pago, otorgando la posibilidad de sustituir dichos libros por hojas sueltas».

(La acción de **establecer** se opone a la de **otorgar**)

Las versiones correctas son las siguientes:

«Ello se debe a que la legislación no los diferencia, **sino les** concede igual condición e igual derecho».

«La legislación laboral vigente establece la obligación del empleador de llevar libros de planilla de pago, **pero otorga** la posibilidad de sustituir dichos libros por hojas sueltas».

Sobre este aspecto debemos mencionar que el uso de verboides, especialmente del gerundio con las significaciones mencionadas, es un rasgo arcaizante propio del lenguaje jurídico, modelo al que el lenguaje de los abogados parece acercarse. Además, su empleo permite añadir información dentro de la misma oración, lo cual produce que

las oraciones sean más extensas y complejas, punto que trataremos más adelante.

### 3. Verbos

#### 3.1. Verbos con enclíticos

Los enclíticos son pronombres personales que se adosan al final del verbo. Su uso connota elegancia y formalidad. El único encontrado es **se**, que aparece solamente con el verbo **deber**.

Pareciera que el referirse a deberes lleva a utilizar expresiones de mayor formalidad tal vez para llamar la atención sobre la obligación misma. Hemos registrado los siguientes casos: **deben ajustarse, deberán consignarse, debe buscarse, debe realizarse y debe pagarse**.

También se pueden ver pronombres enclíticos que acompañan a verbos en imperativo (advíertase, apréciese).

#### 3.2. Deber de

Si bien del apartado anterior se puede deducir que la forma verbal que indica obligación se forma con el auxiliar **deber**, es frecuente encontrar que se forma también con **deber de (deben de cumplir, debiendo de tener, debe de emitir)**. Este uso indistinto de ambas formas para significar obligación es un rasgo arcaizante, pues corresponde al Siglo de Oro (ss. XVI y XVII)<sup>6</sup>. Modernamente se considera que para expresar obligatoriedad debe usarse **deber**, mientras que para señalar probabilidad, suposición y conjetura, debe emplearse **deber de**.

#### 3.3. Perífrasis verbales

Se trata de la transformación de un verbo en locución verbal<sup>7</sup> seguida de un nombre<sup>8</sup>. Este uso amplía la frase, lo que parece tener como propósito el hacerla más explícita. En la mayor parte de los casos las perífrasis son reemplazables por formas sintéticas. Por ejemplo:

«**Son de aplicación** inmediata».

<sup>6</sup> COROMINAS, Joan y José A. PASCUAL. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*. Gredos, 1980, T. II, p. 429.

<sup>7</sup> Una perífrasis verbal es una frase hecha que actúa como un solo verbo. Por ejemplo, la locución voy a caminar actúa como el verbo caminaré. Esta última es una forma sintética.

<sup>8</sup> CALVO RAMOS, L. *Introducción al estudio del lenguaje administrativo*. Gredos, pp. 105-106.

«Cabe someter a consulta lo siguiente (...)».

«Es de aprobación automática».

Esta oraciones se pueden expresar también de la siguiente manera:

«Son aplicables inmediatamente».

«Cabe consultar lo siguiente (...)».

«Es aprobable automáticamente».

Las perífrasis refuerzan un estilo nominal en la frase dado que después de ellas se coloca un sustantivo o una palabra de función equivalente (en los ejemplos los sustantivos añadidos son: **aplicación, consulta y aprobación**). Este es un recurso frecuente en el lenguaje jurídico que se imita en el de los abogados.

#### 4. Locuciones prepositivas

Se encuentran con mucha frecuencia diferentes tipos de locuciones, aunque en su mayor parte éstas son prepositivas<sup>9</sup>.

Presentamos los siguientes ejemplos:

«Todas las empresas o personas naturales que prestan SSP deben de cumplir con una amplia variedad de obligaciones que **para efectos de** la exposición han sido divididas (...)».

«Tales servicios, **en razón** de las circunstancias mencionadas, crecieron en número».

«(...) las utilidades que otorgan mensualmente a los altos ejecutivos de la empresa **en función a** los ingresos (...)».

«**De acuerdo al** artículo 2º del D.S. N° 140-90-PCM (...)».

Se debe observar que la utilización de estas locuciones alarga ideas que podrían expresarse de manera más corta y refuerza el estilo nominal de la frase porque incluyen un sustantivo (**efectos, razón, función y acuerdo**). Por ejemplo, en el primer caso ésta podría ser reemplazada por **para**. Esto parece tener como función el hacer más explícito y claro lo que se quiere decir.

Debe verse también el caso de **de acuerdo a**. Esta es la locución más frecuente. Su uso es incorrecto ya que la forma correcta es **de acuerdo con**. Se trata de un galicismo recurrente no sólo en el lenguaje de los abogados. En este punto debe notarse que la aspiración de corrección de esta modalidad a veces se contradice con el uso de expresiones erróneas pero que no son valoradas negativamente. Esto es, son errores que puede notar el lector con conocimientos de gramática pero no el lector común.

#### 5. Queísmo

El queísmo es un error que se produce al omitir la preposición **de** ante una proposición subordinada cuando es necesaria. Este error es muy particular porque es cometido mayormente por hablantes cultos. Dado que los textos analizados han sido producidos por personas con educación superior, este error es esperable. Tenemos los siguientes ejemplos:

«También es notorio **el hecho que** el uso de un medio impugnatorio implica una petición a un juez».

«Consideramos necesario detenernos a desarrollar y justificar dicha interpretación, **habida cuenta que** a simple vista puede parecer desequilibrado otorgarle (...)».

«El arbitraje se muestra más seguro para los trabajadores, **en el sentido que** asegura una solución».

Colocando correctamente la preposición **de**, obtenemos lo siguiente:

«También es notorio **el hecho de que** el uso de un medio impugnatorio implica una petición a un juez».

«Consideramos necesario detenernos a desarrollar y justificar dicha interpretación, **habida cuenta de que** a simple vista puede parecer desequilibrado otorgarle (...)».

«El arbitraje se muestra más seguro para los trabajadores, **en el sentido de que** asegura una solución».

Existe una hipótesis según la cual el queísmo se produce en hablantes cultos por el rechazo hacia

<sup>9</sup> Una locución prepositiva es un conjunto de palabras que funciona como si fuera una sola preposición. Por ejemplo: para efectos de expresa lo mismo que la preposición para.

el dequeísmo (error contrario que consiste en colocar la preposición **de** ante una subordinada cuando ésta no es necesaria, como por ejemplo **pienso de que está bien**). Este error, entonces, se cometería por un afán de corrección que como se señaló anteriormente es un rasgo característico del lenguaje de los abogados.

## 6. De + infinitivo (circunstancial de condición)

Estas frases de significación condicional<sup>10</sup> ("si ..., entonces ...") tienen un carácter elegante. Presentamos los siguientes ejemplos:

«**De no cumplirse** con adjuntar los requisitos antes mencionados, la solicitud será declarada de plano inadmisibile».

«(...) las cuales **de fracasar** conducirán a que el Ministerio de Trabajo resuelva de manera definitiva».

«De igual manera, **de laborar** un período menor a un mes tiene derecho a percibir tantas partes proporcionales de los sétimos o quintos como días haya laborado».

Estas oraciones no son incorrectas, pero podrían expresarse en una forma más cotidiana, de la siguiente manera:

«**Si no se cumple** con adjuntar los requisitos antes mencionados, entonces la solicitud será declarada de plano inadmisibile».

«(...) las cuales **si fracasan** conducirán a que el Ministerio de Trabajo resuelva de manera definitiva».

«De igual manera, **si labora** un período menor a un mes tiene derecho a percibir tantas partes proporcionales de los sétimos o quintos como días haya laborado».

## 7. Modificadores del sustantivo

### 7.1. Adjetivos antepuestos (epítetos)

Se coloca el adjetivo antes del sustantivo (epíteto) mayormente para llamar la atención sobre la cua-

lidad más que sobre el concepto u objeto. Este uso muestra una aspiración de utilizar el lenguaje con cierta elegancia o "**de lograr un estilo declamatorio y elevado**"<sup>11</sup>. Tenemos los siguientes ejemplos:

«las especiales características»

«el referido libro»

«en la citada materia»

«un vago argumento»

«una sustancial modificación»

«un anterior pronunciamiento»

### 7.2. Modificadores indirectos

Estos son modificadores de sustantivos que se inician con preposición. Muchos de ellos pueden ser reemplazados por proposiciones subordinadas o por adjetivos, pero parecen ser empleados como uno de los mecanismos dentro de la tendencia al uso de muchos sustantivos en el lenguaje de los abogados. Los sustantivos aumentan si se emplea un modificador indirecto debido a que después de una preposición siempre aparece un elemento de valor sustantivo. Por ejemplo:

«el monto a trasladar»

«actividades de carácter sindical»

«faltas de carácter disciplinario»

Podemos reemplazar, por ejemplo, en la segunda frase el modificador indirecto por una subordinada y obtener el **monto que se trasladará**. En las dos últimas, si reemplazamos los modificadores por adjetivos, **obtenemos actividades sindicales y faltas disciplinarias**.

## 8. Concordancia

La concordancia es la igualdad de accidentes gramaticales<sup>12</sup> que debe existir entre ciertas partes de la oración (entre sustantivo y adjetivo, sujeto y verbo, etc.).

<sup>10</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit. p. 487

<sup>11</sup> CALVO RAMOS, L. Op. cit. p. 118

<sup>12</sup> Los accidentes gramaticales son variaciones al final de la palabra que informan de género, número, persona, tiempo o modo.

### a. Entre sustantivo colectivo y verbo

El sustantivo colectivo suele traer problemas respecto a la concordancia por tratarse de palabras que en singular dan idea de conjunto. Es posible hacer una concordancia "semántica"<sup>13</sup>, pero es preferible concordar gramaticalmente. Es decir, si el sustantivo que es el sujeto se encuentra en singular es preferible que el verbo también esté en ese número.

En la modalidad estudiada se realiza mayormente una concordancia del primer tipo. Por ejemplo:

«El **personal** del SSP **deberán atenerse** a las siguientes limitaciones (...)».

«**La mayoría** de las personas **se preocupan** (...)».

«**Existen una serie** de supuestos».

Se puede apreciar que en los dos últimos casos es el modificador indirecto, que aparece en plural, el que motiva que el verbo aparezca en dicho número. Sin embargo, el primer ejemplo contiene el sustantivo colectivo y un modificador indirecto ambos en singular y, aun así, el verbo está en plural.

### b. Discordancias

Es la ausencia de concordancia cuando ésta es obligatoria. Este es un error que aparece sin carácter estilístico o deliberado. Tenemos los siguientes ejemplos:

#### b.1. Entre sujeto y verbo

En el caso que presentamos, el sujeto está en plural mientras que el verbo está en singular:

«Este papel **debe asumirlo** las instituciones».

La oración correcta sería:

«Este papel **deben asumirlo** las instituciones».

#### b.2. Entre sujeto y atributo

En este ejemplo, el sujeto es femenino pero el atributo está en masculino:

«**La utilización** resultó bastante **cuestionado**».

Si corregimos el error, obtenemos la siguiente oración:

«**La utilización** resultó bastante **cuestionada**».

#### b.3. Entre sustantivo y adjetivo

En esta frase, que es sumamente frecuente en los textos analizados, el sustantivo está en plural mientras que el adjetivo que lo modifica está en singular:

«días calendario»

La versión correcta es:

«días **calendarios**»

#### b.4. Entre enclítico y referente

El pronombre enclítico debe concordar en género y número con la palabra a la que se refiere. En el siguiente caso, éste aparece en singular pero refiere a una serie de objetos, por lo que debería estar en plural:

«(...) incluyendo a las fotografías, cintas cinematográficas, de audio o video, la telemática y otros medios similares que antes se rechazaba, aunque la reciente jurisprudencia laboral comenzó a **darle** vigor».

Después de corregir, la oración queda como sigue:

«(...) incluyendo a las fotografías, cintas cinematográficas, de audio o video, la telemática y otros medios similares que antes se rechazaba, aunque la reciente jurisprudencia laboral comenzó a **darles** vigor».

Así, notamos que en varios casos no se aplican las reglas de concordancia propias del español. Una vez más este tipo de usos contradice la aspiración de corrección y formalidad del lenguaje de los abogados, la que sí se muestra en otros usos. La presencia de las discordancias es un punto común entre el español cotidiano y esta modalidad. Muchos de los tipos de discordancias mencionados pueden ser producidos con frecuencia por el hablante común. Por esto, se trata de errores no valorados negativamente, como varios de los errores cometidos por los abogados (el queísmo, el uso de **de acuerdo a**, etc.).

<sup>13</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit. p. 388

## 9. Oraciones largas

El afán por explicitar las situaciones en las cuales una norma se aplica o no, los requisitos para tramitar algo o aclarar un concepto, es lo que lleva, en la mayor parte de los casos, a la producción de oraciones largas y complejas (oraciones que terminan convirtiéndose en "párrafos"). Esta intención de claridad deviene en muchos casos en una oscuridad tal, que a veces no se logra entender lo que una oración intenta informar. Muy frecuentemente la gran extensión de las oraciones lleva a cometer serios errores de redacción, cuya corrección se lograría solamente repartiendo la información de la oración original en varias oraciones.

Se producen oraciones largas por la utilización de abundante subordinación, de enumeraciones (series o parejas de sustantivos unidos con **y** u **o**), de verboides (especialmente el gerundio, la mayoría de veces mal empleado), de locuciones y de incrustaciones<sup>14</sup>.

A continuación presentamos unos ejemplos que muestran los mecanismos mencionados:

«El artículo 81º de la Ley de Fomento del Empleo dispone que **si no se cumple el mandato de reposición dentro de las veinticuatro horas de notificado**, el empleador será requerido judicialmente bajo apercibimiento de multa, **cuyo monto se incrementará sucesivamente en 30% del monto original a cada nuevo requerimiento judicial hasta la cabal ejecución del mandato**».

En esta oración encontramos dos proposiciones subordinadas (una va desde **si** hasta **notificado** y la otra, desde **cuyo** hasta **mandato**). Nótese que se añade gran cantidad de información a través de ellas. Sin embargo, esta oración podría acabar después de **multa** para luego iniciar otra que informe sobre el incremento del monto de la multa.

«Tal como lo expresa Ferrero Costa, **quien junto al Maestro Alzamora Valdez son las únicas personas que en el país -ante de la promulgación del nuevo Código Procesal Civil- han tratado estas instituciones**, estamos acostumbrados a un tipo de proceso por el cual **las personas afectadas en sus bienes por una resolución judicial, interponen una acción de tercera excluyente de dominio o mejor derecho, o de pago**, conforme a lo que establece el art. 743 de nuestro Código de Procedi-

mientos Civiles en los títulos correspondientes a los juicios de tercerías».

Esta oración presenta subordinadas (desde **quien** hasta **instituciones** hay una, pero debe observarse que dentro de ella hay otra subordinada que empieza con **que** y termina con **instituciones**). Además, dentro de la segunda subordinada hay una incrustación. Se encuentra una serie de sustantivos unidos por **o**.

«Tiene como efectos: la abstención total de las actividades de los trabajadores comprendidas en ellas (excepto el **personal de dirección o de confianza y el que presta actividades indispensables**); la suspensión perfecta de los contratos de trabajo, **eximiendo** al empleador del pago de la remuneración por los días que dura la paralización y no afecta la acumulación de antigüedad **-siempre que la huelga no sea declarada improcedente o ilegal-, para efectos de la compensación por tiempo de servicios, vacaciones, descanso semanal, descanso en días feriados, bonificación por tiempo de servicios, o gratificaciones, y cualquier otro beneficio que lo disponga**».

En esta oración se pueden ver enumeraciones o series de sustantivos que muestran la tendencia hacia un estilo nominal. Esto también se puede notar en el uso de la locución **para efectos de** en vez de utilizar **para** (nótese que el uso de la locución añade un sustantivo a la frase). Se encuentra un gerundio incorrecto, que permite añadir más información dentro de la oración.

## III. CONCLUSIONES

A grandes rasgos, el discurso escrito de los abogados presenta tres características: formalidad, explicitéza e influencia de lenguaje jurídico.

La formalidad se origina a partir del hecho de que los textos se crean previendo su publicación en revistas especializadas. Esto lleva a que se utilicen formas de prestigio y tecnicismos. Además, el propósito de la mayoría de estos discursos es comentar la normativa, lo cual crea una exigencia de seriedad y corrección. Es importante señalar que algunos de los usos incorrectos se producen justamente por esta exigencia (por ejemplo, el **queísmo**).

La explicitéza se produce por la aspiración de evi-

<sup>14</sup> Las incrustaciones o expresiones incidentales son frases que explican o especifican una parte de la oración, pero que pueden ser extraídas de ella sin alterar su sentido básico. Se escriben entre comas o guiones.

tar toda ambigüedad. Es por esto que se utiliza un estilo perifrástico (rodeos de palabras). Sin embargo, se llega a una situación paradójica en la cual la claridad produce oscuridad (dificultad para entender lo expresado en el texto). Se puede notar en las oraciones largas, las enumeraciones, los gerundios, etc. Este propósito de claridad lleva a cometer errores como el uso del gerundio de posterioridad, el cual es utilizado para ampliar las oraciones.

La gran influencia del lenguaje jurídico puede notarse en el uso de latinismos, verboides (gerundio), enumeraciones (especialmente, series de sustantivos), oraciones extensas, etc. Algunos de estos usos (correctos e incorrectos) tienen un carácter arcaizante.

Todo esto nos permite la existencia de esta modalidad como una variedad del español utilizada por un grupo social de habla culta en una situación comunicativa formal.

## BIBLIOGRAFIA

CALVO RAMOS, L. *Introducción al estudio del lenguaje administrativo*. Gredos, 1980.

COROMINAS, Joan y José A. Pascual. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*. Gredos, 1980.

COSERIU, Eugenio. "Los conceptos de "dialecto", "nivel" y "estilo de lengua" y el sentido propio de la dialectología". En: *Lingüística española actual III*.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. RAE, 1992.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Esbozo de una nueva gramática de la lengua española*. Espasa-Calpe, 1981.

**NOTARIA SOBREVILLA**

**Igor Sobrevilla Donayre**  
**NOTARIO**

**Av. Benavides 3680 Of. 202, Chama - Santiago de Surco**

**☎ 449-6540/438-4018 Fax 438-4198**

**LIOVA SCHIAFFINO de VILLANUEVA**

**NOTARIO - ABOGADO**

Calle Monte Rosa 171 2do. Piso Of. 2 A2, A3 y A4  
Centro Comercial Chacarilla del Estanque Santiago de Surco - Lima  
Teléfonos: 4497397 4483823 Fax : 4483444

# LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION: ¿CAUCE DE TUTELA DE LOS DERECHOS DE NATURALEZA SOCIOECONOMICA?

Francisco Fernández Segado  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Santiago de Compostela

*El reconocimiento constitucional de los derechos de segunda y tercera generación, incorporados en base a criterios sociales y económicos, plantea la problemática del diseño de mecanismos eficaces para garantizarlos. Este tipo de derechos se protegen de manera mucho más operativa con medidas legislativas de promoción que con intervenciones de los órganos jurisdiccionales, a pesar de la evidente importancia de éstas. En la práctica es frecuente, sin embargo, que los poderes del estado no desarrollen legislativamente los derechos de segunda y tercera generación, a pesar de la existencia de un mandato expreso en el propio texto constitucional. Nos encontramos entonces ante la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.*

*El doctor Fernández Segado desarrolla a lo largo del presente artículo el concepto de inconstitucionalidad por omisión, su aplicación por los tribunales europeos y su inclusión en las constituciones de Brasil y Portugal. Además, analiza la novedosa figura procesal del «mandado de injunção», que a pesar de tener la misma finalidad de la acción de inconstitucionalidad por omisión, guarda notables diferencias con ésta.*

## 1. DINAMICIDAD DE LOS DERECHOS Y MECANISMOS DE GARANTIA

La evolución de los derechos humanos, su carácter esencialmente dinámico, en definitiva, su historicidad, como advierte Bidart<sup>1</sup>, están en la misma base sobre la que se apoya la diversidad de técnicas de protección de los derechos que encontramos en el decurso del tiempo, y muy acentuadamente en los últimos lustros.

Como es de sobra conocido, hoy podemos hablar de la existencia, al menos, de tres generaciones de derechos: 1) una primera generación, la de los derechos individuales aparecidos en el constitucionalismo liberal clásico de fines del siglo XVIII e inicios del XIX; 2) una segunda, la de los derechos sociales y económicos, que afloran en el constitucionalismo de entreguerras entrelazados, como nos recordara Mirkine-Guetzévitch<sup>2</sup>, con la tendencia general del constitucionalismo de esa época a la racionalización del poder, o lo que es lo mismo, a la penetración del Derecho en todos los fenómenos de la vida social, y que encuentra en las Constituciones de México de 1917<sup>3</sup> y de Weimar de 1919 su manifestación culminante, y 3) la

<sup>1</sup> Germán J. Bidart Campos y Daniel E. Herrendorf. *Principios de derechos humanos y garantías*. Ediar, Buenos Aires, 1991, pp 86-87.

<sup>2</sup> Boris Mirkine-Guetzévitch. *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, traducción de Sabino Alvarez Gendín, Reus, Madrid, 1934. ps. 86-87

<sup>3</sup> Como ha recordado recientemente Lara Ponte, los artículos 3, 27 y, sobre todo el 123, hicieron de la libertad y la justicia los ejes de la vida política de México. El estado mexicano adquirió así responsabilidades fundamentales en el ámbito económico y social, con el único fin de buscar la justicia social. De ahí el carácter profético de las palabras pronunciadas por el diputado constituyente Cravioto, el 28 de diciembre de 1916: "... la Revolución Mexicana tendrá el orgullo legítimo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros". Rodolfo Lara Ponte. *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, UNAM, México, 1993, p. 156.

que se conoce como tercera generación de derechos, de reciente aparición, que constituye un ciclo aún no clausurado, dentro de la cual encontramos un conjunto de derechos que se asientan, como bien ha significado Vasak<sup>4</sup>, en la solidaridad<sup>5</sup>.

Cabe ahora que nos detengamos muy brevemente en una reflexión complementaria sobre esta tercera y última (aunque no faltan sectores de la doctrina que hablan ya de una cuarta generación) generación de derechos, dotados, como apunta Bonavides<sup>6</sup> de un altísimo grado de humanismo y universalismo, fruto, a nuestro modo de ver, no sólo de la eclosión de un conjunto de nuevos valores sociales, mayoritariamente compartidos por amplios sectores de la humanidad, sino también, al mismo tiempo, de la irrupción impactante en nuestro mundo, en buena medida como paradójica consecuencia de los últimos avances de la ciencia y de la tecnología<sup>7</sup>, de una serie de graves amenazas directamente dirigidas a la existencia del ser humano y a la necesaria conservación de su hábitat.

Han surgido de esta forma un conjunto de derechos que emergen de la reflexión del ser humano sobre cuestiones relativas a la paz, al medio ambiente, a la conservación de la naturaleza, a la explotación racional de los recursos naturales, a la salud y a la calidad de vida, al respeto del patrimonio histórico y cultural de la humanidad en su conjunto, etc. En definitiva, los nuevos valores sociales del hombre de las postrimerías de nuestro siglo han dado vida a otros tantos derechos originales perfectamente ubicables dentro de esta tercera generación a que antes aludíamos.

El reconocimiento constitucional de los nuevos derechos surgidos con este siglo, esto es, de los

de la segunda y tercera generación, ha planteado con toda crudeza la problemática del diseño de mecanismos eficaces de garantía. Y es que resulta evidente que los derechos constitucionalmente reconocidos son, ante todo, Derecho, lo que ineludiblemente exige unos cauces de tutela que los protejan frente a cualquier violación, con independencia de quién sea el potencial agresor, de acuerdo con el conocido aforismo *where there is no remedy there is no right*.

Este diseño de mecanismo de garantía o, como dijera Jellinsk<sup>8</sup>, de unas posibilidades jurídicas de poner en movimiento la sanción, reviste unas peculiaridades específicas en relación con los derechos de la segunda generación, esto es, con los derechos de naturaleza socioeconómica.

La positivación jurídica de los derechos sociales, como bien señala Cascajo<sup>9</sup>, con ser importante, no es un dato definitivo para analizar el nivel de protección y eficacia que alcanzan estos derechos en los distintos ordenamientos. El ejemplo alemán pone de manifiesto cómo desde una base positiva ciertamente reducida se pueden conseguir a través de la verificación jurisprudencial unos amplios y estimables resultados. Con razón indica la doctrina germana que la teoría de los derechos sociales debe atender no sólo a la tutela jurídica en sentido material, sino también prestar una mayor atención al Derecho Procesal Constitucional, con lo que quizá puedan verse atenuadas las escasamente útiles contraposiciones entre derecho subjetivo y norma programática o, con más rigor quizá, norma de asignación de fines al estado. A este respecto Cappelletti ha considerado que una de las primeras consecuencias de la labor del Tribunal Constitucional Federal alemán ha sido la formulación de un conjunto de importantes afir-

<sup>4</sup> Karel Vasak. *Pour les Droits de l'Homme de la Troisième Génération: Les Droits de Solidarité*. (Lección inaugural en el Instituto Internacional de Derechos Humanos del Consejo de Europa), Estrasburgo, 1979.

<sup>5</sup> Como indica Diego Valadés (*Constitución y Política*, 2ª ed. UNAM, México, 1994, p. 62), el estado social de derecho consistía en la forma que permitiría alcanzar el movimiento obrero y a la burguesía un equilibrio jurídicamente regulado.

<sup>6</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Malheiros, São Paulo, 1994, p. 523.

<sup>7</sup> Cfr. al efecto, Antonio E. Pérez Luño. *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las nuevas tecnologías*. Madrid, 1987.

<sup>8</sup> Recordemos que para Jellinek, a todo principio de derecho acompaña la seguridad de que el estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al Derecho. Esta idea de la auto-obligación del estado respecto a su Derecho ha desempeñado, a juicio del propio Jellinek, un papel importantísimo en la formación del constitucionalismo moderno. Cfr. al respecto, Georg Jellinek. *Teoría General del Estado*. Albatros, Buenos Aires, 1980, p. 276 y 279.

<sup>9</sup> José Luis Cascajo Castro. "La tutela constitucional de los derechos sociales". En: *Cuadernos y Debates*, nº 5, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, ps. 81-82.

maciones de principio por las que se aprecia que la jurisdicción constitucional de la libertad ha contribuido a eliminar el peligro que en el ámbito de las disposiciones sobre derechos de libertad impone una radical distinción entre las normas preceptivas y las normas meramente programáticas<sup>10</sup>.

## 2. MEDIDAS LEGISLATIVAS DE PROMOCION DE LOS DERECHOS DE NATURALEZA SOCIOECONOMICA E INACCION DEL LEGISLADOR

Los derechos de la segunda generación encuentran un ámbito de tutela mucho más operativo en las medidas legislativas de promoción que en las intervenciones de los órganos jurisdiccionales, sin que tal circunstancia, obvia por lo demás, en modo alguno pueda hacernos olvidar que la jurisdicción civil y, más aún, la penal, pueden contribuir a la protección eficaz de algunos de estos derechos o intereses sociales.

De esa primacía en la operatividad real de estos derechos de las medidas o actuaciones legislativas o reglamentarias promocionales, no debe derivarse que resulte vedado al ciudadano todo tipo de recursos con el fin de hacer frente a aquellas inacciones de los poderes públicos, de resultas de las cuales, los derechos que ahora analizamos quedan convertidos de facto en meras entelequias, afirmación *de lege ferenda*, verificada con total independencia de lo que pueda derivarse de nuestro vigente ordenamiento jurídico. Como resulta evidente, la problemática que estamos planteando no es otra sino la de la inconstitucionalidad por omisión.

Cuando la Constitución ordena a uno de los poderes del estado el ejercicio de una competencia, ese poder está obligado a ponerla en movimiento. Y cuando su abstención implica o involucra un daño o gravamen para una persona, dicha persona, a nuestro entender, debiera estar legitimada para impulsar a la jurisdicción constitucional a

controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones<sup>11</sup>. Que ello sea así puede tener su importancia en orden a operativizar ciertos ámbitos normativos de la *Lex superior*. Como ha advertido Bidart<sup>12</sup>, uno de los mayores descréditos de la parte dogmática de las Constituciones, y específicamente de sus cláusulas económico-sociales, suele ser en todas partes el proveniente de la falta de funcionamiento de las normas de asignación de fines a favor de sus beneficiarios por ausencia de la necesaria legislación complementaria.

El problema ha sido planteado por Canotilho con calidad meridiana<sup>13</sup>: «*O problema é esse: bem ou mal, os textos constitucionais tendem a incorporar, directa ou indirectamente, ordens legiferantes dirigidas ao legislador no sentido de este concretizar, densificar, realizar, a disciplina, fragmentária e incompleta, dos preceitos constitucionais. Quid juris se o legislador permanecer passivo? Qual a reacção da ordem juridico-constitucional ao silencio legislativo? Ainda por outras palavras: como obrigar um órgão legiferante a agir sempre que se verifique uma inconstitucionalidade por omissão?*».

Es evidente que mientras la inconstitucionalidad por violación, por transgresión frontal, de la Ley Fundamental tiene un carácter positivo, la inconstitucionalidad por omisión es de naturaleza negativa, en cuanto que, determinada la obligación de legislar sobre una determinada materia para que la norma constitucional tenga eficacia plena, es la inacción, la omisión de la obligación constitucionalmente contemplada la que provoca el vicio de inconstitucionalidad.

El instituto de la inconstitucionalidad por omisión se vincula, de una parte, a la estructura de determinadas normas constitucionales, que requieren para su complitud de una intervención reguladora ulterior, normalmente del legislador, si bien, aunque de modo excepcional, dicha intervención puede provenir asimismo de un órgano administrativo, con lo que la omisión -no cualquier omi-

<sup>10</sup> Mauro Cappelletti. *La giurisdizione costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 80.

<sup>11</sup> Análoga tesis sostiene Germán J. Bidart Campos. "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión". En: *El Derecho*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, tomo 78, ps. 785 y sigs.; en concreto, p. 785.

<sup>12</sup> Germán J. Bidart Campos. "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión". En: *Anuario Jurídico*, n.º VI, Méjico, 1979, ps. 9 y sigs.; en concreto, p. 14.

<sup>13</sup> José Joaquim Gomes Canotilho. "Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. O direito a emanação de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas", en Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*. Saraiva, São Paulo, 1993, ps. 351 y sigs.; en concreto, p. 352.

sión, conviene aclarar ya desde este mismo momento- del legislador genera la inconstitucionalidad por omisión.

De otra parte, junto a esta perspectiva básicamente formal del instituto, éste presenta otra vertiente material<sup>14</sup> que se nos revela con meridiana claridad en la creación jurisprudencial alemana de la llamada exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio.

Esta última perspectiva en particular y, en realidad, más ampliamente, la misma existencia del instituto que nos ocupa, encuentran en buena medida su razón de ser en el nuevo perfil, en la nueva caracterización que los códigos constitucionales presentan en nuestro tiempo. A diferencia del pasado siglo, las constituciones no son meros estatutos organizativos del poder que se limiten a precisar instrumentos de garantía frente al arbitrio de los poderes públicos, sino que las constituciones han ampliado sus contenidos para intentar cumplir, con idénticas pretensiones de eficacia, funciones de promoción y redistribución del bienestar social y económico; en definitiva, las leyes fundamentales han asumido, globalmente consideradas, una función transformadora de la sociedad. Las constituciones, afirma al efecto Ribeiro Bastos<sup>15</sup>, ya no son un mero retrato de las relaciones existentes actualmente en la sociedad. No se resignan a su dimensión estática. Quieren ser, y efectivamente lo son, objetos útiles en la anticipación del futuro. Delinean las bases conformadoras del porvenir, procurando, por lo mismo, suministrar los parámetros para la actuación del estado. De ahí que Canotilho, con buen criterio, haya podido hablar de «constitución dirigente».

Todo ello, por lo demás, no es sino el lógico y necesario reflejo de un orden material de valores que antecede a la Constitución, que no ha sido

creado por ella, y cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental<sup>16</sup>, lo que se traduce en la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución, que a todos los poderes vinculan y a cuyo logro último debe orientarse la actuación de todos los poderes públicos. Esta fuerte tendencia finalista acentúa la fuerza vinculante del programa constitucional, y en ello se ha de ver el germen de las construcciones teóricas de la omisión legislativa inconstitucional y del derecho subjetivo a la normación, como, lógicamente, de la búsqueda de vías procesales para convertir en realmente operativas esas categorías.

Consecuentemente con todo lo expuesto, si la actividad jurídicamente relevante del legislador no se ciñe al marco jurídico-material de la Constitución, será perfectamente posible constatar, en determinados supuestos, la existencia de una omisión material inconstitucional, de igual forma que, en otros casos, la inacción legislativa puede conducir al reconocimiento de un vicio de inconstitucionalidad, tesis ésta que formulamos *in genere*, al margen de cualquier ordenamiento constitucional concreto. Lo contrario sería tanto como el retorno a un nuevo neopositivismo de corte weimariano en el que la constitución no sólo dejaría de estar situada por encima del legislador, sino, más aún, quedaría sujeta a la libre disposición del mismo. Y como bien señalara Mortati en un trabajo ya clásico<sup>17</sup>, frente al incumplimiento de los principios o normas constitucionales que reclaman para su plena operatividad una actuación positiva del órgano legislativo, ni puede ser esgrimida la falta de medios de coerción aptos para doblegar la voluntad del órgano que omite su obligación legislativa, ni tampoco cabe aludir, para no censurar la omisión, a la discrecionalidad del legislador<sup>18</sup>, que debe ceder frente a las prescripciones constitucionales que le impongan la obligación de proveer a

<sup>14</sup> De igual opinión es José Joaquín Gomes Canotilho: *Constituição dirigente e vinculação do legislador (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)*, Coimbra, Coimbra, 1982, ps. 333-335.

<sup>15</sup> Celso Ribeiro Bastos: *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, 14<sup>o</sup> ed. Sao Paulo, 1992, p. 119.

<sup>16</sup> Otto Sachof. *Jueces y Constitución*. Civitas, Madrid, 1985, ps. 39-40.

<sup>17</sup> Costantino Mortati. "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore". En: Costantino Mortati. *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana* (Raccolta di scritti), vol. III, Giuffrè, Milano, 1972, ps. 923 y sigs.; en concreto, p. 926.

<sup>18</sup> No toda la doctrina es de igual opinión. A juicio de José Alfonso da Silva ("Aplicabilidade das normas constitucionais". En: *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, 1982, p. 118), la omisión se revela como una cuestión política, que escapa de la apreciación jurídica. A su vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ("Uma falácia: a inconstitucionalidade por omissao". En: *O Estado de São Paulo*, edición del 25 de junio de 1987, p. 32) pone en cuestión la viabilidad de la declaración de inconstitucionalidad por omisión, por cuanto la regulación judicial de la norma programática viola la discrecionalidad del Legislativo en cuanto al modo y al (continúa en la siguiente página)

la tutela de los derechos fundamentales<sup>19</sup>. El dogma liberal de la soberanía absoluta del Parlamento, como es sobradamente conocido, ha sido sustituido en nuestro tiempo por el de la soberanía de la Constitución, bien que no haya que descartar, especialmente en determinados países, el problema, al que ya aludiera Loewenstein<sup>20</sup>, de la desvalorización de la Constitución. En todo caso, en este contexto, conviene recordar que la primera finalidad del instituto de la inconstitucionalidad por omisión es, como bien señala Temer<sup>21</sup>, conseguir que la voluntad del constituyente se realice en plenitud.

### 3. CONCEPTUALIZACION DE LA OMISION INCONSTITUCIONAL

A partir de las reflexiones previas precedentes, hemos de centrarnos en el punto quizá nuclear del instituto analizado: ¿Qué se entiende por omisión? ¿Cuándo puede tildarse una omisión como inconstitucional?

La omisión legislativa inconstitucional, como la ha definido Canotilho<sup>22</sup>, es el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos<sup>23</sup>, definición de la que el propio autor entresaca una serie de elementos que, en síntesis, son los siguientes:

A) En primer término, el concepto de omisión le-

gislativa no es en modo alguno reconducible a un simple «no hacer». En sentido jurídico-constitucional, omisión significa no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se estaba constitucionalmente obligado. La omisión legislativa, en lo que ahora importa, se debe vincular, pues, con una exigencia constitucional de acción, no bastando con un simple deber general de legislar para fundamentar una omisión inconstitucional<sup>24</sup>.

B) En segundo lugar, en cuanto que las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del incumplimiento de mandatos constitucionales legislativos, esto es, de mandatos constitucionales concretos que vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional, han de separarse de aquellas otras omisiones de mandatos constitucionales abstractos, o lo que es igual, de mandatos que contienen deberes de legislación abstractos (por ejemplo, lagunas de las normas de asignación de fines al Estado, también conocidas como normas programáticas). Ejemplos válidos, a nuestro juicio, de mandatos constitucionales concretos, a los efectos que nos ocupan y atendiendo al ordenamiento constitucional español, serían, entre muchos otros: la obligación que el artículo 41 establece para los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, acorde con las determinaciones del propio precepto; la obligación que igualmente incumbe a los poderes públi-

(continuación de la página anterior)

momento de hacer efectiva la promesa constitucional. El propio autor, en su *Curso de Direito Constitucional* (20ª ed. Saraiva, Sao Paulo, 1993, p. 35), insiste en la dificultad de la caracterización de la inconstitucionalidad por omisión, ya que el legislador dispone del principio de discrecionalidad, o sea, de la posibilidad de apreciar la oportunidad y conveniencia de dar ejecución al programa.

Por nuestra parte, frente a estas objeciones en ciertos sectores de la doctrina brasileña, entre la que existe un intenso debate al respecto, no podemos sino reiterar que la libertad de conformación del legislador, en definitiva, su discrecionalidad, no puede ser ya considerada como absoluta por cuanto los principios materiales de la norma suprema la condicionan muy notablemente.

<sup>19</sup> Costantino Mortati. "Appunto per uno studio sui riempi giurisdizionali..." op. cit. p. 992.

<sup>20</sup> Loewenstein señalaría que una de las vertientes de la desvalorización de la Constitución, de resultas de la cual, ciertas disposiciones constitucionales se convierten en letra muerta, en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la Ley Fundamental. Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Ariel, 2ª ed. Barcelona, 1970. ps. 222-223.

<sup>21</sup> Michel Temer. *Elementos de Direito Constitucional*. Malheiros, 10ª ed. Sao Paulo, 1992. p. 50.

<sup>22</sup> Jose Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1987. p. 829.

<sup>23</sup> Anna Candida de Cunha Ferraz (en "Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte". En: *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, n° 89, enero-marzo 1986, pp. 49 ss., en concreto, p. 52) destaca como elemento central de la inercia legislativa, el que la inactividad en aplicación de la Constitución por parte del legislador sea "consciente".

<sup>24</sup> Jorge Miranda (en "Inconstitucionalidades por omissão", en el colectivo *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, ps. 341-342) conecta asimismo esta inconstitucionalidad como una norma cuya no exigibilidad frustra el cumplimiento de la Constitución.

cos de tutelar la salud pública, estableciendo la ley los derechos y deberes de todos al respecto (artículo 43.2); la necesidad de que estos mismos poderes garanticen, mediante pensiones adecuadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (artículo 50) y; bien que sin ánimo exhaustivo, la obligación que el artículo 51 les impone a los poderes públicos de garantizar la defensa de consumidores y usuarios, protegiendo su salud y sus intereses.

Frente a estos mandatos constitucionales concretos, los que contienen deberes de legislación abstractos, aunque configuran auténticos deberes de acción legislativa, no establecen, sin embargo, lo que el legislador debe hacer para que, en caso de omisión, pueda hablarse de omisión legislativa inconstitucional<sup>25</sup>. Ahora bien, el hecho de que sea en este plano de las normas finalistas que encierran mandatos abstractos -por ejemplo, las que acogen, entre otros, el artículo 9º.2 (promoción por los poderes públicos de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y remoción de los obstáculos que se opongan a ello), y el artículo 44 (promoción del acceso a la cultura y de la ciencia e investigación científica y técnica), el artículo 48 (promoción de las condiciones que hagan posible una mayor participación de la juventud en todos los ámbitos sociales) y el artículo 130.1 (modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y en particular de los más deprimidos tradicionalmente a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles), todos de nuestra *Lex superior*- en donde debe desenvolverse, en gran medida, la confrontación política, y en donde cobran especial vigor los mecanismos de participación democrática de los ciudadanos, no obsta en modo alguno, a nuestro entender, para que se reconozca que el incumplimiento de los fines constitucionalmente consagrados es también contrario a la Constitución, por lo que no debiera excluirse, siempre desde nuestra óptica, la posibilidad de admitir, también aquí, la figura de la omisión legislativa inconstitucional. Y es en este punto en donde entra en juego, según nuestro

punto de vista, el elemento temporal.

A la hora de valorar la importancia del período de tiempo al que se ha de extender la omisión, la doctrina ha expresado diversos matices en sus posicionamientos, no exactamente coincidentes. Y así, para Miranda<sup>26</sup>, el juicio de inconstitucionalidad por omisión se traduce en un juicio sobre el tiempo en el que debería ser elaborada la ley, pues ninguna omisión puede describirse en abstracto, sino sólo en concreto, esto es, acotada entre determinados hechos, con lo que ello supone que la ausencia de norma legal no pueda separarse de un determinado tiempo histórico, el que dependerá de la necesidad de la elaboración de la norma. A su vez, Canotilho<sup>27</sup> precisa que el criterio decisivo para la determinación de la inconstitucionalidad por omisión no es el de los plazos o límites temporales -ni siquiera aunque estuviesen estipulados por el constituyente-, sino el de la importancia e indispensabilidad de la mediación legislativa para el cumplimiento y exigibilidad de la norma constitucional. A nuestro modo de ver, el elemento decisivo deber ser el de la trascendencia de la mediación legislativa, pero no tanto por sí sólo, sino en conexión con el elemento temporal; así entendido, habrá de ser el parámetro decisivo para precisar la razonabilidad del período de tiempo por el que se prolonga la inacción del legislador.

Es a partir de la reflexión inmediatamente precedente como podemos entender que, aunque en un primer momento la no realización normativa de un mandato constitucional abstracto nos sitúa simplemente ante un incumplimiento de las exigencias constitucionales, ante lo que se ha llamado<sup>28</sup> una «situación constitucional imperfecta», que, aunque criticable, no puede ubicarse aún dentro del ámbito de la omisión legislativa inconstitucional el devenir del tiempo, con la sistemática negativa a legislar, puede llegar a convertir esta situación de incumplimiento en una verdadera omisión legislativa inconstitucional, cuando dejara de ser razonable la inercia admitida hasta ese

<sup>25</sup> Jose J. Gomez Canotilho. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. op. cit. p. 332.

<sup>26</sup> Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. tomo II ("Constituição e inconstitucionalidade"). 3ª ed. Coimbra, Coimbra, 1991. p. 521.

<sup>27</sup> Jose J. Gomez Canotilho. *Constituição dirigente...* op. cit. p. 332.

<sup>28</sup> Paulo Modesto. "Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e acão constitucional específica". En: *Revista de Direito Público*, nº 99, julio-setiembre 1991, ps. 115 y sigs. en concreto, p. 120. A juicio de este autor, la "situación constitucional imperfecta" se refiere a un disfuncionalidad en el sistema, no a una violación intolerable, sino a una situación constitucional "en proceso de inconstitucionalización".

momento en base a la discrecionalidad política del legislador<sup>29</sup>.

C) En tercer término, existe también omisión legislativa, a los efectos que nos ocupan, cuando la Constitución consagra normas sin suficiente densidad para que se conviertan en exigibles por sí mismas, reenviando implícitamente al legislador la tarea de darles operatividad práctica (tal sería, por ejemplo, el caso de la ley a que se refiere el artículo 105 de nuestra Constitución).

D) Por último, puede hablarse también de omisión legislativa inconstitucional cuando el legislador no cumple lo que Canotilho denomina las *ordens de legislar*<sup>30</sup>, esto es, aquellos mandatos al legislador que se traducen en una exigencia de legislar única, o lo que es igual, concreta, no permanente, a cuyo través, por lo general, se ordena normativamente una institución. Tal sería el caso de la ley a que se refiere el artículo 131.2 *in fine* de la Constitución Española (Ley del Consejo Económico y Social).

Complementando las reflexiones precedentes, podrá hablarse asimismo de la existencia de una omisión legislativa inconstitucional cuando existiendo la norma legislativa, sus carencias sean tales que la conviertan en inútil respecto del mandato contemplado por la Constitución. De otro lado, es claro, como de nuevo advierte Canotilho<sup>31</sup>, que la omisión legislativa inconstitucional no desaparece por el hecho de una eventual aplicación inmediata, realizada por los órganos jurisdiccionales o administrativos, de los mandatos constitucionales. Tal aplicación no exime en modo alguno al legislador de su deber de acción.

Otra cuestión distinta es la de discernir si el conocimiento de un conjunto de actos positivos del le-

gislador tendientes al cumplimiento de la norma constitucional, aun cuando la ley no haya sido todavía formalmente aprobada, es suficiente como para rechazar que en esos supuestos quepa hablar de omisión legislativa inconstitucional. Miranda<sup>32</sup> así lo entiende, sobre la base de que una interpretación contraria sería demasiado rígida. A nuestro modo de ver, la cuestión no está tan clara, pues son muchos los ejemplos en que, por una u otra causa, un proyecto en trámite parlamentario avanzado no es, finalmente, aprobado (la Ley Orgánica reguladora del derecho de huelga es, en el caso español, un buen ejemplo de lo que acabamos de decir).

#### 4 LA EXCLUSION ARBITRARIA O DISCRIMINATORIA DE BENEFICIO

Hasta ahora, básicamente, hemos venido refiriéndonos a diversos aspectos de la omisión legislativa formalmente considerada; sin embargo, como ya tuvimos oportunidad de avanzar, la omisión puede ser también materialmente inconstitucional. Dicho de otro modo, no sólo la ausencia de regulación en los supuestos referidos puede dar lugar a la omisión legislativa inconstitucional, sino que también la violación de principios materiales de la Constitución por una norma legal que, por ejemplo, excluya arbitrariamente de un determinado beneficio a un colectivo social, caería dentro de la categoría de la omisión legislativa inconstitucional, en este supuesto por exclusión arbitraria.

La caracterización material del comportamiento omisivo del legislador está en la misma base de la distinción tradicional entre omisiones «absolutas» y «relativas», cuya autoría se debe a Wessel<sup>33</sup>, para quien existe omisión absoluta en cuanto que falta cualquier norma aplicativa del precepto constitu-

<sup>29</sup> En la República Federal Alemana este problema ha recibido una nueva dimensión al diferenciar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal entre "omisiones todavía constitucionales" y "omisiones inconstitucionales". El *Bundesverfassungsgericht* ha hecho posible tal distinción mediante el recurso a las llamadas "sentencias apelativas", que son el resultado de la constatación de situaciones aún constitucionales, donde, simultáneamente, se hace una apelación al legislador para alterar la situación, eventualmente dentro de un plazo expresamente determinado por el Tribunal, con la consecuencia adicional, caso de que ello fuere posible, de aplicar directamente el mandato constitucional. Cfr. al efecto, Wolfgang Zeidler "A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado. Em especial tipos, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas". En: *Boletim de Documentação e Direito Comparado do Ministério da Justiça de Portugal*, Lisboa, n.ºs 29-30, ps. 61 y 64-69.

<sup>30</sup> J. Gomez Canotilho. *Direito Constitucional*. 4.ª ed. op. cit. p. 830.

<sup>31</sup> J. Gomez Canotilho. *Constituição dirigente*. op. cit. ps. 337-338.

<sup>32</sup> Jorge Miranda. *Inconstitucionalidade por omissão*, op. cit. m. p. 347.

<sup>33</sup> Wessel. *Die Rechtsprechung der B.V.G. zur Verfassungsbeschwerde in Deutsches Verwaltungsblatt*. 1952, p. 161. Cit. por Costantino Mortati. *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali*. op. cit. ps. 927-928.

cional, mientras que la omisión relativa deriva de una actuación parcial que disciplina sólo algunas de las relaciones y no otras análogas, con la consiguiente lesión del principio de igualdad.

La moderna dogmática constitucional, como puede apreciarse, aun partiendo del principio de que la actividad de los Tribunales Constitucionales debe ceñirse al control de las normas o actos emanados de los órganos estatales, ha desarrollado encomiables esfuerzos en la dirección de habilitar mecanismos con los cuales hacer frente a aquellas ilegitimidades constitucionales que tienen su origen en la inercia de los órganos legislativos en orden a la efectiva y necesaria concretización de los principios establecidos en la Norma Fundamental. Y así, puede constatarse que en la República Federal Alemana, aunque el recurso de queja o reclamación constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) tiene como objeto todo acto de imperio del poder público, no de los particulares, que lesione los derechos tutelados por el recurso (básicamente, como es conocido, los *Grundrechte*, esto es, todas aquellas situaciones subjetivas reconocidas en favor de la persona por la Ley Fundamental de Bonn en el capítulo que sirve de pórtico a la misma y que abarca sus diecinueve primeros artículos), tanto la doctrina<sup>34</sup> como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, han considerado admisible el recurso frente a los compromisos omisivos de las autoridades no legislativas, cuando tales comportamientos son lesivos de los derechos fundamentales del recurrente.

Mayor complejidad han presentado las omisiones del legislador, de las que no se puede sostener lo anterior. Ello, no obstante la identificación jurisprudencial de la denominada «exclusión arbitraria o discriminatorio de beneficio» (*villkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*), caracterizada por el establecimiento de discriminaciones infundadas entre individuos o grupos.

Esta construcción dogmática ha dado pie a Cappelletti<sup>35</sup> para entender que puede hablarse con carácter general de la posibilidad de recurrir en vía de queja constitucional ante el Tribunal Constitucional frente a las omisiones legislativas que tengan carácter relativo, como por ejemplo, sería considerada una norma legal que reconociera ciertos derechos a un determinado grupo de ciudadanos en vez de al conjunto de la ciudadanía, con violación por tanto del principio de igualdad.

En estos casos, como señalan, entre otros, Schlaich y Pestalozza<sup>36</sup>, si la estructura normativa o cualquier otro obstáculo de orden constitucional no permite la declaración de inconstitucionalidad, con el consiguiente reconocimiento de los derechos de los grupos eventualmente discriminados, la supresión del tratamiento discriminatorio deberá hacerse a través de la declaración integral de inconstitucionalidad.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial alemana, en especial desde la conocida sentencia del 19 de diciembre de 1951<sup>37</sup>, se ha manifestado en el senti-

<sup>34</sup> Mauro Cappelletti. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. op. cit. ps. 81-82.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Klaus Schlaich. *Das Bundesverfassungsgericht*. C.H. Beck, München, 1985. p. 170. Christian Pestalozza. "Nach verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen". En: Christian Starck (coord.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Mohr, Tübingen, 1976, vol. 1º, pp. 519 ss.; en concreto, p. 533. Citados por Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. Savaiva, Sao Paulo, 1990. p. 55.

<sup>37</sup> Extraordinaria relevancia presenta asimismo la sentencia de 29 de enero de 1969, por la que el primer Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán revocaba un fallo del Tribunal Regional de Kiel, al hilo de su interpretación del inciso quinto del artículo 6º de la *Bonner Grundgesetz* (Para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos).

Frente al anterior precepto constitucional, el Tribunal de Kiel se limitó a aplicar el artículo 1712 del Código Civil, anterior a la Constitución, considerando que la desventaja del hijo ilegítimo frente al legítimo era conforme a ley, mientras que la constitucionalmente anunciada igualdad de derechos entre hijos legítimos e ilegítimos no hubiese sido hecha efectiva por parte del legislador.

Ante tal interpretación de la jurisdicción ordinaria, el Alto Tribunal razonaría, en síntesis, como sigue: si el Poder Legislativo demore más tiempo del que prudentemente puede necesitar para redactar la ley correspondiente, esa demora podrá ser considerada inconstitucional. En términos análogos se manifiesta Rolando E. Pina. *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)*. Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 71. En esta obra se transcribe la totalidad de la sentencia (pp. 72 ss.).

Recordemos finalmente la doble exigencia del Alto Tribunal para la actualización por parte del juez de la cláusula constitucional del inciso quinto del artículo 6º a) que la norma constitucional involucre un suficientemente positivo y claro contenido legal para que actúe como cláusula general directa sin que peligre insoportablemente la seguridad jurídica (lo que acontece con la cláusula en cuestión, que contiene una definición positiva de valores que al mismo tiempo indica el camino a tomar), y b) que haya vencido el plazo adecuado para sancionar la ley de adaptación.

do de que pueden ser objeto de recurso de queja constitucional las omisiones del legislador tan sólo en el supuesto de que se trate de omisiones relativas, no admitiendo, por contra, aquel recurso contra las omisiones absolutas, o sea, contra la ausencia de promulgación de una norma legal al margen ya de cualquier exclusión arbitraria de beneficio.

Los diversos aspectos relativos a la omisión del legislador han impuesto jurisprudencialmente algunas distinciones. Y así, si como observa Pestalozza<sup>38</sup>, es imposible declarar la nulidad de una omisión legislativa, habiendo de limitarse la decisión jurisprudencial a constatar la inconstitucionalidad. En consonancia con ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán ha desenvuelto la técnica de la declaración de inconstitucionalidad *Unvereinbarkeit* sin la consecuencia de nulidad. En tal caso, la declaración de inconstitucionalidad exige la intervención del legislador con la finalidad de suprimir la situación de inconstitucionalidad. Ahora bien, en las exigencias constitucionales susceptibles de ser suplidas, complementadas *vertretbarer Auftrag der Verfassung*, la jurisprudencia constitucional alemana ha reconocido a los tribunales la facultad de, en los casos de omisión, atribuir eficacia plena a los preceptos constitucionales a través del proceso de "concretización" (*Konkretisierung*), como demuestra bien a las claras la sentencia de 29 de enero de 1969, de la que acabamos de hacernos eco<sup>39</sup>.

La construcción desenvuelta por el *Bundesverfassungsgericht* presenta, desde luego, méritos notorios, al superar la estrecha concepción teórica que reduce la omisión inconstitucional a la integración normativa expresamente requerida por el constituyente.

La omisión legislativa no puede ser objeto del control normativo, con independencia ya de que sea abstracto o concreto; excepcionalmente, es la vía del recurso de queja constitucional la que proporciona el cauce más común para llegar al Tribu-

nal Constitucional Federal, si bien, como recuerda Friesenhahn<sup>40</sup>, las omisiones legislativas pueden ser apreciadas asimismo en los procesos relativos a los conflictos entre el *Bund* y los *Länder*, como asimismo con ocasión de los conflictos entre órganos (*Organstreit*), cuando el actor afirme que el demandado, al dejar de promulgar una determinada ley, violó un deber constitucional. Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal no impide la admisión del recurso de queja constitucional contra la omisión del Legislativo si el recurrente puede alegar, satisfactoriamente, la violación de un derecho fundamental (acogidos por los artículos 1 a 19 de la Ley de Bonn) o de algunos de los derechos contenidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104, en virtud del incumplimiento de un deber constitucional de legislar. De esta forma, la doctrina jurisprudencial ha abandonado sus posicionamientos iniciales, re-nuentes a admitir la posibilidad de provocar la acción del legislador mediante el recurso de queja constitucional. El Tribunal ha reconocido igualmente la admisibilidad del recurso de queja constitucional contra la inercia del legislador, que dejó de emprender las reformas correctoras necesarias para la actualización o compatibilidad del acto normativo, violando así su deber de adecuación.

También en Italia, la Corte Costituzionale ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre una serie de omisiones legislativas<sup>41</sup>, no habiéndose limitado, como ya constatará Mortati<sup>42</sup>, a declarar la ilegitimidad constitucional de la omisión, sino procediendo a manifestarse acerca de *il senso e le finalità del riempimento della lacuna*. Ciertamente, el resultado alcanzado por el intérprete en su *attività di integrazione* no es comparable al que puede obtenerse a través de la intervención del legislador por el hecho de que aquél debe limitarse a extraer del complejo sistema legislativo, interpretando a la luz de los principios constitucionales, las reglas necesarias para dar al interés constitucionalmente protegido al menos un mínimo de operatividad. Mantenido dentro de estos límites, dirá de nuevo Mortati<sup>43</sup>, la intervención del juez constitucional

<sup>38</sup> Christian Pestalozza. "Nach verfassungsmässige..." op. cit. p. 526. Cit. por Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade*, op. cit. p. 55.

<sup>39</sup> Vid supra nota 37.

<sup>40</sup> Ernst Friesenhahn. *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*. Traducción de Angelo Antonio Cervate. Giuffrè, Milano, 1973. ps. 86-87.

<sup>41</sup> Cfr. al efecto, Costantino Mortati. "Appunti per uno studio..." op. cit. en especial, pp. 957-988.

<sup>42</sup> Costantino Mortati. *Appunti per uno studio...* op. cit. p. 980.

<sup>43</sup> *Ibidem*. p. 952.

no puede considerarse invasiva *della discrezionalità del legislatore*.

Más recientemente, Crisafulli se ha ocupado de las llamadas *sentenze additive*, que son aquellas que declaran la *illegittimità costituzionale della omessa previsione de qualcosa, che avrebbe dovuto essere previsto dalla legge*<sup>44</sup>. La omisión, en ocasiones, significa propiamente *esclusione*, y en tales casos la anulación de la parte de la disposición *que non dice* elimina un obstáculo a la aplicabilidad de la norma en ella contenida en la hipótesis implícitamente excluida. En otras ocasiones, la omisión es realmente una *semplice omissione*, esto es, la carencia de una disciplina que, siempre a juicio de la Corte, hubiera debido existir a fin de que la norma, en su significado global, no entrará en contradicción con las normas constitucionales parámetro. En semejantes casos, sería siempre posible colmar la laguna por la vía de la interpretación, y aunque la corte ha adoptado a veces sentencias interpretativas de rechazo, con más frecuencia, las decisiones han sido de acogimiento "para asegurar mejor la seguridad jurídica"<sup>45</sup>.

También en España<sup>46</sup>, el Tribunal Constitucional ha recurrido a una serie de técnicas con las cuales enfrentarse al problema de las omisiones legislativas: recomendaciones al legislador, sentencias aditivas, declaración de la inconstitucionalidad parcial de una norma por vulneración del principio de igualdad y sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad<sup>47</sup>.

A la vista de todo lo expuesto, es claro que algunas de las técnicas jurisprudencialmente habilitadas, y muy en especial la de las sentencias aditivas, en cuanto posibilitan que a través suyo el Tribunal, en ciertos casos, pueda llegar a crear una norma, por adición o sustitución, de signo opuesto a la declarada inválida, no dejan de suscitar

problemas. En general, la doctrina jurisprudencial examinada, particularmente la italiana y alemana, aunque tiende a afirmar el principio de la supremacía constitucional y, como lógica derivación del mismo, el control de la constitucionalidad por el órgano titular de la jurisdicción constitucional, no está exenta de riesgos y costos jurídicos y políticos cuya superación exige en todo momento, como ha precisado Miranda<sup>48</sup>, mantener un equilibrio entre el principio de garantía de la Constitución, encarnado por el Tribunal Constitucional, y el principio democrático, encarnado por los órganos legislativos.

La problemática referida ha suscitado una específica preocupación por parte de los legisladores de algunos países. Este es el caso del Perú, en donde la comisión especial redactora del Anteproyecto de Ley de habeas corpus y amparo previo, por acuerdo mayoritario de sus integrantes, la incorporación a dicho texto de un precepto (el que habría de ser artículo 26 del Anteproyecto) de conformidad con el cual: «No dan lugar a la acción de amparo aquellos derechos constitucionales cuyo ejercicio exige la previa reglamentación legal, mientras ella no se haya dictado». En la Exposición de Motivos del Anteproyecto<sup>49</sup> se justificaría tal determinación en base a un criterio considerado realista, pues de lo contrario «se tendría que obligar a los jueces a que sus resoluciones emitan órdenes que por sus alcances no serían actos jurisdiccionales, sino legislativos», reflexión que, aun siendo en alguna medida cierta, no lo es en puridad, entrañando además que se supedite la garantía de un derecho constitucionalmente proclamado a un circunstancia marginal a la obligada eficacia inmediata del derecho, como es la de su normación por el legislador. Por último, el texto definitivo de la Ley N° 23506, de Habeas Corpus y Amparo, en su artículo 25, prescribiría que «no da lugar a la acción de amparo los derechos a

<sup>44</sup> Vezio Crisafulli. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. vol. II (L'ordinamento costituzionale italiano). CEDAM, 5ª ed. Padova, 1984. p. 403.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 404.

<sup>46</sup> Cfr. al efecto, entre los escasos estudios existentes, Luis Aguiar de Luque, "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión". En: *Revista de Derecho Político*, n° 24, verano 1987, pp. 9 ss. en especial, pp. 25-30.

<sup>47</sup> Para un mayor detalle, cfr. el trabajo de M<sup>a</sup> Angeles Ahumada Ruiz. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas". En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. n° 8, enero-abril 1991, pp. 169 ss.; en concreto, pp. 182-191.

<sup>48</sup> Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. vol. II. op. cit., p. 518.

<sup>49</sup> Puede verse en la obra de Alberto Borea Odría. *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1985, pp. 341 ss., en concreto, p. 349.

que se refiere la sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución", esto es, los derechos que irrogan nuevo gasto e inversiones, o lo que es igual, básicamente los derechos de la segunda generación, formulación frente a la que no han faltado juicios críticos, como es el caso de uno de los mismos autores del texto del Anteproyecto<sup>50</sup>.

En cualquier caso, los riesgos anteriormente apuntados, esto es, que el juez opere de *facto* como legislador, no son, como un sector de la doctrina advierte<sup>51</sup>, automáticos ni fatales, pues si bien es verdad que no cabe descartar por entero que mediante el recurso a la técnica de las "sentencias aditivas" pueda desbordarse el marco general de distribución de funciones entre los órganos constitucionales del Estado, este riesgo, como advierte Pizzorusso<sup>52</sup>, puede ser oportunamente conjurado mediante diversos frenos, y entre ellos, por la misma autolimitación (*self-restraint*) del Tribunal, como asimismo por la posibilidad de llegar a acuerdos informales entre el tribunal y los demás órganos constitucionales con vistas, al menos, a la aceleración o atemperamiento en el ritmo de determinados procesos<sup>53</sup>.

En resumen, es evidente que la inexistencia de una norma constitucional específica que establezca la fiscalización por los Tribunales Constitucionales de la inconstitucionalidad por omisión no ha impedido que se llegue a resultados análogos<sup>54</sup> a los de los países -a los que a renglón seguido vamos a referirnos- que han incorporado a sus códi-

gos constitucionales cláusulas de fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión.

## 5. LA RECEPCION EN LOS CODIGOS CONSTITUCIONALES DEL INSTITUTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION

Las Constituciones del último medio siglo han sido absolutamente parcas en orden a la contemplación del instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Sólo encontramos tres aisladas excepciones al respecto.

La primera de esas salvedades, poco conocida, si bien, como con acierto ha subrayado Dantas<sup>55</sup>, constituye el primer antecedente del instituto, la encontramos en la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, promulgada el 21 de febrero de 1974. Las dos restantes excepciones las hallamos en la Constitución de la República Portuguesa, del 2 de abril de 1976, y en la Constitución de la República Federativa del Brasil, del 5 de octubre de 1988.

El artículo 377 de la Constitución yugoslava prescribía: "Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiese dictado las normas de ejecución de la Constitución de la RSFY, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la RSFY".

<sup>50</sup> Alberto Borea Odria. *El Amparo y el Habeas Corpus*. op. cit. p. 189.

<sup>51</sup> Néstor Pedro Sangüés. "Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial. En: *Ius et Veritas* Revista de la Facultad de Derecho, PUC, año III, n 5, p. 39 ss; en concreto, p. 47.

<sup>52</sup> Alessandro Pizzorusso. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. tomo II. p. 342.

<sup>53</sup> No faltan autores, como es el caso de Alberto Antonio Spota (en *Aportes para la reforma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires. Operatividad de la cláusulas programáticas incumplidas*. La Plata, 1985, p. 179), que entienden que todas las cláusulas programáticas, sin excepción, deben en el ámbito jurídico convertirse en operativas, por intermedio del quehacer del Poder Judicial, cuando los restantes poderes públicos omitieran aquel cumplimiento.

<sup>54</sup> Cabe recordar al efecto que al encarar la Corte Suprema argentina el tema de los tratados internacionales y su operatividad jurídica dentro del Derecho interno, con ocasión de la resolución, en 1992, del polémico Caso Ekmekdjian contra Sofovich, la Corte Suprema se manifestó del siguiente modo: "La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significaría el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse".

De este razonamiento jurisprudencial, Germán Bidart Campos (en su *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I, Eoiar, Buenos Aires, 1993, p. 160) ha entresacado que como los tratados prevalecen sobre las leyes, el incumplimiento de un tratado por omisión legislativa puede asimilarse a una omisión inconstitucional.

<sup>55</sup> Ivo Dantas. *Mandado de injuncao. Guia teórico e prático*. Aide, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1994, pp. 56-57.

A la vista de ese precepto, es indudable que la Constitución habilita al Tribunal de Garantías para ejercer una función de fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión, bien que, constatada ésta, al citado Tribunal no le cabía otra posibilidad que la de informar de ello a la Asamblea de la República. Ello no obstante cabe significar, al margen ya de aquella determinación, que tanto el Tribunal de Garantías Constitucionales como los Tribunales Constitucionales de las Repúblicas y de las Provincias Autónomas, podían iniciar *ex officio* un proceso encaminado a la verificación del control de la constitucionalidad y, en los casos de omisión constitucional, no sólo informar de ese hecho a la Asamblea, sino también intervenir con vistas a la superación de la omisión legislativa mediante la presentación a las Asambleas respectivas de propuestas de elaboración o modificación de leyes, o a través de la adopción de cualesquiera otras medidas encaminadas a garantizar la constitucionalidad y la legalidad<sup>56</sup>.

### A) La inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de Portugal de 1976.

El influjo del texto antes transcrito de la Constitución Federal yugoslava sobre la Constitución portuguesa del 2 de abril de 1976 iba a ser evidente. La propia dicción de los respectivos preceptos de uno y otro código constitucional nos pone de manifiesto con cierta claridad tal similitud, pero además, la ideología que en su redacción primigenia transpiraba el código político portugués no se hallaba excesivamente alejada de la subyacente en la Constitución yugoslava, circunstancia adicional a la hora de tener en cuenta, de aprehender, la razón a la que responde la introducción en la Constitución revolucionaria de 1976 del instituto que nos ocupa.

A tenor del artículo 279 del texto inicial de la citada norma constitucional: «Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable».

Como puede apreciarse a la vista de la redacción

del citado precepto, la recomendación a los órganos legislativos competentes a que en él se alude no difiere en exceso del informe a la Asamblea de la RSFY a la que alude el artículo 377 de la Constitución yugoslava. La diferencia más perceptible entre uno y otro modelo radicaba en el órgano legitimado para apreciar la omisión inconstitucional: mientras en Yugoslavia se trataba del Tribunal Constitucional, en la Constitución portuguesa de 1976 tal facultad se encomendaba al Consejo de la Revolución, órgano político-militar formalmente garante del funcionamiento regular de las instituciones democráticas, y en la realidad política, órgano de caución de las supuestas esencias de la Revolución de abril de 1974.

Desde luego, a la vista del diseño originario del texto portugués era perfectamente legítimo discutir si el instituto de la inconstitucionalidad por omisión se traducía en una fiscalización de la inconstitucionalidad o, por el contrario, en una medida de defensa de la Constitución considerada en su conjunto, fruto de la propia y peculiar naturaleza del Consejo de la Revolución.

En todo caso, y al margen ya de la última *ratio* a la que respondiera el instituto, sí es de interés significar que el sentido de la inconstitucionalidad por omisión acogida por el ya citado artículo 279 de la Constitución -que encontraba su complemento en el artículo 146, b de la propia norma suprema<sup>57</sup>- ampliaba de modo notable el concepto que, siguiendo en buena medida a Canotilho, hemos venido manejando aquí, y ello, en esencia, porque la referencia del artículo 279 a que «la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales», implica claramente la ampliación del concepto de omisión inconstitucional al incumplimiento de las *ordens de legislar* y a la inaplicación o ausencia de desarrollo de las normas finalistas que acojan mandatos abstractos.

La primera reforma de la Constitución de Portugal, llevada a cabo por la ley constitucional 1/1982 del 30 de setiembre, iba a incidir de modo muy notable sobre la cuestión que ahora nos ocupa. Será ahora un nuevo precepto, el artículo 283, el

<sup>56</sup> Cfr. al efecto, el «Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Iugoslávia: A Jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República Federativa da Iugoslávia». En: *Boletim de Comentações e Direito Comparado de Portugal*, n.ºs 29-30, p. 94.

<sup>57</sup> A tenor del artículo 146, b) de la Constitución de Portugal, en su redacción primigenia, correspondía al Consejo de la Revolución, en su calidad de garante de la observancia de la Constitución, velar por la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas constitucionales, para lo cual podría el Consejo formular recomendaciones.

que aborde el instituto de la inconstitucionalidad por omisión en los siguientes términos:

1. «A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de derechos de las Regiones Autónomas, de los presidentes de las Asambleas Regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales».

2. «Cuando el Tribunal verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente».

El primer rasgo a destacar, como fácilmente puede apreciarse, es que la reforma mantiene en sus mismos términos la redacción del texto original de la Constitución en lo que hace al supuesto objetivo que desencadena esta fiscalización: «omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales», con lo que sigue teniendo validez la reflexión que precedentemente hacíamos. Además, de la cláusula citada parece deducirse, como dice Canotilho<sup>58</sup>, que los mandatos constitucionales son tan sólo mandatos al legislador, cuando, en ocasiones, el incumplimiento de la Constitución se produce por la falta de una política global o de actos particulares de ejecución de las leyes. A su vez, Miranda<sup>59</sup> considera latente en la cláusula en cuestión una idea o principio de proporcionalidad, compartiendo la idea de que el artículo 283.1 se refiere a un acto legislativo o ley en sentido formal.

Desde luego, estamos ante un proceso de fiscalización *a posteriori* o, si se prefiere, sucesiva, y no en modo alguno preventiva. Baste con recordar al efecto que el artículo 67 de la Ley 28/1982, del 15 de noviembre, de organización, funcionamiento y procedimiento del Tribunal Constitucional, a efectos de la determinación del régimen procesal a aplicar, se remite a lo establecido por la propia ley respecto de los procesos de fiscalización sucesiva, salvo los efectos de la constatación de la inconstitucionalidad por el Tribunal, que lógicamente son los que determina el artículo 283.2 de la norma suprema.

El sujeto pasivo o destinatario de los mandatos constitucionales o de las *ordens de legislar* cuyo incumplimiento conduce a la inconstitucionalidad por omisión es, a la vista del artículo 283, el legislador.

En cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, se circunscriben a que el Tribunal Constitucional ponga en conocimiento del órgano legislativo competente tal circunstancia. La fórmula ahora empleada («dar conocimiento» o, si se prefiere, «poner en conocimiento») es como menos directa que la utilizada antes de la reforma constitucional («formular una recomendación», a la vista del artículo 279 en conexión con el artículo 146, b de la propia Constitución), pudiendo interpretarse, a juicio de Canotilho<sup>60</sup>, como una suerte de apelación, con significado jurídico y político, del Tribunal Constitucional a los órganos legislativos competentes con vistas a que elaboren los actos legislativos necesarios para la aplicabilidad de la norma constitucional. Nada se prevé, sin embargo, acerca de los posibles efectos que pudieran derivarse de la inercia del órgano legislativo ante la apelación del Tribunal Constitucional.

La experiencia que nos proporciona la *praxis* del instituto en Portugal no es especialmente gratificante. Han sido muy escasas las ocasiones en que este tipo de fiscalización ha sido ejercitado. En el primer período (1976-1982), esto es, hasta la reforma constitucional de 1982, tan sólo pueden destacarse seis pareceres, mientras que, contra lo que pudiera pensarse, tras la importante modificación constitucional de ese año, tampoco han abundado mucho los acuerdos del Tribunal en este ámbito, algo que lógicamente debe apuntarse en el deber de las instancias legitimadas por la Constitución para instar del Tribunal un pronunciamiento de esta naturaleza, siendo de destacar quizá como más relevante el acuerdo 182/1989, del 1 de febrero, sobre derechos de los ciudadanos frente a la utilización de la informática, en el que el Tribunal apreció la existencia de inconstitucionalidad por omisión en relación al *habeas data*.

<sup>58</sup> Jose J. Gomes Canotilho. *Constituição dirigente...* op. cit., p. 352.

<sup>59</sup> Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II. op. cit., p. 519.

<sup>60</sup> Jose J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 4ª ed. op. cit., p. 830.

## B) La inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de Brasil de 1988.

El instituto que venimos estudiando, como ya dijimos, ha sido acogido asimismo por la última Constitución brasileña del año 1988.

Ya con anterioridad al debate constituyente, la doctrina<sup>61</sup> recomendaba la elevación a la categoría de principio constitucional de esta figura<sup>62</sup>.

Finalmente, el inciso segundo del artículo 103 de la Constitución prescribirá que: «Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para convertir en efectiva una norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en el plazo de treinta días».

Varias, y muy nítidas, son las diferencias que se pueden apreciar en el régimen constitucional de este instituto adoptado por la Constitución brasileña en relación al mismo régimen portugués:

a) Una primera diferencia de importancia se refiere al objeto de la inconstitucionalidad por omisión. Mientras, como hemos visto, en Portugal se habla de omisión de «las medidas legislativas necesarias», el código brasileño se refiere a la omisión de la medida necesaria para hacer efectiva una norma constitucional. Aunque algún autor ha entendido que el vicio de inconstitucionalidad omisiva se revela por la inexistencia de un acto legislativo en sentido propio<sup>63</sup>, es indiscutible que la Constitución brasileña no restringe las omisiones inconstitucionales a las omisiones legislativas; basta con atender al inciso final del artículo 103.2, que alude de modo específico a los órganos administrativos. Ello ha sido juzgado positivamente

por la doctrina, que se ha referido a cómo la inconstitucionalidad por omisión, en ocasiones, es más bien fruto de la mera inexecución de las leyes existentes, pudiéndose hablar entonces, según Carrazza<sup>64</sup>, de que una ilegalidad por omisión desemboca en una inconstitucionalidad por omisión, afirmación un tanto equívoca a nuestro modo de ver, por cuanto que, en este caso, lo que importa es que la falta de desarrollo de la norma reglamentaria genera una violación de la Constitución.

b) Una segunda diferencia atañe a la legitimación procesal activa, mucho más restringida en el texto portugués, pues si bien es cierto que la Constitución brasileña no especifica quién está legitimado para recurrir en este supuesto, no es menos cierto que de la misma estructura del artículo 103 de la Constitución se desprende con cierta claridad que es idéntica la legitimación para recurrir por acción o por omisión<sup>65</sup>, lo que supone que queden legitimados: el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa de cada estado miembro de la unión, el Gobernador del Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Brasil (equivalente a nuestros Colegios profesionales), cualquier partido político con representación en el Congreso Nacional y cualquier confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

c) La tercera divergencia se refiere al órgano que ha de conocer de la acción, que mientras en Portugal es un Tribunal Constitucional, un órgano *ad hoc*, creado específicamente para el control de la constitucionalidad, en Brasil es el Supremo Tribunal Federal, órgano supremo del Poder Judicial ordinario, aun cuando con una función adicional de

<sup>61</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte*. op. cit. p. 59.

<sup>62</sup> Sobre el pensamiento jurídico brasileño previo a la Constituyente, como asimismo sobre el Anteproyecto Constitucional elaborado por la Comisión de Estudios Constitucionales y el tratamiento de este instituto, cfr. Marcia Rodrigues Machado "Inconstitucionalidade por omissão". En: *Revista de Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n° 30, diciembre de 1988, pp. 41 ss. en concreto, pp. 46-54.

<sup>63</sup> Paulo Napoleão Nogueira Da Silva. A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1992. p. 113.

<sup>64</sup> Roque Antonio Carrazza. "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção". En: *Jurisprudência Brasileira*, Jurúa, n° 167, julio-setiembre 1992, ps. 53 y sigs., en concreto, p. 56.

<sup>65</sup> De igual opinión son, entre otros, Paulo Modesto. "Inconstitucionalidade por omissão...". op. cit., p. 124. Ivo Dantas. *Mandado de injunção*. op. cit. o. 63. José J. Gomes Canotilho. "Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. O direito a emanacao de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas". En: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*. Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 351 ss.; en concreto, p. 354.

«guardián de la Constitución», como se estipula en el inciso inicial del artículo 102 de la misma norma suprema.

d) La última diferencia se ciñe a los efectos de la declaración, o, con más precisión, a un aspecto específico de los mismos. Como regla general, la resolución del Supremo Tribunal Federal es básicamente declarativa, por cuanto si la omisión proviene del Legislativo, aquél se ha de limitar a comunicarle la declaración de inconstitucionalidad a fin de que el Legislativo adopte las medidas pertinente. Sin embargo, si la omisión proviene de un órgano administrativo -y esta es la última diferencia con el modelo portugués-, entonces, aunque el Supremo Tribunal Federal se ha de dirigir a dicho órgano en la misma forma, el hecho de que la Constitución prevea un plazo reducido de treinta días dentro del cual el órgano administrativo ha de adoptar las providencias necesarias para subsanar la omisión tildada de inconstitucional, ha dado pie para que la doctrina hable de que en este último supuesto la decisión del Supremo Tribunal Federal tiene una *eficácia mendamental média*<sup>66</sup>, ya que impulsa, concita a la práctica del acto so pena de incurrir en responsabilidad o de que, en el mismo caso, se trate de una decisión que asume un verdadeiro carácter de *ordem judicial*<sup>67</sup>.

Son precisamente los efectos de la decisión que reconoce una omisión inconstitucional los que mayor debate doctrinal han suscitado. Un sector de la doctrina ha entendido que la Constitución ha sido muy tímida en este punto concreto, al apenas avanzar respecto de lo ya estipulado en la norma suprema portuguesa. El principio de discrecionalidad del legislador -razona Da Silva<sup>68</sup>- continúa intacto, y está bien que así sea. Sin embargo, ello no obstaría para que la sentencia que reconociese una omisión inconstitucional pudiese disponer normativamente sobre la materia hasta que la omisión legislativa fuese suplida. Con ello, concluye el mismo autor, se conciliaría el principio político de la autonomía del legislador y la exi-

gencia de efectivo cumplimiento de las normas constitucionales, juicio éste que no podemos compartir por cuanto ello supondría convertir al Supremo Tribunal Federal en un auténtico órgano legislativo encargado de dictar normas de validez general, a lo que no obsta lo más mínimo el hecho de que tengan una vigencia temporal limitada. La apreciación de Da Silva nos merecería otro juicio de entenderla circunscrita a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pudiese disponer lo necesario al caso concreto para convertir en eficaz la norma constitucional, pero éste es precisamente el fin que persigue el llamado *mandado de injunção* al que nos referiremos más adelante.

Otro aspecto cuestionado, que se vincula estrechamente con el anterior, es el de qué sucede si el sujeto pasivo del recurso no atiende las indicaciones del Supremo Tribunal Federal. Tratándose de un órgano administrativo, se ha entendido<sup>69</sup> que tal conducta podría ser tipificada como delito de desobediencia o, alternativamente, de prevaricación, dependiendo de cada caso concreto que deberá ser apreciado por el Ministerio Público. En el supuesto de tratarse de una omisión legislativa, se ha considerado<sup>70</sup> que si el constituyente no ha precisado plazo alguno para suplir la omisión ello ha sido por la confianza del mismo en el establecimiento de mecanismos reglamentarios por el propio Poder Legislativo, capaces de viabilizar lo dispuesto por la determinación judicial.

Conviene poner de relieve finalmente que la pauta marcada por la Constitución Federal brasileña ha sido seguida muy de cerca, incluso ampliada en algunos aspectos, por determinadas Constituciones estatales, esto es, de los estados miembros de la Unión<sup>71</sup>, siendo de reseñar algún aspecto de interés en relación con la cuestión que nos ocupa, como es, por ejemplo, el de que la Constitución del Estado de Rio Grande do Sul legitima activamente para recurrir en esta vía de la inconstitucionalidad por omisión, entre otros, a las entidades o asociaciones de defensa del medio ambien-

<sup>66</sup> Roque Antonio Carrazza. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão...* op. cit. o. 57.

<sup>67</sup> Paulo Modesto. *Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica...* op. cit. p. 124.

<sup>68</sup> José Afonso Da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., 3ª reimpr., Malheiros, Sao Paulo, 1993, p. 49.

<sup>69</sup> Ivo Dantas. *Mandado de injunção*. op. cit. p. 65.

<sup>70</sup> Michel Temer. *Elementos de Direito Constitucional*, op. cit. p. 51.

<sup>71</sup> Cfr. al efecto, Luis Rodríguez Wambier. "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados-membros". En: *Revista de Processo*, año 17, n° 65, enero-marzo 1992, pp. 75 ss.; específicamente, pp. 80-83.

te, de derechos humanos y de los consumidores de ámbito nacional o estatal (artículo 95.1 de la Constitución del 3 de octubre de 1989). Algo análogo puede decirse de la Constitución del Estado de Santa Catarina, del 5 de octubre de 1989, que también habilita procesalmente para recurrir por inconstitucionalidad por omisión a un conjunto de asociaciones legítimamente constituidas cuya finalidad básica es la protección de intereses difusos<sup>72</sup>, circunstancia, a nuestro modo de ver, muy progresiva y digna de ser tenida en cuenta.

## 6. EL INSTITUTO PROCESAL BRASILEÑO DEL MANDADO DE INJUNÇÃO

En el derecho inglés, como es conocido, han surgido a lo largo del tiempo una serie de institutos procesales que iban a ser invocados para la protección de derechos e intereses jurídicos de muy diversa jerarquía. De entre ellos destacaban el *writ of injunction* y el *writ of mandamus*. Mientras el primero tiene una aplicación prohibitiva, siendo su finalidad prevenir de manera prohibitiva la ejecución de un acto o de una ley, el segundo supone la solicitud ante un tribunal a fin de que expida un mandamiento dirigido a obligar a una autoridad a ejecutar un deber que legalmente le ha sido impuesto, aun cuando su ejercicio no haya sido todavía reglamentado<sup>73</sup>.

Los dos *writs* a que acabamos de referirnos han ejercido una notabilísima influencia en algunos ordenamientos iberoamericanos, muy especialmente, en un primer momento, en los de las provincias argentinas, que los han acogido bajo los rótulos de «mandamientos de ejecución (*mandamus*) y de prohibición (*injunction*)».

Sin embargo, más recientemente, ha sido Brasil en donde se ha consagrado una nueva figura procesal que se encuentra directamente inspirada en el *writ of mandamus*; se trata del *mandado de injunção*. De conformidad con el inciso LXXI de artículo 5º de la Constitución de Brasil de 1988, se concede

en *mandato de injunção* siempre que la falta de norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía.

Nos hallamos en presencia de una acción constitucional puesta a disposición de quien se considere titular de cualesquiera derechos, libertades o prerrogativas, inviables por la ausencia de una reglamentación normativa exigida o supuesta por la Constitución. De esta forma, la finalidad principal de este instituto procesal constitucional consiste, como bien afirma Da Silva<sup>74</sup>, en conferir inmediata aplicabilidad a la norma constitucional portadora de aquellos derechos y prerrogativas e inerte en virtud de la ausencia de reglamentación.

Destaca de esta institución la amplitud de su ámbito material, por cuanto, como ya hemos significado, se concederá un mandamiento de esta naturaleza no sólo para posibilitar el ejercicio real de cualquier derecho o libertad constitucional, previsión que engloba los derechos individuales, colectivos y sociales y los principios del orden social, sino también para preservar las prerrogativas referidas a la nacionalidad, la ciudadanía y la soberanía (acogidas a los artículos 12 a 16 de la norma suprema).

El *mandado de injunção*, como apunta Sidou, no debe confundirse, aunque esté dirigido al mismo fin, con la acción de inconstitucionalidad por omisión, manifestación particular de la acción directa de inconstitucionalidad, con la que guarda notables divergencias, a las que nos referiremos más adelante. Mientras la acción de inconstitucionalidad regula el modo de hacer efectiva una regla constitucional, mediante la determinación de que, declarada la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal lo comunicará al órgano competente a fin de que adopte las medidas necesarias, el *mandado de injunção*, más que la elaboración de las disposiciones reglamentarias, pretende la realización del acto, a fin de que de esta manera se trans-

<sup>72</sup> También en otros estados federales, como es el caso de la Argentina, algunas Constituciones de estados-miembros, provinciales por ser más rigurosos, han acogido el instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Así, la de la provincia de Río Negro, de 1988, cuyo artículo 207 acoge este instituto, cabiendo al efecto una acción judicial. Cfr. al respecto, Germán J. Bidart Campos. "Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro" en *El Derecho*, 18 de octubre de 1988.

<sup>73</sup> Cfr. al efecto, Héctor Fix-Zamudio. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Universidad Nacional Autónoma de México, Civitas, México-Madrid, 1982. ps. 89-93.

<sup>74</sup> José Afonso Da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. op. cit. p. 392.

forme el derecho abstracto en una situación subjetiva concreta<sup>75</sup>.

Ello, no obstante que su relación con la problemática que ahora nos ocupa es patente, en último término si se quiere, por cuanto, como señala Canotilho<sup>76</sup>, un *mandado de injunção*, modestamente si se quiere, puede en un momento dado limitar la arrogante discrecionalidad de los órganos normativos que permanecen callados cuando su obligación jurídico-constitucional era delinear en moldes normativos relgas de canalización de los derechos y libertades constitucionales.

Varias son las diferencias que separan la inconstitucionalidad por omisión del *mandado de injunção*:

1) Mientras la acción de inconstitucionalidad por omisión es una modalidad de fiscalización abstracta para la que están legitimadas las entidades y órganos a que se refiere taxativamente el artículo 103 de la Constitución, el *mandado de injunção* es claramente una acción individual encaminada a la defensa de los derechos, circunstancia que ha llevado al algún sector doctrinal a reclamar la conveniencia de perfilar legalmente una amplia legitimación activa para accionar este instituto<sup>77</sup>.

2) En sintonía con la diferencia anterior, mientras la primera acción es una acción de garantía constitucional, en mandado es una acción de defensa de garantías individuales. Como advierte Dantas<sup>78</sup>, el *mandado de injunção* no es un derecho individual, sino una garantía constitucional a través de la cual se intenta conseguir el ejercicio de los derechos y libertades individuales. Es decir, en un caso se trata de salvaguardar la Constitución, mientras que en el otro son de modo específico los derechos individuales los que se tratan de tutelar y,

como es obvio, a través de ellos el sistema de valores materiales de la misma Constitución.

3) La inconstitucionalidad por omisión es un procedimiento que puede ser desencadenado siempre que haya omisión de medidas para hacer efectiva, convertir en aplicable, una norma constitucional, esto es, cualquier norma constitucional. El *mandado de injunção* presupone la existencia de un derecho o libertad individual y una lesión del mismo producida por no poder ejercitar el interesado dicho derecho por ausencia de una reglamentación adecuada. Esta reglamentación no tiene que confundirse con ordenación reglamentaria proveniente del Ejecutivo, sino que, bien al contrario, la norma reguladora cuya ausencia impide el ejercicio del derecho puede ser perfectamente una norma legal<sup>79</sup>. Por otro lado, es indiferente que la naturaleza de la norma en cuestión sea material o procesal. Como afirma Agrícola Barbi<sup>80</sup>, partiendo del principio de que las garantías constitucionales deben ser interpretadas en un sentido amplio, nunca restrictivo, debe entenderse que la norma reguladora a que se refiere la Constitución puede ser, indistintamente, de derecho procesal o de derecho material.

4) El órgano competente para conocer de la acción de inconstitucionalidad por omisión es el Supremo Tribunal Federal, mientras que respecto del *mandado de injunção* se fracciona esa competencia en función del órgano a que correspondiese la elaboración de la norma reguladora del derecho cuya ausencia impide el ejercicio del mismo<sup>81</sup>.

5) Finalmente, mientras que en la inconstitucionalidad por omisión el Supremo Tribunal Federal no puede sustituir la actuación del órgano legislativo o administrativo, en el *mandado de injunção* el

<sup>75</sup> J.M. Othon Sidou. "Las nuevas figuras del Derecho Procesal Constitucional Brasileño: Mandado de Injuncao y Habeas Data". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (traducción de Héctor Fix-Zamudio), año XXIV, n.º 70, enero-abril 1991, pp. 169 ss.; en concreto, p. 174.

<sup>76</sup> Jose J. Gomes Canotilho. *Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito a emanacao de normas jurídica*. op. cit. o. 367.

<sup>77</sup> Es el caso, entre otros, de Celso Agrícola Barbi. "Protecao processual dos direitos fundamentais na Constituição de 1988", en Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*. op. cit. pp. 93 ss. en concreto, p. 105.

<sup>78</sup> Ivo Dantas. *Mandado de injunção*. op. cit. p. 70.

<sup>79</sup> En igual sentido, José Da Silva Pacheco. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991. p. 288.

<sup>80</sup> Celso Agrícola Barbi. *Proteção processual dos direitos...* op. cit. p. 104.

<sup>81</sup> Ivo Dantas. *Mandado de injunção*. op. cit. ps. 80-82.

órgano jurisdiccional que conozca del mismo, con efectos *inter partes*, puede adoptar las medidas necesarias en orden a posibilitar el ejercicio del derecho.

De todo lo expuesto puede entresacarse que existen diferencias notables entre ambos mecanismos procesales. El *mandado de injunção* es una garantía individual<sup>82</sup> que pretende garantizar un derecho subjetivo, no el Derecho objetivo, y que atiende a la ausencia de una norma reguladora que permita el ejercicio del derecho. Ahora bien, no cabe ignorar que podrán superponerse ambos institutos en aquellos supuestos en que la omisión suponga la ausencia de normas adecuadas para convertir en aplicables normas que consagren derechos o libertades. De ahí el interés que en la problemática que venimos estudiando puede presentar el *mandado de injunção*.

## 7. LA OPERATIVIDAD DEL MANDADO DE INJUNÇÃO EN LA RESOLUCION DE LA PROBLEMATICA PLANTEADA POR LA INACCION EN MATERIA DE DERECHOS DE UN PODER DE NORMACION

La admisión, en unos casos a nivel de los códigos constitucionales y en otros por la vía jurisprudencial, de la figura de la omisión legislativa inconstitucional, no hace sino traducir la existencia en determinados supuestos de un auténtico deber constitucional de emanación de normas destinadas a dar plena operatividad jurídica a los mandatos constitucionales. Ahora bien, ¿de ese deber de legislación deriva un derecho a la legislación, un derecho a la emanación de normas por parte del Poder Legislativo?

Como bien señala Canotilho<sup>83</sup>, una protección jurídica global y sin lagunas frente a aquellos actos de los poderes públicos que no se hallen conformes con la Constitución exigiría, en el supuesto de omisiones legislativas inconstitucionales, el reconocimiento de un derecho a exigir una actua-

ción positiva del legislador, de un derecho, en definitiva, a la emanación de normas jurídicas por parte del legislador. Sin embargo, ese derecho es mayoritariamente rechazado sobre la base de argumentos bien dispares que van desde el de que su reconocimiento vulneraría el principio de división de poderes, trastocando gravemente la relación entre el legislativo y el judicial, hasta aquel otro de que la pretensión jurídica subjetiva que debiera encerrar el derecho objetivo a la normación. Bien es verdad que esta última reflexión se relativiza extraordinariamente en el caso de violación de derechos fundamentales por omisión legislativa.

Cuanto se ha dicho no hace sino, una vez más, poner de relieve las notables contradicciones que encierra el Estado Social de Derecho de nuestro tiempo, que sigue, de una u otra forma, reconduciendo los mecanismos jurídicos de tutela y garantía de los derechos a los procedimientos característicos del estado liberal, con total ignorancia de que, como nuevamente sostiene Canotilho<sup>84</sup>, las normas de asignación de fines al Estado, las normas que imponen a los poderes públicos la realización de un conjunto de tareas y fines sociales, no pueden por menos de incidir sobre la caracterización meramente liberal de la categoría de los derechos públicos subjetivos, que se revela, a nuestro entender, como de todo punto insuficiente para hacer frente a la tutela de derechos e intereses no estrictamente reconducibles a un simple interés individual, cual sería el caso de los derechos sociales -que, como bien dijera Nino<sup>85</sup>, han de verse como el correctivo indispensable frente a las falencias de los derechos económicos- o de los intereses difusos.

A la vista, pues, de las dificultades existentes para concebir un derecho subjetivo a la emanación de normas que pueda encajar dentro de las categorías, básicamente liberales, novecentistas, en que sigue moviéndose el constitucionalismo del Estado social y democrático de derecho, no parecen

<sup>82</sup> Ello no obstante, cabe hablar de la existencia de un "mandado de injunção colectivo", ya que pueden accionar este instituto los sindicatos, a los que el artículo 8º III de la Constitución les atribuye la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de los trabajadores, con lo que es perfectamente admisible que cuando la ausencia de una norma imposibilite el ejercicio de derechos legítimamente pertenecientes a aquellos, un sindicato pueda recurrir a esta acción. Más aún, el inciso XXI del artículo 5º de la Constitución habilita a las entidades asociativas expresamente autorizadas para representar a sus afiliados judicial o extrajudicialmente.

<sup>83</sup> Jose J. Gomes Canotilho. *Constituição dirigente...* op. cit. ps. 341-342.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 343.

<sup>85</sup> Carlos Santiago Nino. *Fundamentos de Derecho Constitucional (Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional)*. Astrea, Buenos Aires, 1992. p. 397.

restar otras posibilidades de impulso a los valores materiales de la Constitución, cuyo reflejo quizá primario lo hallamos en el bloque normativo-programático, que el del recurso a las garantías democráticas<sup>86</sup> con la subsiguiente postergación de las garantías jurídicas.

No obstante lo anterior, no creemos que debe declinarse en el intento de búsqueda de mecanismos procesales con los cuales intentar dar cierta operatividad jurídica a ese derecho aen la legislación, a la emanación de normas por parte del legislador. Y a este respecto, el nuevo ordenamiento constitucional brasileño ha abierto nuevas expectativas, básicamente a través de la consagración constitucional del instituto ya analizado, del *mandado de injunção*. Veamos las razones de ello.

Descartada, como ya expusimos, (desde las categorías conceptuales novecentistas en que en ciertos ámbitos se sigue moviendo aún el estado constitucional de nuestro tiempo), la existencia de un Derecho objetivo a la normación, por la inexistencia -evaluada siempre, insistimos en ello, desde aquellas categorías- de una pretensión subjetiva accionable, hemos de plantearnos de inmediato si cabría admitir la existencia de una tal pretensión (y, de resultas, de un derecho a la normación, con independencia ya de que la norma sea una ley o un reglamento) en aquellos casos en que la ausencia de la norma impida al interesado el ejercicio específico de un derecho o libertad del que es constitucionalmente titular. El punto crucial del problema, como una vez más señala Canotilho<sup>87</sup>, es el de si la ausencia de una norma reguladora que inviabiliza el ejercicio del derecho o libertad constitucional no pone de relieve una perfecta imbricación entre la dimensión material del derecho y su dimensión procesal, posibilitando de esta forma el reconocimiento de una pretensión subjetiva accionable, con lo que ello entraña de admisibilidad de un derecho a la normación en los específicos supuestos anteriormente referidos.

El *mandado de injunção*, recordémoslo, se reconoce por el inciso LXXI del artículo 5º de la Constitución siempre que la ausencia de una norma regu-

ladora convierta en inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales. A la vista de su diseño constitucional, en una primera aproximación, parece que podría ser un instrumento operativo adecuado en orden a accionar el derecho a la normación. Ello tropezaría, sin embargo, con un obstáculo insalvable: su naturaleza de acción de garantía, pues toda acción procesal de este tipo se destina a asegurar una vía procesal de defensa de un derecho, no a la obtención de una norma por decisión judicial. No obstante, este obstáculo puede ser salvado mediante la configuración del *mandado de injunção* como un auténtico derecho constitucional autónomo, y no como una simple garantía procesal<sup>88</sup>. Concebido como verdadero derecho constitucional, y salvado por lo mismo el obstáculo inmediatamente antes referido, el ejercicio de este derecho deberá conducir al juez a amparar y restablecer el derecho, adoptando las decisiones oportunas, entre las que no cabe excluir un *mandatory injuntion* que se traduzca en la realización de actos positivos a cuyo través sustituir una actividad normativa por la que se viabilice el ejercicio del derecho.

Ahora bien, admitida esa posibilidad, sin ningún resquicio de duda, conviene precisar que dentro de la capacidad decisoria del juez no parece posible pensar que tenga cabida una ordenación normativa que viabilice el ejercicio del derecho con carácter general, o si se prefiere, con eficacia *erga omnes*. En un momento precedente ya señalamos que los efectos de la decisión judicial no pueden ser sino *inter partes*, lo que, en definitiva, no permite en sentido estricto hablar de que el *mandado de injunção* puede ser el cauce con el que dar operatividad jurídica a un auténtico derecho a la emanación de normas.

Esta conclusión no nos puede conducir, sin embargo, a ignorar la importancia de este nuevo instituto constitucional, que bien puede ser concebido como derecho autónomo, en cuanto puede contribuir, modestamente si se quiere, a limitar la en ocasiones arrogante actitud de los órganos normativos, y muy en especial del Legislativo, que, apoyado en su discrecionalidad, ignora a veces de

<sup>86</sup> El problema del silencio del legislador -sostiene Canotilho (en *Constituição dirigente...* op. cit. p. 348)- conduce, en primer lugar, a la lucha por la participación y por la reivindicación de instrumentos de democracia directa. No se trata de reclamar mecanismos plebiscitarios, sino de que se logre el reconocimiento de acciones populares o del derecho a la iniciativa legislativa popular, que permitan superar los supuestos de omisión inconstitucional.

<sup>87</sup> Jose J. Gomes Canotilho. *Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. O direito a emanção de normas...* op. cit. p. 361.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 364.

forma patente los mandatos del constituyente. Si, como dice Canotilho<sup>89</sup>, a través de una vigilancia judicial que no exceda de los límites propios de la función judicial, se consiguiese llegar a una protección jurídica sin lagunas, entonces el *mandato de injunção* habría alcanzado plenamente sus objetivos.

Esta acción constitucional de defensa, que puede concebirse como verdadero derecho y que se expande a todos los derechos constitucionales (individuales, colectivos, sociales, etc.)<sup>90</sup> proporciona un modelo digno de ser tenido en cuenta en or-

den a la búsqueda de soluciones a la problemática que nos ocupa, con las necesarias adaptaciones, como es obvio, a las propias peculiaridades de cada sistema jurídico, revelándonos, en último término, la necesidad de dinamizar los mecanismos de garantía de los derechos en general, y de los derechos sociales en particular, con vistas a superar el modelo todavía vigente hoy, asentado en un conjunto de categorías jurídicas concebidas para una sociedad en la que el individuo y su protección frente a supuestas actuaciones positivas e irregulares de los poderes públicos era el único punto de referencia a tener en cuenta.

<sup>89</sup> *Ibidem* p. 367.

<sup>90</sup> En igual sentido, José Afonso Da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo* op. cit. p. 392.

# **J. ANTONIO DEL POZO VALDEZ**

## **ABOGADO - NOTARIO**

### Horario de atención :

Invierno 9:00 a.m. - 1:00 p.m. / 2:00 p.m. - 5:30 p.m.

Verano 9:00 a.m. - 1:00 p.m. / 2:00 p.m. - 5:00 p.m.

Las Begonias 656 - Of. 29 "A" (3<sup>er</sup>. Piso) San Isidro

☎ 422-6655 440-8128 441-2946 442-0181 442-2120 Fax 442-7232

# RESOLVIENDO DISPUTAS POR RAZON DE VECINDAD: LA ECONOMIA SIMPLE DE LOS MANDATOS DE CESACION Y DE LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS\*

A. Mitchell Polinsky\*\*  
Profesor de Derecho y de Economía  
Universidad de Stanford

*Las «disputas por razones de vecindad» -tema constantemente debatido por los analistas económicos del Derecho- han sido resueltas por los tribunales mediante mandatos de cesación o indemnizaciones por daños y perjuicios.*

*En el presente artículo se analizan estos remedios privados, elaborando distintos supuestos, para señalar en cada caso cuál es la solución económicamente más eficiente y distributivamente equitativa. Tras el análisis, el autor concluye que no son lógicamente coherentes los argumentos que tradicionalmente se han esgrimido para sustentar que las indemnizaciones por daños y perjuicios son más eficientes. La única excepción se presenta, posiblemente, cuando existe una pluralidad de víctimas. En consecuencia, ningún remedio puede ser establecido como superior en abstracto, sino que ello siempre dependerá de las circunstancias concretas.*

Cuando alguien inicia una actividad que perjudica a su vecino de manera constante, se puede decir que se ha suscitado una «disputa por razón vecindad»<sup>1</sup>. Entre los ejemplos típicos de tales disputas tenemos las inmisiones de una fábrica que afectan las propiedades vecinas, las luces brillantes o los ruidos que perturban el sueño de una persona, así como los edificios de aspecto desagradable que estropean un atractivo barrio residencial. Casi todos los casos de contaminación, así como muchos otros ejemplos de uso incompatible del espacio vital, pueden describirse como disputas por razón de vecindad.

Este artículo compara el uso de dos remedios privados -los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios- en la solución de tales disputas<sup>2</sup>. En particular, el artículo examina

\* El presente artículo ha sido traducido por Carlos A. Patrón Salinas, ex-miembro del Comité Directivo de THEMIS - Revista de Derecho, y Juan Antonio Egúez Toledo, miembro de nuestra publicación.

El artículo fue originalmente publicado en *Stanford Law Review*, Vol. 32, Julio de 1980; y, ha sido traducido y reproducido con expreso consentimiento del autor. Título original: *Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies*. Agradecemos a Enrique Felices Saavedra, ex-miembro del Comité Directivo de THEMIS - Revista de Derecho, por haberlo cedido para su publicación.

\*\* Al escribir este artículo, Profesor en Derecho y Profesor Asociado de Economía, Universidad de Stanford; Asociado de Investigaciones, Oficina Nacional de Investigación Económica (NBER). La investigación de este artículo fue financiada por la Fundación Científica Nacional mediante una concesión (SOC 78-20159) al Programa de Ley y Economía de la Oficina Nacional de Investigación Económica. Todas las opiniones expresadas pertenecen al autor y no al NBER. Comentarios valiosos fueron proporcionados por Robert Ellickson, Paul Goldstein, James Krier, Frank Michelman, Steven Shavell y Henry Steiner.

<sup>1</sup> Los «*torts*» del Derecho Común tradicional, por perjuicios que derivan de actos privados intencionales (continuos) y traspaso intencional se aproximan más a lo que quiero expresar con disputa por razón de vecindad. *Cf. e.g., Restatement(Second) of Torts* §§ 157-164 (traspaso intencional) (1965); *id.* §§ 821 D, §25 (perjuicios que derivan de actos privados internacionales). Pero no intento restringir las disputas por razón de vecindad a los supuestos que corresponden a estas doctrinas. Vea. e.g., notas 56-57. Sin embargo, no asumo que el ofensor y la víctima mantengan alguna relación contractual.

<sup>2</sup> \* NT: con «remedios», el autor se refiere a mecanismos legales de ejercicio privado, destinados a la tutela de derechos. El artículo original se refiere a «*injunctions*», lo que hemos traducido como «mandato de cesación». El *injunction* es un medio de tutela de derechos propio del *Common Law*, que consiste en un mandato expedido por un tribunal, con carácter discrecional, por el que se prohíbe al demandado, o a la persona que dependa jurídicamente de él, realizar un acto o proseguir realizando

la manera en que pueden utilizarse estos remedios para resolver una disputa por razón de vecindad de manera económicamente eficiente y distributivamente equitativa<sup>3</sup>. El artículo enfoca la circunstancia en la cual resulta más probable que estos remedios privados puedan aplicarse: cuando sólo hay dos partes involucradas, o cuando muchas partes son representadas por otras pocas, como en las acciones de clase<sup>4</sup>.

Siguiendo a Calabresi y Melamed<sup>5</sup>, la solución de disputas por razón de vecindad puede ser vista en dos etapas. Primero, se debe determinar quién tiene la titularidad que debe prevalecer. Al que contamina se le puede conceder el derecho (la titularidad) de contaminar o al contaminado se le puede otorgar el derecho (la titularidad) de per-

manecer libre de contaminación. Luego, en el lenguaje de Calabresi y Melamed, se debe decidir si se va a proteger la titularidad con una «regla de propiedad» o con una «regla de responsabilidad». La primera confiere al titular un mandato de cesación, mientras la segunda le otorga una indemnización por daños y perjuicios fijada por alguna autoridad colectiva, como por ejemplo un tribunal. Así, en su marco de trabajo, existen cuatro tipos posibles de soluciones, dependiendo de la persona a quien se otorga la titularidad y de cómo ésta es protegida<sup>6</sup>.

Los más recientes comentarios legales sobre la regulación de disputas por razón de vecindad han enérgicamente recomendado el empleo de indemnizaciones en vez de mandatos de cesación<sup>7</sup>. No

una cierta actividad, lesivos de los derechos del demandante. Si bien asimilar esta figura a una análoga en nuestro sistema resulta difícil, la finalidad de los mandatos de cesación es clara: tutelar un derecho haciendo cesar la actividad material que perjudica a su titular.

Muchas de las ideas fueron desarrolladas de manera más técnica principalmente para un público económico en Polinsky *Controlling Externalities: Property Right, Liability Rule and Tax-Subsidy Approaches*, 8 J. Legal Stud. I (1979) [de aquí en adelante citado como *Controlling Externalities*], y en Polinsky, *On the Choice Between Property Rules and Liability Rules*, 18 Econ. Inquiry 23 (1980) [en adelante citado como *On the Choice*]. El presente artículo desarrolla estas ideas de una manera menos técnica y está dirigido principalmente a un público jurídico.

<sup>3</sup> Véanse los textos que acompañan a las notas 11-13, 19-20 *infra*.

<sup>4</sup> Véanse las notas 56-57 *infra* y el texto que las acompaña.

<sup>5</sup> Calabresi & Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972). Versión en castellano: CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. «Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: un Vistazo a la Catedral». EN THEMIS - Revista de Derecho, N. 21, p. 69 (1992).

<sup>6</sup> Estas soluciones son una regla de propiedad con la titularidad otorgada al contaminador; una regla de propiedad con la titularidad otorgada al contaminado; una regla de responsabilidad con la titularidad otorgada al contaminador; una regla de responsabilidad con la titularidad otorgada al contaminado.

<sup>7</sup> Véanse, e.g. Ellickson, *Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls*, 40 U. Chi. L. Rev. 681, 738-48 (1973); Rabin, *Nuisance Law: Rethinking Fundamental Assumptions*, 6 Va. L. Rev. 1299, 1309-48 (1977); Comentario, *Internalizing Externalities: Nuisance Law and Economic Efficiency*, 53 N.Y.U. L. Rev. 219, 228-40 (1978).

Calabresi y Melamed presentan argumentos tanto para los mandatos de cesación como para las indemnizaciones por daños y perjuicios. Ellos parecen sugerir que los mandatos de cesación son más eficientes cuando existe una sola víctima y un solo ofensor. Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1118-19, 1127. Ellickson, sin embargo, ha discutido este argumento, correctamente, en mi opinión. Ellickson, *supra*, 74-47; véase la nota 10 *infra*. Cuando existen muchas víctimas, Calabresi y Melamed sostienen más explícitamente que las indemnizaciones por daños y perjuicios tienden a ser más eficientes. Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1106-10, 1119-21. Recientemente, Calabresi ha expresado una aprobación más enérgica de las indemnizaciones por daños y perjuicios. Calabresi, *Torts - The Law of the Mixed Society, in American Law: The Third Century* 103, 112-13; (Schwartz ed. 1976). R. POSNER, *Economic Analysis of Law* (2da. ed. 1977), sostiene que las indemnizaciones por daños y perjuicios podrían utilizarse cuando los «costos de transacción» son altos y que los mandatos de cesación deberían utilizarse cuando tales costos son bajos. *Id.*, 51. Posner señala que los costos de transacción son sumamente altos cuando hay un ofensor y muchas víctimas, pero que los costos de transacción «pueden ser bastante altos» incluso con un solo ofensor y una víctima (debido a la conducta estratégica). *Id.*, 45. Michelman, Book Review, *Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs*, 80 Yale L.J. 647, 669-73 (1971), concluye que con un solo ofensor y muchas víctimas, las indemnizaciones por daños y perjuicios serán probablemente utilizadas a menos que el resultado eficiente es que la actividad del ofensor sea impuesta (es decir, cuando el ofensor es el «evitador más barato de costos»). Michelman no considera el caso de un ofensor y una víctima. Algunos comentaristas recientes parecen preferir (o al menos muestran una mayor simpatía hacia) el mandato de cesación. Véanse, e.g. O. Fiss, *The Civil Rights Injunction* 74-80 (1978); Freeman, *Give and Take: Distributing Local and Environmental Through Land-Use Regulation*, 60 Minn. L. Rev. 883, 913-27 (1976); Comentario, *Equity and the Eco-System: Can Injunctions Clear the Air?*, 68 Mich. L. Rev. 1254, 1254-55, 1262-64 (1970); Note, *Injunction Negotiations: An Economic, Moral, and Legal Analysis*, 27 Stan. L. Rev. 156, 1566-69 (1975).

está claro el hecho de que las decisiones de los tribunales también favorezcan el empleo de indemnizaciones, aunque muchos comentaristas perciban una tendencia en esta dirección<sup>8</sup>. Tres argumentos han sido sugeridos para esta preferencia; me referiré a éstos como la extorsión, la conducta estratégica, y argumentos de «pago en exceso»<sup>9</sup>.

El primer argumento contra los mandatos de cesación es que estos permiten al demandante «extorsionar» al demandado. Esta posibilidad surge cada vez que el costo potencial que la ejecución del mandato representaría para el demandado excede la eventual pérdida que sufriría el demandante si la actividad cuestionada ocurre. Suponga, por ejemplo, que el funcionamiento de una fábrica causa daños al contaminado en \$1,000 mientras que el contaminador perdería \$10,000 en utilidades si la planta es clausurada por un mandato de cesación. Puesto que el demandado podría estar dispuesto a pagar hasta el íntegro de su utilidad potencial para evitar el cierre de la fábrica, el demandante podría exigir una compensación muy por encima de los daños y perjuicios que realmente sufrió. Sin embargo, bajo una indemnización por daños y perjuicios, el tribunal fija la compensación que le corresponde al demandante -presumiblemente \$1,000 en este ejemplo- no dejando lugar para la extorsión.

Note que el argumento de la extorsión se relaciona con el objetivo de la equidad distributiva y no con el de la eficiencia económica. En el ejemplo anterior es eficiente para la fábrica seguir operan-

do puesto que sus utilidades son de \$10,000, mientras sus costos son sólo de \$1,000. Si, debido a la amenaza del mandato de cesación, el contaminador paga al contaminado \$9,000 a fin de continuar operando, esto puede ser inequitativo, pero no es ineficiente.

El segundo argumento contra los mandatos de cesación -el argumento de la conducta estratégica- tiene que ver con las consecuencias de eficiencia económica en una extorsión sin éxito. La conducta estratégica consiste en un comportamiento negociador en el cual una parte, quizás mal percibiendo la posición de negociación de su oponente, no transa a la espera de un arreglo que jamás es alcanzado (o que es alcanzado después de un costo de negociación o un retraso indebido). Bajo un mandato de cesación, la conducta estratégica puede evitar que las partes alcancen una solución eficiente de su disputa. En el ejemplo anterior, el demandante podría esperar \$8,000, mientras el demandado, también comportándose estratégicamente, podría negarse a pagar por encima de \$5,000. Como consecuencia, el demandante podría ejecutar el mandato de cesación y clausurar la fábrica del demandado (por lo menos durante un tiempo). Por el contrario, una indemnización parece superar los problemas de la conducta estratégica debido a que el demandado no tiene que obtener el consentimiento del demandante. En el ejemplo, el demandado presumiblemente elige pagar cualquier indemnización fijada por el tribunal inferior a \$10,000 y mantener su instalación en funcionamiento.

<sup>8</sup> Debido a que históricamente ambos remedios, el mandato de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios, han estado disponibles en los casos de perjuicios que se derivan de actos privados y de traspaso, *Restatement (Second) of Torts* §§ 821D, comentario a, 822, comentario d, 930, comentario b, 951 (1965), una valoración confiable de las tendencias relativas en su uso requeriría una investigación empírica de las decisiones judiciales durante muchos años. Sin embargo, la mayoría de los comentaristas creen que las indemnizaciones por daños y perjuicios están siendo utilizadas cada vez más por los tribunales norteamericanos. La siguiente «cápsula histórica» de las prácticas judiciales en los casos de disputas por razón de vecindad es representativa de este punto de vista: «En el Derecho común, los tribunales concedían tradicionalmente una reparación por mandato de cesación (antes que por daños y perjuicios) si se demostraba que el demandado interfería injustificadamente con el disfrute de tierras del demandante... Los tribunales se fueron dando cuenta de que los costos sociales de la ejecución de los mandatos judiciales podría exceder a los costos verdaderos de los daños que reparaban, pero en vez de reemplazarlo por una indemnización por daños y perjuicios, los tribunales respondieron negándose a encontrar un acto perjudicial cuando el daño resultaba de actividades socialmente beneficiosas. Ultimamente, sin embargo, los tribunales han comenzado a reconocer la conveniencia de las indemnizaciones por daños y perjuicios.» Nota, *Efficient Land Use and the Internalization of Beneficial Spillovers: An Economic and Legal Analysis*, 31 *Stan. L. Rev.* 457, 464-65 (1979) (se omiten las notas a pie de página); según, Rabin, *supra* nota 7, 1300 n.4 (refiriéndose a «la tendencia hacia la concesión de daños y perjuicios en vez de un mandato de cesación en los casos de disputas por razón de vecindad»); véase, nota 7 *supra*, 1566 n.13 (haciendo mención a «la preferencia del sistema jurídico actual por las indemnizaciones por daños y perjuicios en vez de la reparación por mandato de cesación»).

Los principales casos americanos más recientes que ilustran la utilización de las indemnizaciones por daños y perjuicios son *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, 26 N.Y.2d 219, 257 N.E.2d 870, 309 N.Y.S.2d 312 (1970), y *Spur Indus., Inc. v. Del E. Webb Dev. Co.*, 108 Ariz. 178, 494 P.2d 700 (1972). Los tribunales ingleses favorecen aparentemente la reparación por mandato de cesación sobre las indemnizaciones. Ogus & Richardson, *Economics and the Environment: A Study of Private Nuisance*, 36 *Cambridge L.J.* 284, 308-09 (1977). Pero recientemente se ha mostrado «cierta complacencia de la actitud judicial» con relación a esta preferencia. *Id.* 310 (citando a *Miller v. Jackson* y Otro, [1977] W.L.R. 20).

<sup>9</sup> Hasta donde conozco, estos tres argumentos no han sido declarados juntos en otra parte, aunque cada uno ha sido explicado por separado. Véase la nota 10 *infra*.

El tercer argumento a favor de las indemnizaciones -el argumento de «pago en exceso»-, es ofrecido con menos frecuencia que los otros dos. Una vez que se ha decidido por la indemnización, por cualquiera de las otras razones, es posible perseguir objetivos distributivos adicionales fijando la responsabilidad del demandado en una suma mayor o menor a los daños y perjuicios realmente sufridos por el demandante. En el ejemplo, suponga que el demandante es más pobre que el demandado y se desea una distribución de ingresos más equitativa. La indemnización podría aumentarse mediante un «pago en exceso» a fin de alcanzar la cantidad precisa de redistribución deseada. Si la redistribución mediante otros medios -tales como el sistema de impuestos al ingreso- es más costosa (en un sentido de eficiencia), entonces la utilización de las indemnizaciones para lograr este objetivo podría resultar apropiada. Con el mandato de cesación, por otro lado, los resultados distributivos son inciertos. Por ejemplo, la extorsión puede llevar al demandado a pagar al demandante cualquier cantidad comprendida entre \$1,000 y \$10,000. La suma real dependerá de las fuerzas relativas de negociación de las partes. Alternativamente, la conducta estratégica puede llevar a la ejecución del mandato de cesación, obligando al demandado a cerrar, con una pérdida de

\$10,000 para él y un beneficio de \$1,000 por los daños de contaminación evitados por el demandante.

Estos tres argumentos sustentan la proposición de que las indemnizaciones por daños y perjuicios son más adecuadas para alcanzar un resultado eficiente (evitando la conducta estratégica), y para promocionar el resultado distributivo deseado (evitando la extorsión y permitiendo el «pago en exceso»)<sup>10</sup>. Este artículo demostrará, sin embargo, que en circunstancias reales la preferencia por las indemnizaciones no es siempre justificada. En términos de obtención del resultado eficiencia, se mostrará que las indemnizaciones por daños y perjuicios son tan susceptibles a los problemas de conducta estratégica como los mandatos de cesación cuando, naturalmente, los tribunales no puedan determinar en forma correcta los daños y perjuicios realmente sufridos. En términos de obtención de la equidad distributiva, se mostrará que las indemnizaciones por daños y perjuicios no son tan distributivamente flexibles como usualmente se presume. Las indemnizaciones por daños y perjuicios son aun preferibles en algunas circunstancias, pero los mandatos de cesación son superiores en otras. Explorando sistemáticamente los méritos relativos de ambos remedios en dis-

<sup>10</sup> La preferencia de muchos comentaristas legales recientes por las indemnizaciones por daños y perjuicios, véase la nota 7 *supra*, se basa principalmente en el argumento de la conducta estratégica y en segundo lugar en el argumento de pago en exceso. Como ejemplos del argumento anterior, véase Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1106-07, 1119 (donde se discute el problema de «resistencia» y el de «polizonte» cuando existe un ofensor y muchas víctimas), y Ellickson, *supra* nota 7, 742-47 donde se discuten los mismos problemas cuando existen una o muchas víctimas). Aunque Calabresi y Melamed parecen creer que los problemas de conducta estratégica surgen sólo cuando hay muchas víctimas (o muchos ofensores), Ellickson señala que los problemas de conducta estratégica también pueden surgir con un sólo ofensor y una sola víctima. Para otros puntos de vista similares al de Ellickson, véase, por ejemplo, R. Posner, *supra* nota 7, 45; Regan, *The Problem of Social Cost Revisited*, 15 *J.L. & Econ.* 427, 428-32 (1972), y R. Cooter, *The Cost of Believing Coase's Theorem* (Nov. 1976) (Papeles de Trabajo No. 84, Departamento de Economía, Universidad de California, Berkeley).

Para un ejemplo de pago en exceso, véase Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1110, 1121. El término «pago en exceso» pertenece a Ellickson, *supra* nota 7, 735-37 aunque él lo utiliza de una manera algo distinta de como lo empleo aquí. Según lo utiliza Ellickson, un pago en exceso es una cantidad añadida a una medida de valor «objetiva» del mercado de los daños y perjuicios a fin de reflejar los daños y perjuicios «subjetivos» sufridos también por el demandante. En su opinión, éstos pagos «podrían definirse a través de niveles legislados, quizás como porcentajes específicos de la adjudicación del mercado de valores.» *Id.* 736. Así, si uno quisiera perseguir un objetivo distributivo mediante una indemnización por daños y perjuicios, que es el propósito de mi «pago en exceso», uno podría utilizar un porcentaje menor o mayor que el necesario para llegar al «pago en exceso» de Ellickson.

Algunos comentaristas legales recientes que prefirieron las indemnizaciones por daños y perjuicios basaron su preferencia en el argumento de la extorsión. Véase, e.g. Keeton & Morris, *Notas acerca de «Balancing the Equities»*, 18 *Tex. L. Rev.* 412 (1940).

En la medida en que hay una preferencia judicial cada vez mayor por las indemnizaciones por daños y perjuicios, véase la nota 8, *supra*, parece ser que ésta se basa en los argumentos de la extorsión y de la conducta estratégica. El argumento anterior está comprendido dentro de la doctrina de opresión equitativa, la cual establece que si hay lugar para una extorsión sustancial bajo el mandato de cesación, entonces no se debe conceder un mandato de cesación, aún cuando los remedios alternativos den como resultado una compensación demasiado pequeña. Véase, nota, *supra* nota 7, 1577 («virtualmente cada jurisdicción legal en los Estados Unidos se ha volcado hacia la doctrina de opresión equitativa como un remedio para el problema de la extorsión, y su utilización aún sigue aumentando»). El argumento de la conducta estratégica se ilustra en *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, 26 N.Y.2d 219, 257 N.E.2d 870, 309 N.Y.S.2d 312 (1970). El tribunal asume allí que si se concede a los demandantes un mandato de cesación, éstos no llegarían a un arreglo del caso aún cuando sus daños y perjuicios fuesen de \$185,000 y la inversión del demandado en su instalación fuese de \$45,000,000. *Id.* 225, 257 N.E.2d, 873, 309 N.Y.S.2d, 316-17. El argumento de la conducta estratégica está implícito también en la defensa ante un mandato de cesación que el demandante realizó de mala fe o para el propósito de un «litigio vejatorio.» Véase W. Posser, *Handbook of the Law of Torts* § 91, 611 (4th ed. 1971).

tintas circunstancias, espero proporcionar un mejor entendimiento de cuándo debe usarse cada uno de ellos.

La parte I de este artículo discute los objetivos de eficiencia y equidad distributiva en mayor detalle. La parte II examina aún más las «herramientas» para alcanzar estos objetivos: las titularidades y los remedios para su protección. Luego, de la parte III a la VII, se analizan ambos remedios bajo diferentes supuestos acerca de la conducta negociadora de los litigantes, el costo de redistribuir ingresos entre los litigantes por medios distintos, y la información disponible al tribunal. En cada una de estas partes, asumo que hay un ofensor y una víctima. La Parte VIII enfoca los remedios cuando hay un ofensor y pluralidad de víctimas. Finalmente, en la Parte IX se examinan nuevamente los tres argumentos a favor de las indemnizaciones por daños y perjuicios anteriormente descritos.

Las conclusiones básicas del artículo pueden expresarse brevemente de la siguiente manera: En el mejor de todos los mundos posibles -conducta cooperativa, redistribución sin costos e información perfecta- los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios son igualmente deseables. La presencia de conducta estratégica no varía esta conclusión. Sin embargo, si adicionalmente es costoso redistribuir el ingreso, los remedios ya no serán equivalentes. Cuando hay un número pequeño de litigantes en estas circunstancias, por lo general ningún remedio es preferible. Sin embargo, cuando hay un gran número de litigantes las indemnizaciones por daños y perjuicios son superiores. Finalmente, y de manera realista, si los tribunales también tienen información imperfecta, por lo general, ningún remedio es preferible. Dependiendo del tipo de información disponible, tanto el mandato de cesación como las indemnizaciones por daños y perjuicios pueden ser preferibles en una circuns-

tancia específica. Dada la presencia de estas complicaciones, la opinión de que las indemnizaciones por daños y perjuicios son generalmente superiores no es apoyada.

## I. LOS OBJETIVOS: EFICIENCIA Y EQUIDAD DISTRIBUTIVA

Los argumentos contra los mandatos de cesación en la introducción se basaron en el deseo de alcanzar dos objetivos: el uso eficiente de los recursos y la distribución de ingresos deseada<sup>11</sup>. Antes de examinar en detalle la manera en que los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios pueden utilizarse para obtener resultados eficientes y equidad distributiva, será de utilidad examinar estos objetivos con mayor precisión.

### A. Eficiencia

Eficiencia, según se utiliza este término en el artículo, consiste en crear el mayor beneficio agregado de una actividad, tomando en consideración los costos y beneficios en que incurren las partes afectadas. No importa, para los efectos de eficiencia, la forma en que se distribuye ese beneficio.

Una solución eficiente de una disputa por razón de vecindad puede tomar una de dos formas. En primer lugar, las partes podrían elegir coexistir pero adaptar sus conductas para maximizar sus beneficios conjuntos en relación a los costos. Por ejemplo, en muchos conflictos de contaminación el resultado eficiente del contaminado consistiría en permanecer en el lugar donde se halle y la del contaminador en reducir -pero no eliminar- su contaminación<sup>12</sup>. Alternativamente, la solución eficiente podría consistir en la clausura o la mudanza. Por ejemplo, la eficiencia podría requerir que el contaminador permanezca en su lugar y que el contaminado se reubique, o viceversa<sup>13</sup>. Para los propósitos de este artículo, asumo que la so-

<sup>11</sup> Estos son los mismos objetivos adoptados por Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1092-1101. Aunque ellos discuten también otras razones «de justicia», *id.* 1102-05, admiten «que es difícil conocer el contenido de ese término, al menos dadas las definiciones tan amplias de eficiencia económica y objetivos distributivos que hemos usado» *id.* 1102. Para una discusión interesante de regulación de conflictos por razón de vecindad basada en los principios de «justicia correctiva» «otorgando a cada persona la reparación que fuese necesaria a causa de la violación de sus derechos por otros» véase Epstein, *Nuisance Law: Corrective Justice and Bits Utilitarian Constraints*, 8 J. Legal Stud. 49,50 (1979). Ver generalmente R. Stewart & J. Krier, *Environmental Law and Policy* 168-97 (2d ed. 1978); Ogus & Richardson, *supra* nota 8, 317-23.

<sup>12</sup> Este es, en efecto, el «caso del libro de texto» en la mayoría de las discusiones de los economistas sobre problemas de externalidad. Véase, e.g., R. Musgrave & P. Musgrave, *Public Objectivoance in Theory and Practice* 704-07 (2d ed. 1976).

<sup>13</sup> Véase, e.g., White & Wittman, *Long-Run Versus Short-Run Remedies for Spatial Externalities: Liability Rules, Pollution Taxes, and Zoning*, en *Essays on the Law and Economics of Local Governments* 13 (D. Rubinfeld ed. 1979); Nota, *An Economic Analysis of Land Use Conflicts*, 21 Stan. L. Rev. 29 (1969).

lución es del primer tipo: las partes coexisten pero una debe adaptarse<sup>14</sup>. Específicamente, me refiero a una fábrica contaminante próxima a una unidad residencial<sup>15</sup>. Para simplificar más la situación, asumo que cada unidad producida por la fábrica ocasiona la misma cantidad de daños (y que el residente no puede alterar el nivel de daños con su conducta). Estos supuestos son poco realistas en muchos aspectos, pero los puntos básicos a desarrollarse se aplican también a situaciones más complicadas. Asumo también que, a bajos niveles de producción de la fábrica, cada unidad producida incrementa las utilidades de la fábrica en una proporción mayor a los daños del residente y que, en altos niveles de producción, lo contrario es cierto. Dados estos supuestos, la solución eficiente es que la fábrica contamine mientras que la utilidad adicional que obtiene de su última unidad producida (su utilidad marginal) exceda al aumento en los daños causados al residente por esa unidad (el daño marginal); cualquier nivel de producción menor implicaría para la fábrica pérdidas mayores que las ganancias del residente, y cualquier producción superior implicaría pérdidas del residente mayores a las utilidades de la fábrica<sup>16</sup>. Un sencillo ejemplo numérico será utilizado a lo largo de este artículo para ilustrar la disputa por

razón de vecindad. La Tabla 1 proporciona los datos básicos. Si la fábrica no produce, no obtiene utilidad y no causa daños<sup>17</sup>. Así, los beneficios conjuntos de las partes -utilidades totales menos daños totales- son también cero. La primera unidad producida por la fábrica resulta en \$17,000 en utilidades para la misma y causa \$7,000 en daños al residente. Así, los beneficios conjuntos son \$10,000 (\$17,000-\$7,000). El cambio en los beneficios conjuntos del nivel anterior de producción es también \$10,000 (\$10,000-\$0). Este cambio será denominado «ganancias marginales del intercambio»<sup>18</sup>. La segunda unidad producida genera \$13,000 adicionales en utilidades para la fábrica y \$7,000 adicionales en daños para el residente, resultando en \$30,000 de utilidades totales para la fábrica y en \$14,000 de daños totales para el residente. En este nivel de producción, los beneficios conjuntos de las partes son \$16,000 (\$30,000-\$14,000) y las ganancias marginales del intercambio son \$6,000 (\$16,000-\$10,000). Los resultados de los niveles de producción restantes se interpretan de modo similar. Advierta que eventualmente -en la sexta unidad producida- la fábrica realmente pierde dinero al producir más (por ejemplo, debido a que sus costos de producción marginal se elevan excesivamente).

<sup>14</sup> A fin de justificar esta presunción, es necesario suponer que las partes tienen razones especiales para querer permanecer en sus localidades actuales (por ejemplo, debido a las ventajas de producción especializada o amenidades locales) y que ellos están dispuestos a pagar más que cualquier otro para estar allí sin tomar en consideración la manera en que se resuelve la disputa por razón de vecindad. De lo contrario sería necesario considerar la posibilidad de la «entrada» de otras partes o de la «salida» de las partes existentes, complicando de ese modo más la discusión. Para los análisis de mandatos de cesación y de indemnización por daños y perjuicios cuando la solución eficiente involucra la entrada o salida, véase Frech, *The Extended Coase Theorem and Long Run Equilibrium: The Nonequivalence of Liability Rules and Property Rights*, 17 *Econ. Inquiry* 254 (1979) (la entrada y salida de tanto ofensores y víctimas cuando las partes no negocian entre sí), y Polinsky, *Controlling Externalities*, *supra* nota 2 (la salida de la víctima cuando las partes sí negocian).

<sup>15</sup> En muchas situaciones realistas de este tipo, existen otras «partes afectadas», tales como, comunidades próximas dependientes de los empleos de la fábrica, que no están representados. Véase, e.g., R. Stewart & J. Krier, *supra* nota 11, 230, 245; Michelman, *supra* nota 7, 681-83. Las consecuencias originadas por la existencia de dichas partes no se discuten en este artículo.

<sup>16</sup> Por razones expositivas, me referiré a este nivel de producción como el eficiente aún cuando esta referencia pueda no ser estrictamente correcta.

<sup>17</sup> Este ejemplo asume que la fábrica no tiene costos fijos y que no hay daños fijos.

<sup>18</sup> Esta terminología, utilizada comúnmente por los economistas, se deriva de una situación en la cual una parte tiene el derecho o la capacidad para bloquear el desplazamiento hacia el resultado eficiente. Un incremento en los beneficios conjuntos ocurre entonces cuando esa parte negocia su derecho o capacidad de impedir el daño a cambio una participación de las utilidades al efectuar dicho cambio. Sin embargo el término «ganancias del intercambio», es utilizado más ampliamente por los economistas para referirse al incremento en los beneficios conjuntos sin importar si el incremento ocurre de esta manera. Por ejemplo, si la autoridad central en una economía socialista ordena el cambio del incremento resultante en los beneficios conjuntos, será considerado también como ganancias del intercambio.

Producción de la fábrica	Utilidad marginal de la fábrica	Daños marginales del residente	Utilidad total de la fábrica	Daños totales del residente	Utilidad total menos daños totales	"Ganancias del intercambio" marginales
0	—	—	\$0	\$0	\$0	—
1	\$17,000	\$7,000	\$17,000	\$7,000	\$10,000	\$10,000
2	13,000	7,000	30,000	14,000	16,000	6,000
3	9,000	7,000	39,000	21,000	18,000	-2,000
4	5,000	7,000	45,000	35,000	10,000	-6,000
5	1,000	7,000	45,000	35,000	10,000	-6,000
6	-3,000	7,000	42,000	42,000	0	-10,000
7	-7,000	7,000	35,000	49,000	-14,000	-14,000

En el ejemplo numérico, los beneficios conjuntos de las partes se maximizan en \$18,000 cuando la fábrica produce tres unidades. Esta producción es, por consiguiente, el nivel «eficiente» de producción. Una manera útil de considerar la «maximización de los beneficios conjuntos» o el nivel eficiente de producción es en los términos de las ganancias marginales del intercambio. En cada nivel de producción, excepto en la tercera unidad, hay ganancias marginales del intercambio -es decir, los beneficios conjuntos pueden incrementarse cambiando el nivel de producción. Si el nivel de producción es menor a tres unidades, los beneficios conjuntos pueden incrementarse aumentando el nivel de producción, mientras que si el nivel de producción es mayor a tres unidades, los beneficios conjuntos pueden incrementarse reduciendo el nivel de producción. Sólo en un nivel de producción de tres unidades cualquier cambio en el mismo resultará en menores beneficios. Así, el nivel de producción maximizador de los beneficios conjuntos o eficiente es aquél en el cual todas las ganancias del intercambio han sido explotadas.

## B. Equidad distributiva

El segundo asunto potencialmente importante en cualquier disputa por razón de vecindad es la equidad distributiva<sup>19</sup>. En el ejemplo anteriormente discutido, alcanzar el resultado eficiente no resuelve quién debe sobrellevar los daños restantes y quién es el que obtiene las ganancias del intercambio originado al alcanzar la solución eficiente.

En el nivel eficiente de producción el residente asume \$21,000 en daños y las ganancias totales del intercambio son, comenzando desde el nivel de producción cero, \$18,000. Una legislatura o tribunal puede desear colocar estas ganancias y pérdidas en base a algún principio de distribución equitativa<sup>20</sup>. Para los propósitos de este artículo, no es necesario discutir la manera en que deben realizarse estas elecciones distributivas. La pregunta que se contesta aquí es más simple: ¿Cómo se comparan entre sí los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios en cuanto a su facilidad para alcanzar los objetivos distributivos, una vez que éstos han sido establecidos?

Aunque los argumentos de la extorsión y de los pagos en exceso que favorecen las indemnizaciones por daños y perjuicios están basados en consideraciones distributivas, podría argumentarse que tales consideraciones no afectan la elección del remedio puesto que los objetivos distributivos pueden manejarse mejor a través de otros medios, como el sistema de impuesto al ingreso. Mientras es indudable que amplios objetivos distributivos pueden ser mejor promovidos a través del sistema de impuestos, la elección de los remedios puede aún contribuir a estos objetivos. Los remedios a las disputas por razones de vecindad pueden ser útiles porque la redistribución a través del sistema de impuestos es costosa en términos de eficiencia<sup>21</sup>. Por ejemplo, muchos supuestos de mandatos de cesación y de indemnizaciones por daños y

<sup>19</sup> Por motivos de simplicidad trato a las consecuencias distributivas de manera distinta a las consecuencias de eficiencia aun cuando esta separación es estrictamente correcta sólo si los ingresos pueden ser redistribuidos sin costo entre las partes. Véase, e.g., Polinsky, *Economic Analysis as a Potentially defective product: a Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*, 87 Harv. L. Rev. 1655, 1665-69, 1676-80 (1974).

<sup>20</sup> Debido a que a lo largo de este artículo considero que son los tribunales los que toman las decisiones y que los objetivos que persiguen son promover la eficiencia y la equidad distributiva, no distinguiré en adelante entre una legislatura y un tribunal. Aunque existen diferencias institucionales significativas, entre tribunales y legislaturas, estas diferencias no son centrales para mi análisis.

<sup>21</sup> Véase la nota 40 *infra* y el texto correspondiente.

perjuicios son capaces de alcanzar el resultado eficiente<sup>22</sup>. Dadas alternativas igualmente eficientes, la selección entre ellas en base a consideraciones distributivas tiene la ventaja de producir la redistribución deseada sin ningún costo de eficiencia.

De manera similar, aun cuando el objetivo de eficiencia favorezca un remedio por encima de otro, puede aun ser deseable permitir que las consideraciones distributivas tengan algún peso en la elección, ya que efectuar la distribución deseada por otros medios puede resultar aún más costosa en términos de eficiencia. Por ejemplo, supongamos que el objetivo distributivo favorece decididamente la redistribución a favor de los pobres pero que el grado de progresividad del sistema de impuestos necesario para lograr este objetivo lleva a que individuos con ingresos medios y altos trabajen y ganen mucho menos. Debido a distorsiones sustanciales en el esfuerzo de trabajo, la redistribución a través del sistema de impuestos sería muy costosa en términos de eficiencia. Suponga además, no obstante, que la mayoría de personas pobres viven cerca de fábricas contaminantes y que estas fábricas pertenecen principalmente a personas mucho más adineradas. Luego, el remedio elegido para resolver la disputa por razón de vecindad podría ser también un instrumento útil para mejorar la distribución de los ingresos<sup>23</sup>. Aun si un remedio es eficiente para manejar el problema de las disputas por razón de vecindad, el otro remedio, no obstante algo menos

eficiente, puede sin embargo preferirse si es capaz de conseguir además la redistribución deseada<sup>24</sup>. En la práctica, la capacidad de redistribución por medio de la elección de un remedio depende de la proximidad con que los demandantes y demandados en una típica disputa por razón de vecindad corresponden a los grupos entre los cuales la redistribución es deseada. Normalmente esperaría algún tipo de correspondencia entre estos grupos -los demandantes en las disputas por razones de vecindad son probablemente más pobres en promedio que los demandados- pero no demasiada<sup>25</sup>. Por esta razón, el rol de la redistribución del ingreso de los remedios puede ser limitado en la práctica. Sin embargo, porque la promoción de la redistribución es el sustento íntegro del argumento del pago en exceso a favor de las indemnizaciones por daños y perjuicios, y porque existen, sin lugar a dudas, muchas disputas por razón de vecindad en las cuales la redistribución cumple un rol adicional al objetivo de eficiencia<sup>26</sup>, este artículo trata la distribución como un asunto relevante en la elección de los remedios para las disputas por razón de vecindad<sup>27</sup>.

### C. Bienestar social

A menudo será conveniente subsumir los objetivos de eficiencia y equidad distributiva dentro de un concepto más general de «bienestar social». Uno puede imaginarse el bienestar social como un promedio ponderado de los dos objetivos fun-

<sup>22</sup> Véase, e.g., Partes III-V *infra*.

<sup>23</sup> Sin embargo, la redistribución mediante los remedios a las disputas por razón de vecindad puede causar distorsiones. Por ejemplo, los mandatos de cesación que empeoran las posiciones financieras de las fábricas contaminantes pueden distorsionar las decisiones futuras para invertir en tales empresas.

<sup>24</sup> Muchos comentaristas han propugnado consideraciones distributivas en el diseño de las normas legales, aun cuando la eficiencia se vea sacrificada en alguna medida. Véase, e.g., Ackerman, *Regulating Slum Housing Markets On Behalf of the Poor: Of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy*, 80 Yale L.J. 1093 (1971) (reglamentos del código de vivienda); Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1115-24 (mandatos de cesación); Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 Yale L.J. 472 (1980) (ley de contratos).

Sin embargo, en algunas circunstancias (distintas de las aquí asumidas), no sería conveniente sacrificar la eficiencia para promover los objetivos distributivos mediante la elección de una norma legal. Véase S. Shavell, *A Note on Efficiency vs. Equity in Legal Rulemaking: Should Equity Matter Given Optimal Income Taxation?* (Aug. 1979) (manuscrito sin publicar, Departamento de Economía, Universidad de Harvard).

<sup>25</sup> Incluso si los demandantes en los casos de mandatos de cesación fuesen pobres y los demandados ricos, sería algo difícil redistribuir sistemáticamente los ingresos debido al funcionamiento de los mercados de vivienda. Por ejemplo, si los demandantes alquilan sus viviendas, el propietario tendría la capacidad de elevar sus alquileres como resultado de una victoria por parte de los demandantes, lo cual convierte al vecindario en lugar más deseable.

<sup>26</sup> Para algunos ejemplos de casos de mandatos de cesación en los que se mencionan consideraciones distributivas, véase Freeman, *supra* nota 7, 921-22 & nn.69-73. En muchos de estos casos, no obstante, el interés distributivo fue principalmente retórico. *Id.* 922-23.

<sup>27</sup> Las conclusiones básicas de este artículo no se verían afectadas si la eficiencia fuese el único objetivo. Véase la nota 58 *infra* y el texto correspondiente.

damentales, con los pesos asignados de acuerdo a su importancia relativa. El bienestar social provee una medida única para comparar los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios.

## II. LOS INSTRUMENTOS: TITULARIDADES Y REMEDIOS PARA SU PROTECCION

Las titularidades son consideradas a veces como absolutas: O el residente tiene el derecho (la titularidad) a estar libre de contaminación, o la fábrica tiene el derecho (la titularidad) de contaminar la cantidad que desee (presumiblemente la cantidad que maximiza sus utilidades)<sup>28</sup>. Si las titularidades son absolutas, la distinción entre mandatos de cesación e indemnizaciones por daños y perjuicios es clara. Si la titularidad es otorgada al residente, por ejemplo, la única cuestión que se plantea es si la fábrica debe comprarle al residente el permiso para contaminar, como exige el mandato de cesación<sup>29</sup>, o si puede contaminar sin permiso y pagar los daños fijados por el tribunal. De manera similar, si se concede la titularidad a la fábrica, la única cuestión consiste en saber si el residente debe «sobornar» a la fábrica para que reduzca la

contaminación bajo un «mandato de cesación»<sup>30</sup>, o si puede por el contrario reducir la actividad de la fábrica y compensar a la compañía por los «daños y perjuicios» que el tribunal establezca (presumiblemente iguales a la disminución de sus utilidades)<sup>31</sup>. No hay razón lógica, sin embargo, para ver como absolutas a las titularidades. Estas pueden ser también intermedias. Por ejemplo, la fábrica puede tener la titularidad de contaminar hasta cierto punto y al residente la titularidad de estar libre de contaminación más allá de ese punto<sup>32</sup>. Cualquier nivel de producción de la fábrica -y el correspondiente nivel de contaminación- puede servir como una titularidad intermedia.

Si las titularidades pueden establecerse en niveles intermedios, el uso de los mandatos de cesación y de las indemnizaciones por daños y perjuicios se vuelve más complejo. Partiendo de una titularidad intermedia, el nivel de producción puede modificarse en cualquiera de estas dos direcciones: la fábrica podría querer aumentar su producción, o el residente podría querer disminuir el nivel de producción de la fábrica. El mismo tipo de remedio puede, mas no necesariamente, regular los cambios en ambas direcciones.

<sup>28</sup> Véase, e.g., Calabresi & Melamed, *supra* nota 5; Ellickson, *supra* nota 7, 78-48.

<sup>29</sup> Puesto que el residente tiene el derecho de vedar la contaminación provocada por la fábrica, la fábrica debe «comprar a la otra parte su mandato de cesación»: pagar al residente para ponerse de acuerdo en no ejecutar la tutela de su derecho por medio de un mandato de cesación.

<sup>30</sup> Esta solución no parece semejante al habitual mandato de cesación, debido a que la fábrica no puede prohibir al residente una actividad perjudicial. Pero si se considera que el residente es quien «perjudica» a la fábrica interfiriendo con la actividad contaminante de la fábrica -o gozando de una situación libre de contaminación en su propiedad, que obliga a la fábrica a no contaminar- entonces esta solución es la contraparte lógica para otorgar un derecho absoluto a un mandato de cesación al residente. Puesto que la fábrica tiene el derecho de contaminar, el residente debe «comprar la otra parte el derecho»: pagar a la fábrica para ponerse de acuerdo en no ejercer su derecho para contaminar.

<sup>31</sup> Mientras que un remedio que permita al residente parar la actividad de la fábrica, incluso al costo de pagar los daños y perjuicios fijados por el tribunal, pueda parecer un mandato de cesación, tal remedio constituye de hecho la contraparte lógica a la indemnización por daños y perjuicios convencional con la titularidad otorgada al residente. Bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios convencionales, se le permite a la fábrica continuar su actividad contaminante, pero debe pagar al residente los daños y perjuicios fijados por el tribunal. Bajo la presente versión de las indemnizaciones por daños y perjuicios, el residente es autorizado para continuar su actividad -disfrutando su propiedad libre de contaminación, que implica un derecho para parar o reducir la actividad de la fábrica- pero debe pagar a la fábrica los daños y perjuicios fijados por el tribunal. Este tipo de indemnización por daños y perjuicios no es convencional si bien ha sido utilizada. Véase *Spur Indus., Inc. v. Del E. Webb Dev. Co.*, 108 Ariz. 178, 494 P.2d 700 (1972). Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1116, llaman a este remedio «regla 4»; Ellickson, *supra* nota 7, 738 & n.202, lo conoce como un «mandato de cesación compensado», y Rabin, *supra* nota 7, 1300 como «mandato de cesación condicional». A pesar de la incorporación de la palabra «mandato de cesación» en las terminología de Ellickson y Rabin, su definición del remedio la convierte claramente en una forma de indemnización por daños y perjuicios.

<sup>32</sup> Esta opinión parece ser la adoptada por el *Restatement (Second) of Torts* (1965). La «racionalidad» normal de los actos privados intencionales que derivan en perjuicio limita a las circunstancias en las cuales se impone la responsabilidad por daños. *Id.* § 826, comentario b. Stewart y Krier sugieren que la racionalidad normal podría interpretarse (en mi terminología) como definiendo una titularidad correspondiente al nivel eficiente de producción. R.Stewart & J.Krier, *supra* nota 11, 225-26. Para un ejemplo de titularidad intermedia en la práctica, véase *Smith v. Sisco Milling Co.*, 18 F.2d 736 (2d. Cir. 1927) (L. Hand, J.) (que permite una cantidad limitada de polvo proveniente del molino de trituración de pizarra del demandado luego de demostrarse que el demandado estaba usando los mejores colectores de polvo disponibles).

Los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios pueden combinarse entonces en dos remedios «mixtos» diferentes. Una indemnización por daños y perjuicios «positiva» combinada con un mandato de cesación «negativo» protegería la titularidad del residente requiriendo que la fábrica pague al residente una indemnización fijada por el tribunal por los aumentos en su producción, y este remedio mixto protegería la titularidad de la fábrica requiriendo que el residente que busca reducir el nivel de producción de la misma la soborne para que ésta no ejecute el mandato que le da derecho a operar. El otro remedio mixto, un mandato de cesación positivo con una indemnización de daños y perjuicios negativa, simplemente invertiría los métodos de protección. Se le requeriría a la fábrica sobornar al residente a fin de aumentar su producción, y el residente podría reducir el nivel de producción de la fábrica pagándole a la misma los «daños y perjuicios» (utilidades perdidas).

Cuando el mismo método de protección se utiliza en ambas direcciones, existen también, en principio, dos remedios puros. Hasta donde llegan mis conocimientos, la indemnización por daños y perjuicios pura no ha sido considerada por los comentaristas legales ni por los tribunales. Ya que este remedio resulta inútil en la mayoría de las situaciones examinadas en este artículo, de aquí en adelante lo ignoraré, y consideraré solamente el mandato de cesación puro y los dos remedios mixtos. Para ser consistente con el uso convencional<sup>33</sup>, me referiré al primer remedio mixto (daños y perjuicios positivos, mandato de cesación negativo) como la versión normal de las indemnizaciones por daños y perjuicios. Denominaré al segundo remedio mixto (mandato de cesación positivo, daños y perjuicios negativos) como la indemnización por daños y perjuicios «inversa». Por motivos de conveniencia, puesto que los dos remedios mixtos son imágenes reflejas, idénticas excepto en el caso de la parte beneficiada, trataré principalmente sólo de uno, la versión normal de las indemnizaciones por daños y perjuicios. No obstante, el análisis se aplica con igual fuerza a las indemnizaciones por daños y perjuicios «inversas».

### III. EL MEJOR DE TODOS LOS MUNDOS POSIBLES

Imagine un mundo, admitidamente irrealista, en el cual las partes en una disputa por razón de vecindad negocian cooperativamente (en el sentido de que explotan todas las ganancias del intercambio), la redistribución de los ingresos no tiene costo y los tribunales tienen información perfecta<sup>34</sup>.

#### A. Mandatos de cesación

##### 1. Eficiencia

En este escenario idealizado, los mandatos de cesación son eficientes cualquiera que sea el punto de titularidad escogido. Consideremos, por ejemplo, una titularidad absoluta otorgada al residente. Partiendo del nivel de producción cero, la fábrica ganaría \$17,000 en utilidades si produjese una unidad. Debido a que el residente sufriría \$7,000 en daños, las partes podrían alcanzar un acuerdo mutuamente beneficioso en el cual la fábrica pagase al residente por lo menos \$7,000 y no más de \$17,000 para producir una unidad<sup>35</sup>. Suponiendo conductas cooperativas, tal acuerdo sería alcanzado, a pesar de que el acuerdo efectivo dentro de ese rango en general dependerá de las fuerzas efectivas de negociación de ambas partes. Siempre y cuando las utilidades marginales de la fábrica excedan los daños marginales del residente, continuarán realizándose acuerdos similares y las partes transarán, en última instancia, en tres unidades, el nivel eficiente de producción.

Partiendo de cualquier otro punto de titularidad, ya sea absoluto o intermedio, las partes alcanzarían el mismo resultado. Por ejemplo, si la fábrica tuviese la titularidad de producir cuatro unidades, el aumento de la producción en una unidad incrementaría sus utilidades en \$1,000 y los daños del residente en \$7,000. En consecuencia, la fábrica no sobornaría al residente con las ganancias obtenidas por el incremento de su producción. Sin embargo, la reducción de la producción en una unidad, reduciría las utilidades de la fábrica en \$5,000 y los daños del residente en \$7,000. De esta

<sup>33</sup> Véase Calabresi & Melamed, *supra* nota 5; Ellickson, *supra* nota 7, 738-48; Rabin, *supra* nota 7.

<sup>34</sup> Este escenario corresponde en esencia a aquel asumido por el «Teorema de Coase» con costos de transacción cero. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & Econ. 1 (1960). Véase generalmente Calabresi, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules—A Comment*, 11 J.L. & Econ. (1968).

<sup>35</sup> Asumo que el residente conoce los daños y perjuicios que sufre y que la fábrica conoce sus utilidades, pero también de que cada parte puede no estar enterada de los datos de la otra parte. Nada en mi discusión hace suponer de que cada parte conozca lo que la otra parte conoce.

manera, el residente acordaría pagar a la fábrica una cantidad entre \$5,000 y \$7,000 a fin de reducir el nivel de producción en una unidad, para alcanzar el nivel eficiente de producción de tres unidades. Una vez que las partes hayan alcanzado el nivel eficiente, no se celebrarán nuevos acuerdos en ninguna de las dos direcciones.

## 2. Distribución

Bajo un mandato de cesación la elección del punto de titularidad afecta la distribución del ingreso entre las partes. Manteniendo iguales las otras condiciones, cuando una titularidad intermedia se encuentra más próxima a ser una titularidad absoluta a favor de una de las partes, ésta última estará en mejor situación en relación a la otra. Sin embargo, son dudosos los efectos distributivos de cualquier titularidad otorgada debido a que existen muchos posibles acuerdos mutuamente beneficiosos, con efectos distributivos ampliamente variables, que desplazarán las partes desde el punto de titularidad hacia la solución eficiente. Cada acuerdo otorgará a la otra parte *alguna* participación en las ganancias del intercambio, pero la fracción de cada una de las partes puede oscilar de cerca a cero a cerca a uno, dependiendo de las fuerzas relativas de negociación de las partes.

Sin embargo, debido a que se supone que la redistribución por mecanismos distintos a los remedios no es costosa, la variabilidad del resultado distributivo bajo el mandato de cesación es inconsecuente. Cualquiera que sea el resultado en el proceso de negociación, las transferencias por suma abultada pueden modificarlo en cualquier forma deseada. Por ejemplo, supongamos que se otorga una titularidad absoluta al residente y que las partes son negociantes igualmente efectivos. Estas acuerdan dividir las ganancias del intercambio por la mitad. La fábrica pagaría al residente \$12,000 para producir la primera unidad (\$7,000 por daños y perjuicios más \$5,000 por la mitad de las ganancias del intercambio), dejando a la fábrica con utilidades marginales de \$5,000 (\$17,000-\$12,000). De manera similar, la fábrica pagaría \$10,000 y \$8,000 por la segunda y tercera unidad producida respectivamente, dejándola con utilidades marginales de \$3,000 y \$1,000 por esas unidades. Las utilidades totales de la fábrica serían de \$9,000 (\$5,000 + \$3,000 + \$1,000), y el residente recibiría \$9,000 en exceso a los daños efectivamente sufridos. Suponga, sin embargo, que el bienestar social se maximiza cuando dos tercios y no la mitad de las ganancias del intercambio va a parar a manos del residente. En otras palabras, la distribución ideal del ingreso consiste para el residente en tener \$12,000 y para la fábrica en conse-

guir \$6,000. Un recargo de \$3,000 transferido desde la fábrica al residente logrará este resultado. Puede conseguirse el mismo resultado prescindiendo de las fuerzas relativas de negociación de las partes.

## 3. Indemnización por daños y perjuicios

### 3.1. Eficiencia

Bajo supuestos ideales, las indemnizaciones por daños y perjuicios son igualmente eficientes sin importar el punto de titularidad escogido. Suponga nuevamente que al residente se le otorga una titularidad absoluta. Suponga además que la fábrica es responsable por los daños efectivamente sufridos por el residente: \$7,000 por unidad producida. Comenzando desde un nivel de producción igual a cero, la fábrica ganaría \$17,000 en utilidades, previos a pagos indemnizatorios si produjo una unidad. Es evidente que elegirá hacerlo. Además, el residente no tiene incentivo alguno para intentar pagar a la fábrica a fin de que ésta no aumente su nivel de producción dado que el residente será plenamente compensado por cualquier daño que sufra. De manera similar, la fábrica elegirá producir la segunda y tercera unidad, y el residente no considerará que valga la pena prevenirlo. Puesto que la responsabilidad excede a las utilidades marginales por encima de la tercera unidad, la fábrica permanecerá en ese nivel de producción, el eficiente.

El mismo razonamiento se aplica para cualquier otra titularidad. Por ejemplo, considere nuevamente que la titularidad intermedia corresponde a cuatro unidades de producción. Suponga que durante este tiempo el remedio de la indemnización por daños y perjuicios «inversa» está en efecto. El residente tendría el derecho de reducir el nivel de producción de la fábrica pagando a ésta los daños y perjuicios (utilidades reducidas) incurridos por producir por debajo de su punto de titularidad. El residente claramente elegiría hacer que la fábrica disminuya su nivel de producción de cuatro a tres unidades debido a que sus daños se reducirían en \$7,000 y que él tendría que compensar a la fábrica sólo por \$5,000. El residente no tendría ningún incentivo para disminuir más el nivel de producción de la fábrica ya que la reducción de las utilidades de la misma excedería la reducción en sus daños. Nuevamente, las partes alcanzarán el nivel eficiente de producción.

En los dos últimos ejemplos, el nivel de responsabilidad correspondía a los daños realmente sufridos. Sin embargo, suponiendo una conducta cooperativa, *cualquier* nivel de responsabilidad tam-

bién llevaría a la solución eficiente. Considere, por ejemplo, una titularidad absoluta para el residente con la responsabilidad fijada en \$4,000 por unidad producida. Debido a que las utilidades marginales de la empresa exceden los \$4,000 para cada una de las primeras cuatro unidades producidas, la fábrica producirá inicialmente cuatro unidades, «superando» el nivel eficiente de producción. Sin embargo, el residente tiene entonces un incentivo para llevar a cabo una negociación con la fábrica a fin de reducir el nivel de producción en una unidad, ya que de ese modo mejorará su situación en \$3,000 (los \$7,000 ahorrados en daños y perjuicios compensados por los \$4,000 pagados como indemnización) mientras que la fábrica sólo empeorará su situación en \$1,000 (una reducción de \$5,000 en sus utilidades compensadas con \$4,000 que evita pagar por concepto de indemnización). Así, el residente pagará a la fábrica una cantidad entre \$1,000 y \$3,000 para reducir el nivel de producción al nivel eficiente de tres unidades. Una vez que se alcance este nivel de producción, no se llevarán a cabo más acuerdos.

### 3.2. Distribución

Cuando se hace uso de una indemnización por daños y perjuicios, la elección del punto de titularidad afecta sensiblemente la distribución del ingreso entre las partes. Una parte está en mejores circunstancias a medida que su titularidad se aproxima a una titularidad absoluta, manteniendo igual todo lo demás. Lo mismo era cierto para el mandato de cesación.

Sin embargo, a diferencia del mandato de cesación, la distribución del ingreso bajo una indemnización por daños y perjuicios puede, dependiendo del nivel de responsabilidad utilizado, ser predeterminada por un tribunal sin tomar en cuenta las fuerzas relativas de negociación de las partes. Recuerde, por ejemplo, el caso de una titularidad absoluta para el residente con una responsabilidad igual a los daños realmente sufridos. Se compensó al residente por los daños que realmente sufrió, y la fábrica obtuvo todas las ganancias del intercambio. No había nada que negociar puesto que en ningún nivel de producción (hasta alcanzar el nivel eficiente) el residente podía sobornar a la fábrica para no aumentar la producción.

No obstante, bajo un nivel de responsabilidad distinto, las fuerzas negociadoras de las partes pueden aún afectar la distribución del ingreso entre ellas. Se acaba de mostrar, por ejemplo, que con una titularidad absoluta para el residente y la responsabilidad fijada en \$4,000 por unidad producida, la fábrica podría inicialmente «superar» el nivel eficiente de producción y el residente ofrecería entre \$1,000 y \$3,000 para que la fábrica produzca al nivel eficiente. El acuerdo real dentro de esa variación dependería de la negociación entre las partes.

Sin embargo, nuevamente, dado el supuesto de que el ingreso puede ser redistribuido sin costo mediante transferencias por suma abultada, el resultado distributivo de las indemnizaciones por daños y perjuicios es inconsecuente. Si en algunos casos es imposible estructurar la indemnización por daños y perjuicios de manera que ésta pueda alcanzar simultáneamente el nivel eficiente de producción y el resultado distributivamente equitativo, debería ponerse énfasis en la eficiencia (e.g. igualando la responsabilidad a los daños realmente sufridos); el objetivo distributivo puede manejarse separadamente mediante transferencias por suma abultada.

### C. Los remedios comparados

En el mejor de todos los mundos posibles, tanto un mandato de cesación como una indemnización por daños y perjuicios puede maximizar el bienestar social. En cada caso, la conducta cooperativa de las partes garantiza la eficiencia económica, y la disponibilidad de una distribución libre de costos asegura la equidad distributiva. Este resultado se obtiene sin recurrir a la información perfecta que posee el tribunal.

## IV. CONDUCTA ESTRATEGICA

A los antagonistas apenas se les puede tomar en cuenta para cooperar. Los sindicatos hacen huelga, las naciones van a la guerra, y las partes van al tribunal en vez de acordar una solución menos costosa fuera de él<sup>36</sup>. De aquí en adelante asumo, por consiguiente, que las partes en una disputa por razón de vecindad se comportan estratégicamente. A fin de adquirir más ganancias del intercambio, o para establecer sus reputaciones como negociadores difíciles, las partes adoptan tácticas

<sup>36</sup> El litigio puede explicarse por otros factores además de la conducta estratégica, tales como expectativas distintas en relación a la victoria en el caso.

«de resistencia». Si ambas partes son obstinadas, probablemente nunca lleguen a un acuerdo<sup>37</sup>. La conducta estratégica puede, por lo tanto, evitar que éstas exploten todas las ganancias del intercambio. Continúo suponiendo que el ingreso puede redistribuirse sin costo y que los tribunales tienen información perfecta.

## A. Mandatos de cesación

### 1. Eficiencia

Con la presencia de conducta estratégica, los mandatos de cesación ya no son eficientes en cada punto de titularidad. Considere, por ejemplo, una titularidad absoluta para el residente. Aunque la fábrica ganaría \$17,000 por la producción de la primera unidad y el residente sufriría sólo \$7,000 en daños, el residente podría resistirse para recibir un «soborno» inaceptablemente cuantioso por parte de la fábrica<sup>38</sup>. Si fuese así, el mandato de cesación sería ejecutado, y la fábrica sería sacada del negocio, a pesar de la ineficiencia de este resultado. Incluso si las partes pueden ponerse de acuerdo en la forma de dividir las ganancias del intercambio de \$10,000 (\$17,000-\$7,000), el problema de negociación se suscita nuevamente en la siguiente unidad producida. Las partes embarcadas en una conducta estratégica pueden lograr algún progreso en dirección al nivel eficiente de producción, pero generalmente no lo alcanzarán. Esto es cierto cada vez que el punto de titularidad difiere del nivel eficiente debido a que se presentan entonces potenciales ganancias del intercambio sobre las cuales deben negociar las partes.

Esta discusión sugiere un modo sencillo de superar la ineficiencia de la conducta estratégica bajo el mandato de cesación: comience con un punto de titularidad que coincida con el nivel eficiente de producción. Esta política funciona porque no hay ganancias del intercambio sobre las cuales las partes puedan posiblemente negociar y, por consiguiente, no hay lugar para la conducta estratégica. Las partes se mantendrán en el nivel eficiente

de producción.

## 2 Distribución

En general, la distribución del ingreso bajo el mandato de cesación es incierto porque depende de las fuerzas relativas de negociación de las partes y de la magnitud del fracaso en las negociaciones a causa de la conducta estratégica. Sin embargo, si el punto de titularidad es el nivel eficiente de producción, la distribución del ingreso no es incierta pues no hay ganancias del intercambio sobre las cuales negocien las partes y, en consecuencia, no hay lugar para el fracaso en las negociaciones. En el ejemplo numérico, la fábrica ganaría \$37,000 en utilidades en el nivel eficiente de producción, y el residente sufriría \$21,000 en daños. Aunque la distribución particular del ingreso que resulta de elegir el nivel eficiente de producción como el punto de titularidad puede no ser equitativa, puede modificarse en el camino deseado a través de una redistribución libre de costos. Así, a pesar de la conducta estratégica, el mandato de cesación puede lograr un resultado eficiente y distributivamente equitativo.

## B. Indemnizaciones por daños y perjuicios

### 1. Eficiencia

Dada la conducta estratégica, la indemnización por daños y perjuicios ya no es eficiente en todos los niveles posibles de responsabilidad. En particular, si la responsabilidad llega a exceder los daños realmente sufridos, las partes tienen un incentivo para negociar sobre (al menos parte de) las ganancias del intercambio y en consecuencia pueden embarcarse en una conducta estratégica. Considere, por ejemplo, una titularidad absoluta para el residente y un nivel de responsabilidad constante de \$9,000 por unidad producida. Si la fábrica produce una unidad ganará \$8,000 (\$17,000-\$9,000). El residente ganará también \$2,000, cantidad en la cual las indemnizaciones por daños y perjuicios exceden a los daños real-

<sup>37</sup> En lugar de fracasar constantemente para llegar a un acuerdo, las partes pueden, debido a la conducta estratégica, fracasar en alcanzar un acuerdo en la primera oportunidad posible y al menor costo. La demora y los costos adicionales ocasionan pérdidas permanentes incluso si las partes resuelven finalmente sus diferencias. En una situación de negociación entre dos partes -tal situación es enfatizada en este artículo- más probable que la conducta estratégica resulte en una demora y costos adicionales que en un fracaso permanente para lograr un acuerdo. Sin embargo yo asumo en el texto que la conducta estratégica puede conducir a un fracaso en la contratación debido a que esta ineficiencia de la conducta estratégica tiene en esencia las mismas implicaciones para la elección entre los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios que las otras ineficiencias y es más simple de discutir.

<sup>38</sup> Si la titularidad corresponde a un nivel de producción mayor al nivel eficiente de producción, es la fábrica quien podría entonces resistirse.

mente sufridos (\$9,000-\$7,000). Al no producir la primera unidad, la fábrica puede negarle esta ganancia al residente. Si la fábrica cree que ella es un mejor negociador que el residente, puede amenazarlo con dejar de producir a menos que el residente pague una cierta cantidad hasta completar su ganancia total de \$2,000. Si el residente cree que él es un mejor negociador, él puede no ceder ante esta demanda. En consecuencia, la fábrica puede llevar a cabo su amenaza, aunque sólo sea con el objetivo de dar credibilidad a las futuras amenazas. Incluso si las partes superan este primer obstáculo, ellas tendrán que hacer frente al mismo problema en la segunda unidad producida. Las negociaciones pueden frustrarse antes de alcanzar el nivel eficiente de producción.

El tipo de negociación obstinada o «extorsión» anteriormente descrito, no puede ocurrir si la responsabilidad es igual a los daños realmente sufridos. Para observar este resultado, suponga que la fábrica es responsable por los daños realmente sufridos por el residente de \$7,000 por unidad producida y que el punto de titularidad es el nivel de producción cero. Puesto que el residente no será sobrecompensado, y por lo tanto no gana nada del incremento en el nivel de producción de la fábrica, la amenaza de la fábrica de no producir la primera unidad no tiene efecto alguno. Al mismo tiempo, el residente no sobornará a la fábrica para que deje de producir la primera unidad. El tendría que pagar a la fábrica sus utilidades netas (posteriores al pago de indemnizaciones) de \$10,000 (\$17,000-\$7,000), pero él no estaría dispuesto a pagar nada puesto que él no sufre ninguna pérdida por la producción de la primera unidad. Con una compensación total, el residente sería indiferente a que se produzca la primera unidad y, le es igualmente indiferente cualquier incremento adicional en el nivel de producción. Así, la fábrica maximizará sus utilidades netas incrementando la producción hasta alcanzar el nivel eficiente de tres unidades.

La extorsión no puede ocurrir si la responsabilidad es menor o igual a los daños realmente sufridos hasta alcanzar el nivel eficiente de producción (y mayor o igual a los daños realmente sufridos más allá del nivel eficiente de producción)<sup>39</sup>. Suponga, por ejemplo, que la responsabilidad de la fábrica es de \$5,000 para la primera unidad producida, \$6,000 para la segunda unidad, y \$7,000 para cada unidad subsiguiente. Si la fábrica produce la

primera unidad, gana \$12,000 (\$17,000-\$5,000) y el residente pierde \$2,000 (\$7,000-\$5,000). Puesto que el residente sólo estaría dispuesto a pagar hasta \$2,000 para evitar que la fábrica produzca la primera unidad, el residente no podría sobornar a la fábrica para que ésta no la produzca. El mismo análisis se aplica a todas las unidades subsiguientes. Así, la fábrica maximizaría de nuevo sus utilidades netas produciendo en el nivel eficiente.

## 2 Distribución

Si, como en los dos ejemplos precedentes, la responsabilidad es menor o igual a los daños realmente sufridos hasta alcanzar el nivel eficiente de producción (y mayor o igual a los daños realmente sufridos más allá de ese punto), la distribución del ingreso no depende de la negociación entre las partes, sino que es fijada por el nivel de responsabilidad y el punto de titularidad. En ambos casos el residente asume los daños realmente sufridos menos los pagos por concepto de indemnización, y la fábrica obtiene sus utilidades totales menos los pagos por concepto de indemnización. No hay lugar para negociación en ninguno de los casos. Nótese que en ambos casos la fábrica obtiene todas las ganancias del intercambio. Al escoger un punto de titularidad y un nivel de responsabilidad específico de modo tal que la responsabilidad es menor o igual a los daños realmente sufridos hasta alcanzar el nivel eficiente de producción (y mayor o igual a los daños realmente sufridos más allá de ese nivel), es posible lograr una amplia variedad de resultados distributivos bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios. Sin embargo, por razones que serán discutidas en la siguiente parte de este artículo, las distribuciones de ingreso que favorecen decididamente a una parte no pueden lograrse de esta manera. Pero puesto que yo asumo todavía que la redistribución libre de costos es posible, esta limitación de las indemnizaciones por daños y perjuicios carece de importancia en este momento. Si la distribución deseada del ingreso no puede lograrse directamente mediante las indemnizaciones por daños y perjuicios, pueden utilizarse en su lugar las transferencias por suma abultada. Así, a pesar de la conducta estratégica, si el nivel de responsabilidad es elegido apropiadamente, las indemnizaciones por daños y perjuicios pueden ser utilizadas para alcanzar un resultado eficiente y distributivamente equitativo.

<sup>39</sup> Si la responsabilidad fuese menor que los daños realmente sufridos *más allá* del nivel eficiente de producción, la fábrica tendría un incentivo para amenazar con producir por encima del nivel que maximiza sus utilidades netas (que a su vez estaría por encima del nivel eficiente de producción).

## C. Los remedios comparados.

A pesar de la presencia de la conducta estratégica, ambos remedios pueden ser utilizados para maximizar el bienestar social, siempre y cuando la redistribución sea libre de costos y el tribunal cuente con información perfecta. La conducta estratégica puede ser superada bajo el mandato de cesación escogiendo el punto de titularidad que coincida con el nivel eficiente de producción. Y la conducta estratégica puede ser superada bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios al escoger un nivel de responsabilidad apropiado: uno que, por ejemplo, coincida con el nivel de daños realmente sufridos por la víctima. Existiendo información perfecta, estas elecciones son factibles, y conducen al nivel eficiente de producción en cada caso. La disponibilidad de la redistribución libre de costos asegura nuevamente que la equidad distributiva no será sacrificada por la búsqueda de eficiencia.

## V. REDISTRIBUCION COSTOSA

El supuesto mantenido hasta aquí de que el ingreso podría redistribuirse sin costo mediante transferencias por suma abultada ha sido una ficción conveniente. En general, la redistribución del ingreso es costosa en el sentido que los métodos de redistribución distorsionan invariablemente la conducta individual, generando ineficiencia económica<sup>40</sup>. Por ejemplo, el principal efecto distorsionante de un impuesto al ingreso es que lleva a que los individuos trabajen menos, con todas las demás condiciones iguales. Para enfatizar las implicancias de la redistribución costosa, asumiré que la redistribución por medios distintos al uso de los mandatos de cesación y de las indemnizaciones por daños y perjuicios, es imposible. Se mantendrá el supuesto de la conducta estratégica introducido en la parte anterior, así como el supuesto de que los tribunales cuentan con información perfecta<sup>41</sup>.

### A. Mandatos de cesación

Bajo estas presunciones, ya no es posible que los mandatos de cesación en general alcancen simultáneamente las soluciones eficientes y distributi-

vamente equitativas. La parte anterior demostró que, dada la conducta estratégica, el nivel eficiente de producción debe ser escogido como el punto de titularidad a fin de alcanzar el resultado eficiente. Esta elección implicaba una particular distribución del ingreso, la cual sólo por coincidencia sería también equitativa. Ahora bien, no pudiendo disponer de las transferencias por suma abultada, la única manera de cambiar la distribución del ingreso es cambiando el punto de titularidad. Pero cualquier otro punto de titularidad permitiría que la conducta estratégica interfiriese con la eficiencia. Así, bajo el mandato de cesación se hace necesaria una elección entre los objetivos de eficiencia y de equidad distributiva.

Considere, sin embargo, cuán bien se desenvuelve el mandato de cesación cuando la equidad distributiva es preferida a la eficiencia y el objetivo distributivo favorece decididamente al residente. El residente está mejor cuando se le asigna una titularidad absoluta: El no tiene porque sufrir ningún daño a menos que la fábrica le ofrezca una compensación satisfactoria. Además, si las partes llegan realmente a un acuerdo, el residente se asegura de conseguir una participación en las ganancias del intercambio. Suponga, por ejemplo, que puesto que las partes negocian estratégicamente, sólo logran acordar cómo compartir las ganancias del intercambio respecto de las dos primeras unidades producidas, no alcanzando el nivel eficiente de producción. Las ganancias del intercambio, al incrementar la producción de cero a dos unidades, llegan a \$16,000. El residente terminará con alguna participación de este monto dependiendo de las fuerzas relativas de negociación de las partes.

### B. Indemnizaciones por daños y perjuicios

No siendo posible redistribuir por otros medios, la indemnización por daños y perjuicios puede garantizar aún un resultado eficiente; sin embargo, no puede promover simultáneamente el resultado distributivo más equitativo cuando el objetivo distributivo favorece decididamente al residente. Para ver por qué esto es así, es necesario examinar aún más las consecuencias de establecer la responsabilidad de la fábrica por encima o por de-

<sup>40</sup> Véase, e.g., R. Musgrave & P. Musgrave, *supra* nota 12, 461-71, 473-76, 477-78.

<sup>41</sup> Puesto que con información perfecta un tribunal puede basar sus transferencias en criterios sobre los cuales las partes no tienen ningún control, puede parecer extraño asumir que el tribunal no pueda utilizar transferencias por suma abultada. Pero el conjunto de suposiciones empleados en esta parte es pedagógicamente útil porque permite que los efectos de la redistribución costosa se entiendan más fácilmente. Además, como asunto institucional, los tribunales no están autorizados para comprometerse explícitamente en la redistribución general.

bajo de los daños realmente sufridos por el residente.

La parte anterior demostró que para que la indemnización por daños y perjuicios logre la eficiencia a pesar de la conducta estratégica, la responsabilidad debe ser menor o igual a los daños realmente sufridos por el residente hasta alcanzar el nivel eficiente de producción (y mayor o igual a los daños realmente sufridos más allá de ese nivel). Sin embargo, establecer una responsabilidad menor a los daños realmente sufridos no proporciona una mayor flexibilidad distributiva que establecer una responsabilidad igual a los daños realmente sufridos: Cualquier resultado distributivo asequible al escoger algún punto de titularidad con una responsabilidad menor a los daños realmente sufridos puede duplicarse partiendo desde un punto de titularidad diferente más favorable a la fábrica con una responsabilidad igual a los daños realmente sufridos<sup>42</sup>. Esto sugiere que el nivel de responsabilidad bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios debe coincidir con el nivel de daños realmente sufridos, puesto que los niveles de responsabilidad que sobrecompensan producen conducta estratégica, y los niveles que subcompensan no ofrecen ninguna ventaja particular. Aunque pueda existir un argumento, discutido más adelante, para fijar la responsabilidad en exceso de los daños realmente sufridos a pesar del riesgo de la conducta estratégica<sup>43</sup>, asuma por ahora que la responsabilidad se fija igual a los daños realmente sufridos.

Dicho nivel de responsabilidad lleva al nivel eficiente de producción sin importar el punto de titularidad escogido, por lo que la elección del punto de titularidad puede basarse exclusivamente en el objetivo distributivo. Cada titularidad corresponde a una distribución específica del ingreso. Por ejemplo, fijar la titularidad en dos unidades producidas implica que las utilidades de la fábrica serán de \$32,000 (\$17,000+\$13,000+\$2,000) y las pérdidas del residente de \$14,000 (una pérdida de \$7,000 por cada una de las dos primeras unidades producidas). Si se desea este resultado distributivo, éste puede alcanzarse bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios sin tener que sacrificar la eficiencia.

Suponga, sin embargo, que el objetivo distributivo favorece decididamente al residente. El residente está en mejores circunstancias con una titularidad absoluta. Con esa titularidad y una responsabilidad igual a los daños realmente sufridos, el residente no sufrirá ningún daño, y la fábrica obtendrá utilidades totales por \$18,000 (\$10,000+ \$6,000+ \$2,000). *Todas* las ganancias del intercambio, ascendientes a \$18,000, van a la fábrica. Así, la indemnización por daños y perjuicios, si diseñada para alcanzar la eficiencia, no puede hacer más distributivamente que asegurar que el residente sufra daños que no sean compensados.

### C. Los remedios comparados

La discusión precedente indica una posible ventaja del mandato de cesación sobre la indemniza-

<sup>42</sup> Para entender esto, considere una titularidad absoluta para el residente, con una responsabilidad de la fábrica de \$2,500 para la primera unidad producida, \$4,500 para la segunda unidad, y \$7,000 para cada unidad subsiguiente. La responsabilidad es menor que los daños y perjuicios actuales para las primeras dos unidades. Debido a que el residente no puede sobornar a la fábrica para que reduzca el nivel de producción, la fábrica producirá en el nivel de producción que maximiza sus utilidades netas: en un nivel de producción de tres unidades. El residente sufre una pérdida marginal (luego de recibir el pago por concepto de indemnización) de \$4,500 por la primera unidad (\$7,000-\$2,500), \$2,500 por la segunda unidad, y cero por todas las unidades subsiguientes. Así, en el nivel eficiente de producción el residente sufre pérdidas totales de \$7,000 (\$4,500 + \$2,500). De manera semejante, las utilidades marginales de la fábrica (después de realizar los pagos por concepto de indemnización) son de \$14,500 por la primera unidad (\$17,000-\$2,500), \$6,500 por la segunda unidad, y \$2,000 por la tercera unidad. Así, las utilidades netas de la fábrica son \$25,000.

Suponga ahora que se cambia la titularidad de una titularidad absoluta para el residente a una titularidad correspondiente a una unidad producida y que, al mismo tiempo, la responsabilidad (por encima del punto de titularidad) se fija igual a los daños realmente sufridos. Nuevamente, la fábrica terminará produciendo en el nivel eficiente de producción de tres unidades. Debido a que los daños marginales del residente (luego de recibir el pago por concepto de indemnización) son ahora \$7,000 para la primera unidad y cero para todas las unidades siguientes, los daños totales del residente son de \$7,000, lo mismos que anteriormente. Debido a que las utilidades marginales de la fábrica son ahora \$17,000 para la primera unidad (puesto que no hay responsabilidad), \$6,000 para la segunda unidad (\$13,000-\$7,000), y \$2,000 para la tercera unidad, las utilidades totales de la fábrica son de \$25,000, las mismas que anteriormente. Con relación a la eficiencia y a la equidad distributiva, el resultado permanece sin ningún cambio.

La proposición general ilustrada mediante este ejemplo -de que cualquier resultado distributivo factible al elegir algún punto de titularidad con responsabilidad menor a los daños realmente sufridos puede ser duplicado comenzando desde un punto de titularidad diferente más favorable a la fábrica con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos- es demostrada formalmente en Polinsky, *On the Choice*, *supra* nota 2, 238-41.

<sup>43</sup> Véase el texto que acompaña a la nota 45 *infra*.

ción por daños y perjuicios en el escenario actual. Aunque la indemnización por daños y perjuicios con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos puede lograr el resultado eficiente, generalmente, es distributivamente inferior al mandato de cesación cuando el objetivo distributivo favorece decididamente al residente<sup>44</sup>. Bajo la indemnización por daños y perjuicios con una titularidad absoluta para el residente, el residente no sufre daños, pero todas las ganancias del intercambio van a la fábrica. Bajo el mandato de cesación con la misma titularidad, el residente no sufre tampoco ningún perjuicio, y además, obtiene por lo general alguna participación en las ganancias del intercambio, aun cuando la conducta estratégica evite que las partes alcancen el nivel eficiente de producción. Así, en general, el residente está en mejores circunstancias bajo el mandato de cesación. Si el bienestar social depende principalmente de la equidad distributiva antes que de la eficiencia y si el objetivo distributivo favorece decididamente al residente, entonces el mandato de cesación puede ser preferido. Sin embargo, si el objetivo distributivo no favorece decididamente al residente, entonces las indemnizaciones por daños y perjuicios con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos es la elección socialmente preferible puesto que ésta alcanza el resultado eficiente y, con un punto de titularidad adecuado, el resultado distributivamente equitativo.

Considere una última posibilidad. Hasta aquí, he asumido que la responsabilidad de las indemnizaciones por daños y perjuicios debía establecerse igual a los daños realmente sufridos para evitar las ineficiencias creadas por la conducta estratégica. Como se acaba de mostrar, puede preferirse el mandato de cesación en vez de esta versión de la indemnización por daños y perjuicios en base a fundamentos distributivos. Pero debido a que la equidad distributiva es la base para preferir el mandato de cesación, tiene sentido considerar la indemnización por daños y perjuicios con una responsabilidad *mayor a* los daños realmente sufridos. Aunque esta versión de las indemnizaciones por daños y perjuicios, al igual que el mandato de cesación, es generalmente ineficiente, sus efectos distributivos pueden hacerla preferible al mandato de cesación.

La parte anterior mostró que si el residente es sobrecompensado bajo la indemnización por daños y perjuicios, la diferencia entre los pagos por concepto de indemnización y los daños realmente sufridos del residente, está sujeta a negociación puesto que la fábrica puede negarle estas ganancias al residente produciendo menos unidades. En el mejor de los casos, el residente retiene toda compensación en exceso. En el peor, no mantiene nada de aquella y se le indemniza sólo por los daños realmente sufridos. Bajo el mandato de cesación el residente puede, en el mejor de los casos, obtener todas las ganancias del intercambio. En el peor, se le compensa plenamente por los daños realmente sufridos. Si el residente es el negociador superior y se aproxima a su mejor resultado, entonces él estaría en mejores condiciones bajo el mandato de cesación. Una excepción a esta regla ocurre en caso de que el nivel de responsabilidad bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios coincida con el nivel de utilidades marginales de la fábrica. En este caso (que se asemeja a un remedio de restitución), todas las ganancias del intercambio están sujetas a negociación bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios, de manera que el residente pueda obtener aún todas las ganancias del intercambio si es un negociador lo suficientemente bueno<sup>45</sup>. Podría parecer, por lo tanto, que el mandato de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios con responsabilidad igual a las utilidades de la fábrica son equivalentes puesto que ambos conducen a las partes a negociar en todas las ganancias del intercambio. Sin embargo, aún queda una diferencia potencialmente importante. Bajo el mandato de cesación, el residente cumple el rol «de resistencia», amenazando con negarle a ambas partes las ganancias a menos que él obtenga una participación lo suficientemente grande de las ganancias del intercambio. Bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios con sobrecompensación, la fábrica adopta este rol. Así, si una parte es la más obstinada, un remedio puede ser más deseable que el otro.

Cuando las partes negocian estratégicamente y la redistribución es costosa, en consecuencia, ningún remedio es generalmente preferible. Sin embargo, si el objetivo distributivo no favorece decididamente a una parte, entonces la indemniza-

<sup>44</sup> Una versión análoga de esta afirmación se aplicaría si el objetivo distributivo favoreciese decididamente a la fábrica. La comparación se haría entonces entre el mandato de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios inversa con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos por la fábrica (utilidades anticipadas).

<sup>45</sup> Lo mismo sería cierto si la responsabilidad tuviese que exceder a las utilidades de la fábrica.

ción por daños y perjuicios es superior y puede maximizar el bienestar social. En este caso, la responsabilidad puede igualarse a los daños realmente sufridos por el residente, asegurando de ese modo el nivel eficiente de producción, y el punto de titularidad puede ser elegido para alcanzar el objetivo distributivo. Si el objetivo distributivo es sopesado decididamente a favor de una parte, el mandato de cesación puede ser preferible. Por ejemplo, si lo más importante es el bienestar del residente, una titularidad absoluta para el residente, protegida con un mandato de cesación, le permite participar en las ganancias del intercambio, a diferencia de la indemnización por daños y perjuicios con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos. Aun cuando fijar la responsabilidad por encima de los daños realmente sufridos también sujeta al menos parte de las ganancias del intercambio a negociación, el mandato de cesación puede aún ser preferible si se piensa que la fábrica es el «resistente» más obstinado.

## VI. INFORMACION IMPERFECTA: INFORMACION ASIMETRICA

La suposición mantenida hasta aquí de que los tribunales tienen información perfecta puede ser una útil aproximación en algunas circunstancias pero, en términos generales, probablemente no es muy realista. Asuma ahora, por lo tanto, que los tribunales tienen información imperfecta de la siguiente clase: Conocen el nivel de daños del residente pero no conocen el nivel de utilidades de la fábrica. Por ejemplo, un tribunal puede tener también información relativamente buena acerca de los daños de la contaminación pero no acerca del costo que implica para el contaminador suprimir la contaminación<sup>46</sup>. El caso alternativo en el que el tribunal conoce el nivel de utilidades de la fábrica pero no el nivel de daños del residente no se discute aquí debido a que es análogo al presente<sup>47</sup>. Se mantienen los supuestos de conducta estratégica y de redistribución costosa de las primeras partes.

### A. Mandatos de cesación

Cuando el tribunal desconoce el nivel de utilidades de la fábrica, el mandato de cesación no puede alcanzar el resultado eficiente. Para alcanzar ese resultado bajo el mandato de cesación, la conducta estratégica debe ser evitada, lo que requiere que el punto de titularidad coincida con el nivel

eficiente de producción. Pero para determinar el nivel eficiente de producción, el tribunal debe saber cuándo las utilidades marginales de la fábrica, al incrementar su producción, caen por debajo de los daños marginales del residente. El conocimiento del nivel de los daños por sí solo es insuficiente para determinar este nivel de producción. Aunque el tribunal podría «adivinar» el nivel eficiente de producción, si el tribunal comete un error, como generalmente sucederá, la conducta estratégica puede también evitar que las partes negocien en dirección al nivel eficiente de producción.

No obstante, el mandato de cesación se desenvuelve bien cuando el bienestar social depende primordialmente de la equidad distributiva antes que de la eficiencia y el objetivo distributivo favorece decididamente al residente. La discusión de la parte anterior se aplica con igual fuerza cuando el tribunal desconoce el nivel de utilidades de la fábrica. Todavía es mejor asignar una titularidad absoluta al residente. El residente aún obtendrá normalmente una participación de las ganancias del intercambio: cuánto dependerá de las fuerzas relativas de negociación de las partes y de cuán lejos se queden del nivel eficiente de producción debido a la conducta estratégica.

### B. Indemnizaciones por daños y perjuicios

Bajo los presentes supuestos, la indemnización por daños y perjuicios puede alcanzar el resultado eficiente a pesar de la información imperfecta del tribunal. Este resultado puede ser garantizado, sin embargo, sólo si el tribunal asigna una titularidad absoluta al residente y fija la responsabilidad igual a los daños realmente sufridos. Cualquier otro punto de titularidad podría conducir al resultado eficiente, pero no necesariamente. Por ejemplo, suponga que el tribunal escoge un punto de titularidad correspondiente a cuatro unidades producidas. Debido a que la responsabilidad de la fábrica para producir la quinta unidad es de \$7,000 (los daños del residente) y sus utilidades marginales llegan sólo a \$1,000, la fábrica no escogerá producir la unidad adicional. El residente tiene entonces un incentivo para «sobornar» a la fábrica a fin de que reduzca el nivel de producción de cuatro a tres unidades, pero debido a la conducta estratégica las partes no alcanzarán probablemente ese resultado. Por otro lado, si el tribunal escoge un punto de titularidad correspon-

<sup>46</sup> Véase Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1119-21.

<sup>47</sup> Véase R. Stewart & JKrier, *supra* nota 11, 252; Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1120-21.

diente a una, dos o tres unidades producidas y fija la responsabilidad igual a los daños realmente sufridos, las indemnizaciones por daños y perjuicios llevará a la fábrica a producir en el nivel eficiente de producción. Así, con la responsabilidad igual a los daños realmente sufridos, la indemnización por daños y perjuicios conduce al resultado eficiente, si y sólo si, el punto de titularidad se encuentra en o por debajo del nivel eficiente de producción. Sin embargo, debido a que se supone que el tribunal no puede determinar el nivel eficiente de producción con su limitada información, la única forma de que pueda garantizar el resultado eficiente es escogiendo el punto de titularidad correspondiente a la producción más baja posible: una titularidad absoluta para el residente.

Si el nivel de responsabilidad no coincide con el nivel de daños, las partes no alcanzarán necesariamente el nivel eficiente de producción sin importar el punto de titularidad escogido. Por las razones discutidas en las dos partes precedentes, el evitar la conducta estratégica requiere que la responsabilidad sea menor o igual a los daños realmente sufridos hasta alcanzar el nivel eficiente de producción (y mayor o igual a los daños realmente sufridos de allí en adelante). Pero puesto que el tribunal carece de la información para determinar el nivel eficiente de producción, el único nivel de responsabilidad que satisfará definitivamente este requerimiento será aquel que coincida con el nivel de los daños realmente sufridos.

Asumiendo que la responsabilidad es igual a los daños realmente sufridos, el tribunal puede perseguir el objetivo distributivo escogiendo un punto de titularidad apropiado. Sin embargo, como se vio anteriormente, si el punto de titularidad escogido corresponde a un nivel de producción mayor al eficiente, entonces el resultado será ineficiente por razón de la conducta estratégica. Debido a que se supone que el tribunal no puede conocer el nivel eficiente de producción, éste será frecuentemente el caso. Así, con información asimétrica el tribunal puede promover ciertos objetivos distributivos sólo sacrificando la eficiencia.

### C. Los remedios comparados

Suponga nuevamente que el objetivo distributivo favorece decididamente al residente en relación a la fábrica. La discusión de la parte anterior, comparando los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios cuando la equi-

dad favorecería al residente, se aplica al escenario actual esencialmente sin ningún cambio. Bajo la indemnización por daños y perjuicios, si al residente le es otorgada una titularidad absoluta con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos, él no sufrirá daño alguno. Pero todas las ganancias del intercambio irán a la fábrica. Bajo el mandato de cesación, al menos una parte de las ganancias del intercambio, y posiblemente la mayor parte de ellas, irán al residente. Así, si el bienestar social depende principalmente de la equidad distributiva y si el residente es favorecido decididamente, entonces el mandato de cesación sería socialmente preferible. Sin embargo, si se cree que la fábrica será el negociador menos obstinado, entonces puede tener algún sentido usar la indemnización por daños y perjuicios con la responsabilidad fijada en exceso a los daños realmente sufridos a fin de evitar que el residente asuma el rol del «resistente».

Aunque la comparación entre los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios es muy similar a la discusión de la parte anterior, la indemnización por daños y perjuicios es relativamente menos atractiva si el tribunal posee información asimétrica. Cuando el tribunal tiene información perfecta, la indemnización por daños y perjuicios podría alcanzar tanto el nivel eficiente de producción como el resultado distributivamente equitativo si es que el objetivo distributivo no favoreciese decididamente a una parte. Sin embargo, con la información asimétrica, lograr la equidad distributiva bajo la indemnización por daños y perjuicios llevará frecuentemente a sacrificar la eficiencia aun cuando una parte no se vea decididamente favorecida. Cualquier elección de titularidad distinta a una titularidad absoluta para el residente, puede llevar a un resultado ineficiente.

### VII. INFORMACION IMPERFECTA: DAÑOS Y PERJUICIOS SUBESTIMADOS

El supuesto de la parte anterior de que el tribunal conoce los daños y perjuicios del residente puede ser irrealista en muchos contextos. Suponga ahora que el tribunal subestima sistemáticamente los daños y perjuicios del residente (y que aún no conoce las utilidades de la fábrica). Esta presunción es plausible porque en la práctica una compensación para la víctima está limitada a los daños y perjuicios «objetivos»; excluye cualquier elemento «subjetivo» o «idiosincrásico»<sup>48</sup>. En particular, su-

<sup>48</sup> Véase, e.g., J. Bonbright, *The Valuation of Property* 14-16, 40-97, 269-97 (1937); R. Stewart & J. Krier, *supra* nota 11, 201, 243, 283; Ellickson, *supra* nota 7, 735-37, 739-40, 751-57. Por supuesto, es posible que la estimación del tribunal de los daños y perjuicios «objetivos» podría resultar demasiado elevada, produciéndose una sobrecompensación.

ponga en el ejemplo numérico que el tribunal estima los daños y perjuicios del residente en \$4,000 por unidad producida a pesar de que los daños realmente sufridos del residente son de \$7,000. Los supuestos de conducta estratégica y de redistribución costosa se mantienen de las partes anteriores.

### A. Mandatos de cesación

La discusión del mandato de cesación en la parte anterior se aplica también al escenario actual. El tribunal no puede lograr el resultado eficiente porque carece de la información suficiente para determinar el nivel eficiente de producción. Sin embargo, cuando el bienestar social depende principalmente del bienestar del residente, el mandato de cesación ofrece una importante ventaja. Una titularidad absoluta al residente no sólo garantiza que él no sufrirá daños y perjuicios no compensados, sino también que él obtendrá alguna participación en las ganancias del intercambio.

### B. Indemnizaciones por daños y perjuicios

Cuando los daños y perjuicios son subestimados, la indemnización por daños y perjuicios ya no puede asegurar el resultado eficiente. Considere, por ejemplo, lo que sucede cuando el tribunal otorga una titularidad absoluta al residente. La parte anterior demostró que las indemnizaciones por daños y perjuicios con esta titularidad llevaría al nivel eficiente de producción si la responsabilidad se fijaba igual a los daños realmente sufridos. Ahora, sin embargo, si la responsabilidad se fija en la estimación de los daños hecha por el tribunal, la indemnización por daños y perjuicios llevará a que la fábrica inicialmente «supere» el nivel eficiente de producción debido a que la responsabilidad es demasiado baja. En el ejemplo numérico, la fábrica producirá cuatro unidades puesto que sus utilidades marginales exceden a sus pagos marginales por concepto de indemnización de \$4,000 hasta la cuarta unidad. Así, la fábrica producirá una unidad de más. Sin embargo, este no es necesariamente el resultado final por las dos razones siguientes.

Puesto que el nivel de producción inicial de la fábrica es ineficiente, hay ganancias potenciales del intercambio. Comenzando en un nivel de producción de cuatro unidades, el residente estaría mejor en \$3,000 si el nivel de producción fuese reducido en una unidad; el perdería un pago por concepto de indemnización de \$4,000, pero sus daños realmente sufridos se reducirían en \$7,000. La fábrica perdería sólo \$1,000 con este intercam-

bio; sus utilidades disminuirían en \$5,000, pero evitaría también el pago por concepto de indemnización de \$4,000. Así, el residente tendría un incentivo para pagar a la fábrica alguna suma entre \$1,000 y \$3,000 para que la fábrica reduzca su producción en una unidad. Sin embargo, asumiendo la conducta estratégica, dicho acuerdo no necesariamente ocurrirá.

Además, la conducta estratégica llevaría a un nivel de producción aún más insatisfactorio. Suponga que la fábrica incrementa su producción a cinco unidades. El residente sufre daños adicionales de \$7,000 y recibe solamente \$4,000 en pagos por concepto de indemnización, de manera tal que está peor en \$3,000. La fábrica produce utilidades adicionales de \$1,000 pero no tiene que realizar un pago por concepto de indemnización de \$4,000, de manera que también está peor en \$3,000. Así, la fábrica puede *amenazar* con incrementar el nivel de producción a cinco unidades, a menos que el residente pague cierto monto hasta llegar a los \$3,000.

Pero si el residente se considera un mejor negociador, él podría negarse a pagar lo que le exige la fábrica. En consecuencia, la fábrica podría llevar a cabo su amenaza a fin de establecer su credibilidad en la siguiente rueda de negociaciones. Si lleva a cabo la amenaza e incrementa el nivel de producción a cinco unidades, surge la misma situación en cinco unidades. En el peor de los casos, este proceso podría llevar a la fábrica a producir siete unidades.

### C. Los remedios comparados

Suponga que el tribunal asigna una titularidad absoluta al residente por razones distributivas y que la conducta estratégica conduce al peor resultado posible bajo cada tipo de remedio.

Bajo el mandato de cesación, el resultado menos eficiente es para las partes permanecer en el punto de titularidad. En este resultado, la fábrica no obtiene utilidades y el residente no sufre daños, mientras que en el nivel eficiente de producción, las utilidades totales exceden a los daños totales en \$18,000. Así, hay \$18,000 que las partes podrían dividirse entre ellas si se ponen de acuerdo en cómo compartirlo. Nos referiremos a esta cantidad como la «pérdida de eficiencia».

Bajo la indemnización por daños y perjuicios, el resultado menos eficiente para las partes consiste en acabar con un nivel de producción de siete unidades como consecuencia de que la fábrica ha-

ya llevado a cabo sus amenazas<sup>49</sup>. En este nivel de producción, las utilidades totales de la fábrica son de \$35,000 y sus pagos totales por concepto de indemnización de \$28,000 (\$4,000 por unidad producida), de manera que sus utilidades netas son de \$7,000. Los daños totales del residente son de \$49,000, pero él recibe \$28,000 en pagos por concepto de indemnización, de manera que sus daños después de la compensación son de \$21,000. Así, las partes en conjunto sufren una pérdida neta de \$14,000 (\$21,000 por daños no compensados menos \$7,000 por utilidades netas)<sup>50</sup>. En el nivel eficiente de producción de tres unidades las partes obtienen una ganancia neta de \$18,000. Así, el resultado menos eficiente deja a las partes peor en \$32,000 (\$14,000 + \$18,000) de lo que estarían en comparación al nivel eficiente de producción. Esta cantidad es la pérdida de eficiencia bajo la indemnización por daños y perjuicios.

En términos de eficiencia, la discusión anterior muestra que cuando las partes negocian estratégicamente y el tribunal subestima los daños y perjuicios del residente, se puede preferir el mandato de cesación a la indemnización por daños y perjuicios. En el ejemplo, la pérdida de eficiencia bajo la indemnización por daños y perjuicios es de \$32,000, mientras que es sólo de \$18,000 bajo el mandato de cesación. En general, cualquier remedio produciría un resultado más eficiente, dependiendo del grado de la conducta estratégica y en la magnitud con que el tribunal subestime los daños y perjuicios.

En ciertas circunstancias, el mandato de cesación puede también preferirse a la indemnización por daños y perjuicios en términos de equidad distributiva. Suponga que el objetivo distributivo favorece al residente lo suficiente como para que se le otorgue una titularidad absoluta (sin tomar en consideración el remedio utilizado). Como se acaba de demostrar, cuando ocurre el peor de los resultados el residente no sufre daños bajo el mandato de cesación y sufre daños no compensados de \$21,000 bajo la indemnización por daños y perjuicios. De manera similar, la fábrica no obtiene ninguna utilidad bajo el mandato de cesación y

obtiene utilidades netas de \$7,000 bajo la indemnización por daños y perjuicios. Así, el residente se encuentra mucho mejor, y la fábrica sólo se perjudica un poco bajo el mandato de cesación. Debido a que se supone que el objetivo distributivo favorece decididamente al residente, el mandato de cesación sería probablemente el preferido. Sin embargo, en general, cualquier remedio podría producir un resultado más equitativo, dependiendo de los resultados específicos bajo los dos remedios, y de la parte a la que favorece el objetivo distributivo.

Así, cuando las partes negocian estratégicamente, siendo costosa la redistribución del ingreso, y cuando los tribunales subestiman los daños de la víctima, generalmente, no se prefiere ninguno de los dos remedios. Esta conclusión se mantiene vigente ya sea que el objetivo distributivo favorezca decididamente o no a una de las partes<sup>51</sup>. Puesto que el tribunal fija el monto de la responsabilidad por debajo de los daños realmente sufridos por la víctima, la indemnización por daños y perjuicios está sujeta a los mismos tipos de problemas de conducta estratégica que el mandato de cesación.

## VIII. PLURALIDAD DE VICTIMAS

Aunque hasta ahora he asumido que están involucrados sólo un ofensor y una víctima, las disputas por razón de vecindad frecuentemente involucran a más de una víctima, y es a menudo poco práctico para un grupo de víctimas estar representadas por una sola parte. Por lo tanto, compararé ahora el análisis anterior, que suponía a un sólo residente perjudicado, con la situación en la cual son perjudicados muchos residentes. Específicamente, suponga que existen 1,000 residentes, cada uno sufriendo \$7 en daños por cada unidad producida por la fábrica. Los datos en la Tabla 1 se aplican todavía, pero en el caso de los residentes, estos se refieren ahora a los daños agregados de 1,000 individuos. Una gran parte, pero no todo el análisis anterior de los mandatos de cesación e indemnización por daños y perjuicios, es llevada al escenario actual.

<sup>49</sup> Si, como se supone, la fábrica no puede producir más de siete unidades, entonces probablemente no llevaría a cabo la última amenaza de producir la séptima unidad puesto que pierde al hacerlo y no gana ninguna credibilidad con respecto a las amenazas para producir las unidades adicionales. Sin embargo, imagine que las partes terminan produciendo siete.

<sup>50</sup> Esta pérdida neta puede determinarse restando las ganancias anteriores de la fábrica (\$35,000) de la compensación anterior por los daños y perjuicios del residente (\$49,000). Los pagos por concepto de indemnización no afectan a la pérdida neta, porque lo que una parte gana la otra lo pierde.

<sup>51</sup> Recuerde que cuando se asumía que el tribunal contaba con información perfecta, se prefería las indemnizaciones por daños y perjuicios si el objetivo distributivo no favorecía demasiado a una sola parte. Véase la Parte V *supra*.

En el mejor de todos los mundos posibles -conducta cooperativa, redistribución libre de costos, e información perfecta- los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios son igualmente preferibles por las razones discutidas en la Parte III<sup>52</sup>. El resultado eficiente puede ser alcanzado fijando el punto de titularidad igual al nivel eficiente de producción bajo el mandato de cesación y fijando la responsabilidad igual a los daños realmente sufridos bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios. La distribución equitativa del ingreso puede lograrse en ambos casos mediante transferencias por suma abultada.

Al igual que antes, la presencia de la conducta estratégica no cambia el asunto por sí misma, aunque la conducta estratégica opera ahora de manera diferente debido al gran número de víctimas involucradas. Bajo el mandato de cesación, si el punto de titularidad corresponde a un nivel de producción menor al nivel eficiente de producción de tres unidades, cada uno de los 1,000 residentes puede bloquear el deseo de la fábrica de incrementar su producción. A fin de obtener tanto de las ganancias del intercambio como sea posible, cada residente intentaría ser el «resistente»: el último residente cuyo consentimiento debe obtenerse. El resultado probable es que las demandas agregadas de los residentes excedan a la máxima disposición de pago de la fábrica, de manera que las partes permanezcan en la titularidad inicial. Si el punto de titularidad excede al nivel eficiente de producción, los residentes deben pagar a la fábrica para reducir el nivel de producción. Pero entonces cada residente intentará «viajar de polizonte» en la contribución de los demás. Como resultado, las partes permanecerán en el punto de titularidad. Sin embargo, la eficiencia puede ser asegurada todavía, al escoger un punto de titularidad que coincida con el resultado eficiente. La equidad distributiva puede lograrse mediante transferencia por suma abultada. Bajo la indemnización por daños y perjuicios, el resultado eficiente puede alcanzarse si el punto de titularidad co-

rresponde a un nivel de producción inferior al nivel eficiente de producción, y la responsabilidad es igual a los daños realmente sufridos. Entonces se compensa a cada residente por los daños que realmente sufrieron, y no hay lugar para la conducta estratégica. El resultado distributivamente equitativo puede lograrse a través de transferencias por suma abultada.

Si la redistribución es costosa, luego, a diferencia del caso con una sola víctima, la indemnización por daños y perjuicios es superior al mandato de cesación<sup>53</sup>. Bajo el mandato de cesación, las partes permanecen en el punto de titularidad ya sea debido a la conducta de «resistir» o «viajar de polizonte». Así, escoger un punto de titularidad involucra generalmente un sacrificio entre la eficiencia y la equidad distributiva. A pesar del punto de titularidad escogido, la indemnización por daños y perjuicios puede alcanzar un mejor resultado. Por ejemplo, suponga que el bienestar social depende primordialmente de la equidad distributiva y que el objetivo distributivo favorece decididamente a los residentes. Bajo el mandato de cesación, una titularidad absoluta garantiza a los residentes que no sufrirán daños no compensados, pero el problema de «resistencia» evita que éstos y la fábrica obtengan cualquier ganancia del intercambio. Bajo la indemnización por daños y perjuicios, con el mismo punto de titularidad y la responsabilidad igual a los daños realmente sufridos, se compensa nuevamente de manera completa a los residentes, pero adicionalmente la fábrica produce en el nivel eficiente de producción y es favorecida por las ganancias del intercambio<sup>54</sup>. Así, se mejora el bienestar social<sup>55</sup>. El mismo argumento a favor de la indemnización por daños y perjuicios se aplica cuando el tribunal posee también información imperfecta de tipo asimétrico: conocimiento completo de los niveles de daños de los residentes pero ningún conocimiento del nivel de utilidades de la fábrica. Bajo el mandato de cesación, las partes permanecen en el punto de titularidad, mientras que con la indemnización por daños y perjuicios

<sup>52</sup> Sin embargo, la presunción de la conducta cooperativa es especialmente ilusoria cuando existen muchas víctimas a causa de la dificultad de su unión para negociar con el ofensor.

<sup>53</sup> Recuerde que en el caso de un ofensor y una víctima el mandato de cesación podría haber sido superior si el bienestar social dependía en medida suficiente del bienestar de una de las partes. Véase la Parte V *supra*.

<sup>54</sup> Ahora puede ser incluso posible compartir las ganancias del intercambio bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios sobrecompensando a los residentes sin tener que llegar al problema de extorsión discutido en la Parte IV. Este argumento es desarrollado en Polinsky, *On the Choice*, *supra* nota 2, 244-46.

<sup>55</sup> Esta afirmación supone un función «individualista» de bienestar social, es decir, una en la cual el bienestar social aumenta si se mejora cualquier bienestar individual y ningún otro empeora. J. de V. Graff, *Theoretical Welfare Economics* 8-11 (1957); Y.-K. Ng, *Welfare Economics* 2-4, 69 (1980).

la fábrica puede ser inducida a producir en el nivel eficiente de producción mientras se compensa plenamente a los residentes por los daños realmente sufridos.

Finalmente, si el tribunal tiene información imperfecta que lo lleva a subestimar los daños de los residentes, entonces, al igual que en el caso de un solo residente, ningún remedio es claramente preferible. La razón para esta conclusión es similar a la discusión anterior y puede ilustrarse mediante un ejemplo sencillo. Suponga que el tribunal escoge sobre bases distributivas, una titularidad correspondiente a dos unidades producidas. Bajo el mandato de cesación, este resultado será final debido a la conducta «de resistencia». La pérdida de eficiencia es de \$2,000 (las ganancias del intercambio de incrementar el nivel de producción de dos unidades al nivel eficiente de producción de tres unidades). Bajo la indemnización por daños y perjuicios, el resultado depende del nivel de responsabilidad impuesta por el tribunal. Suponga que la estimación de los daños hecha por la corte es de \$4 por unidad producida para cada uno de los 1,000 residentes. Dada una responsabilidad de \$4,000 por unidad comenzando desde la tercera unidad, la fábrica maximizará sus utilidades produciendo en cuatro unidades, superando así al nivel eficiente de producción. Debido a la conducta de «polizonte», los residentes no sobornarán a la fábrica para reducir su producción. De manera similar, cualquier amenaza de extorsión de la fábrica de incrementar el nivel de producción se encontrará con inacción; cada residente confiará que los otros pagarán. Así, a diferencia del caso de una sola víctima, la utilidad inicial que maximiza el nivel de producción de la fábrica será el nivel de producción final. En este nivel de producción (cuatro unidades), hay una pérdida de eficiencia de \$2,000, la misma que para el mandato de cesación en este ejemplo. Pero el resultado distributivo puede ser peor bajo la indemnización por daños y perjuicios ya que los residentes están en peores circunstancias de lo que

estarían si estuviesen en el punto de titularidad (puesto que son subcompensados por la tercera y cuarta unidad producidas). Además, si los daños del residente son subestimados en un grado aún mayor, la pérdida de eficiencia bajo la indemnización por daños y perjuicios excedería a aquella del mandato de cesación.

Así, si hay pluralidad de víctimas, la misma conclusión básica se aplica bajo el más realista conjunto de supuestos: Ningún remedio es generalmente preferible cuando las partes negocian estratégicamente, cuando la redistribución del ingreso es costosa, y cuando los tribunales subestiman los daños de las víctimas.

Sin embargo, debería señalarse que el análisis de los mandatos de cesación y de las indemnizaciones por daños y perjuicios, pueden ser de limitada relevancia cuando existe pluralidad de víctimas, por dos razones. Primero, los intereses de las partes pueden acumularse de varias maneras, la mayoría de las veces en una acción de clase. Una vez que tiene lugar dicha acumulación, la situación es similar al caso de una víctima<sup>56</sup>. Segundo, si los intereses de las víctimas no pueden ser acumulados, los remedios de ejecución pública, tales como los reglamentos o las multas, son probablemente preferibles a cualquiera de los remedios privados que discutimos aquí<sup>57</sup>. Por estas razones, el presente artículo ha puesto énfasis en la situación de una sola víctima.

## IX. EL CASO A FAVOR DE LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS RECONSIDERADO

Ahora será útil reconsiderar los tres argumentos principales para preferir las indemnizaciones por daños y perjuicios a los mandatos de cesación discutidos al comienzo de este artículo. La presente discusión trata sólo de la situación de un ofensor y una víctima y se concentra en el conjunto de supuestos que parecen más realistas: conducta es-

<sup>56</sup> El caso de un ofensor y una víctima puede también ser relevante si los intereses de las víctimas se acumulan a través de un funcionario público, como en un procedimiento *parens patriae*. El funcionario, al igual que un representante privado, encara luego una situación de negociación con un ofensor (o el representante del ofensor). Los términos de una solución extrajudicial corresponderían al resultado de contratación privada discutida en este artículo.

<sup>57</sup> Véase, e.g., R. Stewart & J. Krier, *supra* nota 11, 255-89, 214-24; Ellickson, *supra* nota 7, 761-79; Michelman, *supra* nota 7, 674-80. Pero véase el Comentario, *Equity and the EcoSystem: Can Injunctions Clear the Air?*, *supra* nota 7, 1259-62 («Las agencias de ejecución gubernamental no han tenido especial éxito en el pasado al intentar reducir la contaminación y es improbable que éstas puedan mejorar su desempeño significativamente en un futuro próximo»). Cuando los intereses de la víctima no pueden ser acumulados, el análisis de una víctima y de un ofensor puede aún ser relevante en cierta medida. Por ejemplo, aun cuando un funcionario público presenta una demanda por perjuicio público, un individuo privado que sufre daños de un tipo distinto puede presentar una demanda privada. Véase el *Restatement (Second) of Torts* § 821C (1965).

tratégica, redistribución costosa y daños subestimados.

El primer argumento contra los mandatos de cesación era que éstos permitían al demandante «extorsionar» al demandado, es decir, obtener una compensación posiblemente muy en exceso de los daños realmente sufridos por el demandante. Pero en el marco de trabajo de este artículo, compensación «en exceso» simplemente significa que el demandante comparte las ganancias del intercambio con el demandado. Ninguna parte tiene la «titularidad» a estas ganancias en primer lugar; por el contrario, la deseabilidad de estas transferencias depende del objetivo distributivo que la sociedad desee promover. Si el objetivo distributivo favorece decididamente al demandante y si la redistribución por otros medios resulta costosa, entonces la compensación en exceso puede ser deseable.

Incluso si los efectos distributivos de la extorsión no son deseados, pasar de los mandatos de cesación a las indemnizaciones por daños y perjuicios no necesariamente los evita. Si el tribunal tiene información imperfecta y es probable que subestime los daños del demandante, entonces el demandado puede «extorsionar» al demandante de dos maneras. Primero, puesto que el nivel de producción del demandado excederá inicialmente al nivel eficiente de producción cuando los daños son subestimados, el demandante tendrá un incentivo para sobornar al demandado para que éste reduzca su producción. Pero el demandado puede resistirse para obtener cantidades mayores a sus utilidades perdidas, extorsionando de ese modo al demandante. Además, el demandado puede amenazar con incrementar el nivel de producción más allá del nivel que maximiza sus utilidades, extorsionando de ese modo al demandante de una manera distinta. Así, el argumento de extorsión contra el mandato de cesación puede ser mal dirigido, incluso en sus propios términos, si uno acepta el supuesto realista de que el tribunal subestima los daños del demandante.

El segundo argumento a favor de las indemnizaciones por daños y perjuicios tiene que ver con las consecuencias de eficiencia de la extorsión infructuosa. De acuerdo con este argumento, la conducta estratégica bajo el mandato de cesación podría llevar a la ejecución del mandato cuando la ejecución fue ineficiente. Dada la conducta estratégica, esta crítica es válida siempre que el punto de titularidad no coincida con el resultado eficiente. Sin embargo, la misma crítica se aplica del mismo modo a la indemnización por daños y perjuicios cuando, como suele suceder, los tribunales

subestiman los daños del demandante. Como se señaló en el párrafo anterior, cuando se subestiman los daños, el demandado puede emplear conducta estratégica para extorsionar al demandante de dos maneras: Puede rechazar el «soborno» del demandante para reducir el nivel de producción, o puede llevar a cabo amenazas de incrementar el nivel de producción. De cualquier manera, la pérdida de eficiencia de la conducta estratégica bajo la indemnización por daños y perjuicios podría ser mayor que la pérdida de eficiencia bajo el mandato de cesación.

El tercer argumento a favor de las indemnizaciones por daños y perjuicios era que éstas son distributivamente más flexibles: el nivel de responsabilidad aparentemente puede ser ajustado con precisión para permitir sobrecompensación («pagos en exceso») o la subcompensación para lograr los resultados distributivos deseados. En contraste, se notó que el resultado distributivo bajo el mandato de cesación es incierto debido a la conducta estratégica.

Sin embargo, las indemnizaciones por daños y perjuicios son potencialmente superiores en la búsqueda de los objetivos distributivos sólo cuando los tribunales tienen información perfecta acerca de los daños realmente sufridos por el demandante. Inclusive entonces, la flexibilidad distributiva de las indemnizaciones por daños y perjuicios es bastante limitada. Se mostró que niveles de responsabilidad que sobrecompensan al demandante están sujetos a los mismos tipos de problemas de conducta estratégica que surgen bajo el mandato de cesación. Además, ninguna ventaja adicional resulta de utilizar un nivel de responsabilidad que subcompense al demandante. Cuando, como realísticamente puede suponerse, los tribunales subestiman los daños, las ventajas distributivas de las indemnizaciones por daños y perjuicios pueden desaparecer por completo.

## X. CONCLUSION

No debe considerarse que este artículo construye un caso a favor del uso de los mandatos de cesación. Por el contrario, su objetivo ha consistido en examinar sistemáticamente si es que los argumentos que favorecen las indemnizaciones por daños y perjuicios son lógicamente coherentes. No lo son. Bajo ninguno de los supuestos examinados se favorece a las indemnizaciones por daños y perjuicios inequívocamente, excepto, posiblemente, cuando existe una pluralidad de víctimas. Bajo el conjunto de supuestos más realista - conducta estratégica, redistribución costosa, y daños subestimados - el argumento podría dirigirse

se fácilmente en cualquier dirección<sup>58</sup>. Aun cuando ningún remedio pueda ser establecido definitivamente como superior en abstracto, el mejor remedio en la práctica puede hacerse manifiesto dependiendo de las circunstancias. Suponga, por ejemplo, que la eficiencia nos resulta de fundamental interés. Si parece que las partes se comportarían estratégicamente, y el tribunal conoce los daños y perjuicios de la víctima pero no los beneficios del ofensor, la indemnización por daños y perjuicios es manifiestamente superior. Información inadecuada acerca de los beneficios del ofensor evitaría que el tribunal fijase con exactitud la titularidad en el punto eficiente, de modo tal que el mandato de cesación fracasaría debido a la conducta estratégica. Sin embargo, al asignar una titularidad absoluta a la víctima y haciendo uso de una indemnización por daños y perjuicios con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos, el resultado eficiente quedaría garantizado.

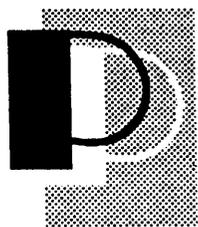
Por otro lado, si el tribunal carece de la información acerca de los daños y los beneficios, entonces puede construirse un argumento a favor del mandato de cesación. El argumento es especialmente fuerte si la pérdida de eficiencia por la pequeñísima actividad del ofensor es pequeña en relación con la pérdida de una actividad excesiva. Bajo el mandato de cesación, el tribunal podría otorgar una titularidad absoluta a la víctima y saber que, en el peor de los casos, las partes permanecerán en el punto de titularidad debido al fracaso en la

negociación. Sin embargo, bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios, la falta de información del tribunal puede resultar también en un nivel de responsabilidad que lleve al ofensor a iniciar en una mayor actividad, especialmente si el ofensor lleva a cabo sus amenazas de extorsión. Esto podría resultar con facilidad en una pérdida de eficiencia mucho más grande.

Tomar nuevamente en cuenta las consecuencias distributivas, puede simplificar la elección del remedio. Por ejemplo, si el objetivo distributivo no favorece decididamente a una de las partes y si el tribunal conoce los daños de la víctima y los beneficios del ofensor, entonces las indemnizaciones por daños y perjuicios con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos es preferible. Esta puede alcanzar el resultado eficiente y redistribuir simultáneamente los ingresos en la proporción deseada. Sin embargo, si el objetivo distributivo favorece decididamente a una de las partes y si la eficiencia es menos importante, un mandato de cesación puede ser mejor.

Si bien los argumentos desarrollados en este artículo no proporcionan una respuesta única -efectivamente, esa es la razón del artículo- estos pueden ayudar a esclarecer los objetivos en la resolución de disputas por razón de vecindad y, dados los objetivos, los principios que permitan escoger el mejor remedio.

<sup>58</sup> A pesar del número de víctimas, esta conclusión general sería verdadera incluso si la eficiencia fuese el único objetivo. Véase las Partes VII-VII *supra*.



**NOTARIA  
PAÍNO**

**Alfredo Paíno Scarpati**  
Notario

Av. Aramburú N° 656 - Surquillo  
Telf. 422-7530 441-1791 Telefax: 422-6981



**CULTURAL CUZCO S.A.**  
EDITORES

**AL SERVICIO  
DEL DERECHO**

Telef. 220475

# LA CONSTITUCION DE 1993 Y LA JURISDICCION MILITAR<sup>1</sup>

Enrique Bernales Ballesteros  
Profesor de Derecho Constitucional  
Pontificia Universidad Católica

*La jurisdicción militar ha sido materia de encarnizado debate en los últimos tiempos, a propósito de cuestiones vinculadas con el juzgamiento de los delitos de traición a la Patria y con el proceso de militares en situación de retiro. No han sido pocas las voces que han denunciado la inconstitucionalidad de tales hechos y han sostenido la necesidad de una radical reforma del único fuero privativo reconocido por nuestra Constitución. La polémica se ha visto acrecentada, ciertamente, por casos de sorprendente celeridad procesal, en los que resultaban reiteradas las denuncias por violaciones al debido proceso.*

*El doctor Enrique Bernales, destacado constitucionalista y conocido defensor de los derechos humanos en los más diversos foros internacionales, expone en el presente artículo sus críticas contra la concepción en la que actualmente se basa la justicia militar peruana. Su análisis, serio y sin apasionamientos, recurre constantemente al estudio de nuestro marco constitucional y de la legislación que regula la materia. La hipótesis que guía el trabajo apunta a determinar que el fuero privativo sólo debe tener competencia sobre militares en actividad o en situación de disponibilidad, que hayan cometido delitos de función.*

*El tema tratado resulta de gran actualidad, en momentos en que se ha promulgado recientemente la llamada Ley de Amnistía General.*

## 1. INTRODUCCION

En los años recientes, hechos y situaciones que corresponden al dominio de la seguridad interna o de la defensa nacional, como también asuntos cuyo ámbito es la actividad política, o problemas que afectan a la sociedad, han sido considerados de la competencia de los tribunales militares.

La creciente intervención del fuero castrense para juzgar a militares en actividad y en situación de retiro y a civiles, y la decisión de conocer delitos comunes, ha creado legítima preocupación en los sectores ilustrados de la opinión pública. Las facultades de Derecho, los colegios de abogados, los centros de investigación especializados, comentarios editoriales de la prensa independiente y declaraciones de intelectuales, políticos y dignatarios eclesiales, han coincidido en señalar que la justicia militar estaba invadiendo los fueros de la justicia ordinaria, y en criticar a algunos altos mandos militares por comportamientos que parecerían sugerir una autonomía de las instituciones castrenses, no constreñida por la Constitución y las leyes. Una especie de otro Estado dentro del Estado.

Los principios correspondientes a una ética de la libertad ciudadana, del ejercicio del derecho a ex-

<sup>1</sup> Nota de los editores: El presente artículo fue escrito antes de la promulgación de la Ley N° 26479, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de junio de 1995, por la que se concede amnistía general al personal militar, policial y civil que se encontraba a la fecha de promulgación de la norma- investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo, desde mayo de 1980. La Ley, como es de conocimiento público por el amplio debate suscitado, concede también amnistía a las personas involucradas en los sucesos del 13 de noviembre de 1992, así como a los denunciados, procesados o condenados por delitos de infidencia, ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas, con ocasión del conflicto con el Ecuador.

presarse libremente y de cumplimiento de los deberes que reclaman la democracia constitucional y el Estado de Derecho, no toleran una conducta complaciente ante lo que son evidentes errores en la conducción de las instituciones militares. Las Fuerzas Armadas no son autónomas ni están al margen de la Constitución; sus organismos no pueden actuar prescindiendo del marco jurídico por ella establecido, y si lo hacen, debe demandarse la responsabilidad de quienes abusando de su condición de autoridades militares infringen la Constitución, o dan órdenes para que sus subalternos actúen al margen o en contra de ella.

Una posición como la que exponemos, está inspirada en el respeto a la misión de las Fuerzas Armadas; procura que la relación civil-militar se base en la confianza mutua y en la inexistencia de todo tipo de celos y de reproches, y persigue combatir la politización de los mandos militares. Nada afecta más el carácter profesional de las Fuerzas Armadas y la estabilidad político-jurídica de la Nación, que una institucionalidad castrense quebrada por la politización de sus altos mandos.

La intromisión de las Fuerzas Armadas en el golpe del 5 de abril de 1992 y su utilización para imponer un gobierno de facto, fue el inicio de un escalamiento de posiciones autonomistas y de contenido político propiciado por los altos mandos militares. Este enunciado se refiere a hechos concretos, tales como la pretensión de intimidar al Congreso sacando tanques a las calles, cuando en la investigación parlamentaria del caso La Cantuta se citó al General Hermoza Ríos, Comandante General del Ejército; el intento de proteger con impunidad a oficiales involucrados personalmente en casos de violación de derechos humanos, la persecución a los generales Rodolfo Robles, Alberto Arciniegas y Mayor Oscar Castillo, la forzada obtención de la llamada Ley Cantuta para que el personal militar acusado de la desaparición y asesinato de nueve estudiantes y un profesor de esa Universidad, fuese juzgado por el fuero militar, la similar pretensión para el caso del crimen de Barrios Altos, el juicio al civil Demetrio Chávez Pañaherrera (a) Vaticano en el fuero militar -con el pretexto de que era terrorista cuando el hecho público y la causa de su detención en Colombia fue la actividad como cabecilla de una banda de narcotraficantes; en fin, la acusación y juicio a los generales en situación de retiro Carlos Mauricio y Walter Ledesma y Capitán de Navío (r) Luis Mellet, por supuestos delitos de ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas, aunque en realidad, y contra la Constitución, se les ha enjuiciado por ejercer el derecho de opinión y criticar la conducción militar peruana en el conflicto con el Ecuador.

En la mayor parte de los casos mencionados, el fuero militar fue utilizado como un organismo dependiente y subordinado, al que autoridades superiores dentro de la jerarquía militar ordenaron actuar para proteger -aunque invocando otras razones-, la plena autonomía de la estructura militar y sancionar las críticas a los altos mandos. Esta actitud expresada en decisiones contrarias a la Constitución, pone en riesgo la seguridad jurídica, que es uno de los bienes más preciados del ciudadano y del Estado de Derecho.

Corresponde, por tanto, que dentro de una óptica constitucional analicemos las cuestiones pertinentes a la jurisdicción militar, a los delitos de función y a las personas que son posibles de ser juzgadas por ese fuero, en aplicación de lo dispuesto por el Código de Justicia Militar.

## 2. EL MARCO CONSTITUCIONAL

El Estado contemporáneo, cuya organización jurídica se modeló básicamente a lo largo del siglo XIX, perfeccionándose en el actual, tiene entre sus características principales el ser un Estado constitucional, encargado de la producción jurídica, el orden, la seguridad y la atención de los servicios básicos de la población. El Estado está dotado de poder y es uno y soberano, radicando en él la autoridad. Para el ejercicio de los fines y objetivos que le están encomendados, los órganos competentes dictan el Derecho, se gobiernan a través de la ley, se ejerce la coerción necesaria y se apela discrecionalmente a los aparatos con los que el Estado-Nación cuenta para que sus mandatos se cumplan, la autoridad se respete y la soberanía no sea afectada (Fuerzas Armadas y Policía Nacional).

Esta es la concepción básica del Estado liberal; de conformidad con ella, el Estado y sólo él tiene Fuerza Armada y Fuerzas Policiales. Ambas son aparatos del Estado y se encuentran subordinadas a quien ejerce la autoridad de éste por determinación del pueblo. La filosofía básica del Estado liberal ha figurado en todas las constituciones peruanas. La de 1993 no es la excepción. El artículo 45 dispone: «El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen». En su segundo párrafo el art. 45º añade: «Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición». La claridad del texto hace innecesario el análisis. Nadie dentro del Estado puede invocar autonomía, proclamarse autoridad propia o desconocer que la única fuente del poder estatal es el pueblo.

El Estado ejerce su autoridad dentro de un marco jurídico preestablecido. El Leviatán descrito por Hobbes no existe; el ejercicio razonado de la libertad lo impide, y se expresa en la Constitución. Maurice Duverger dice que ésta es una técnica que persigue limitar el poder, proteger los derechos ciudadanos y evitar el abuso de autoridad. La Constitución es la regla que concilia el poder con la libertad. Quien se pone al margen o por encima de ella, niega esta gran construcción de la inteligencia humana, que es la más alta expresión de convivencia pacífica, orden acordado y civilización.

La pretensión de un poder armado -cualquiera que él sea- de actuar ejerciendo presión en base a su capacidad intimidatoria para capturar el Estado, es una irracionalidad absoluta que ningún pueblo puede admitir sin sacrificar su libertad y los derechos que le protegen. El Estado constitucional no tolera este extremo, y por elemental universalidad de las normas que estructuran el sistema jurídico, impide que se pueda invocar norma propia o estatuto particular, para escapar o sobreponerse al imperio de la ley.

Esta primacía y exclusividad de la Constitución y de las leyes, tan magistralmente expuesta por Hans Kelsen, es uno de los principios incorporados al Derecho Constitucional peruano. La reciente Constitución de 1993 lo consagra en el artículo 51:

«La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

En aplicación de este precepto, debemos señalar que en la materia que nos ocupa ninguna institución puede convertirse en un fuero propio y con derecho protegido. Cualquier reglamento particular no puede ser invocado contra la Constitución. Las instituciones militares son entidades estatales, organizadas de acuerdo a ley y sometidas a la Constitución. Reclamar la naturaleza castrense para establecer reglamentos militares opuestos a las normas constitucionales es simplemente inaceptable. La Constitución manda, y civiles y militares tienen la misma obligación de someterse a sus mandatos. Es absolutamente concluyente que las normas, códigos, reglamentos y ordenanzas militares están inexorablemente subordinadas a la Constitución. Por lo tanto, las autoridades militares, sus organismos -y entre ellos los tribunales militares- tienen que ajustar su conducta, organización y atribuciones a lo que dispongan la Constitución y las leyes.

Por su origen, los tribunales militares son una institución establecida y delimitada por la Constitución. Las cuatro constituciones peruanas del presente siglo (1920, 1933, 1979 y 1993), autorizaron su existencia especificando la naturaleza del fuero y su competencia. Respecto de lo primero, la tesis constitucional es que para determinados aspectos que guardan relación directa con la disciplina y el funcionamiento del sistema militar, lo castrense determina que existe un fuero militar. En cuanto a la competencia, la jurisdicción militar sólo comprende a personal de las Fuerzas Armadas y Policiales.

Una fórmula más compleja aparece en la Constitución de 1979, cuyo artículo 282 dispuso la jurisdicción privativa para los efectivos militares y policiales, en los casos de delito de función y de conformidad con el Código de Justicia Militar. Una precisión saludable es que el artículo 282 también señaló que los civiles estaban al margen de la disposiciones del Código de Justicia Militar, salvo lo establecido en el artículo 235 de la Carta; es decir, pena de muerte por traición a la Patria en caso de guerra exterior. De esta manera, la Constitución determinó que el fuero para administrar justicia a los civiles era el ordinario y sólo él, mientras que sentenciar la pena de muerte por la única causal posible: traición a la patria en caso de guerra exterior, era atribución exclusiva del fuero militar.

La Carta de 1993 no modifica el principio básico: la existencia de un tribunal privativo para el personal militar, no por su condición castrense, como si se tratase de un fuero personal, sino en cuanto comisión de delitos de función, que son los establecidos en el Código de Justicia Militar. No obstante, el artículo 173° amplía la jurisdicción a civiles. Es el caso del delito de traición a la Patria, al suprimir el requisito de la guerra exterior; en segundo lugar, al incluir el delito de terrorismo en los casos que la ley determina.

La existencia constitucional del fuero privativo militar ha creado el marco jurídico que regula su funcionamiento. Conviene referirse brevemente a la Ley Orgánica de la Justicia Militar y al código respectivo, para que se aprecien los límites de este fuero y cómo su actividad debe ajustarse a lo dispuesto por esas leyes y por la Constitución.

La estructura, composición y funciones del fuero privativo militar está dispuesta en la Ley Orgánica de la Justicia Militar, expedida el 19 de julio de 1980 por el gobierno del general Morales Bermúdez y fue concordada con la Constitución de 1979, promulgada el 12 de Julio de ese año, pero que re-

ción entró en plena vigencia al iniciarse el gobierno constitucional de Fernando Belaúnde Terry, en julio de 1980.

La ley se ampara en la Constitución y dispone que la justicia militar es autónoma; vale decir, no depende de la justicia ordinaria y su organización respeta la doble instancia, existiendo, por tanto, un Consejo Supremo de Justicia Militar. Formalmente, hasta allí no hay ningún problema. Estos aparecen cuando en el texto de la ley se dispone que «los Tribunales de Justicia Militar constituyen un alto organismo de los institutos armados». Este planteamiento es una restricción a la autonomía de esta justicia privativa; si ella es un organismo de los institutos armados, queda ligada a la estructura jerárquica de éstos y limitada en consecuencia en su función jurisdiccional a lo que eventualmente determinen los altos mandos jerárquicos.

Esta Ley Orgánica diferencia entre la administración de la justicia militar en tiempo de paz, que es más bien restringida, y la que se aplica en tiempos de guerra, que en muchos aspectos abarcará a la justicia ordinaria y comprenderá tanto a civiles como a militares. En el primer caso, los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y de todas las demás instancias, son militares en actividad; sólo el Cuerpo Jurídico Militar está formado por abogados asimilados y de allí provienen el Fiscal General y el Auditor General.

Se desprende del texto que quienes integran los tribunales militares lo hacen en relación directa con la rotación de personal que administrativamente disponen los mandos militares, y no por tratarse de personal especializado, que además de ser militar de carrera tenga también la profesión de abogado. Por tanto es claro que la composición de los tribunales está sujeta a disposiciones internas de la carrera militar y a la rotación de cargos. Por otra parte, la ley no precisa cómo se nombra a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar. Todos los demás niveles son nombrados a través del sector ministerial. En el caso de la administración de la justicia militar en tiempo de guerra, quien dispone la jurisdicción es el Comandante del Teatro de Operaciones en el territorio de su mando. Este nombra Consejos de Guerra Especiales, Jueces Instructores y personal judicial.

En cuanto al Código de Justicia Militar, éste fue expedido el 24 de julio de 1980, y regula exclusivamente los delitos y faltas militares, aplicándoles las penas previstas en el Código para cada tipo penal. El sujeto activo de este Código es el personal que ostenta la condición de militar. Los civiles

sólo son considerados para el tipo de traición a la Patria en caso de guerra exterior y por infracciones en la aplicación de la Ley de Servicio Militar. Sin embargo, la nueva Constitución -como ya lo consignamos- ha eliminado el requisito de que la guerra sea exterior, y ha añadido los casos de terrorismo que la ley determine. La ley también especifica que la jurisdicción militar conoce los delitos comunes cometidos en acto de servicio, cuando agraviado e inculpaado son militares, aplicándoseles las normas del Código Penal común. Igualmente, en casos de vacío, el Código autoriza a que los jueces y tribunales militares se remitan a las disposiciones de los códigos comunes.

El Código señala que la jurisdicción penal militar no puede extenderse fuera de los límites que el mismo Código dispone (artículo 318). Por tanto, esta jurisdicción sólo se puede aplicar, en lo que al delito se refiere, a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, en actividad o en disponibilidad, por infracciones previstas en el referido cuerpo legal. También se ejerce jurisdicción por el lugar, cuando el delito se ha cometido en establecimientos militares y en contextos de servicio.

En cuanto a la competencia para conocer, el Código dispone que las infracciones comprendidas dentro de la jurisdicción militar serán juzgadas por los jueces y tribunales de las Fuerzas Armadas y Policiales a que pertenezcan los inculpaados. Por último, conviene precisar que todas las normas de procedimiento están previstas en el mismo Código y que los delitos que se juzgan son de naturaleza militar, sea que estos afecten a la seguridad, a la Nación y al Estado, a la disciplina castrense, a los deberes de función, al servicio militar, contra el patrimonio y contra la fe pública.

No obstante lo expuesto, vale la pena recordar que los tribunales militares han venido juzgando a civiles acusados por el delito de traición a la Patria, dentro del contexto de la violencia terrorista que afectó al país. El Decreto Ley N° 26659 señala en su artículo 1 que el acto terrorista constituye delito de traición a la Patria, cuando se utilizan coches bombas o similares, que causen la muerte de personas, o lesiones a su integridad física o a su salud mental, o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera pueda generar grave peligro para la población; asimismo, el almacenamiento o posesión ilegal de materiales que sirvan en la fabricación de explosivos, a emplearse en actos como los descritos anteriormente.

Por su parte, el artículo 2 señala que incurrir en delito de traición a la Patria los que pertenecen al

grupo dirigencial de una organización terrorista, en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente; el que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de las personas; y el que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terrorista en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para hacer el daño a que se refiere el artículo 1 de la ley.

Desde el punto de vista de nuestro análisis, lo más importante de este decreto ley es el artículo 4, que señala textualmente: «A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, los delitos de traición a la Patria serán de competencia del Fuero Privativo Militar tanto en su investigación como en su juzgamiento». Esta norma fue publicada el 12 de agosto de 1992. Es desde esta fecha en que el terrorismo fue vinculado al delito de traición a la Patria, ampliándose para tal efecto la competencia de los tribunales militares, que a partir de ese entonces pueden juzgar a los civiles no sólo por traición a la Patria en caso de guerra exterior, sino también internamente, cuando el terrorismo es tipificado como delito de traición a la Patria. Por tanto, este decreto ley es el antecedente del artículo 173 de la Constitución vigente, que permite que las disposiciones del Código de Justicia Militar sean aplicables a los civiles en los casos de delito de traición a la Patria y de terrorismo que la ley determine.

### **3. JURISDICCION MILITAR Y SUS ALCANCES EN LA POBLACION**

El análisis de la Constitución y de las leyes que regulan a los tribunales militares debiera ser suficiente para saber con exactitud cuáles son los límites de la justicia militar. Para mayor claridad y precisión del sistema jurisdiccional peruano conviene señalar lo siguiente:

a) La justicia ordinaria se extiende sobre toda la población; civiles y militares están sometidas a ella en todos los aspectos: constitucionales, civiles, comerciales, financieros, penales, de leyes y códigos sectoriales en que ella es genéricamente competente para conocer. No existe fuero personal y nadie puede invocar su condición, profesión, cargo y función para demandar fueros especiales que conozcan de sus asuntos. Los delitos comunes deben ser juzgados por los tribunales ordinarios. Los militares que cometen este tipo de delitos son juzgados en el fuero ordinario y no en el militar.

b) Los militares y policías en servicio activo o en disponibilidad están sometidos al fuero militar únicamente en casos de delito de función, que están previstos en el Código de Justicia Militar. Estos delitos están directamente vinculados con el cumplimiento de los reglamentos militares. Se refieren, por tanto, a la subordinación jerárquica, la disciplina y el cumplimiento de las tareas correspondientes al ámbito militar. Adicionalmente, los civiles son juzgados por estos tribunales en los tres únicos casos que admite la Constitución: traición a la Patria, terrorismo e infracciones al servicio militar obligatorio.

Cualquier disposición de rango inferior que pretenda la ampliación de casos, no puede ser invocada contra la Constitución. Por ejemplo, la contienda de competencia planteada por los tribunales militares para conocer el caso del crimen de La Cantuta, no debió ser resuelta a su favor por la Corte Suprema. Asimismo, fue un error que la policía calificara y entregara a la justicia militar al narcotraficante Demetrio Chávez Peñaherrera. Ambos casos son situaciones absolutamente inconstitucionales. El secuestro, la desaparición de personas, el homicidio cometido con premeditación, alevosía y ocultamiento, el engaño a la administración de justicia, la fabricación de pruebas falsas, entre otros, son delitos comunes, y en nada varía la calificación de éstos ni el procedimiento y las leyes a aplicar, cuando los criminales son militares que se protegen y ocultan, dándole un uso condenable al uniforme. Al contrario, según el carácter de la comisión del delito, esta condición puede ser considerada un agravante.

Es pues un grave error y un perjuicio a las instituciones castrenses el que los tribunales militares sean forzados a juzgar como delitos de función lo que son delitos comunes. El aplicar penas por remisión del Código Penal no resuelve el problema. Esta perniciosa tendencia debe cesar.

c) ¿Cuál es la situación real del personal militar que ha pasado al retiro, respecto del fuero militar? Este asunto tiene actualidad, pues son varios los oficiales en situación en retiro que por actos y opiniones de contenido político han sido juzgados por la justicia militar. Tal es el caso del General Jaime Salinas Sedó y los oficiales que intentaron insurgir en defensa de la Constitución, el 13 de noviembre de 1992; el de los generales Sinesio Jarama, Luis Cisneros y Germán Parra, por opiniones sobre asuntos relativos a la conducción superior del Ejército; y, el de los generales Rodolfo Robles y Alberto Arciniegas, a propósito del caso La Cantuta. Recientemente, los generales Carlos Mauricio y Walter Ledesma, y el Capitán de

Navío (r) Luis Mellet, por comentarios en torno a la conducción militar en el conflicto con el Ecuador.

Precisemos, en primer lugar, que en ninguno de los casos mencionados se cometió delito alguno. Pero el abuso ha sido doble, porque no existiendo delito se les sometió a la acción de la justicia militar, que en todo caso no era competente para conocer, por tratarse de militares en situación de retiro.

Los tribunales militares no pueden juzgar a los militares en situación de retiro por dos razones elementales: al no formar parte activa de los respectivos institutos, no cumplen ninguna función castrense, y su conducta y actos no se encuadran en los supuestos que configuran el delito de función y la aplicación del Código de Justicia Militar. La segunda razón es que estos oficiales al terminar el ejercicio activo de su carrera, recuperan la condición de civiles; es decir, son civiles.

Es la Constitución la que crea el argumento base de la condición civil de los militares que han pasado al retiro. El artículo 31 determina que el derecho al voto corresponde a los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Son estos ciudadanos los que pueden elegir y ser elegidos. A su vez, el artículo 34 dispone que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad no pueden elegir ni ser elegidos.

Deriva de la interpretación sistemática de ambos artículos -que es la metodología que recomienda Hesse para encontrar en la estructura del conjunto el propósito último de la Constitución-, que la condición de los militares en situación de retiro es la de civiles. Es por ello que están habilitados para el ejercicio de los derechos políticos, que la Constitución reconoce exclusivamente a los ciudadanos en el goce de su capacidad civil. Por ello, es absolutamente claro que los mandos castrenses no podrían obligar a un militar retirado a que no se inscriba en un partido político, a que postule para el Congreso, y, por la misma razón, a que éste limite sus derechos de libre exposición. Si lo hicieran, incurrirían en un acto ilícito. La parte final del artículo 31º es concluyente: «Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos».

Llevar ante la justicia militar a personas que pertenecieron a organizaciones castrenses porque han ejercido sus derechos políticos, cae dentro de los alcances a que se refiere esta última parte del artículo citado.

Complementariamente, la legislación castrense, que no podría invocarse contra la Constitución, confirma que sus disposiciones sólo se aplican al personal que está en la actividad o en la disponibilidad, por más que el militar retirado conserva su rango y derechos adquiridos en una carrera profesional. El Decreto Legislativo N° 152 -Ley de Situación Militar, diciembre de 1991- dice en su artículo 12: «Los oficiales en situación de actividad y/o disponibilidad están sujetos a los alcances del Código de Justicia Militar y al de los consejos de investigación de cada instituto». Excluye a los oficiales en situación de retiro. No puede ser de otro modo. Estos son civiles. El artículo 70 de la misma ley lo confirma: «Al pasar un oficial a la situación de retiro, ejercerá sus derechos y obligaciones políticas, de acuerdo a la Constitución Política del Perú, sin limitación alguna».

En concordancia con lo precisado en el acápite a) del punto tercero del presente análisis, los civiles no están sometidos al fuero militar, salvo para los tres supuestos que la Constitución señala y que no tienen nada que ver con los derechos políticos de los oficiales en situación de retiro. Por otra parte, el Código de Procedimientos Penales actualmente en vigencia confirma nuestra interpretación, pues distingue la condición de los agentes para determinar si la instrucción y juzgamiento de los delitos cae bajo la jurisdicción de la Corte Suprema, de los tribunales correccionales o de los tribunales de guerra militares, navales o de policía, según los casos. Mucho más explícito aun es el nuevo Código Procesal Penal, que está ya totalmente aprobado y cuya puesta en vigencia está prorrogada. El artículo 14 de este nuevo ordenamiento dispone:

«La jurisdicción penal común es improrrogable y se extiende a los delitos y a las faltas. La justicia militar está limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. En estos casos el personal militar y policial está sometido al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar».

Si bien este dispositivo no está aún vigente, aclara desde el punto de vista doctrinario el contenido y los alcances de la justicia militar. Un militar en situación de retiro no está en condiciones de afectar bienes jurídicos exclusivamente castrenses, ni el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas, porque no tiene función, cargo, ni mando. Por tanto, la potestad jurisdiccional que le alcanza es la de la justicia ordinaria.

En conclusión, la reiterada pretensión de restringir los derechos de los militares en situación de retiro, el aplicarles normas militares que limitan su derecho a la libre expresión, o calificar como delito sus opiniones, figura taxativamente prohibida en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución, es una inaceptable conducta de los mandos militares. El uso de los tribunales militares, para implicarlos en procesos contra oficiales en retiro, desvirtúa la existencia de estos tribunales y es un acto inconstitucional que debe cesar y no repetirse nunca más.

#### 4. GARANTIAS DE LA LIBERTAD DE OPINION Y EL DELITO DE FUNCION

El juicio seguido a oficiales en situación de retiro por haber opinado críticamente sobre aspectos militares del conflicto con el Ecuador -asunto al que nos hemos referido extensamente en el subtítulo anterior-, presenta dos elementos que no son conformes con el ordenamiento jurídico del país. El primero de ellos indica, a través de actos afirmativos, una voluntad de adoptar decisiones castrenses y hacerlas válidas, pasando por encima de la Constitución, como si los organismos castrenses y las leyes que regulan a estas instituciones y al personal militar tuviesen una regulación independiente y autónoma, sobre las cuales la Constitución no rige. Este extremo carece en absoluto de sustento jurídico y configura una situación aberrante que debiera motivar una enérgica acción correctiva y concertada de los tres órganos del poder del Estado. Si así no fuera sería éste un tema en el que tendría que pronunciarse el Tribunal Constitucional apenas entre en funciones.

El segundo elemento se refiere a una evidente intolerancia de las máximas autoridades militares, que las lleva a disponer por sus canales internos que se denuncie y se abra instrucción al personal militar, cualquiera sea la situación en que se encuentre, cada vez que formulen una declaración o emitan un comentario que puede contener una crítica a los altos mandos o a la situación de las instituciones militares, en vista de su utilización con fines políticos. La acusación suele ser por ultraje a las Fuerzas Armadas, faltamiento al superior jerárquico, contra la disciplina, y cualquiera otra de las modalidades que configuran faltas y delito de función, según los reglamentos militares y el Código de Justicia Militar.

Estas tipificaciones no deben engañar sobre la naturaleza misma del hecho que se persigue sancionar, que no es otro que la opinión libremente emitida por un militar. Es evidente que si se trata de un oficial en actividad o en la disponibilidad, el

derecho a la libertad de opinión no puede ser prohibido, pero es admisible que para su ejercicio se cumpla con algún trámite exclusivamente formal, que evite situaciones que colisionen con la disciplina, la estructura jerárquica y la reserva de ciertos aspectos de la vida militar que tiene que ver con la seguridad nacional.

Aplicando el mismo criterio, es en cambio inadmisibles que se pretenda imponer estas precauciones al personal en situación de retiro, que es civil para todos los efectos, y mucho menos sancionarlo como si el opinar sobre asuntos militares o sobre cualquier otro tema fuese delito. La pretensión intimidatoria de esta actitud de los mandos militares y la utilización para tal efecto de los tribunales de justicia militar, debe ser claramente advertida y rechazada. Se trata simple y llanamente de una violación de la Constitución y de un acto a través del cual se siembra la inseguridad jurídica tanto entre los militares como entre los civiles.

El inciso 3 del artículo 2 de la Constitución de 1993 señala de manera taxativa lo siguiente: «Toda persona tiene derecho (...) a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público». Es de claridad meridiana que el texto constitucional no diferencia en razón de la condición de las personas. La opinión de un civil sobre cualquier tema no es un delito. Tampoco lo es la de un militar en situación de retiro que goza del pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos. No se puede diferenciar ni distinguir donde la Constitución no diferencia ni distingue. Es un principio universal del Derecho, sin el cual el orden jurídico y el Estado de Derecho se convertirían en meras declaraciones sin sentido.

En efecto, la opinión es parte de la estructura misma de la persona, de su calidad de ser libre e inteligente. A nadie se le puede prohibir pensar y mucho menos castigar por la coherencia elemental que significa expresar con libertad lo que se piensa. Ayudan en este caso a reforzar el punto de vista que exponemos, los argumentos de Enrique Chirinos Soto, quien defiende la absoluta libertad de opinión, señalando por tanto que no puede existir delito al respecto. Precisa en tal sentido que el dispositivo reconoce lo dispuesto en la Constitución de 1979 y es «conciso, claro, universal, terminante. No lo debilita excepción alguna. Para fundamentarlo, en el seno de la Comisión Principal recordé la luminosa jurisprudencia de la

Corte Suprema de los Estados Unidos, acaso el más respetable tribunal de la tierra. Tiene ella establecido que no es delito opinar, de palabra o por escrito, en pro de la subversión del orden constitucional. Sólo son delito los actos materiales encaminados a perpetuar dicha subversión. Ya decía don Antonio Maura en España que la opinión no es penalmente reprimible»<sup>2</sup>.

La opinión, cualquiera sea la materia que se analiza, es siempre una opción personal y se formaliza como un punto de vista libremente expresado. Puede haber en ella acierto o error, verdad o equivocación. Moralmente puede ser calificada como una opinión buena o mala; que se comparte o que se rechaza. Lo que en ningún caso es admisible es que una persona sea reprimida penalmente por el ejercicio de opinar. Semejante absurdo es rechazado por la Constitución peruana. El texto es claro, taxativo y categórico: «No hay delito de opinión». La condición de las personas no modifica el carácter imperativo del mandato. En este sentido, la pretensión de los mandos castrenses de castigar a militares en situación de retiro por ejercer libremente los derechos constitucionales que se refieren a la opinión, o exigirles el requisito previo de obtener autorización de las autoridades superiores, debe ser calificado como un acto prepotente que viola la Constitución.

No hay forma de considerar una opinión como delito; no hay posibilidad de acudir a tipos previstos en el Código de Justicia Militar para perseguir a oficiales en retiro y hacer que los tribunales militares los sancionen.

Por otra parte, la libertad de opinión que se ejerce a través de cualquier medio de comunicación social se hace bajo las responsabilidades de ley. Si, como lo precisa el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución, se comete algún delito por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social, éstos son exclusivamente los que están tipificados en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Una vez más, no se puede invocar ley distinta o crear una especial para juzgar estos delitos. De esta manera, ni el Código de Justicia Militar es aplicable, ni los tribunales militares son competentes para conocer estos casos.

## 5. A MODO DE CONCLUSION

El análisis de la jurisdicción militar en relación al marco constitucional vigente revela dos situacio-

nes problemáticas relacionadas entre sí. De un lado, subsiste la tendencia histórica de las Fuerzas Armadas a considerarse como un estatuto especial dentro del Estado, que demanda autonomía e independencia castrenses, aunque naturalmente la Constitución diga y ordene lo contrario. Desde luego, esta tendencia se acentúa cuando se producen rupturas del orden constitucional que directa o indirectamente significan que los mandos superiores de las instituciones castrenses adquieren poder político.

La situación descrita es anómala, porque las Fuerzas Armadas no son deliberantes y están subordinadas a la autoridad constitucional. No tienen, por tanto, otra autonomía que la estrictamente ligada a su actividad profesional. Por el contrario, la justicia privativa militar debiera tener autonomía e independencia, porque ambas cosas son esenciales e intrínsecas a la justicia. Pero resulta que no la tiene, porque la propia ley la considera un organismo dependiente de las Fuerzas Armadas y porque, en adición, la toma de las decisiones fundamentales a su funcionamiento es adoptada por los mandos militares superiores.

Esta constatación nos lleva a sostener que la justicia militar peruana debe ser sometida a una rigurosa reforma. Su situación actual ofrece problemas de inorganicidad, de interferencia -que afectan su composición y funcionamiento-, de inadecuación de los instrumentos jurídicos con los que trabaja, y de desconfianza creciente de la ciudadanía respecto de la imparcialidad y garantía al debido proceso cada vez que alguna causa debe ser vista por estos tribunales. En suma, una situación que afecta a la seguridad jurídica y que debe ser corregida de acuerdo con lo que disponen la Constitución y el Estado de Derecho.

¿Cómo proceder para dar paso a esta necesaria reforma? Estimamos que sería una metodología adecuada buscar a través del diálogo el entendimiento común en lo que a justicia militar se refiere. La alta oficialidad no debiera recelar de las autoridades civiles y creer que prima en el pensamiento académico una actitud antimilitar y contraria a estos tribunales. Al contrario, de lo que se trata es de reconducir la jurisdicción militar a su ubicación correcta, para repotenciarla.

El fuero privativo militar tiene la finalidad de sancionar al personal militar que comete actos que lesionan el servicio o la disciplina militar, y en tal

<sup>2</sup> CHIRINOS SOTO, Enrique. *Constitución de 1993: Lectura y Comentario*, p. 24.

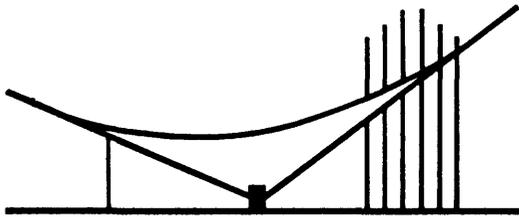
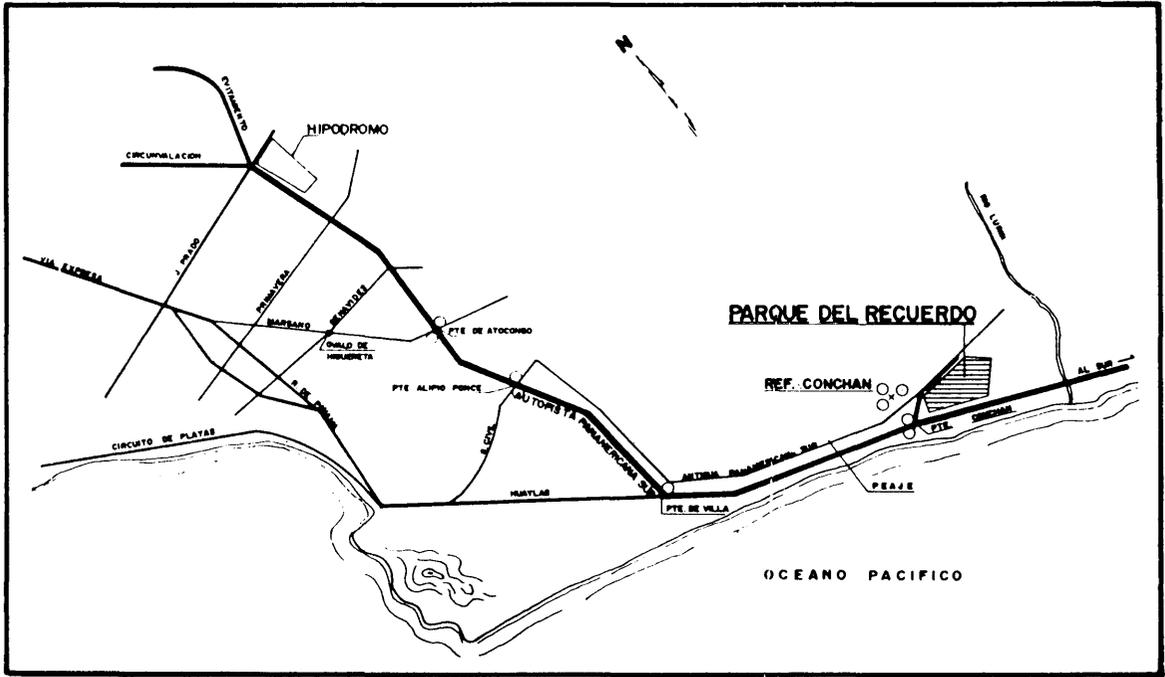
sentido su existencia se justifica plenamente. Pero establecida la naturaleza y necesidad de esta justicia privativa, ella tiene que ser también independiente y muy rigurosa en su campo de acción. Puede juzgar al personal militar en actividad o en la disponibilidad y al personal civil sólo en los casos enumerados en la Constitución. Igualmente, tendrá que precisarse el concepto mismo de delito de función, para corregir drásticamente la tendencia de aplicar el concepto a situaciones que claramente caen en el campo de los delitos comunes. Estos, cualquiera sea el agente, deben ser juzgados por los tribunales ordinarios.

En síntesis, la justicia militar es una institución reconocida por la Constitución y no debiera crear problemas su existencia. Para que así sea, debe perfeccionarse su organización y funcionamiento. La ley que la rige debiera asegurar su independencia, exigir que sus jueces sean militares letrados, y que una vez en el cargo queden desligados de la subordinación jerárquica y de la dependencia a los mandos militares superiores de cada arma.

Por lo demás, la justicia militar sólo sería competente para conocer las materias establecidas en un Código de Justicia Militar, que por su parte debe ser revisado. El delito de función tendría que ser

reformulado en su concepción básica, para que sea entendido exclusivamente como delito militar; es decir, que se refiere a inconductas graves atentatorias de los reglamentos, la disciplina y la actividad castrense. Se evitaría así el abuso actual. Por otra parte, la delimitación de lo que se entendería por delito militar evitaría que las leyes a aplicar por los tribunales militares eliminen las disposiciones que facilitan aplicar por remisión tipos penales provenientes del Derecho común. La competencia de la justicia ordinaria no debe ser recordada, ni la militar debe crecer más allá de lo que es su ámbito normal.

La Constitución de 1993 no es de las mejores que el Perú ha tenido. El modelo político que diseña es autoritario y restringe los espacios ciudadanos. Pero no llega al extremo de sustituir la justicia ordinaria por la militar. Por ello, la reforma de esta última es perfectamente posible dentro del marco constitucional vigente. La tesis es, pues, ejercer el análisis crítico que permita proponer soluciones para perfeccionarla, hacerla compatible y relacionada con la justicia ordinaria, y organizarla con todos los elementos legales y de composición que garanticen su autonomía, independencia e imparcialidad, así como su competencia y debido proceso en los casos que conoce.



# PARQUE DEL RECUERDO


 Asociación Civil  
San Juan Bautista



# UN DESAFIO (Y UNA NECESIDAD) PARA LOS ABOGADOS: LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE DISPUTAS

Roque J. Caivano  
Abogado (Argentina)

A Augusto Mario Morello y Julio César Cueto Rúa \*

*La crisis en el sistema de administración de justicia parece ser un tema recurrente no sólo en nuestro país sino también a nivel latinoamericano y mundial. En el presente artículo, el destacado profesor argentino Roque Caivano establece la relación que existe entre la conducta de los abogados y el deterioro de la credibilidad en el sistema de administración de justicia. Ante esto, propone el cambio de "la cultura del litigio", como el único método de solución de conflictos, por la mayor utilización de los sistemas alternativos para su reducción.*

*El tema es sin duda relevante, en momentos en que es necesario fomentar el ejercicio moral de la profesión como paso imprescindible para la obtención de un ordenamiento que brinde adecuada protección a los particulares, en un marco de seguridad jurídica. Es también importante en la medida que la descongestión del Poder Judicial y la puesta en práctica de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje y la conciliación, constituye una forma en que los particulares -y entre ellos, principalmente los vinculados a la empresa- pueden resolver sus disputas de una manera técnica, rápida y eficiente.*

*"Discourage litigation. Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser -in fees, expenses and waste of time".*

*Abraham Lincoln \*\**

## I. UN PUNTO DE PARTIDA RECURRENTE: LA CRISIS DEL SISTEMA JUDICIAL

La crisis por la que atraviesa el sistema estatal de administración de justicia y la consiguiente crisis que ella proyecta hacia los abogados, son datos objetivos de la realidad, de los que no conviene apartarse -aun siendo de una obviedad manifiesta y habiendo sido tratados hasta el cansancio- si se pretende enfocar la problemática con seriedad y sentido de perdurabilidad.

Los tiempos para eufemismos se han agotado; es necesario encarar el tema en toda su crudeza. La situación es patética; para la sociedad en general que carece de un servicio esencial para garantizar la pacífica convivencia, y para la abogacía en particular, la que -por estar inmersa en un sistema ineficiente, aunque también por culpas propias- ha perdido gran parte del prestigio que tenía<sup>1</sup>.

\* Por el permanente estímulo y aliento que me brindan, y por el legado intelectual que significan sus contribuciones al estudio del tema.

\*\* Párrafo encabezando el libro de Robert Coulson (activo Presidente de la American Arbitration Association) *How to stay out of Court*, publicado por esa asociación, 2ª ed., 1984.

<sup>1</sup> "Si existe una profesión que ha sido -y sigue siendo- blanco de algunos pocos endiosamientos y de muchos vituperios es la del abogado. Esto viene de siglos, a punto tal que no fueron pocas las veces que se trató de prohibirla. Entre nosotros, un acta del Cabildo de Buenos Aires del siglo XVII prohibió la entrada a la ciudad de tres abogados: se los consideraba causantes de discordias, pleitos y disputa. Frente a ese desdichado episodio... en la Roma de la República fue donde la abogacía alcanzó la más alta jerarquía, no igualada por profesión alguna". Luqui, Juan Carlos, "Abogacía, democracia y libertad", JA 1980-III-741.

La calidad de abogados de los lectores hace innecesario describir el estado de situación de los tribunales. Ocioso sería que utilizáramos estas líneas para contar lo que está a la vista de quienes hacen de la abogacía su profesión habitual. Los abogados no sólo conocen -seguramente mucho mejor que nosotros- los innumerables hechos puntuales a través de los cuales se manifiesta esa crisis, sino que padecen cotidianamente sus efectos. Por ello nos limitaremos a formular apenas algunas reflexiones, con el ánimo de brindar nuestro punto de vista y con la aspiración -juzgará el lector la medida en que esa aspiración se ha cumplido- de ayudar a comprender la realidad que nos toca vivir y a buscar el modo de hacerla más promisoria.

El sistema que el Estado provee para dirimir los conflictos está en un estado de virtual paralización, producto de la morosidad en la resolución de las causas<sup>2</sup>. Pero quizás eso no sea lo peor, ya que por añadidura, se está verificando una alarmante degradación en la calidad de las sentencias<sup>3</sup>. Son crecientes los casos de arbitrariedades y de resoluciones que carecen de una mínima fundamentación lógica, convirtiendo al servicio de justicia en una verdadera legalización de la injusticia<sup>4</sup>.

Las sentencias -en el mejor de los casos- suelen estar revestidas de una cierta coherencia jurídica al citarse unas cuantas normas a las que pretende correlacionarse en una construcción teóricamente

impecable; pero en muchas ocasiones esa misma sentencia no logra sortear un análisis de pura lógica. Las decisiones son así recubiertas con una juridicidad que es sólo aparente, en la medida en que lo ilógico y absurdo del resultado al que arriban no puede ser ocultado bajo una teórica estructura pseudo-jurídica inexplicable a los ojos de la sociedad. No es desmenuzando el sentido literal o etimológico de las palabras utilizadas en la ley, ni buscando artificiosos tecnicismos jurídicos cada vez más alejados de la realidad, como se hace justicia<sup>5</sup>. Para que se satisfaga la exigencia de un adecuado servicio de justicia, es preciso que los jueces no se rindan a las aparentes envolturas formales, y que lleguen al fondo de las cuestiones, pues de lo contrario podría frustrarse la finalidad misma de la actividad jurisdiccional<sup>6</sup>.

Un ejemplo clásico -tan clásico como inadmisiblemente irresponsabilidad está dado por las cuestiones de incompetencia, que suelen generar verdaderos torneos (¿será por eso que se denominan cuestiones de «competencia»?) donde se somete al expediente a un inacabable «peloteo» entre jueces que declinan su jurisdicción. Por la frecuencia con que ocurre, a nadie sorprende que un juicio pase varios años sin hallar un tribunal que quiera avocarse a su conocimiento, con olvido de una realidad que -por obvia- no debería olvidarse: ese «tiempo muerto del proceso» es tiempo en la vida de una persona que les está reclamando administración de justicia<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Algunas de las razones que se han dado para explicar esta situación pueden verse en Dromi, José R., "La mora judicial", JA 1983-II-755. Sobre los efectos de la dilación, se señalaba que "... cuando el orden jurídico se altera, es preciso restablecerlo inmediatamente. La demora excesiva hace ilusoria la protección jurisdiccional; también la hace más onerosa"; Bielsa, Rafael, "La abogacía", Ed. Abeledo-Perrot, 3ª ed. 1960, p. 388. Un caso que suele mencionarse como clásico ejemplo de morosidad judicial es el de Camilo Mozzatti, quien estuvo sometido a proceso penal durante 25 años; el fallo de la Corte Suprema, con comentario de Germán J. Bidart Campos, puede verse en ED 80-703. Acerca de las causas "exógenas" de la crisis, ver Morello, Augusto M., "Poder judicial y función de juzgar (una lectura de la crisis de la administración de justicia)", LL 1987-E-830; y del mismo autor, "Eficacia y controles en el funcionamiento del servicio de justicia", JA 1983-II-769.

<sup>3</sup> Tanto más grave que la morosidad judicial es la injusticia en los fallos, a la que inevitablemente conduce el cúmulo de expedientes a sentenciar. "La situación de la justicia", comentario editorial del diario La Prensa, 6/1/82.

<sup>4</sup> Una de las mejores pruebas de ello es la creciente cantidad de casos en los cuales la Corte Suprema ha debido abrir el recurso extraordinario para dejar sin efecto sentencias arbitrarias, y la copiosa jurisprudencia del alto tribunal que fustiga el "exceso ritual manifiesto". Recientemente se señalaba que la chatarra de la calidad de los pronunciamientos y el elevado número de sentencias descalificadas por autocontradicción u otras causales de arbitrariedad extrema debería preocupar seriamente a la judicatura argentina; Morello, Augusto M., "Así se debe fallar", JA 1993-I-412.

<sup>5</sup> Los jueces "en vez de preocuparse por 'vestir' decorosamente a sentencias intrínsecamente injustas con precedentes y citas legales, debieran preferir verlas 'harapientas' y huérfanas de oropeles dogmáticos, pero resplandecientes por haber servido fielmente a Diké"; Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O. "La función de juzgar, según se mire", JA 1985-II-812. De esta manera el sistema no funciona para el hombre común, a quien no le resuelve satisfactoriamente los conflictos, quedándose en un "garantismo formal"; Morello, Augusto M., "El proceso como realidad social", LL 1992-E-1095.

<sup>6</sup> Caivano, Roque J., "La actualización del depósito en garantía (La resolución por equidad en las sentencias judiciales)", JA 1992-II-542, con cita de Morello, Augusto M., "Realismo dinámico y normatividad estática", JA 1990-III-447.

<sup>7</sup> Morello, Augusto M. y Bidart Campos, Germán J., "La Corte Suprema y el tiempo muerto del proceso", JA 1992-II-137.

Esta situación genera en la población un sentimiento -ya inocultable y cada vez con manifestaciones externas más ostensibles- de profundo descreimiento hacia las instituciones que la República provee para administrar justicia. El sistema no sólo es lento; ha dejado de ser confiable. Se descrea de él, y hasta los mismos abogados se encuentran impotentes para explicar a sus clientes por qué en la justicia el razonamiento se basa en una lógica diferente que la del resto de la gente.

El estado actual de la crisis parece ser terminal. Si bien el deterioro de la justicia comenzó en forma paulatina, hoy ya amenaza con aumentar vertiginosamente la velocidad de su caída. A pesar de que, en el fondo, no deja de ser mera anécdota, existe un claro ejemplo de ello, referido a la infraestructura en que se presta el servicio: hace unos años la queja de los abogados era que los ascensores de tribunales no funcionaban; hoy los ascensores siguen sin funcionar, pero además han debido clausurarse varios edificios por peligro serio de derrumbe. No sería de extrañar -ni tampoco de desear, obviamente- que la próxima manifestación exterior se produzca porque la amenaza de ruina no haya podido ser detectada a tiempo.

## II. "MEA CULPA" NECESARIO

Pero un tratamiento serio del tema exige también una sincera autocrítica. Los abogados tenemos grandes porciones de culpa y de responsabilidad en este desquicio; sería de necios pretender disimularlas con argumentos retóricos. El sistema judicial no hubiese podido jamás llegar a este nivel de deterioro si no hubiese contado con la pasividad y la falta de imaginación -cuando no la directa colaboración- de los abogados.

Por cierto que cuanto se diga en este sentido en los párrafos subsiguientes podrá no ser válido respecto de muchos abogados que actúan de manera diferente, quienes en consecuencia lo sen-

tirán como un reproche injustificado. A ellos desde ya dejo expresadas mis disculpas por anticipado. De todas maneras, quien tenga una mínima experiencia tribunalicia advertirá que si en algo estas observaciones son inexactas no es precisamente por exagerar. Un solitario examen de conciencia, más allá de lo que suele decirse públicamente, seguramente nos obligaría a admitir cuántas veces nos excedemos en nuestro cometido, utilizando en la defensa de los intereses que se nos han confiado, herramientas que -por violentar elementales principios de buena fe- desnaturalizan la función letrada y perjudican la administración de justicia<sup>8</sup>.

Los abogados somos muchas veces los verdaderos gestores de chicanas, planteos insustanciales, argucias procesales, apego a defensas meramente formales y toda clase de artimañas para entorpecer la de por sí lenta e ineficiente labor del tribunal<sup>9</sup>. Amparados en que nuestra función es abogar por los intereses de nuestros clientes, no trepidamos en recurrir a toda clase de subterfugios. Es más, existe entre nosotros la convicción de que no hacerlo sería incurrir en una falta a nuestros deberes o a la ética profesional. Cuando nos colocamos en el rol de abogados de parte, nos circunscribimos al interés por la posición asumida en el caso, desentendiéndonos de las consecuencias que nuestra conducta pueda proyectar hacia el sistema de administración de justicia<sup>10</sup>.

Obviamente, no estamos aquí propiciando que el abogado subvierta su rol -natural y necesariamente parcial<sup>11</sup>- y se transforme en un defensor del sistema por encima de los intereses de su cliente. Lo que decimos es que en el cumplimiento de esa misión, los abogados solemos excedernos y son precisamente esos excesos los que configuran la actitud que criticamos, por cuanto constituyen una desviación de los fines mismos de la abogacía.

<sup>8</sup> Gozáini, Osvaldo A., "La buena fe en el proceso", LL 1986-D-877.

<sup>9</sup> Ello sin mencionar los casos en que los abogados "torpedean con exigencias de honorarios desaforados el deseado acuerdo o solución que, al cabo, se malogra por esa causa" (Morello, Augusto M., "Los abogados y la corrupción", JA 1992-III-735) o cuando recurren al empleo de tácticas para "hacer honorarios" (Cueto Rúa, Julio C. "Los abogados y la congestión de los tribunales", LL 1992-E-1020).

<sup>10</sup> "En la realización del derecho -para lo cual la presencia del abogado es esencial- no puede ni debe verse únicamente el derecho que está en juego en el pleito, ni tampoco el derecho a trabajar del abogado. No. La realización del derecho es algo más trascendente". Luqui, Juan Carlos, op. cit. en nota 1).

<sup>11</sup> Ya enseñaba Calamandrei que "el abogado que pretendiese ejercer su ministerio con imparcialidad, no sólo constituiría una embarazosa repetición del juez, sino que sería el peor enemigo de éste, porque no llenando su cometido, que es el de oponer a la parcialidad del contradictor la reacción equilibrada de una parcialidad en sentido inverso, favorecería -creyendo ayudar a la justicia- el triunfo de la injusticia contraria". Calamandrei, Piero, "Elogio de los jueces escrito por un abogado", ed. Ejea, 1969.

El deber profesional que le impone consagrarse enteramente a los intereses de su cliente y poner en la defensa de éste todo su celo, saber y habilidad, ha de compatibilizarse necesariamente con el interés general comunitario comprometido en la rápida y eficaz realización de la justicia, como vía de mantener o restablecer la paz social alterada. Sin declinar su rol de auxiliar de parte, el abogado tiene adquirido un compromiso esencial hacia el servicio mismo de la justicia<sup>12</sup>.

Respecto de lo que dejamos dicho, nuestra responsabilidad es directa e insoslayable. No es aceptable -ni sincero- que nos amparemos en la excusa tradicionalmente esgrimida de que «el sistema» nos exige actuar de ese modo ya que de otra manera dejaríamos de ser eficaces en nuestra función primordial de abogar por nuestros clientes. El sistema, es cierto, nos permite actuar de ese modo, tolerando ostensibles chicanas en nombre del derecho de defensa de juicio<sup>13</sup>; pero en modo alguno nos obliga.

Por cierto que no toda la responsabilidad es de los abogados. Existen otros sectores de la comunidad -principalmente quienes tienen a su cargo directas responsabilidades en el diseño del modelo de justicia- cuya culpa, por acción u omisión, es mucho más grave<sup>14</sup>. En última instancia, los abogados aprovechamos -lo cual es obviamente criticable, pero hasta cierto punto entendible en una sociedad cuya falta de ética es alarmante- las fallencias de un sistema que no creamos.

En este último punto, sin embargo, debemos reconocer nuestra culpa por omisión, ya que en términos generales los abogados no hemos hecho nada -y si lo hicimos, salta a la vista que no fue eficaz- para propiciar un cambio que pudiera evitar la inexorable caída del nivel de credibilidad del sistema tribunalicio<sup>15</sup>. Este sistema está hoy en un estado calamitoso; pero no se llegó a este estado de la noche a la mañana. Cuando la crisis comenzó a manifestarse y no era aún tan aguda, debimos haber previsto que el deterioro iría en aumento hasta llegar a niveles intolerables<sup>16</sup>. Por falta de conciencia o de interés, escasez de imaginación, indiferencia o conveniencia (la mala imagen que la población tiene del Poder Judicial puede ser una buena excusa para ocultar deficiencias profesionales), lo cierto es que poco se hizo cuando todavía la crisis era incipiente y posible de corregir.

Los abogados tenemos internalizada la cultura del litigio judicial como el remedio natural -el primero, cuando no el único, que se nos ocurre- para solucionar una controversia. Nuestra culpa en ello es no habernos preparado -y quienes tenemos responsabilidad docente, no haber preparado a las futuras generaciones de abogados- para cambiar esa cultura. No hemos advertido la necesidad de modificar los hábitos, no lo hemos propuesto como una de las posibles salidas alternativas, ni hemos creado las condiciones para que ese cambio se produzca. Los abogados deberíamos haber liderado este proceso de transformación, antes

<sup>12</sup> Morello, Augusto M. y Berizonce, Roberto O., "El abogado como colaborador efectivo del servicio de la justicia", JA 1982-II-813.

<sup>13</sup> Frente a los abusos que se observan en la práctica profesional, son escasos en los repertorios de jurisprudencia los casos donde se hubiese aplicado el artículo 45 del Código Procesal que instituye sanciones a las conductas temerarias o maliciosas. Sobre el tema puede verse, Eisner, Isidoro, "Sanciones por inconducta procesal y defensa en juicio", LL 1991-A-433; Morello, Augusto M., "La litis temeraria y la conducta maliciosa en el nuevo CPR.", JA 1967-VI-901; Reimundín, Ricardo, "La conducta procesal maliciosa", JA 1983-II-743; Colombo, Carlos J., "Código Procesal anotado y comentado", ed. Abeledo-Perrot, 196, tomo I, ps. 291 y ss.; Ghersi, Carlos A., "Responsabilidad de los abogados por el ejercicio abusivo del derecho de abogar", JS 1991-III-675.

<sup>14</sup> "Son todos -absolutamente todos- los jueces y los responsables de la política judicial quienes deben hacerse cargo del desafío. Porque de lo contrario, se seguirá profundizando la desconfianza en el Derecho y se difundirá más todavía la creencia común de la inutilidad del aparato de justicia, inservible a la vista de muchos para la protección efectiva de los derechos proclamados por la ley". Berizonce, Roberto O., "Necesidad de una ley nacional de bases sobre garantía del efectivo acceso a la justicia", JA 1989-IV-770.

<sup>15</sup> Sobre lo que podrían -y deberían- haber hecho en ese sentido los Colegios de Abogados, puede verse, Morello, Augusto M. y Berizonce, Roberto O., "Las entidades profesionales y los desafíos del presente", JA 1984-II-665. En otro sentido, hemos señalado la posibilidad -y la conveniencia- de que los Colegios de Abogados organicen tribunales arbitrales (algunos Colegios ya los han puesto en funcionamiento); ver Caivano, Roque J., "El arbitraje como modelo alternativo para la prestación de la justicia (Posible inserción en los Colegios de Abogados)", LL 1989-C-1125.

<sup>16</sup> En esto nos pasó lo mismo que con la inflación: mientras los índices rondaban el 10% mensual creíamos que era "manejable", y hasta pensamos que un poco de inflación no era tan malo; las explosiones hiperinflacionarias nos pusieron ante los ojos de qué manera los procesos de deterioro comienzan por ser lentos, hasta que en algún momento la degradación se acelera haciéndose incontrolable.

que ser pasivos testigos a la espera de que alguien -siempre otro, no nosotros- lo impulsara. Pero, y quizá esto sea más criticable aún, ni siquiera nos hemos preparado nosotros mismos para actuar en ese campo, si eventualmente llegaran a ponerse en práctica sistemas diferentes.

### III. LA UTILIZACION DE SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS COMO PARTE DEL CAMBIO QUE SE NECESITA

El problema de la administración de justicia revisa una complejidad mucho mayor que la simplificación que aparentan nuestros precedentes comentarios, ya que nos hemos ocupado solamente de algunos aspectos puntuales, sin pretender que ello sea un exhaustivo estudio de las causas del problema.

Esa complejidad impide concebir una solución unilateral o basada exclusivamente en un aspecto parcial. Para tener mayores probabilidades de éxito en el emprendimiento, nos parece necesario que se aborden simultáneamente dos cursos de acción: a) modernizar y mejorar el aparato jurisdiccional estatal, dotándolo de una infraestructura

-edilicia, tecnológica, normativa y funcional<sup>17</sup>- acorde con su importancia, pero también procurando un cambio de las prácticas procesales<sup>18</sup> y de mentalidad en la «función de juzgar»<sup>19</sup>; y b) paralelamente, generar modelos alternativos que permitan descomprimir la justicia<sup>20</sup>. Obviamente nuestro análisis está circunscripto a esta segunda línea de acción.

La mayor utilización de fórmulas autocompositivas, tales como la negociación cooperatiava<sup>21</sup> o la mediación<sup>22</sup>; o heterocompositivas, como el arbitraje<sup>23</sup>, como medios alternativos de solución de controversias, pueden contribuir a descongestionar los tribunales de justicia aliviando la sobrecarga que hoy padecen. En la medida en que con ello pueda lograrse una sensible disminución de causas tramitadas en sede judicial, la directa y personal atención del juez evitará la gran delegación de funciones<sup>24</sup> haciendo realidad el principio de la inmediatez, ganándose en rapidez y en calidad.

Del mismo modo parece haberlo entendido el gobierno nacional. Al propiciar la redacción de un proyecto de Ley de Arbitraje ha puesto de manifiesto que «tradicionalmente para resolver la so-

<sup>17</sup> Puede verse, en tal sentido, Di Lorio, Alfredo J., "Bases para la reforma de la estructura judicial nacional", LL 1987-C-878; Bielsa, Rafael, "La informática en un modelo alternativo de administración de justicia", LL 1991pE-1344; Cueto Rúa, Julio C., "El Ministerio Público Fiscal en materia civil, comercial, contencioso administrativa y laboral (una institución innecesaria)" LL 1993-B-706; Morello, Augusto M., "Justicia y eficiencia" el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, JA 1988-I-878.

<sup>18</sup> Cueto Rúa, Julio C., "Sobre la reforma de las prácticas procesales en la justicia nacional", LL 1987-D-1038.

<sup>19</sup> Morello, Augusto M., "Un nuevo modelo de justicia", LL 1986-C-800. Ver, también, Fucito, Felipe, "Reforma judicial: un impostergable cambio cultural", LL 1993-D-868; Caivano, Roque J., "El acceso a la justicia La búsqueda constante del mejoramiento del servicio", LL 1989-B-797.

<sup>20</sup> Caivano, Roque J., "Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos", ed. Ad-Hoc, 1993, ps. 31/33.

<sup>21</sup> Ver, Padilla Roberto E., "Negociación y solución de conflictos", La Nación, 14/7/93; y la abundante bibliografía generada por el Proyecto de Negociación de la Harvard Law School; Fisher, Roger y Ury, William, "Getting to yes"; Fisher, Roger y Brown, Scott, "Getting together", Ury, William, "Getting past no"; Raiffa, Howard, "The arts and science of negotiation", Ury, William, Brett, Jeanne y Goldberg, Stephen, "Getting disputes resolved"; "Negotiation, strategies for mutual gain", un compendio de los seminarios básicos del "Program on Negotiation at Harvard Law School" entre muchos otros. Aun dentro del proceso judicial es conveniente estimular la celebración de acuerdos conciliatorios; Gozaini, Osvaldo A., "La conciliación", LL 1992-E-928.

<sup>22</sup> Ver, Wilde, Zulema y Gaibrois, Luis M. "La mediación nuevo instrumento para la paz social", Revista del Notariado, n. 829, abril/junio 1992, ps. 237/241; Gaibrois, Luis M y Alvarez, Gladys S., "Mediación con apoyo informático" LL 1991-D-961; Kolb, Deborah, "The mediators" MIT Press, Cambridge, Ma., 1983; Coulson, Robert, "Business mediation, what you need to know", American Arbitration Association, 1987.

<sup>23</sup> Ver Caivano, Roque J., op. cit. en nota 20 y toda la bibliografía allí citada. También Santana, Jorge L., "Arbitraje y justicia", LL 1992-A-534; O'Farrell, Jorge E., "Arbitraje internacional, solución de futuro", LL 1992-C-803.

<sup>24</sup> Al respecto puede verse Cueto Rúa, Julio C., "Modernización del juzgado de primera instancia: modificación del comportamiento del juez y supresión del secretario letrado", LL 1987-E-1045. En un trabajo previo, el autor desmenuzaba los distintos tipos de relaciones que se generan entre el juez y el secretario: "El juez de primera instancia y el secretario del juzgado", LL 1987-E-615. Sobre el tema, y del mismo autor, más recientemente, "¿Para qué los secretarios?", LL 1993-B-1132.

brecarga que pesa sobre el sistema (estatal) se ha recurrido a la creación de nuevos juzgados y secretarías, al desdoblamiento de la competencia en distintos fueros o a la modificación de los procedimientos judiciales, buscando la celeridad y eficacia de los mismos», no obstante lo cual «no se han podido paliar las deficiencias señaladas, sino que éstas persisten o se agudizan con el transcurso del tiempo, circunstancias que ponen de manifiesto que es necesario abordar el problema» desde otros ángulos posibles y ofrecer soluciones de fondo (considerandos del Decreto N° 958/91-LA 1991-B-1674). En otra norma se señalaba como necesario encarar reformas en la legislación procesal tendientes a lograr la participación más cercana e inmediata de los jueces, a la concentración de los actos procesales, a la supresión de recursos no fundados en garantías constitucionales, a la amplitud de poderes y deberes de los jueces y a la oralidad como medio de comunicación; y además, a la incorporación de otros procedimientos para la solución de conflictos, tales como la mediación, conciliación y arbitraje (considerandos del Decreto N° 820/92-LA 1992-B-1860). Finalmente, dentro de ese contexto, también se ha mencionado que la magnitud del atraso y el grado de congestión de los tribunales judiciales «convence acerca de la insuficiencia de cualquier solución de tipo convencional», por lo que resulta conveniente alentar y desarrollar la utilización de medios alternativos (considerandos del Decreto N° 1480/92-LA 1992-B-1992).

Para que ese mayor desarrollo fuese posible -y exitoso- es necesario generar un profundo cambio de mentalidad y de cultura en los operadores jurídicos, en especial en los abogados. Debemos tomar conciencia de que el pleito judicial es el último recurso -no el primero y casi único que hoy se conoce- reservándose la instancia judicial para resolver el conflicto en aquellos casos que revisten trascendencia social, o en los que no fuese posible arribar a una conciliación (sea directa, o asistida a través de la mediación), ni siquiera acuerdos mínimos que hagan viable el arbitraje. Los medios autocompositivos deberían actuar como filtros que retengan todas aquellas situaciones litigiosas en las que pueda lograrse una solución a

partir de la voluntad de las partes. El arbitraje podrá a su vez retener aquellos casos en que, no siendo posible un acuerdo, exista al menos un grado de entendimiento mínimo que les permita convenir el sometimiento de las diferencias a juicio de árbitros. La justicia ordinaria quedará así como el reducto final, reservado para los conflictos que no admitan soluciones total o parcialmente consensuadas.

Si ese cambio cultural se ve complementado con modificaciones estructurales al procedimiento judicial, con una concientización del rol de los jueces en el proceso, y con soluciones definitivas a los crónicos problemas de infraestructura y recursos del Poder Judicial, el servicio podría mejorar sensiblemente.

#### IV. LOS ABOGADOS Y LOS METODOS ALTERNATIVOS

Pese a las innegables ventajas que los medios alternativos reportan para todos los interesados, lo cierto es que en la actualidad hoy no son mayormente utilizados<sup>25</sup>. Los abogados -salvo honrosas excepciones- no aconsejamos la utilización de otros mecanismos de resolución de conflictos, y por tanto los llevamos a dirimir a tribunales, siguiendo con la rutina aprendida.

Distinguidos autores han tratado de hallar las explicaciones para este fenómeno, con especial referencia al arbitraje.

Así se ha mencionado<sup>26</sup> que una de las razones está dada por la inercia de los abogados, que al haber ganado familiaridad y dominio de los ritos procesales, no tienen deseo ni interés en modificarlos, ya que ello les significaría reiniciar el aprendizaje. También parece influir el temor a lo desconocido, desde que pocos conocen en profundidad el significado de los medios alternativos. En particular en el arbitraje, este desconocimiento genera la creencia de que una sentencia judicial tiene más valor que un laudo arbitral, al que muchos ven como un título provisorio que requiere validación judicial posterior<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Recientemente hemos señalado que en materia de arbitraje está comenzando a notarse un incipiente crecimiento en la cantidad de negocios jurídicos que incluyen cláusulas sometiendo los eventuales conflictos a juicio de árbitros. Caivano, Roque J., "El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual", L.L. 25/2/94.

<sup>26</sup> Cueto Rúa, Julio C., "El arbitraje y los abogados", JA 1991-I-945.

<sup>27</sup> Una modesta contribución tendiente a clarificar esa errónea creencia puede verse en Caivano, Roque J., "Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad", JA semanario del 23/2, n. 5869, p. 6.

Por otro lado, también se ha insinuado que el rechazo del abogado «se hace fuerte, casi intuitivamente a raíz de que el discurso sobre el arbitraje trasunta una mentalidad de una clase media alta, académica e ideológica, por su énfasis en los valores individuales, soberanía del mercado, el interés gravitante en lo económico, y una suerte de distanciamiento con la realidad social y los verdaderos problemas cotidianos de la gente. En pocas palabras, como elitista y al servicio de cierta pudencia que no es en la que se mueve la generalidad». Además, los abogados temen que el arbitraje no llegue a superar en seguridad jurídica, imparcialidad y confianza a lo que transmite la justicia ordinaria; también temen que con ello los clientes puedan fugarse del consejo y asistencia que ellos les están brindando, y ser captados por los árbitros; y dudan asimismo del genuino costo del arbitraje, al que ven como más oneroso que el litigio judicial<sup>28</sup>.

Conscientes de que muchos de los temores explicitados pueden ser justificados, no propiciamos el descarte de la vía judicial y la adopción sin reparos de alguno de los sistemas alternativos. Es obvio que ninguno de todos estos sistemas es perfecto, ni válido para cualquier caso. Nuestra pretensión es más realista: que ante un conflicto, se analice cuál de todas las vías posibles resulta más conveniente; que si la decisión final es someterlo a los jueces ordinarios, haya sido tomada por la convicción de que es el mejor camino, luego de examinar otras posibles alternativas y no basada en la inercia o la ignorancia.

Por los deberes que los abogados tenemos en tanto auxiliares del servicio de justicia<sup>29</sup>, por el deber

primario de aconsejar a nuestros clientes la mejor forma de satisfacer legítimamente sus intereses (sobre esto volveremos en el párrafo siguiente, al comentar la experiencia norteamericana) y hasta por conveniencia propia<sup>30</sup>, es necesario que los abogados modifiquemos nuestros hábitos pleitistas. Así como los médicos deben analizar y considerar las posibles acciones terapéuticas antes de aconsejar al paciente la intervención quirúrgica, es preciso que los abogados contemplemos la existencia de otros medios de solución del conflicto que se nos presente, y eventualmente aconsejemos al cliente -si lo consideramos más eficaz- la utilización de alguno de ellos en lugar de recurrir directamente a demandar en los tribunales ordinarios<sup>31</sup>.

## V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS EN EEUU.

El embrionario estado que tiene en nuestro país el tema planteado en el párrafo precedente se contrapone con el avance registrado en EEUU., donde ya no se discute la conveniencia o inconveniencia de utilizar medios alternativos de resolución de disputas<sup>32</sup>, ni la obligación del abogado de hacer una previa evaluación sobre esa posibilidad en cada caso. Ambas cuestiones se dan por sobrentendidas. Hoy el tema que está en el centro del debate es el alcance de la responsabilidad que asume el abogado que los desecha por considerarlos ineficientes, omitiendo dar participación a su cliente en la decisión final.

La problemática se plantea desde dos ángulos diferentes: la posibilidad de que esa omisión sea

<sup>28</sup> Morello, Augusto M., "Los abogados y el arbitraje", JA 1992-IV-707.

<sup>29</sup> Morello, Augusto y Berzonce, op. cit., en nota 12.

<sup>30</sup> Estamos convencidos de que los sistemas alternativos redundan en un trabajo más creativo y profesionalmente menos frustrante que litigar en tribunales en las condiciones actuales, a la vez que mejor remunerado. Hemos señalado (Caivano, Roque J., "Un ponderable criterio sobre honorarios en el arbitraje", JA 1993-IV-380) que el abogado realiza hoy una gran cantidad de tareas rutinarias que apuntan al cumplimiento de recaudos formales insustanciales. El ejercicio tradicional de la abogacía se ha convertido en una gestoría jurídica, ya que la mayor parte de su labor consiste en confeccionar y transportar hacia el tribunal escritos solicitando "se provea", "reitera petición", "acompaña copia", "se notifique nuevamente", "da cuenta del diligenciamiento", "se eleven", y otros tantos de similar entidad. Las formas alternativas proveen ciertamente un trabajo más edificante.

<sup>31</sup> Sobre la conveniencia de este cambio, en especial en el ámbito del Derecho de Familia, puede verse Alles Monasterio de Ceriani Cernadas, Ana M., "Del abogado de pleito al abogado mediador", LL 1992-A-740.

<sup>32</sup> En realidad, frente a la considerable expansión que han tenido los medios alternativos voluntarios y la gran oferta de sistemas privados, lo que se está debatiendo es la conveniencia de mantener sistemas alternativos semipúblicos, conexos a los tribunales estatales. En ese sentido puede verse, Bernstein, Lisa, "Understanding the limits of court-connected ADR: a critique of Federal court-annexed arbitration programs", University of Pennsylvania Law Review, vol. 141, junio 1993, ps. 2169/2259. La sigla "ADR", significativa de "Alternative Dispute Resolution", ha ganado ya identidad propia, siendo innecesario en ese país aclarar su significado.

considerada como una falta de ética pasible de acarrearle sanciones disciplinarias, o que sea una causa que le genere responsabilidad por mala praxis.

En el primer caso, la base estaría dada por las reglas de conducta profesional. El Código Modelo de la American Bar Association (adoptado en aproximadamente 40 estados) pone a cargo del abogado la obligación de explicar a su cliente el problema, hasta donde sea razonablemente necesario para que éste pueda tomar una decisión. Si bien esta regla no está específicamente referida a los medios alternativos, ha sido interpretada como susceptible de ser considerada causal para someter al abogado a procedimientos disciplinarios<sup>33</sup>. En el Estado de Colorado se adoptó una regla más explícita: en asuntos litigiosos o que pudieran generar un litigio, el abogado debe advertir al cliente sobre la existencia de formas alternativas de solucionarlo<sup>34</sup>. Esta última regla, no obstante, ha sido interpretada en un sentido que mitiga sus efectos, al considerarse que el lenguaje utilizado (*should* en lugar de *shall*) trasunta más una recomendación que una obligación.

Estas reglas lucen, a nuestros ojos, como un avance sorprendente, y hasta el más entusiasta defensor de los medios alternativos dudaría de proponerlas para nuestro país. En contraste con esta apreciación, los autores norteamericanos se muestran disconformes; le asignan una gran debilidad, por cuanto parecen dar al cliente «sólo» el derecho a ser informado sobre los sistemas alternativos, pero no el derecho a decidir si adoptar o no alguno de ellos, por aplicación de las normas que rigen la relación entre el cliente y el abogado. Sobre el alcance de esta última cuestión existen, no obstante, interpretaciones disímiles.

En opinión de Cochran Jr.<sup>35</sup>, si bien existe el riesgo de violar normas disciplinarias, mayor es el riesgo de encuadrar en causal de mala praxis en el ejercicio de la profesión.

Respecto del riesgo de incurrir en mala praxis, se

creo que los tribunales podrán fallar atribuyendo responsabilidad al abogado, sobre la base de una comparación con la jurisprudencia relativa a la responsabilidad médica. Se razona que el litigio judicial es a la responsabilidad del abogado lo mismo que la cirugía a la del médico, y en tal sentido se recuerda que los jueces, desde hace 30 años, han responsabilizado a los médicos que omiten informar al paciente acerca de las terapias alternativas que podrían evitar una cirugía<sup>36</sup>.

Se preconiza que el cliente debe conservar el control de la decisión de adoptar o no sistemas alternativos, ya que si éstos dieran resultado positivo, el caso se resolvería más rápidamente, con menos costo y mayor privacidad. Como los sistemas alternativos no son siempre y necesariamente más beneficiosos que el litigio judicial, sino que ello depende de cada caso, es el cliente quien debe tomar la decisión por ser quien en definitiva soportará los riesgos. La falta de adecuada información por parte del abogado, limitará las posibilidades de que la elección sea acertada.

Otra de las razones por la cual el abogado debe dar al cliente toda la información, dejando en sus manos la decisión, es porque aquél puede estar sujeto a conflictos de intereses que le impidan ser objetivo. El abogado puede tener interés en litigar antes que someter el caso a alguna forma alternativa de solucionarlo- sea porque no está familiarizado con esas técnicas, porque ello implicaría tener que derivar el caso a otro abogado, porque litigando obtendría más honorarios, porque se siente más cómodo litigando, etc.- y en consecuencia, su decisión podría estar condicionada por un sinnúmero de factores. El cliente debe tomar la decisión, porque es la única forma de asegurarse que la decisión es la que mejor conviene a sus intereses.

## VI. SINTESIS Y EXHORTACION FINAL

La abogacía de hoy se encuentra en un estado de crisis: la profesión carece de prestigio y reconocimiento social, la población tiene mala opinión de

<sup>33</sup> Cochran Jr., Robert F. "Must lawyers tell clients about ADR?", en *Arbitration Journal*, publicado de la American Arbitration Association, junio, 1993.

<sup>34</sup> Dauer and Mc Niell, "New Rules on ADR: professional ethics, shotguns and fish", *Colorado Lawyer* 1877, setiembre, 1992.

<sup>35</sup> Op. cit., en nota 33.

<sup>36</sup> Se cita como ejemplo el caso "Custodio vs. Bluer", 251 Cal. App. 2d 303, 59 California Repr. 463 (1967). En nuestro país puede encontrarse algún antecedente similar: C. Nac. Civ., sala I, 25/10/90, autos "Favilla, Humberto V. Piñeyro, Ricardo", el que se publica con comentario de Susana Albanese ("Relación médico paciente: el derecho a informar y el acceso a la historia clínica"), LL 1991-D-114.

los abogados, los ingresos económicos que su ejercicio provee no son -en la mayoría de los casos- un estímulo, ha perdido el encanto del que nos hablaban nuestros mayores, ha sido degradada a una tarea que en su mayor parte es rutinaria, trabajar de abogado ya no es placentero, y la cotidiana actividad tribunalicia comienza a verse como una pesada carga de cada mañana. Muchos de nosotros dudaríamos de aconsejar a nuestros hijos que sigan esta carrera.

Frente a tan desolador panorama debemos oponer una tenaz -pero inteligente- resistencia, no dejándonos sumir en el desconcierto generalizado. La situación ante la cual nos enfrentamos no admite titubeos. Debemos cambiar nuestra manera de encarar la defensa de los intereses que se nos confían, porque sólo así lograremos recuperar algo de la credibilidad pública de la profesión y de la utilidad social que creímos ver en ella<sup>37</sup>. Los ideales con los que soñamos al abrazar esta profesión no se verán cumplidos a menos que comencemos a pensar distinto y nos preparemos para afrontar los desafíos del cambio.

Es necesario que nos preparemos para operar bajo premisas diferentes; que profundicemos el estudio del tema y, en la medida en que nos conven-

zamos de su utilidad, que aconsejemos a nuestros clientes las formas posibles de solucionar un conflicto evitando recurrir a los tribunales estatales. Es necesario que «el abogado lleve a cabo de manera preferente e intensa una responsable labor de persuasión respecto de la inconveniencia de promover acciones judiciales; que es mucho más conveniente para la paz social bajar los decibeles del litigio; que a esos fines ha de encararse una nueva mentalidad de devaluación del litigio adversarial y privilegiar técnicas de solución de conflictos diferentes a la sentencia judicial»<sup>38</sup>. Con ello estaremos brindando un mejor servicio a nuestros clientes y al propio sistema estatal de administración de justicia, al que le sacaremos gran parte de la sobrecarga que lo asfixia. Pero también haremos la mejor contribución a nuestra profesión, al quitarnos el mote -despectivo, pero lamentablemente acertado- de «pleiteros».

Cobran fuerza, a modo de conclusión, las palabras de Calamandrei<sup>39</sup> cuando enseñaba que «es ésta la hora en que toda clase que no quiera ser barrida por el porvenir inminente, debe realizar sin hipocresías su examen de conciencia y preguntarse sobre qué títulos de utilidad común podrá fundar su derecho a existir mañana en una sociedad mejor que ésta».

<sup>37</sup> "Es de desear que acertemos en un esfuerzo que devuelva el sosiego y la alegría de sentirnos abogados". Morello, Augusto M., "Los abogados y las dificultades laborales", JA 1992-IV-786. Ver también, del mismo autor, "La Corte Suprema y la abogacía. Crisis y reconstrucción", LL 1993-E-1014.

<sup>38</sup> Morello, Augusto M., "El abuso del proceso y los recursos en materia civil". JA 1992-III-697.

<sup>39</sup> Calamandrei, Piero, "Demasiados abogados" ed. Ejea, 1960.

# # 1

En 1992 ARGOS S.A. - Sociedad Agente de Bolsa - se consolidó como la empresa # 1 del Perú, en este importante sector de la economía y finanzas nacionales en el que participan otras veintisiete sociedades similares.

Igualmente, en 1992 ARGOS S.A. fue líder en privatización a través de la efectiva intermediación que ejerció en la adquisición de importantes paquetes accionarios de empresas estatales, en la Bolsa de Valores de Lima.

Ambos hechos, sumados a la indeclinable decisión de prestar el mejor servicio, nos consolida como líderes en esta actividad. Y todo ello fue posible merced a la confianza del público, a las medidas económicas que estimulan la actividad bursátil, y al decidido concurso de todos y cada uno de nuestros funcionarios y empleados.

Mención aparte y específica merecen cada uno de nuestros Clientes, quienes al depositar en nosotros su confianza han hecho posible que seamos # 1.

**A todos, muchas gracias!**

**Seguimos trabajando con fe en el futuro del Perú.**

**A ARGOS S.A.**  
SOCIEDAD AGENTE DE BOLSA

**Somos un Nombre de Capital Importancia Para Usted**

# EL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO EN LA CONSTITUCION DE 1993 \*

Jorge Toyama Miyagusuku  
Profesor Adjunto de Derecho Laboral  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Asistente de Docencia de Derecho Laboral  
Universidad de Lima

El presente artículo pretende abordar los temas más importantes y controvertidos que se han generado sobre el convenio colectivo de trabajo -en adelante CCT-, a raíz de la dación de la Constitución de 1993.

El estudio del CCT, producto normativo natural de la autonomía colectiva, será abordado desde una perspectiva doctrinaria y dogmática, sin dejar de tener en consideración los debates registrados tanto en la Comisión de Constitución y de Reglamento como en el Plenario del Congreso Constituyente y Democrático que elaboraron la Constitución Política de 1993.

Primero, analizaremos el carácter normativo del CCT y la inclusión de éste en el sistema de fuentes estatal; posteriormente, el nivel jerárquico que ocupa el CCT en dicho sistema formal de fuentes y; finalmente, la vigencia temporal del CCT en el plano constitucional. Asimismo, a lo largo del artículo, en cada tema, no dejaremos de comparar las Constituciones de 1979 y 1993.

Obsérvese que no describiremos la naturaleza jurídica del CCT. Consideramos el tema agotado con la famosa frase de Carnelutti -el CCT es un «híbrido con alma de ley y cuerpo de contrato»-. Las teorías que afirmaban la naturaleza exclusivamente contractual del CCT han quedado superadas; hoy, se reconoce en la legislación y doctrina, que el CCT no tiene una naturaleza únicamente contractual.

*La Constitución de 1993 incorpora una serie de modificaciones en relación a su antecesora. Estos cambios son particularmente notorios en materia laboral. La regulación constitucional del convenio colectivo de trabajo es el tema desarrollado en el presente artículo desde una perspectiva doctrinaria y dogmática, teniendo en cuenta además los debates surgidos al interior del Congreso Constituyente Democrático. El doctor Toyama no se detiene en dilucidar la naturaleza jurídica del convenio colectivo de trabajo, ya que principalmente pretende entregarnos alternativas de solución a los problemas de la vigencia temporal y la ubicación en el sistema de fuentes de derecho de este figura jurídica. Especial interés reviste el problema de la aplicación de los artículos 62 y 103 de la Constitución a los convenios colectivos; ante esta interrogante, la respuesta del autor es clara: los mencionados artículos no son aplicables a los convenios colectivos de trabajo.*

\* Nuestro agradecimiento a Félix Morales Luna, César Uyeyama Shibata y Lydia Yupanqui Godo por la colaboración prestada en la elaboración del presente artículo.

## 1 EL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO: FUENTE DE DERECHO

Por fuente del Derecho entendemos, siguiendo lo expuesto por Pizzoruso<sup>1</sup>, al conjunto de actos o hechos que en un determinado ordenamiento dan lugar a una norma, en virtud de otras normas sobre producción jurídica. De lo dicho, se derivan tres elementos necesarios para la producción de una norma: a) poder normativo, b) acto o hecho normativo y c) el procedimiento de elaboración de la norma.

Por el primero, entendemos, tomando la expresión de Entrena<sup>2</sup>, al conjunto de hechos o actos que producen consecuencias jurídicas «generales, abstractas, impersonales y de permanente fuerza vinculante». Son las llamadas fuentes en sentido propio, es decir, el poder social que alumbró la norma.

El segundo elemento, el acto normativo o fuente en sentido traslativo, es la exteriorización del primero, siendo una fuente de derecho objetivo. Es, propiamente, la norma jurídica.

Por último, Rubio<sup>3</sup> desarrolla el concepto de procedimiento de elaboración de una norma: «fuente formal del Derecho es aquel procedimiento a través del cual se produce, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del Derecho».

En el plano laboral, la fuente en sentido traslativo por excelencia es el CCT y los agentes colectivos laborales se constituyen en fuente en sentido propio. La Constitución de 1979, en su artículo 54, otorgaba a los sujetos colectivos la posibilidad de crear un CCT para regir sus relaciones de trabajo

(fuente en sentido propio); al mismo tiempo, conferiría rango normativo al CCT («fuerza de ley»), siendo, entonces, una norma en sentido traslativo.

La Constitución de 1993 señala que los sujetos colectivos pueden celebrar un CCT con «fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado» (numeral 2 del artículo 28). Antes de ello, el propio artículo constitucional reconoce al derecho de negociación colectiva -en adelante NEC-, debiendo el Estado, incluso, fomentarlo.

De esta forma, el poder normativo de los agentes laborales tiene su base en la propia Constitución<sup>4</sup> e, incluso, se precisa que el Estado sólo fomentará este poder normativo y, por esto, siguiendo a Alonso Olea<sup>5</sup>, podemos decir que el reconocimiento estatal del derecho a la NEC importa, automáticamente, la atribución a los sujetos colectivos de crear normas jurídicas.

Veamos ahora los argumentos esbozados por los constituyentes de 1993; para ello, utilizaremos el Diario de los Debates del Congreso Constituyente y Democrático -en adelante CCD- de la Constitución Política de 1993. Tanto en la Comisión de Constitución y de Reglamento como en el Plenario del CCD, prácticamente, existió consenso en admitir el carácter normativo del CCT pero variar la frase de la Constitución anterior.

En efecto, en la Comisión de Constitución y de Reglamento del CCD<sup>6</sup> se señaló que el CCT debía tener «fuerza vinculante» -aunque hubo una propuesta minoritaria para introducir la frase «carácter normativo»- porque no sólo regía para las partes firmantes del mismo. Las razones que emitieron los congresistas para cambiar el término de la Constitución de 1979 -«fuerza de ley»- fue por-

<sup>1</sup> Cfr. PIZZORUSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. T.II. Madrid, 1984. p. 144. Además, puede consultarse PREDIERI, Alberto. "El sistema de fuentes del Derecho". En: *La Constitución española de 1978*. Civitas. Madrid, 1984. p. 169.

<sup>2</sup> Cfr. ENTRENA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Tecnos. Madrid, 1986. p. 155.

<sup>3</sup> Cfr. RUBIO, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993. p. 117.

<sup>4</sup> Dada la genérica fórmula constitucional, sería válida la celebración de un CCT atípico o extra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Sobre este tema, puede verse nuestro trabajo "El control de la legalidad de los convenios colectivos de trabajo". Tesis presentada para obtener el Título Profesional de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994. p. 309 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. ALONSO OLEA, Manuel. *Las fuentes del Derecho del Trabajo*. Civitas. Madrid, 1990. p. 121.

<sup>6</sup> Cfr. Actas de las Sesiones de la Comisión de Constitución y de Reglamento de la Constitución Política de 1993. Publicación Oficial, Dirección del Diario de los Debates del CCD. Lima, s/f. p. 118. Más concretamente, puede verse el debate suscitado sobre este tema en la Versión Preliminar (No Oficial) de la Sesión 32 A de 23 de marzo de 1993 de la Comisión de Constitución y de Reglamento del CCD.

que algunos laboristas interpretaron que dicha expresión permitía que el CCT sólo podía modificarse por una ley emitida por el Congreso.

En el Plenario del CCD, el dispositivo constitucional que comentamos fue aprobado -en la Sesión 29 E de 8 de julio de 1993-, sin registrarse mayor discusión, por 48 votos a favor y 20 en contra -en puridad, se aprobaron conjuntamente, a diferencia de lo ocurrido en la Comisión de Constitución y de Reglamento del CCD, en una sola votación, los tres incisos del actual artículo 28 de la Constitución-<sup>7</sup>.

Finalmente, por un lado, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocen la libertad sindical -dentro de ella a la NEC- como derecho inherente a la persona humana y, por otro lado, del artículo 4 del Convenio OIT N° 98 (ratificado por la Resolución Ministerial N° 14712) se desprende que el CCT es un acuerdo entre empleador y trabajadores de aplicación ilimitada; lo expuesto es suficiente para reconocer al CCT la calidad de fuente de Derecho originaria<sup>8</sup>. En consecuencia, aun cuando la Constitución no reconociese expresamente al derecho de NEC, los sujetos colectivos tendrían asegurada su condición de fuente en sentido propio.

Así, y haciendo nuestra la frase de Messineo<sup>9</sup>, el CCT adquiere la calidad de «verdadera y propia fuente de derecho», teniendo las siguientes características:

a) Es, en palabras de Alonso Olea<sup>10</sup>, un derecho objetivo. El CCT crea un haz de derechos y obligaciones que se caracterizan por ser generales, impersonales y abstractos dentro de su ámbito de aplicación.

b) Es una norma de aplicación automática. De acuerdo a lo descrito por Pasco Cosmópolis<sup>11</sup>, el CCT no requiere de mayor formalidad que retrase su aplicación.

c) No se permite la derogación *in peius* por la autonomía individual. En otras palabras, el CCT es una norma de inderogabilidad relativa, sólo superado «mejorativamente». El CCT es un medio para alcanzar beneficios pero nada obsta para que éstos se superen por convenios individuales (*in meius*).

d) Son normas de aplicación obligatoria. El CCT, al ser una norma jurídica, tiene carácter imperativo, esto es, los agentes laborales se encuentran obligados a aplicar todas las cláusulas del CCT e, incluso, se genera responsabilidad en caso contrario<sup>12</sup>.

En el Decreto Ley N° 25593 de 26 de junio de 1992, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo -en adelante LRCT-, encontramos estos rasgos. Ciertamente, basta con la declaración constitucional para asegurar al CCT con las características anotadas; sin embargo, la inclusión de mecanismos como la inderogabilidad, obligatoriedad, etc. fortalecen el carácter normativo del CCT. Así las cosas, el artículo 42 de la LRCT precisa que el CCT «obliga a éstas (las partes que adoptaron el CCT), a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable».

De otro lado, tenemos lo expresado en el inciso a) del artículo 43 de la LRCT referido a la aplicación automática del CCT a los contratos individuales de trabajo, no permitiéndose alguna estipulación menor a la establecida en aquél. La norma indica que «los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquél -el CCT- y no podrán

<sup>7</sup> Cfr. Actas de las Sesiones del Plenario de la Constitución Política de 1993. Publicación Oficial, Dirección del Diario de los Debates del CCD. Lima, s/f. p. 61.

<sup>8</sup> Cfr. SARTHOU, Helios. "Autonomía colectiva y Estado en el campo de su contradicción". En: *X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. t. II. Montevideo, 1989. p. 86 y BOZA PRO, Guillermo. "Contenido negocial, titularidad del derecho de huelga y deber de paz en el ordenamiento laboral peruano". En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, mayo de 1993. p. 19.

<sup>9</sup> Cfr. MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Ed. Jurídicas. Buenos Aires, 1986. p. 437.

<sup>10</sup> Cfr. ALONSO OLEA, Manuel. *Op. Cit.* p. 121.

<sup>11</sup> Cfr. PASCO COSMOPOLIS, Mario. "Convenio colectivo y economía nacional". En: *Debate Laboral* N° 02. San José, 1988. p. 131.

<sup>12</sup> Cfr. PALOMEQUE, Manuel. *Derecho Sindical*. Tecnos. Madrid, 1991. p. 718 ss. y BIDART, Germán. "El convenio colectivo en la teoría de fuentes del Derecho". En: *AA.VV. Derecho Colectivo Laboral*. Depalma. Buenos Aires, 1973. p. 72 ss.

contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador».

Entonces, estamos ante una verdadera norma jurídica que coexiste con las normas producidas por el Estado. Al estar reconocida en la Constitución, se produce, en términos de lo señalado por la doctrina, un «pluralismo jurídico»<sup>13</sup>; es decir, una situación particular donde no sólo el Estado puede crear normas cogentes, también se confiere a los agentes privados la posibilidad de autonormar sus relaciones y crear normas jurídicas.

Ahora bien, la coexistencia de dos fuentes del Derecho: autónoma (sujetos colectivos) y heterónoma (Estado) no es pacífica. En los casos de conflicto, deberán prevalecer las normas estatales pues representan intereses generales que deben primar sobre lo dispuesto en el CCT. Lo expuesto es resumido en forma clara por García-Perrote<sup>14</sup>:

«Reconocer y admitir aquel carácter prevalente, autónomo y de emancipación del convenio colectivo respecto de la norma estatal, sería tanto como situar el poder normativo del Estado en un plano secundario y subordinado en relación con el poder normativo de representantes de los trabajadores y empresarios, lo que resulta a todas luces inconcebible (...), pues supondría desconocer la voluntad política que éste expresa e ignorar los intereses generales y sociales que el Estado atiende, intereses que, con carácter general, han de prevalecer sobre aquellos otros más específicos».

Por último, conviene analizar los alcances de la consideración del CCT, como norma jurídica, en las distintas cláusulas del mismo. Para un sector de la doctrina, sólo las cláusulas normativas tendrían el carácter de fuente del Derecho; por ejemplo, Montoya<sup>15</sup> precisa que las cláusulas normati-

vas son las únicas que despliegan virtualidad jurídica normativa, en tanto que las obligacionales sólo entre los sujetos pactantes.

Otro sector de la doctrina indica que todo el CCT tiene carácter normativo. El CCT es, sostiene Krotoschin<sup>16</sup>, una «unidad inescindible» que no puede resistir una división en relación a su eficacia jurídica.

Nosotros coincidimos con lo expresado por la primera de las posiciones. El CCT es una norma jurídica y contrato a la vez. No puede negarse la existencia de diferentes tipos de cláusulas al interior del CCT y por esto pueden distinguirse dos efectos: uno contractual y otro normativo<sup>17</sup>. Evidentemente, la característica más relevante del CCT es su naturaleza normativa pero ello no implica que estos efectos «normativicen» la parte contractual del mismo.

## 2. INCLUSION DEL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO EN EL SISTEMA DE FUENTES

El estudio acerca de los modelos de NEC requiere, de acuerdo a lo expresado por Valdés, la confluencia de tres elementos: procedimiento, sistema y estructura. En atención al procedimiento, se analiza «la configuración de la negociación colectiva como cauce social de relaciones sociales»; en relación al sistema, se distingue al «conjunto de reglas de acción y reorganización de quienes negocian sobre el procedimiento»; y, finalmente, la estructura comprende el «conjunto de acuerdos alcanzados dentro de determinado ámbito funcional o territorial»<sup>18</sup>.

Ahora, desde la perspectiva del procedimiento, se distinguen dos tendencias: de integración y de di-

<sup>13</sup> Cfr. NEVES MUJICA, Javier. *Las reglas constitucionales para la aplicación de la normativa laboral*. Programa Laboral DESCO. Lima, 1990. p. 9 y ss.

<sup>14</sup> Cfr. GARCIA-FERROTE, Ignacio. *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. MTSS, Madrid, 1987. p. 145.

<sup>15</sup> Cfr. MONTOYA, Alfredo. "El Contenido de los convenios colectivos". En: *Relaciones Laborales* N° 6. Madrid, 1988. p. 9.

<sup>16</sup> Cfr. KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. T.II. Depalma. Buenos Aires, 1981. p. 115.

<sup>17</sup> Sobre este tema, la sentencia recaída en el Expediente No. 428-94 de fecha 27 de octubre de 1994, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Piura, dispone que el CCT -al amparo el artículo 54 y 28 de las Constituciones de 1979 y 1993, respectivamente-, es una norma y contrato a la vez.

<sup>18</sup> Cfr. VALDES, Fernando. *Curso sobre negociación colectiva* (Preparado por NEVES MUJICA, Javier). Documento elaborado en función a las charlas dictadas por el referido laboralista español en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1991. p. 13.

ferenciación. En la primera, el CCT se incorpora al sistema formal y material de fuentes estatal; en la segunda, el CCT no se integra al sistema de fuentes.

La mayor parte de la doctrina coincide en incluir al CCT dentro de la jerarquía de la normativa estatal. Empero, hay quienes afirman que el CCT tiene una especial naturaleza (distinta de las normas jurídicas de origen estatal) por la forma como se origina, por su contenido, estructura y por la eficacia del mismo; es pues, en palabras de Ermida Uriarte<sup>19</sup>, una norma «extraetática»: dentro de una concepción «autonomista» de las relaciones colectivas de trabajo, el carácter no estatal del CCT es una consecuencia lógica de esta concepción.

La mayoría de los estudiosos del Derecho Laboral otorga naturaleza normativa al CCT, considerándolo dentro de la estructura jerárquica de la normativa estatal<sup>20</sup>. Incluso, en el Derecho Constitucional, se reconoce que el CCT es una norma jurídica que, en términos de Biscaretti<sup>21</sup>, se «incardina» en el sistema de fuentes:

«Esa potestad contractual -del derecho a la negociación colectiva- es, al mismo tiempo, fuente de normas jurídicas (con eficacia reglamentaria) constitutivas del ordenamiento estatal».

Si bien el CCT no tiene las características de las fuentes en sentido propio estatales, genera los mismos efectos que estas últimos. Las normas estatales y autónomas gozan de un reconocimiento a nivel constitucional, tienen eficacia jurídica general, impersonal, abstracta y con carácter vinculante; no hay pues, en este sentido, diferencia alguna.

En consecuencia, creemos que puede incluirse al CCT en el sistema de fuentes. A continuación, intentaremos describir la jerarquía que tiene el CCT en el sistema de fuentes estatal.

### 3. JERARQUIA DEL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO EN EL SISTEMA DE FUENTES

Determinada la naturaleza normativa del CCT y la integración de éste en el sistema formal de fuentes, ¿qué rango jerárquico tiene en nuestra pirámide jurídica?

Para responder a esta interrogante tenemos que realizar una distinción en razón a lo dispuesto en las Constituciones de 1979 y 1993, y en la LRCT.

#### 3.1. Constitución de 1979

El artículo 54 de la Constitución de 1979 señalaba que el CCT tenía «fuerza de ley para las partes». Mucho se ha escrito sobre el particular. Casi unánimemente la doctrina nacional coincidió en ubicar al CCT dentro del nivel primario de la jerarquía de normas<sup>22</sup>. La declaración de la Constitución representaba un precepto jurídico que, por la denominación otorgada a sus efectos, se constituía en una norma de nivel primario.

En efecto, al igual que las demás normas que se encontraban en este nivel (ley, decreto legislativo, tratados internacionales, etc.), la determinación jerárquica provenía de la Constitución. La Constitución empleaba el término «fuerza de ley» y, con ello, le atribuyó un nivel jerárquico al CCT: primario. Si bien el término «fuerza de ley» es complejo [como dice Rubio<sup>23</sup>, es un «metaconcepto»], la determinación del nivel primario, resultaba, como sostiene Herrera Vásquez<sup>24</sup>, de una interpretación

<sup>19</sup> Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar. "Estructura y contenido del convenio colectivo". En: AAVV. *Derecho Colectivo. Materiales de Enseñanza*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990. p. 221. Además, en conversaciones sostenidas con el profesor ERMIDA URIARTE, éste nos indicó que, entre otros, el italiano Umberto ROGMANOLI y el brasileño Arion SAYAO, también indican que el CCT no puede ser incluido dentro de la pirámide normativa de Kelsen.

<sup>20</sup> Dos estudios sobre el particular, y que contienen abundante bibliografía sobre esta posición, pueden encontrarse en GARCIA-PERROTE, Ignacio. Op. Cit. y SALA, Tomás. *La negociación colectiva y los convenios colectivos*. Deustua. Bilbao, 1990. p. 25.

<sup>21</sup> Cfr. BISCARETTI, Paolo. *Derecho Constitucional*. Madrid, 1984. p. 710.

<sup>22</sup> Por todos, Véase BOZA PRO, Guillermo. "Negociación y convención colectiva". En: AAVV. *Trabajo y Constitución* (Director: Javier Neves Mujica). Lima, 1989. p. 233.

<sup>23</sup> Cfr. RUBIO, Francisco. "Rango de ley, fuerza de ley y valor de ley". En: *Revista de la Administración Pública*. N°s 100-102. Madrid, 1983. p. 143.

<sup>24</sup> Cfr. HERRERA VASQUEZ, Ricardo. "Algunas reflexiones acerca de la interpretación del convenio colectivo". En: THEMIS - *Revista de Derecho* N° 23. Lima, 1992. p. 27.

sistemática de la Constitución: se empleaba el término «fuerza de ley» para designar al decreto legislativo y reglamento del congreso y de las cámaras de senadores y diputados (inciso 10 del artículo 211 y artículo 177 de la Constitución de 1979, respectivamente).

El poder normativo contenido en el artículo 54 de la Constitución no constituía uno de nivel inferior al primario. Los agentes sociales tenían igual potestad normativa que los órganos que expedían normas de nivel primario por cuanto, como se ha dicho, tenían por fuente la Constitución.

### 3.2. Constitución de 1993 y Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

La Constitución de 1993 no confiere ningún nivel jerárquico al CCT en el sistema de fuentes. El numeral 2 del artículo 28 precisa que «La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado».

Antes de la promulgación de la Constitución de 1993, se emitió la LRCT que no empleaba el mismo término de la Constitución anterior para referirse a los efectos del CCT. En efecto, el artículo 42 de la citada norma menciona que:

«La convención colectiva tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza».

La LRCT ha utilizado el mismo término que el artículo 37.1 de la Constitución de España de 1978 y con ello ingresamos al rico debate generado en la doctrina española sobre el significado de «fuerza vinculante».

¿Varió la ubicación jerárquica del CCT con la LRCT? Definitivamente no. El nivel jerárquico del CCT se encontraba asegurado por la Constitución de 1979 (la «fuerza de ley» del CCT) y ello no po-

día ser transgredido por una norma de nivel primario. Así, durante la vigencia de la Constitución de 1979, el CCT mantuvo su ubicación en el sistema de fuentes.

Entonces, tanto la LRCT como la Constitución de 1993 adoptan la misma fórmula. ¿Qué quiere decir «fuerza vinculante»? ¿Hay alguna consecuencia jurídica por utilizar un término distinto al contenido en la Constitución de 1979?

Un primer punto puede ser el desarrollo del artículo 42 de la LRCT por el Decreto Supremo N°011-92-TR de 14 de octubre de 1992, Reglamento de la LRCT. El artículo 28 del Reglamento de la LRCT indica que «fuerza vinculante» implica que, en el CCT, «las partes podrán establecer el alcance, las limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden con arreglo a ley». Una lectura del dispositivo permite apreciar que el desarrollo normativo del Reglamento de la LRCT no ha sido feliz.

Efectivamente, la disposición del Reglamento de la LRCT confunde eficacia normativa del CCT con la eficacia general o limitada del mismo. La descripción contenida denota las características propias de un CCT respecto a su eficacia general o limitada, de acuerdo a lo señalado por los agentes laborales<sup>25</sup>. Entonces, el artículo 28 no nos sirve para determinar el nivel normativo que goza un CCT ni siquiera su naturaleza normativa.

Recogiendo los aspectos más trascendentes del debate suscitado en España sobre este tema, unos consideran que la fórmula refleja la eficacia normativa del CCT -Rivero, Rodríguez Sañudo, Valdés, Sala Franco, Alvarez Algolla, etc.-, es decir, se plasma la fuerza normativa del CCT. Otros indican que la expresión «fuerza vinculante» es un plus que se estableció para garantizar la NEC: Alonso Olea, Borrajo, Martínez Emperador, Ojeda, etc.<sup>26</sup>.

Sobre la expresión «fuerza vinculante», Kelsen<sup>27</sup> describe lo siguiente: «El mandato es vinculante no porque el individuo que ordena tenga un poder efectivamente superior, sino porque está dota-

<sup>25</sup> Sobre este tema puede verse AAVV. *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*. Consultores Jurídicos Asociados S.A. Lima, 1993. p. 91.

<sup>26</sup> Al respecto, pueden verse PALOMEQUE, Manuel & ALVAREZ, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Madrid, 1993. p. 193 y ss. y; VALDES, Fernando. «La negociación colectiva en la Constitución». En: *Revista de Política Social*. Madrid, 1979. No. 121. p. 496 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. UNAM Méjico, 1979. p. 31.

do del poder de emanar mandatos de naturaleza vinculante. Están autorizados y dotados del poder sólo si un ordenamiento normativo, que se supone vinculante, les confiere aquella facultad, esto es, la competencia para emitir mandatos vinculantes».

De otro lado, resulta ilustrativa la definición de García-Perrote<sup>28</sup> sobre el término «fuerza vinculante»: «La expresión fuerza vinculante implica la eficacia normativa e inderogable del convenio colectivo, o si se prefiere la eficacia real: (efecto automático y efecto imperativo), sobre las relaciones individuales de trabajo incluidas en el ámbito de aplicación del mismo».

La doctrina nacional también sigue esta corriente interpretativa. Así, por ejemplo, en relación a la «fuerza vinculante» del CCT, Blancas Bustamante y Boza Pro<sup>29</sup> precisan que este término implica reconocer al CCT la calidad de «fuente del Derecho del Trabajo».

De esta forma, no cabe duda que la expresión «fuerza vinculante» denota el carácter normativo del CCT. No estamos ante un «plus» -el mismo argumento fue usado inicialmente por Pasco Cosmópolis<sup>30</sup> al analizar el término «fuerza de ley» de la Constitución de 1979 como innecesario-. La expresión «fuerza vinculante» trae consigo el carácter aplicativo inmediato del CCT sobre las relaciones laborales y la irradiación obligatoria del CCT dentro de su ámbito de aplicación; es decir, el reconocimiento como instrumento normativo o fuente jurídica *sui generis* al CCT.

El problema se presenta en la determinación del nivel jerárquico que tiene el CCT, entendido como norma con «fuerza vinculante». Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Español indicó en una sentencia del año 1988 que «el convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se

inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos a nuestra Constitución»<sup>31</sup>.

Los efectos del CCT siguen siendo generales, objetivos, inmediatos y obligatorios. En la Constitución de 1979 se hablaba de «fuerza de ley», es decir, existía una equiparación entre el CCT y la ley, dotadas ambas de similar eficacia, existiendo una preeminencia de la ley en lo concerniente a la promoción de la NEC y la solución de los conflictos colectivos. Este mismo análisis no puede trasladarse fácilmente a la fórmula contenida en la Constitución de 1993 («fuerza vinculante»).

Creemos sumamente temeraria la afirmación de García Toma<sup>32</sup>, quien ubica al CCT en el rango equivalente a, lo que él denomina, «normas de interés de las partes». Según este autor, el CCT se ubica en el mismo nivel jerárquico que las ejecutorias supremas, las resoluciones del Tribunal Constitucional, los acuerdos de Sala Plena de los órganos jurisdiccionales, etc. y debajo de las normas típicas que emana el Poder Ejecutivo (decretos supremos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, etc.). El CCT, definitivamente, no se encuentra en este nivel jerárquico: no pueden estar, en el mismo nivel, una sentencia de una Sala de la Corte Suprema de la República y un CCT.

Ciertamente no hay ninguna norma que señale el nivel jerárquico del CCT. No puede tener rango de ley porque las fuentes primarias de un Estado sólo se mencionan en la Constitución, que es el instrumento a través del cual se construye la estructura normativa en cualquier Estado. Empero, sería válido -sin que ello implique una transgresión a la Constitución- que una ley ubique al CCT en el rango equivalente al decreto supremo o en el nivel terciario -ubicación natural de las normas autónomas-.

<sup>28</sup> Cfr. GARCIA-PERROTE, Ignacio. Op. Cit. p. 127.

<sup>29</sup> Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Las normas laborales en el proyecto de nueva Constitución". En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, octubre de 1993. p. 10. y BOZA PRO, Guillermo. "Contenido negocial, titularidad del derecho de huelga y deber de paz en el ordenamiento peruano". En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, julio de 1993. p. 29.

<sup>30</sup> Cfr. PASCO COSMOPOLIS, Mario. "El tema del trabajo y la nueva Constitución". En: *La nueva Constitución y su aplicación legal*. Lima, 1980. pp. 89-90.

<sup>31</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 177/1988 de 10-10, 4. En: PALOMEQUE, Manuel. Op. Cit. "Derecho..". p. 306.

<sup>32</sup> Cfr. GARCIA TOMA, Victor. "La jerarquía de las normas en el Proyecto de Constitución". En: *Revista del Foro*. Año LXXXI. Colegio de Abogados de Lima. Lima, 1993. p. 19 y ss.

En resumidas cuentas, el CCT no está en el nivel primario. Pero, siguiendo a Rubio<sup>33</sup>, el CCT puede ubicarse dentro de cualquier nivel inferior al de la ley<sup>34</sup>.

Lo expuesto precedentemente, ¿perjudica a la autonomía colectiva? ¿Puede una ley establecer restricciones al CCT, dado que, jerárquicamente, se encuentra por encima de aquél?

Indudablemente, el CCT debe sujetarse a ciertos parámetros establecidos en la Constitución e, incluso, en la ley. El poder normativo estatal, necesariamente, debe primar sobre el poder normativo de que gozan los agentes laborales. No cabe una superposición del CCT sobre la potestad normativa inherente al Estado.

Sin embargo, la intervención estatal debe ser esporádica, indispensable y reducida a lo necesario; no cabe una intervención reglamentarista o estableciendo serios y permanentes límites intrínsecos (definiendo por ejemplo, los conceptos que puede contener el CCT, como lo hacía el Decreto Supremo N° 006-71-TR de 29 de noviembre de 1971) o extrínsecos (verbigracia, las prohibiciones sobre la inclusión de cláusulas de indexación en un CCT, de acuerdo al Decreto Legislativo N° 757 de 8 de noviembre de 1991). Estos mismos límites eran los fijados en la Constitución de 1979.

En relación a este tema, el Tribunal Constitucional Español ha resuelto lo siguiente:

«La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones y, en otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, también otros bienes constitucionalmente protegidos» (Sentencia del 08.04.81 del Tribunal Constitucional Español).

Así pues, debería existir un límite a la autonomía colectiva. Este límite debe ser, siguiendo a Sala y Albiol<sup>35</sup>, el respeto a aquellos «derechos o valores protegidos por la Constitución con igual o superior intensidad que el derecho a la negociación colectiva sea en su formulación constitucional o en la formulación de leyes sociales que los concretan».

De esta forma, aun cuando la Constitución de 1993 ya no establezca el nivel primario al CCT, la ley debe reconocer, respetar y fomentar la autonomía colectiva. No hay pues, una reducción de la capacidad negocial de los sujetos colectivos y/o un aumento del poder normativo estatal.

La autonomía colectiva se encuentra garantizada por la propia Constitución que emplea los mismos términos que el Convenio OIT N° 98 («fomentar» la NEC). Basta el reconocimiento de la autonomía colectiva para que los sujetos colectivos tengan el derecho a negociar y celebrar acuerdos, los mismos que el Estado deberá respetar y fomentar. Como sostiene Neves Mujica<sup>36</sup>:

«Ahora que tal fuerza de ley se ha reemplazado por el carácter vinculante, por tanto, tal sustento podría desaparecer, lo que nos parecería una grave equivocación. El verdadero fundamento está en el derecho a la negociación colectiva que el Estado debe garantizar o fomentar y no en el carácter normativo del convenio colectivo y menos en su rango, puesto que el primero permite impugnar todas las normas estatales limitativas de la autonomía colectiva y el segundo sólo las que afectan convenios colectivos ya celebrados».

#### 4. VIGENCIA TEMPORAL DEL CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO

Sobre la vigencia temporal del CCT en la Constitución de 1993, existen dos puntos importantes que deben analizarse: primero, apreciar los alcances del artículo 62 -que consagra el principio de

<sup>33</sup> Cfr. RUBIO, Marcial. Op. Cit. p. 140 y ss.

<sup>34</sup> En relación a la ubicación jerárquica del CCT, la doctrina constitucional ubica al CCT, indistintamente, en los niveles secundario o terciario. Al respecto, se pueden consultar PIZZORUSO, Alessandro. Op. Cit. p. 382 y ss. y BISCARETTI, Paolo. Op. Cit. p. 163.

<sup>35</sup> Cfr. SALA, Tomás & ALBIOL, Ignacio. *Derecho Sindical*. Valencia, 1989. p. 166.

<sup>36</sup> Cfr. NEVES MUJICA, Javier. "La negociación colectiva y el convenio colectivo en las constituciones de 1979 y 1993". En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, enero de 1994. p. 29. Además, puede verse DOLORIER TORRES, Javier. *Limitaciones al contenido salarial de la negociación colectiva. Fundamentos, requisitos y constitucionalidad*. Benites, Mercado & Ugaz, Abogados. Lima, 1994.

intangibilidad de los contratos- y, segundo, del artículo 103 -que prohíbe la retroactividad de normas laborales-.

#### 4.1. El artículo 62 y la vigencia del convenio colectivo de trabajo

El artículo 62 de la Constitución dispone lo siguiente:

«La libertad contractual garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase» (el subrayado es nuestro).

Tanto en la Comisión de Constitución y de Reglamento<sup>37</sup> como en el Plenario del CCD<sup>38</sup> este tema mereció de encontrados dictámenes y debates -incluso, hubo hasta dos ruedas en la Comisión de Constitución y de Reglamento- por la admisión o no de una intervención estatal en los contratos; finalmente, el artículo fue aprobado en el Plenario del CCD por 56 votos a favor y 9 en contra<sup>39</sup>.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo constitucional bajo comentario, los contratos no podrán ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier naturaleza. La norma consagra la conocida teoría de los derechos adquiridos o el principio de intangibilidad de los contratos que implica, como precisa Herrera Vásquez<sup>40</sup>, la «ultraactividad de la norma bajo la cual se configuraron aquéllos (los contratos)». Es decir, los derechos y obligaciones contractuales son inmutables, aun frente a normas de orden público.

Debemos advertir que el artículo 62 de la Constitución de 1993 no recoge el principio de condición más beneficiosa. Este principio supone la conservación de un beneficio contractual -originado en un primer acto no normativo- ante una sucesión peyorativa, sólo si el segundo acto prevé un beneficio menor al establecido por el primero<sup>41</sup>.

Sobre las consecuencias de la aplicación de esta norma, hay dos posiciones. Para De la Puente y La Valle<sup>42</sup>, el artículo 62 de la Constitución «constituye un rezago del liberalismo, incompatible con la moderna orientación que reconoce la función social del contrato».

De otro lado, para Olaechea<sup>43</sup>, la referida disposición busca «asegurar la libertad individual» y «es acertado y debe mantenerse, sino peligra el propósito de cambio del régimen económico y social del país para darle estabilidad y seguridad necesarias (a los contratos)». Esta última posición es compartida por los economistas Boloña Behr y González Izquierdo<sup>44</sup>.

Nosotros respaldamos la primera de las posiciones. El artículo 62 representaría un serio retroceso en la evolución jurídica del país. El referido dispositivo «congela» los términos contractuales, desconociendo la realidad económica y social. Todo contrato no sólo está sometido a un orden público al momento de su celebración, sino durante toda su existencia, más aún teniendo en consideración, como bien apunta Stiglitz<sup>45</sup>, que el orden público varía de acuerdo a las circunstancias que rodean determinadas coyunturas.

Ciertamente, se quiere brindar una seguridad ju-

<sup>37</sup> Cfr. Op. Cit. "Actas de las Sesiones de la Comisión...". p. 204.

<sup>38</sup> Cfr. Op. Cit. "Actas de las Sesiones del Plenario...". p. 103.

<sup>39</sup> La versión original que se aprobó en la Sesión 29 LI de 15 de julio de 1993 señalaba lo siguiente: "No pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales". En: Loc. Cit. "Actas de las Sesiones del Plenario...".

<sup>40</sup> Cfr. HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. "La Constitución no contempla la retroactividad de normas laborales". En: Diario *Gestión* de 8 de octubre de 1993. p. 19.

<sup>41</sup> Al respecto, HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo anota que el artículo 62 es "una referencia indirecta, accidentada de la condición más beneficiosa". La cita puede encontrarse en "La fuerza vinculante del convenio colectivo en la Ley de Trabajo (III)". En: Diario *Gestión* de 11 de marzo de 1994, p. 14.

<sup>42</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La libertad de contratar". En: Diario *El Comercio* de 21 de julio de 1993. p. A-2.

<sup>43</sup> Cfr. OLAECHEA, Manuel. "La libertad de contratar". En: Diario *El Comercio* de 4 de agosto de 1993. p. A-2.

<sup>44</sup> Cfr. BOLOÑA BEHR, Carlos. *Cambio de rumbo*. Lima, 1993. p. 144 y ss. y GONZÁLEZ IZQUIERDO, Jorge. «Entrevista sobre el modelo económico en la constitución de 1993». En: Revista *Ius Et Veritas* No. 7. Lima, 1993. p. 208.

<sup>45</sup> Cfr. STIGLITZ, Rubén. *La autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Depalma. Bs.As., 1992. p. 47.

rídica a los contratantes pero hay que tener presente que existe un bien mayor por tutelar: el orden público. La Constitución hace primar el bien individual sobre el público a tal punto que, aun cuando se emitiese una ley favorable a los contratantes, éstos no podrían incorporarla al contrato celebrado.

De esta manera, el artículo 62 de la Constitución debería merecer una urgente modificación. El equilibrio necesario entre la voluntad individual y los intereses del Estado y sociedad debe lograrse a través de una modificación que incluya la sujeción de los contratos a las normas de orden público, tal como lo establecía el tercer párrafo del artículo 131 de la Constitución de 1979 al precisar que el ejercicio de la libertad de comercio e industria no podía ser contrario «al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública».

¿Se aplica el artículo 62 a la autonomía colectiva? Para responder esta interrogante, tenemos que dividir el desarrollo de la respuesta en dos ítems: el CCT como sujeto -estamos en la consecuencia del precepto constitucional, el CCT actúa modificando una relación jurídica- y objeto -nos encontramos en el supuesto o hipótesis del mandato constitucional, el CCT es modificado por otra norma de modificación.

El primer supuesto se contrae a lo siguiente: si el CCT puede alterar las relaciones contractuales individuales, esto es, dentro del ámbito de aplicación activa del referido dispositivo constitucional; el segundo, comprende el siguiente caso: si el CCT puede ser modificado por normas heterónomas, es decir, dentro el ámbito de aplicación pasiva del referido artículo de la Carta Magna.

En relación al primer supuesto, creemos que el CCT puede modificar contratos individuales de trabajo. Herrera Vásquez y Neves Mujica<sup>46</sup> señalan que el CCT encajaría en el supuesto establecido por la naturaleza normativa/contractual del CCT y la fórmula amplia empleada por el precepto constitucional.

En nuestra opinión, puede construirse una posición que permita «inaplicar» este precepto constitucional a los convenios colectivos de trabajo.

Sin duda, de aplicarse la regla del artículo 62, se transgrediría la autonomía colectiva: el CCT no tendría aplicación inmediata sobre los contratos individuales -desaparecería el principio de automaticidad y la eficacia normativa del CCT- y se aplicaría sólo a los trabajadores que ingresen durante la vigencia del CCT.

La autonomía colectiva se encuentra regulada en la parte dogmática de la Constitución -donde se establecen los derechos de las personas- y, como lo hemos señalado, tiene el carácter de derecho fundamental. En cambio, el artículo 62 está ubicado en el Título III (Del Régimen Económico), esto es, en la parte orgánica de la Constitución -donde se detalla la estructura del Estado-. Así, una interpretación sistemática de la Constitución permite inferir que hay una distinta regulación y que la disposición no se aplica al CCT<sup>47</sup>. El artículo 62 debería aplicarse, esencialmente, a los contratos financieros y de inversión extranjera, descartando de sus alcances al CCT.

De otro lado, no debe dejarse de tener en consideración el carácter normativo del CCT, matiz importante que lo distingue de los contratos comunes (actos no normativos); el CCT tiene «fuerza vinculante», produce actos normativos. El CCT es una norma jurídica y el dispositivo constitucional se aplica a los contratos.

Además, la autonomía colectiva implica la libertad que tienen las partes laborales para celebrar, modificar o extinguir actos normativos. De un lado, la Constitución reconoce a las partes laborales una plena autonomía colectiva y, de otro, pretendería constreñir esta misma autonomía colectiva. A nuestro juicio, la autonomía colectiva debe ser asegurada y fortalecida y, por ello, la aplicación del artículo 62 de la Constitución debería descartarse. De no ocurrir ello, como acota Neves Mujica<sup>48</sup>, se vaciaría de contenido a la autonomía colectiva.

<sup>46</sup> Cfr. HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. Op. Cit. "La Constitución...". p. 19. y NEVES MUJICA, Javier. Op. Cit. "La negociación..." p. 29.

<sup>47</sup> Cfr. GARCIA LANDABURU, María. "Vigencia de las normas laborales en el tiempo en la nueva Constitución". En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, enero de 1994. p. 39 y ss.

<sup>48</sup> Cfr. NEVES MUJICA, Javier. "Supuestos de aplicación de normas laborales". En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, febrero de 1994. p. 21.

La labor del Estado es «fomentar» la NEC (así lo precisan el artículo 28 de la Constitución y el Convenio de OIT N° 98) y, además, «garantizar» la vigencia de los Derechos Humanos (artículo 44 de la Constitución). No puede, entonces, aplicarse un precepto que limite la autonomía colectiva.

En conclusión, la autonomía colectiva no se ve afectada por lo expuesto en el artículo 62 de la Constitución. Pensamos que los argumentos expresados precedentemente pueden ser utilizados por una jurisprudencia que no asuma una interpretación «simplista», la misma que debe ser creativa y responder a una valoración adecuada de los bienes constitucionales tutelados.

En relación al segundo caso -el CCT como objeto de modificación-, consideramos que el CCT, bajo los presupuestos reseñados en el numeral 3. precedente, puede ser alterado por normas heterónomas. El CCT es una norma jurídica, por lo cual, el artículo 62 no se podría aplicar a la parte normativa del mismo -parte típica del CCT donde el Estado acostumbra intervenir- por comprender actos no normativos, salvo, evidentemente, las partes contractual y delimitadora.

Empero, hay autores que señalan que, producto de la nueva disposición constitucional, ninguna ley puede modificar un CCT. En efecto, Rendón Vásquez anota que «ni el Poder Legislativo ni el Poder Ejecutivo están ya facultados para imponer modificaciones de cualquier clase que fueran»<sup>49</sup>. En nuestro parecer, el artículo 62 no enerva la posibilidad de una intervención estatal sobre el CCT; claro que, como hemos visto, la intervención debe sujetarse a ciertas pautas y requisitos.

Por todo lo expuesto, consideramos que el CCT, tanto como sujeto y objeto de modificación, no ingresa dentro del ámbito de aplicación del artículo 62.

## 4.2. El artículo 103 y la vigencia del convenio colectivo de trabajo

El artículo 103 de la Constitución dice que «Ninguna ley tiene efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo».

Primero veamos el Diario de los Debates del CCD. En la Comisión de Constitución y de Reglamento del CCD<sup>50</sup>, la aprobación del artículo fue objeto de encontradas posiciones al tocar los temas de los derechos laborales y la vigencia de normas en el tiempo<sup>51</sup>. La discusión se reitera en el Plenario del CCD sin que se logre una modificación, aprobándose -en la Sesión 29 T de 22 de julio de 1993- por 46 votos a favor y 18 en contra<sup>52</sup>.

Hay pues, un giro respecto de la Constitución de 1993: ya no se admite la retroactividad en materia laboral cuando la ley sea más favorable al trabajador.

La mayor parte de las normas constitucionales de otros países contienen un precepto similar al artículo 103, incluso la doctrina constitucional defiende la excepción penal -si favorece al reo- a la regla de la retroactividad<sup>53</sup>; sin embargo, nosotros coincidimos con Neves Mujica y Pasco Cosmópolis<sup>54</sup> y concebimos que las normas laborales, cuando se declaran como tales, deben ser retroactivas si favorecen al trabajador<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> Véase RENDON VASQUEZ, Jorge. "El artículo 62 de la Constitución y las relaciones laborales". En: *Revista Análisis Laboral*. Lima, noviembre de 1994. p. 11. Además, en la misma línea, puede verse la posición de la Revista peruana Actualidad Laboral en su edición del mes de febrero de 1994. p. 15.

<sup>50</sup> Inicialmente, el Proyecto de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del CCD -que se basó en acuerdos tomados por prestigiosos laboristas, luego de largas e interesantes reuniones- contemplaba la retroactividad en materia laboral.

<sup>51</sup> Cfr. Op. Cit. "Actas de las Sesiones de la Comisión...". pp. 87 y 115.

<sup>52</sup> Cfr. Op. Cit. "Actas de las Sesiones del Plenario...". pp. 139-41.

<sup>53</sup> Por todos, véase BISCARETTI, Paolo. Op. Cit. p. 177 y BORDA, Guillermo. *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*. Bs. As., 1951.

<sup>54</sup> Cfr. NEVES MUJICA, Javier. Op. Cit. "La negociación...". p. 29 y PASCO COSMOPOLIS, Mario. "Irrretroactividad de la norma laboral". En: *Revista Actualidad Laboral*. Lima, febrero de 1994. p. 11.

<sup>55</sup> El propio Poder Ejecutivo, a los pocos meses de promulgada la Constitución, emitió el Decreto Supremo de Urgencia No. 010-94 de 22 de abril de 1994 por el cual incrementó la Remuneración Mínima Vital, aplicable a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. El artículo 1 de esta norma señalaba que el incremento regía "retroactivamente" desde el 1 de abril de 1994.

¿Se aplica este dispositivo al CCT? En nuestra opinión, el artículo 103 -ubicado en el Capítulo II (De la Función Legislativa) del Título IV (De la Estructura del Estado)-, sólo rige para las normas de origen estatal y, consecuentemente, un CCT retroactivo no atentaría con el mandato de este artículo. Por tanto, las partes pueden establecer una vigencia retroactiva al CCT sin que ello constituya una transgresión a la Constitución.

Ahora, ¿puede alegarse la vigencia del inciso b) del artículo 43 de la LRCT -que prescribe la retroactividad del CCT-, a la luz de la nueva Constitución? En otras palabras, la LRCT ¿puede establecer la retroactividad del CCT sin transgredir la Constitución?

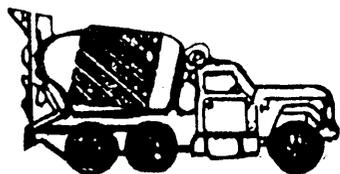
Ciertamente, resulta discutible sostener la constitucionalidad de la LRCT: si se afirma que la LRCT es inconstitucional, al caducar un CCT, cualquiera de las partes podría dejar de cumplir las prestaciones contenidas en él, rigiendo en las relaciones individuales sólo las leyes imperativas hasta la dación de un segundo CCT.

No obstante lo expuesto, consideramos que la regla de la Constitución sólo comprende las normas heterónomas propiamente dichas y nada obsta para que éstas dispongan la retroactividad de una norma autónoma: finalmente, es el CCT que se aplica retroactivamente y no la norma estatal.

# H

# ORMEC

CIA. CONSTRUCTORA S.A.



CONCRETO PRE MEZCLADO  
CONCRETO POSTENSADO  
SERVICIO DE BOMBA

**LIMA:** .....

A. MIROQUESADA 260 - 3er. Piso. Telf. 4287848  
Planta San Juan: Telf. 4676594  
Planta Ansieta: Av. Plácido Jiménez 958  
Telf.: 4730072 - 4730755 - 4733362 - 4556803

**TRUJILLO:** .....

Av. MANSICHE N° 1450 Telf. 232543

**PIURA:** .....

Carretera Sullana Km. 3 s/n Telf. 328970

# EL DERECHO PENAL LABORAL EN EL PERU

Dino Carlos Caro Coria  
Profesor de Derecho Penal  
Pontificia Universidad Católica del Perú

## I. APUNTES PRELIMINARES

Frente a los movimientos internacionales que postulan la reducción del Derecho Penal mediante la descriminalización o la despenalización, el legislador nacional del Código Penal de 1991 consideró conveniente incorporar un apartado especial para los delitos laborales. Esta opción política criminal, ciertamente es compartida por legisladores de algunos países y viene siendo postulada desde hace unas dos décadas en algunos Estados de Europa, entre los que destaca el caso español.

Desde una perspectiva material los llamados delitos «contra la libertad de trabajo» no son una novedad incluida en la reforma penal de 1991, pues la legislación nacional registra serios antecedentes relacionados con la criminalización de actos referentes a la actividad laboral. No obstante desde una óptica formal, resulta novedosa la inclusión en el Código Penal vigente de un Capítulo especial denominado «Violación de la Libertad de Trabajo», lo cual denota un ánimo sistematizador y autónomo en la regulación de estos ilícitos.

En efecto, anteriormente el régimen militar promulgó el Decreto Ley N° 22126, Ley de Estabilidad Laboral, el cual contemplaba en el artículo 21 el delito de desobediencia del empleador a cualquier resolución consentida o ejecutoriada de la autoridad laboral, sancionándose con pena privativa de libertad y sin derecho a libertad provisional. De otro lado, el artículo 22 del mismo texto legal tipificaba penalmente el cierre fraudulento y abandono malicioso del centro de trabajo.

Luego, la Ley N° 24514 que derogó la anteriormente reseñada, mantuvo su tipificación, introdu-

*La opción tomada por el legislador penal al incorporar los delitos laborales en el Código de 1991 ha sido objeto de serios cuestionamientos, fundamentalmente en cuanto se refiere a la conveniencia de la tutela punitiva, pues la intervención penal sólo debe ser permitida cuando resulte útil o eficaz para proteger al bien jurídico de conductas lesivas, habiéndose demostrado en varios estudios empíricos la ineficacia del Derecho Penal en esta materia.*

*El doctor Carlos Caro, tras un detallado análisis del bien jurídico protegido y del tipo del injusto contenido en el artículo 168 del Código Penal, llega a la conclusión de que las normas penales que criminalizan delitos laborales sólo cumplen una mera función simbólica, mostrando su escepticismo en relación a las posibilidades del sistema penal para ventilar, procesar y resolver los conflictos derivados de una relación laboral.*

ciendo sin embargo importantes variantes respecto al delito de desobediencia a la autoridad, el cual sólo podía cometerse respecto de resoluciones judiciales que ordenaban la reposición del dependiente. Finalmente, con la entrada en vigor del Código Penal de 1991, las normas penales de la Ley N° 24514 fueron derogadas, mientras que las de carácter laboral se encuentran sustituidas por el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, el mismo que sólo contempla sanciones administrativas como puede observarse, por ejemplo, de la revisión del artículo 81 que sanciona con multa, a diferencia de las leyes que la precedieron, el no acatamiento del mandato de reposición.

De ello, consideramos que el legislador ha creído conveniente dejar la tipificación de los delitos relacionados con la actividad laboral exclusivamente al Código Penal, el mismo que se aplicará sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiese lugar en aplicación del Decreto Legislativo N° 728<sup>1</sup>.

Ahora bien, respecto de los antecedentes nacionales inmediatos de carácter penal, cabe destacar que los Proyectos de Código Penal de octubre-noviembre de 1984 (Sección Quinta, Delitos contra la libertad, Título VI, Delitos contra la libertad de trabajo y asociación, artículo 179), agosto de 1985 (Sección Quinta, Delitos contra la libertad, Título V, Delitos contra la libertad de trabajo y asociación, artículo 185), marzo-abril de 1986 (Sección Quinta, Delitos contra la libertad, Título V, Delitos contra la libertad de trabajo y asociación, artículo 186), julio de 1990 (Título VI, Delitos contra la libertad individual, Capítulo VII, Delitos contra la libertad de trabajo y asociación, artículo 179) y enero de 1991 (Título V, Delitos contra la libertad individual, Capítulo VII, Delitos contra la libertad de trabajo, artículo 184) registran normas de carácter penal-laboral. Finalmente, el Código Penal de 1991 incorporó en el Título IV, Delitos contra la libertad, el Capítulo VII denominado Violación de la libertad de trabajo.

## II. CRIMINALIZACION O DESCRIMINALIZACION

Conforme a los postulados del Derecho Penal mínimo que orientan los procesos de criminaliza-

ción y descriminalización de los Estados modernos, la intervención penal debe presentarse como *ultima ratio*, es decir ante el fracaso de los mecanismos de control social extrapenales en la protección de los bienes jurídicos fundamentales contra las formas de ataque que revisten mayor lesividad y siempre que la respuesta penal pueda ser eficaz. Es precisamente este punto de partida el que ha generado tanta heterogeneidad en la doctrina penal respecto a la conveniencia o no de criminalizar determinados actos que lesionan o ponen en peligro los intereses del trabajador, del empleador o de terceros en el marco de una relación de trabajo.

Por un lado, quienes sustentan la criminalización señalan que el Derecho Penal puede reforzar seriamente la tutela orientada desde el Derecho Laboral, Administrativo o Judicial, y Constitucional, no obstante lo cual sólo admiten la interferencia del Derecho Penal en esta materia respecto de aquellos conflictos que la relación laboral no ha podido resolver<sup>2</sup>. A su turno, los que propugnan la inesencialidad de la tutela penal precisan que la regulación laboral es suficiente para la protección idónea de los bienes jurídicos en referencia, añadiendo además que la sanción es ineficaz o simbólica por su benignidad, en nuestro caso, pena privativa de la libertad no mayor de dos años, lo que da lugar a la aplicación de medidas que impiden la efectiva aplicación de la pena, tales como la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la exención de pena, entre otras.

Por nuestra parte, somos escépticos de las posibilidades del sistema penal para ventilar, procesar y resolver los conflictos derivados de una relación laboral. Si bien se trata de bienes jurídicos fundamentales contra los que se evidencian graves vulneraciones, los principios de subsidiaridad y utilidad derivados del modelo político criminal de mínima intervención niegan la conveniencia de la intervención penal. En efecto, con arreglo al postulado de la subsidiaridad se precisa el fracaso de los mecanismos de control extrapenales en la protección del bien jurídico, situación no evidenciada tratándose de los intereses laborales toda vez que a nuestro criterio no existe en el medio una adecuada instrumentación de los medios informales - no jurídicos- tales como la negociación o el merca-

<sup>1</sup> UGAZ SANCHEZ-MORENO, José Carlos. "El delito contra la libertad de trabajo." En: THÉMIS - Revista de Derecho. Lima, N° 26, 1993, pp. 103-104.

<sup>2</sup> En este sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Lima, San Marcos 1994, p. 170. La exposición de motivos del Código Penal sustenta la línea criminalizadora como la "materialización de la protección constitucional de los derechos laborales en el Código Penal".

do. Asimismo, consideramos que los medios formales o jurídicos de control social tampoco han sido suficientemente explotados en la resolución de los conflictos laborales, entre los que destacan el Derecho Administrativo, Laboral, Constitucional, etc.

De otro lado, el principio de utilidad del Derecho Penal confirma también la inconveniencia de la tutela punitiva. Con arreglo a dicho principio, sólo es permitida la intervención penal cuando resulte útil o eficaz para controlar las conductas lesivas que atentan contra el bien jurídico. En tal orden, la ineficacia del sistema penal en esta materia deriva de las constataciones formuladas por la criminología crítica a partir del estudio del funcionamiento de las agencias de control penal -Policía, Fiscalía, Poder Judicial-. Considerando que estos delitos son cometidos principalmente por sujetos de amplio poder económico: los empleadores, varios estudios empíricos han demostrado que el control penal recae de manera vacilante o tibia sobre los mismos, favoreciendo su exclusión del sistema penal, el cual finalmente recae sobre los grupos subalternos de la sociedad. En efecto, en el ámbito de la criminalización primaria o creación legislativa, se observa la existencia de sanciones menores que impiden el cumplimiento de los fines preventivos de la pena, evidenciándose a su vez una selección incompleta de las conductas delictivas y de los intereses protegidos. A su turno, en el ámbito de la criminalización secundaria o aplicación normativa se aprecia que los delitos laborales son escasamente denunciados y cuando lo son terminan con la absolución del procesado, con una reserva de condena o con la pena suspendida, más nunca con una sanción efectiva de privación de libertad.

Estas consideraciones sólo nos pueden llevar a una conclusión: las normas penales que criminalizan delitos laborales sólo cumplen una mera función simbólica. Simbólico se asocia con engaño, un Derecho Penal simbólico es aquel en el cual las funciones latentes o aparentes predominan sobre las manifiestas o reales. De este modo, el Derecho Penal Laboral es un Derecho simbólico y peligroso porque encubre una realidad de indefensión, reafirmando la falsa creencia de que el Estado protege eficazmente los intereses que subyacen a la relación laboral, cuando la realidad muestra lo contrario.

### III. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

No es posible definir unívocamente el contenido del bien jurídico protegido por el artículo 168 del Código Penal, siendo necesario analizar particularmente cada tipo penal a fin de determinar el contenido del interés tutelado. En tal línea de pensamiento, resulta inadecuada la identificación de estos ilícitos como formas de «violación de la libertad de trabajo», pues de lo contrario habría que concluir que el único interés a proteger es la libertad laboral u otras manifestaciones derivadas de ella, lo cual resulta insuficiente para explicar la inclusión en este grupo de conductas que vulneran la debida remuneración, la seguridad e higiene en el trabajo, el cumplimiento de las resoluciones emanadas de la autoridad, entre otras.

Sin embargo, esta constatación no es óbice para trazar algunos rasgos comunes a todas las conductas incriminadas. En efecto, es preciso reconocer la existencia de un bien jurídico colectivo, que respecto del trabajo supone una protección en relación al funcionamiento del sistema, en cuanto zona propia del quehacer cotidiano de un colectivo tan importante como el de los trabajadores<sup>3</sup>. Por ende, los intereses del trabajador protegidos lo son en su calidad de integrante de una clase social o de un sector de la comunidad con una posición en el mercado de trabajo, no importando el número de trabajadores afectados, por lo que siempre se apreciará como un único delito<sup>4</sup>.

Desde una perspectiva constitucional, el sustento de la protección de los intereses derivados de las relaciones laborales se encuentra en los postulados de los artículos 2, inciso 15 y 22 y 23 de la Carta Magna, que importan un reconocimiento del Estado del trabajo libre, como derecho y deber, como base del bienestar social y medio de realización de la persona, así como objeto de atención prioritaria. De otro lado, desde una concepción sociológica del bien jurídico, la tutela penal laboral se consolida a partir del rol del trabajo como fuente de riqueza, a través de los diversos mecanismos de producción que se desenvuelven en función de la reglas del sistema de economía social de mercado adoptado en el Perú<sup>5</sup>.

Ahora bien, es preciso diferenciar dos grandes supuestos en el análisis del artículo 168 del Código Penal. El primer grupo de supuestos, descritos en

<sup>3</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES, Op. cit., p. 170.

<sup>4</sup> UGAZ SANCHEZ-MORENO, Op. cit., p. 104.

<sup>5</sup> ANGELES GONZALEZ, Fernando. "Protección jurídico-penal de los derechos laborales en el Perú." En : PEÑA CABRERA, Raúl (Dir.), *Derecho Penal. Homenaje al Doctor Raúl Peña Cabrera*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1991, pp. 18-19.

los cuatro incisos de la norma, protegen en términos generales el interés del Estado en que se respeten ciertas condiciones mínimas de la vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena, condiciones mínimas que el mismo establece al dictar las normas correspondientes, y al reconocer eficacia general a los convenios laborales; esta protección tendrá lugar siempre que se transgreda este interés mediante violencia o amenaza. El segundo grupo de supuestos están regulados en el último párrafo del artículo 168, donde se acoge diversos bienes jurídicos relacionados con la esfera del trabajo, tales como la estabilidad económica de los trabajadores (retención de «remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores» o no entrega «al destinatario -de- las efectuadas por mandato legal o judicial»), la garantía en el cumplimiento de las disposiciones laborales -incumplimiento de «las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente»-, y por último la estabilidad laboral, en sentido estricto, como seguridad en el puesto de trabajo -disminución o distorsión de la producción, simulación de causas para el cierre del centro de trabajo o abandono de éste para extinguir las relaciones laborales-<sup>6</sup>.

#### IV. EL TIPO DE INJUSTO

En lo que sigue detallaremos los aspectos más relevantes de los tipos penales contemplados en el artículo 168 del Código Penal.

##### 1. El tipo objetivo

###### 1.1. El sujeto activo

Si bien el autor podría serlo por lo general el empleador, el tipo no exige la concurrencia de alguna calidad especial en el sujeto activo. Las expresiones «el que» del primer párrafo y «al que» del último apartado, corroboran la afirmación de que el sujeto activo puede ser cualquier persona natural o física, por lo que se trata de un delito común o de sujeto activo indeterminado, cabiendo la po-

sibilidad de ser cometido por empleadores, trabajadores o terceros ajenos a la relación laboral.

Doctrinalmente se plantea la cuestión de si el sindicato puede ser considerado como autor del delito. Al respecto, en el Derecho Penal predomina el principio de «personalidad de las penas», conforme al cual sólo las personas naturales pueden delinquir y ser pasibles de sanción penal, descartándose para tales efectos a las organizaciones con personería gremial o jurídica<sup>7</sup>, como sucede con los sindicatos según lo previsto en los artículos 18 y 19 del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

###### 1.2. El sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido. Tratándose de un bien jurídico colectivo el sujeto pasivo lo será generalmente la colectividad, reducida al colectivo de los trabajadores<sup>8</sup> y no el trabajador directamente afectado por el delito como ha señalado un sector de la doctrina nacional<sup>9</sup>. Dicho error deriva de la confusión existente entre el concepto de sujeto pasivo y el de sujeto sobre el cual recae la acción típica, es decir aquel que sufre de modo directo e inmediato los efectos del comportamiento criminal realizado por el autor.

De otro lado, si bien en términos generales el sujeto pasivo resulta siendo la colectividad de trabajadores, en algunos casos cabe la posibilidad teórica de que tal calidad recaiga sobre la colectividad de empleadores<sup>10</sup>. Efectivamente, tratándose del delito de coacción para integrar o no un sindicato previsto en el inciso 1 del artículo 168, es necesario precisar que el artículo 2 del Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización, ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 13281, establece que «Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones

<sup>6</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES, Op. cit., p. 171.

<sup>7</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. "La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal de 1991." En: THEMIS - Revista de Derecho, Lima, N° 24, 1992, pp. 69-79.

<sup>8</sup> En este sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES, Op. cit., p. 171.

<sup>9</sup> Incurren en dicho error, PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed. Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, t. I, p. 651. UGAZ SANCHEZ-MORENO, Op. cit., p. 104.

<sup>10</sup> Esta situación es advertida por GAMARRA HERRERA, Ronal y Norma ROJAS NORIEGA. "Violación de la libertad de trabajo." En: Instituto de Defensa Legal (Ed.) Lima, 1991, p. 108-109 (Series Penales, 1).

que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones». Por lo tanto, si un empleador es coaccionado con el objeto de integrar o no un sindicato, entonces será pasible del referido ilícito, aunque es de precisar que el sujeto pasivo será en dicho caso la colectividad de empleadores.

### 1.3. La conducta típica

De la lectura del artículo 168 se puede afirmar que, en términos generales, el legislador ha otorgado consecuencias penales a un conjunto de infracciones de naturaleza laboral. La norma prevé, bajo dos grandes modalidades que se diferencian según requieran o no de la coacción como elemento integrante de la conducta punible.

#### 1.3.1. Modalidades que requieren coacción

El primer grupo de ilícitos se halla previsto en el primer párrafo del artículo 168, incluyendo los incisos 1, 2, 3 y 4, caracterizados por la exigencia de violencia o amenaza como medio comisivo.

##### a) La violencia o amenaza como *modus operandi*

La norma comentada exige que se «obligue a otro, mediante violencia o amenaza» a realizar los actos descritos entre los incisos 1 al 4. En dicho contexto, la expresión «obligar» precisa que el sujeto activo compela a una persona a que realice o deje de hacer algo contrario a su voluntad, lo cual puede efectuarse mediante conductas comisivas u omisivas.

El tipo penal define el medio o *modus operandi* a través del cual deberá ejecutarse el acto de «obligar a otro»: la coacción. Tradicionalmente se equiparaba la coacción con la amenaza, empero en la actualidad tanto la doctrina como la legislación consideran que la violencia es también una de sus expresiones. La violencia es la «*vis absoluta*», es decir el ejercicio humano de fuerza física sobre la víctima, de modo que elimine completamente su voluntad. La amenaza es la «*vis compulsiva*» o intimidación, y es definido como la condicional promesa de un mal grave e inminente cuya realización depende de la voluntad del sujeto activo, de modo que elimine ostensiblemente la voluntad de la víctima.

Una cuestión de importancia es la de definir el rol del consentimiento de la víctima, respecto del cual varios autores señalan que resulta irrelevante para efectos de afirmar la comisión del delito, pues como se sabe los derechos laborales son irrenunciables, de modo que el consentimiento no puede eliminar la tipicidad del acto. Nosotros con-

sideramos que dicha afirmación no es exacta, pues parte de una seria confusión entre los conceptos de «acuerdo» y «consentimiento» dilucidados por la doctrina alemana. El acuerdo elimina la tipicidad de la conducta y opera tratándose de tipos penales que exigen actuar «sin» o «contra la voluntad de la víctima», así por ejemplo, el delito de violación del artículo 170 del Código Penal precisa que el autor, mediante «violencia o amenaza obligue a una persona a practicar el acto sexual», en tal caso si la víctima consiente el acto sexual, la conducta del agente será atípica pues no habría «obligado» a nadie a realizar un acto «sin» o «contra su voluntad», de modo que el referido consentimiento recibe en dicho supuesto la denominación de «acuerdo».

Diferente es el caso, por ejemplo, cuando el médico recibe la autorización del paciente para un tratamiento estético que implica la realización de cirugía sobre la piel con fuertes dolores. En tal caso no cabe duda que la conducta del médico sería típica pese al consentimiento de la víctima, pues el delito de lesiones dolosas o intencionales del artículo 122 del Código Penal se comete sin que interese para tal efecto la autorización del paciente. Ahora bien, dicho consenso sí reviste importancia en el ámbito de la antijuricidad, dado que el artículo 20 inciso 10 del citado texto legal señala que esta exento de pena «El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición». Por ende, en tal supuesto la autorización de la víctima opera como causa de justificación que elimina la antijuricidad, recibiendo la denominación de «consentimiento».

Por lo expuesto, y volviendo al tema de los delitos laborales, si el trabajador consiente en la ejecución de los actos previstos entre los incisos 1 al 4, tal consenso hará imposible afirmar que se vio obligado mediante violencia o amenaza a comportarse de tal manera, de modo que nos hallaremos ante un caso de «acuerdo» que hace atípica la conducta. Esto que parece de laboratorio deja de serlo cuando recordamos, por ejemplo, los casos en que el empleador persuade y logra que varios de sus trabajadores se retiren del sindicato de la empresa.

##### b) De la coacción para integrar o no un sindicato

Este delito se halla previsto en el inciso 1 del artículo 168 y tiene como fuente directa el artículo 199 del Código Penal brasileño (1984) y como antecedentes indirectos el artículo 177 Bis del Código Penal español (reforma de 1983) y el artículo 292 del Código Penal colombiano (1980).

El Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 28 de la carta fundamental, reconoce en sus artículos 2, 3 y 4 el derecho a la libre sindicalización, la misma que debe desarrollarse libre y voluntariamente, prohibiéndose la coacción o restricción de dicho derecho. Empero, la norma penal desconoce sin explicación alguna, la protección del aspecto colectivo de la libertad sindical que ejercen las organizaciones en cuanto tales frente al Estado, frente al empleador o frente a otras organizaciones sindicales.

Específicamente, el interés tutelado penalmente es la libertad sindical individual positiva y negativa. Cuando se obliga a un sujeto a integrar un sindicato contra su voluntad, se puede afectar el derecho a desafiliarse como la facultad de mantenerse desafiliado, afectándose en ambos casos el aspecto negativo de la libertad individual. A su vez, cuando se obliga a otro a no integrar un sindicato, puede vulnerarse el derecho a afiliarse como el interés de mantenerse afiliado, lesionándose el aspecto positivo de la libertad sindical.

c) De la coacción para prestar trabajo personal sin la debida retribución

Este ilícito se encuentra tipificado por el inciso 2 del artículo 168, teniendo como fuentes indirectas de inspiración legislativa el artículo 203 del Código Penal brasileño (1984) y el artículo 499 Bis inciso 1 del Código Penal español (reforma de 1983). Los artículos 23 y 24 de la Constitución señalan que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución, la cual debe ser equitativa y suficiente, que procure para el trabajador y su familia, bienestar material y espiritual.

Al utilizar la expresión «sin la debida retribución» el legislador comprende tanto la no entrega de remuneración alguna como la entrega parcial o incompleta de la misma. De otro lado, el artículo 39 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, define como remuneración el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sea la forma o denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición.

d) De la coacción para trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad

La fuente de este tipo penal previsto en el inciso 3 del artículo 168 del Código Penal, es el artículo 348 Bis del Código Penal español (reforma de 1983).

La consumación del delito tiene lugar cuando el trabajador, por coacción, labora sin las condiciones de seguridad e higiene determinadas por la autoridad, no requiriéndose la efectiva causación de daño a la salud del trabajador sino el aumento del riesgo para la integridad psicofísica de los trabajadores. La referencia a las «condiciones de seguridad e higiene determinadas por la autoridad» hace del tipo penal una ley en blanco, lo que en este caso equivale a decir que para completar la descripción típica será necesario recurrir a las normas administrativas que regulan dichas condiciones<sup>11</sup>.

A partir de una interpretación histórica basada en el texto del artículo 47 de la Constitución Política del Perú de 1979, un sector de la doctrina considera más conveniente referirse a condiciones de seguridad e higiene «ocupacionales», antes que «industriales» como lo prevé el tipo penal. En tal línea de ideas, se entiende por higiene ocupacional el haz de acciones destinadas a evitar que las personas, tanto dentro como fuera del trabajo, resulten lesionadas por agentes químicos, físicos y biológicos. A su vez, la seguridad ocupacional es el haz de acciones orientadas a impedir que las personas sean dañadas por efecto de herramientas, máquinas, materias primas o insumos, por esfuerzos musculares, etc.<sup>12</sup>. El concepto de autoridad competente comprende tanto al órgano legislativo como a los diversos sectores ministeriales de la administración pública. Dichas entidades expiden sobre la materia normas de diferente rango y alcance.

Las condiciones de seguridad e higiene bien pueden ser materia de regulación a través de un convenio colectivo con el objeto de mejorar las previstas por la autoridad respectiva. Tales casos quedan sin lugar a duda fuera del supuesto típico analizado, dado que las partes no son «autoridad» y porque no hay un desmedro en la seguridad de los trabajadores, sino lo contrario.

Finalmente, un sector de la doctrina considera que con el Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, queda implícitamente distorsionado el tipo penal comentado al no exis-

<sup>11</sup> GAMARRA HERRERA y ROJAS NORIEGA, Op. cit., p. 112

<sup>12</sup> Ibid., p. 113.

tir autoridad que fije las condiciones de seguridad e higiene<sup>13</sup>.

e) De la coacción para celebrar contrato de trabajo

Este ilícito se encuentra previsto en el artículo 168, inciso 4, primera parte del Código Penal. Su fuente directa se encuentra en el artículo 198 del Código Penal brasileño (1984).

Este supuesto delictivo recoge el postulado constitucional previsto en el artículo 23 de la Constitución, según el cual «Nadie esta obligado a prestar trabajo (...) sin su libre consentimiento». El contrato de trabajo consta, según la doctrina laboral, de tres elementos: el vínculo, el objeto y la forma. El vínculo, a su vez, está integrado por la capacidad y el consentimiento de cada uno de los sujetos que intervienen en el contrato. Luego, el consentimiento es la voluntad de constituir la relación contractual y de determinar su objeto y las demás condiciones para su desarrollo.

En este marco, la coacción empleada contra la víctima a fin de que celebre el contrato de trabajo elimina el consentimiento de la misma, por lo que el contrato será nulo desde su inicio. Por último, debe precisarse que el hecho puede ser denunciado ante la Policía o ante el Ministerio Público sin que necesariamente se haya declarado la nulidad del contrato en la vía correspondiente.

f) De la coacción para adquirir materias primas o productos industriales o agrícolas

Este supuesto legal se encuentra recogido en el último párrafo del inciso 4 del artículo 168 del Código Penal. Su fuente inmediata podemos encontrarla también en el artículo 198 del Código Penal brasileño (1984), empero, el legislador nacional ha copiado inexactamente la norma, omitiendo la expresión *no* en la descripción del tipo penal, de modo que en el Perú se criminaliza una conducta exactamente contraria a la pensada por el legislador brasileño.

En efecto, mientras la ley brasileña sanciona el ac-

to de «obligar a alguien, mediante violencia o grave amenaza, (...) a *no adquirir* de otro materia prima o producto industrial o agrícola»<sup>14</sup>, la norma peruana sanciona contrariamente a quien mediante coacción obliga a otro a «*adquirir* materias primas o productos industriales o agrícolas.» Este injustificado error no ha tenido otra consecuencia que la de distorsionar completamente el sentido o fundamento de la criminalización de esta conducta.

En la doctrina brasileña la conducta incriminada en su respectivo Código Penal es identificada con el *nomen iuris* «boicot violento», pues se comete mediante violencia o amenaza para no adquirir (por compra, trueque o donación) de alguien materia prima, un producto industrial o agrícola. Sujeto pasivo de este delito no sólo es quien sufre la coacción sino también el que padece el boicot, afectando la libertad individual como la actividad económica o laborativa del individuo<sup>15</sup>.

En el ámbito nacional, con una redacción contraria a la brasileña, se entiende que el ilícito se realiza cuando se obliga al trabajador mediante coacción a adquirir los bienes descritos en la norma, situación que va a perjudicar la marcha operativa o administrativa de cualquier establecimiento laboral. Se descarta que el empleador pueda ser sujeto pasivo del ilícito, dado que el capítulo y el artículo comentado estarían orientados a la exclusiva protección del trabajador<sup>16</sup>.

### 1.3.2. Modalidades que no requieren coacción

Como advertimos con anterioridad, a diferencia de los supuestos comentados anteriormente, el último párrafo del artículo 168 del Código Penal prevé un conjunto de ilícitos caracterizados por la no exigencia de coacción para la configuración del tipo penal. En tales casos, no resulta posible alegar el consentimiento como causa de justificación pues se trata de bienes jurídicos indisponibles e irrenunciables (artículo 20 inciso 10 del Código Penal). A su vez, tampoco resulta de aplicación el artículo 27 según sugiere un sector de la doctrina nacional<sup>17</sup>, dado que la fórmula del «ac-

<sup>13</sup> PEÑA CABRERA, Op. cit., p. 658.

<sup>14</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. P. E. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 650.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 651.

<sup>16</sup> PEÑA CABRERA, Op. cit., pp. 660-661.

<sup>17</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES, Op. cit., p. 172.

tuar por otro» sólo puede alegarse tratándose de delitos especiales propios y no frente a ilícitos con sujeto activo indeterminado o delitos comunes, como sucede en el presente caso.

a) Retención de las remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores

El tipo penal sólo sanciona la retención ilegal de la contraprestación laboral (sueldo o salario), así como de las indemnizaciones que le corresponden al trabajador. El acto de retención consiste en apropiarse o conservar para sí, todo o parte de las prestaciones debidas. En tal orden, no ingresan dentro de este ilícito las retenciones efectuadas por el empleador al amparo de un mandato legal o judicial.

Ahora bien, el tipo penal si bien exige la retención indebida, ello implica que el empleador tenga la capacidad material o económica de hacer efectivo el pago de las remuneraciones o indemnizaciones. De este modo, el delito quedará negado tratándose, por ejemplo, de empresas insolventes o en quiebra a consecuencia de la recesión económica, pues en dichos casos el agente no tiene forma de hacer frente a sus obligaciones laborales<sup>18</sup>.

b) No entrega al destinatario de las remuneraciones o indemnizaciones retenidas por mandato legal o judicial

La inafectabilidad de las remuneraciones es un principio del Derecho Laboral. Empero, en algunos casos el empleador tiene la obligación<sup>19</sup> de retener parte de las remuneraciones de los trabajadores para entregarla a las personas (alimentistas) o entidades (Instituto Peruano de Seguridad Social, organizaciones sindicales, Fondo Nacional de Vivienda, etc.) que indique la ley o una resolución judicial.

Es preciso destacar que la acción típica se consuma mediante la omisión de entregar las remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores al destinatario. Ahora bien, ello podría llevar a pensar que el sujeto pasivo es dicho destinatario, pe-

se a lo cual deberá admitirse que el colectivo de trabajadores son también víctimas dada su estrecha relación con el destinatario.

c) Incumplimiento de las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente

La acción típica consiste en el no cumplimiento de las resoluciones dictadas por una autoridad con atribución legítima para decidir sobre materia laboral. El legislador entiende por «autoridad competente» únicamente a la autoridad administrativa de trabajo, pues en la Exposición de Motivos del Código Penal se indica que la norma comentada reprime «el incumplimiento de las resoluciones consentidas o ejecutoriadas de la autoridad administrativa de trabajo», de modo que respecto a la emitidas por la Justicia Laboral (Poder Judicial) se apreciaría la comisión del delito de desobediencia o resistencia a la autoridad tipificado por el artículo 368 del Código Penal.

Ahora bien, la textura abierta del tipo penal permite concluir, sin violar el principio de legalidad, que la expresión «resolución» incluye las expedidas por la autoridad administrativa y en la Jurisdicción Laboral. Quedan al margen de este ilícito las resoluciones expedidas en sede arbitral.

d) Disminución o distorsión de la producción, simulación de causales para el cierre del centro de trabajo o abandono del centro de trabajo para extinguir las relaciones laborales

La fuente de este tipo penal que tipifica las llamadas prácticas fraudulentas o *lock out*, se encuentra en el artículo 35 de la Ley N° 24514, Ley de Estabilidad Laboral. La acción típica consiste en la disminución (merma o menoscabo) o distorsión (deformación) de la producción con el fin de lograr el cierre del establecimiento. Asimismo, se comete el delito mediante la apariencia o fingimiento de causales con idéntico fin, pudiendo simularse una o varias causales a la vez de modo que habiliten el cierre legal del establecimiento. Finalmente, también se sanciona el abandono del centro de trabajo, es decir, el retiro manifiesto e inesperado del

<sup>18</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. "Los delitos contra la libertad de trabajo." En: *Informe*. Benites, Mercado & Ugaz Abogados. Lima, N° 0, 1994, p. 9. UGAZ SANCHEZ-MORENO, Op. cit., p. 106.

<sup>19</sup> Algunos autores sostienen falsamente que por mandato legal o judicial el empleador tiene la "facultad de retener", tal es el caso de GAMARRA HERRERA y ROJAS NORIEGA, Op. cit., p. 117. PEÑA CABRERA, Op. cit., p. 662. Ello es inexacto si consideramos que tener una "facultad" implica un margen de decisión, de modo que el empleador podría optar entre retener o no. Lejos de ello, la retención se efectúa en ejecución de una obligación, la que de incumplirse acarrea graves sanciones administrativas contra el obligado.

empleador del centro de labores que administra, sin que exista una autorización para ello.

## **2. El tipo subjetivo**

De conformidad con lo previsto en el párrafo 1 del artículo 12 del Código Penal, los ilícitos comentados sólo puede consumarse dolosamente, exigiéndose la conciencia y voluntad del sujeto activo de realizar los elementos del tipo objetivo.

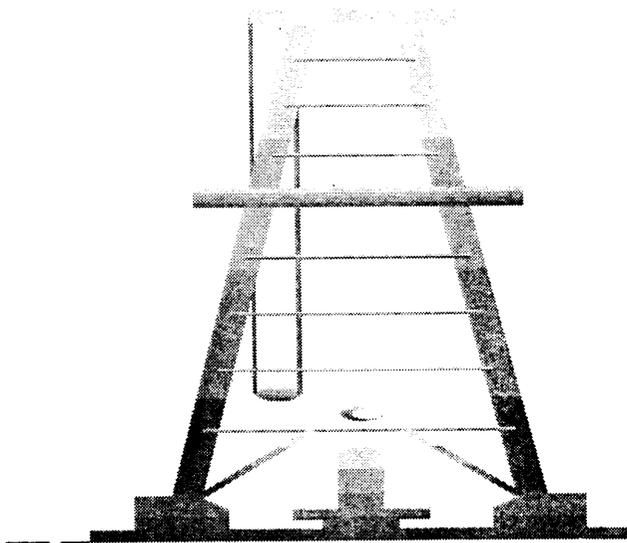
Excepcionalmente, tratándose de los delitos de disminución o distorsión de la producción y simulación de causales se precisa la concurrencia de una especial intención: el ánimo de lograr el cierre del centro de trabajo. Dicha intención constituye un elemento subjetivo diferente del dolo, por lo que la doctrina califica estos delitos como de tendencia interna trascendente, puesto que la intención del autor (aspecto subjetivo) va más allá -trasciende- de lo que objetivamente realiza.

**CREEMOS**

**EN LOS PERUANOS...**

**SEGUIMOS**

**EN EL PERU.**



**OCCIDENTAL PETROLEUM CORP. OF PERU**  
Petróleo para el desarrollo



# INSTRUMENTOS DE GESTION DEL MERCADO DE TRABAJO\*

Giorgio Ghezzi  
Profesor de Derecho Laboral  
Universidad de Boloña

*El tema de los "instrumentos de gestión del mercado laboral" ha tenido escasa difusión en nuestro medio. Cuando se utiliza esta frase se hace referencia a una serie de mecanismos implementados, bien desde el Estado o desde las agencias privadas, con el objeto de promover y fomentar la creación de empleo y la colocación de los trabajadores. En palabras del autor, se trata de enfocar el problema del necesario encuentro entre la demanda y la oferta de trabajo.*

*A lo largo del artículo, el doctor Giorgio Ghezzi analiza las políticas "pasivas" de trabajo -caracterizadas por constituir tan solo medios "paliativos" del desempleo y mecanismos de apoyo a los trabajadores desempleados- así como las políticas "activas", que constituyen más bien los medios a través de los cuales se promueve y genera en una sociedad puestos reales de empleo, que pueden ser ocupados por los nuevos trabajadores y por los desempleados. Este es, evidentemente, más un problema de "política laboral" que de Derecho Laboral propiamente dicho.*

*La aproximación del autor es, por eso, bastante pragmática y atiende a las experiencias europeas, destacando la imposibilidad de trasladar los modelos europeos abstractamente considerados a la realidad latinoamericana. Pero no sólo eso: el doctor Ghezzi analiza brevemente algunas de las medidas "flexibilizadoras" propuestas para "agilizar" el desarrollo de las relaciones individuales de trabajo, destacando la falsedad de aquella opinión que pretende que cualquier eliminación de reglamentaciones, vínculos y exigencias legales conlleva -de por sí- efectos "virtuosos".*

1. Nos parece necesario -así como bastante obvio- señalar primero que, al igual que cualquier aspecto de la organización social y económica, los instrumentos de gestión del mercado laboral deben estar radicados en la realidad de cada país (en particular, por lo que nos interesa, en la realidad de los países latinoamericanos), y no pueden por eso representar la pura y simple transposición mecánica de modelos ajenos: en particular, de los modelos europeos abstractamente contemplados. En efecto, cada país presenta propias y peculiares características o variables, las cuales deben ser tomadas en cuenta concretamente. Sobreentendemos que en todos los casos, las cuestiones generales y específicas que deben considerarse en relación con el sistema de producción y de servicios, de un lado, y con el mercado laboral -de otro- se condensan siempre, antes que nada, en el más comprensivo problema del empleo y, después, en el de la tipología de las relaciones de trabajo.

En la base de la elección de los instrumentos de administración del mercado de trabajo -elección política, evidentemente- se encuentra, en efecto, el análisis de las peculiaridades de la oferta y de la demanda de trabajo. En lo que respecta a la oferta, se debe distinguir entre la falta de empleo y el desempleo propiamente dicho (ya sea que, respectivamente, el individuo se encuentre aún en busca de su primer trabajo o que lo haya perdido), teniendo en consideración los resultados del sistema educativo «de base» y del sistema educativo profesional, y desagregando la cuota de

(\*) El presente artículo fue cedido gentilmente por su autor durante su visita a nuestro país el año pasado. El trabajo ha sido traducido por José Juan Haro Seijas, miembro del Comité Directivo de THÉMIS - Revista de Derecho.

oferta laboral insatisfecha de los jóvenes o de las mujeres. En lo que concierne a la demanda, debemos referirnos a la estructura económica, productiva y de servicios, con especial referencia a las diferencias que emergen entre los sectores industriales, agrícolas y comerciales, pero también con relación a la mayor o menor incidencia que presentan las pequeñas empresas y las microempresas y a las relaciones que éstas mantienen con las grandes y medianas empresas.

No pueden, en cada caso, dejarse de lado las posibles y diversas formas o causas de pérdida del trabajo o de reducción de las ocasiones de conseguir un nuevo trabajo: entre ellas, por ejemplo, los procesos de innovación, crisis y reestructuración; las transferencias de la propiedad accionaria, incluyendo el traspaso del sector «público» al «privado»; la reducción del gasto público por inversiones y contribuciones; los ascensos, etc.

Al interior de esta coordenada -teniendo siempre presente la prioridad, con respecto al análisis jurídico, de una política industrial capaz por sus aspectos económicos y financieros de captar y de emplear recursos para crear materialmente nuevos puestos de trabajo-, la investigación del jurista reviste por lo menos cuatro aspectos:

- Cómo facilitar, aun siguiendo recorridos diferenciados, el acceso a las oportunidades de trabajo existentes, favoreciendo al mismo tiempo, en cuanto sea posible en la dimensión normativa, un incremento de éstas.

- Cómo fomentar el empleo de aquel que tenía trabajo y lo ha perdido, incentivando al mismo tiempo la utilización de instrumentos jurídicos alternativos para la reducción de puestos de trabajo, como el despido masivo.

- Cómo favorecer los procesos de movilización no de un puesto de trabajo hacia la ausencia asistida de trabajo, sino de un puesto de trabajo efectivo hacia otro puesto.

- Cómo asegurar sistemas educativos y formativos orientados hacia la formación y recalificación continua.

2. En la experiencia comparada se acostumbra distinguir -tal vez de modo poco gramatical- entre la política «pasiva» del trabajo y la política «activa». La política «pasiva» es aquella que consiste en puras y simples erogaciones para el sostenimiento de los desocupados, como las diferentes indemnizaciones y subsidios por desempleo, que corresponden a aquellos cuya inactividad se deriva de la

extinción involuntaria de la relación de trabajo, extensiva a otros títulos de naturaleza asistencial.

La política «activa» es, por el contrario, la técnica de redistribución y (a veces) de creación o recuperación de un trabajo de la misma naturaleza. Comprende, en efecto, las diversas medidas destinadas a facilitar el encuentro entre la demanda y la oferta en el mercado laboral (colocación y orientación profesional), a crear la cuota de ocupación añadida (*job creation*) o a mejorar la calificación de los trabajadores (formación profesional). En estos casos, evidentemente, la tarea de los servicios para el empleo no sólo consiste en aplicar imparcialmente la ley y en producir consecuentemente actos administrativos, sino que deviene, prevalentemente, en la necesidad de valorar la naturaleza y las características de los puestos de trabajo, confrontándolos con la capacidad personal; en ofrecer consejería; en orientar a los individuos y en motivar a los sujetos colectivos. Se trata por tanto, de un apoyo para resolver los problemas reales y concretos que la mayor parte de los trabajadores deben afrontar en sus recorridos en busca de un puesto de trabajo, y de una asistencia a quien se encuentra en una posición de debilidad.

En realidad, la distinción al interior de la política de trabajo no es siempre tan sistemática. Por ejemplo, el instrumento de la integración salarial erogada (por lo menos en línea de principio, por una duración temporal premeditada) de un ente público a los trabajadores suspendidos del trabajo -que es de por sí una típica medida de política «pasiva» del trabajo- puede asumir un carácter diferente y devenir un ejemplar instrumento de política «activa», cuando se conjuga con reducciones más o menos articuladas del horario de trabajo para devenir, en la versión italiana de los contratos de solidaridad, en un instituto jurídico cuando menos tendencialmente sustitutivo de los despidos para las reducciones de personal.

Pero hecha esta precisión, tomamos aquella distinción por válida. Será correcta, en efecto, en algunos casos de técnicas «activas» de política del trabajo a las que esperamos dedicar, terminando estas páginas, alguna mayor atención. No sin indicar previamente, sin embargo, algunas observaciones de carácter más general (y en cualquier modo, estructural) acerca de las formas recurrentes y de las tendencias que se presentan a propósito de los instrumentos de gestión del mercado de trabajo, en el cuadro comparativo deducido de algunas reglamentaciones europeas.

3. En efecto, del análisis de los modelos de (gestión de los) servicios para el empleo en Francia,

Alemania, Reino Unido y Suecia -objeto, de otro lado, de los estudios más recientes<sup>1</sup>- emergen algunos de los tratamientos característicos:

- Separación entre el momento político y el momento administrativo, con la constitución de un ente (o agencia) autónomo respecto del aparato público ordinario;
- Descentralización territorial, ya sea de tipo político o administrativo;
- Integración de diversas funciones en una misma institución;
- Una aproximación mucho más promocional y menos impositiva, que es el método preferido para la presencia pública en el mercado de trabajo, y que se realiza, en particular, con el suministro de servicios profesionalmente calificados, aunque en concurrencia con los sujetos privados.
- Participación de las partes sociales, no solamente en la fase de propuesta, sino también en la gestión de la fase operativa.

Por lo tanto se enfatiza, en primer lugar, la distinción clara entre momentos políticos y momentos de gestión: a los primeros les interesa los organismos de gobierno central, regional y local, a los cuales concierne la función de definir los planes de política laboral, los objetivos generales que deben cumplirse y la gama de instrumentos a utilizar; los segundos, en cambio, se apartan de los diversos sujetos públicos -estructurados variadamente, siguiendo las diversas tradiciones administrativas-, y les incumbe, precisamente, la responsabilidad de perseguir cada uno de los objetivos concretos, con mayor o menor grado de libertad en la elección de los instrumentos que encajen de acuerdo al caso, de una forma más idónea. En segundo lugar, se resalta ya un nexo de estrecha complementariedad entre las diversas funciones (por ejemplo, la colocación y la formación profesional), asegurada por su concentración en una misma estructura administrativa o por grados diversos de coexistencia (y por eso, por lo menos de parcial concurrencia) entre la iniciativa pública y la iniciativa privada. En tercer lugar, asume particular relevancia la presencia de las partes sociales:

distinguiéndose, sin embargo, entre su participación en la fase de gestión (es decir, en los organismos decisivos de los entes y de las agencias especializados), que está asegurada casi siempre, y su participación en sede política, que -en cambio aparece como más relevante en los países en los que está más desarrollada la práctica de los procesos de concertación social neocorporativa<sup>2</sup>. En cuarto lugar, destaca un aspecto sistemático de primera importancia -que se traduce, viéndolo bien, en una elección precisa a favor de la antes referida política «activa» del trabajo-, consistente en una metodología continuada. La aproximación «promocional», en los hechos, comprende esencialmente las siguientes tareas:

- La observación y la previsión de las tendencias del mercado de trabajo, con el objeto de orientar, de un lado, los proyectos de desarrollo económico, y del otro, la programación de los sistemas formativos cuando menos en parte «contemplados»;
- La información y la orientación profesional;
- La colocación, entendida en sentido estricto, actuada con la intención de facilitar el encuentro entre la oferta y la demanda de trabajo mediante la recopilación de información, bien acerca de los puestos de trabajo vacantes, o bien en relación con las personas en busca de trabajo;
- El apoyo de la movilidad territorial y de la movilidad entre los diversos tipos y modelos de empleo;
- El sostenimiento de los sujetos «débiles» (aquí se comprenden diversos sujetos: desde los jóvenes a los desocupados por largo tiempo; recalcando que casi donde quiera son sujetos «débiles», por mil razones históricas y de costumbre, también las mujeres), mediante programas de búsqueda «intensiva» de trabajo, de recalificación profesional, de inserción «guiada», entre otros;
- La promoción de la actividad laboral no dependiente, sea ésta autónoma o asociada.

Se trata, por lo tanto, de una actividad compleja y verdaderamente multiforme. Se debe decir, en honor a la verdad, que compete predominantemen-

<sup>1</sup> Nos referimos principalmente a MANASSERO. *I servizi per l'impiego in alcuni paesi europei: soggetti istituzionali e modelli organizzativi*; y a REYNERI y NAPOLI. *Un nuovo servizio per l'impiego*, en *Il mercato del lavoro tra vecchio e nuovo diritto*. A cargo de CARINCI, Giuffrè, Milán, 1933, pp. 237 ss y 263 ss.

<sup>2</sup> Por todos cfr. *Diritto del lavoro e neocorporativismi in Europa: ieri e oggi*. A cargo de VARDARO, Angeli, Milán, 1988.

te, una vez más, al momento político y en particular al momento de la política económica: porque ninguna empresa contrata un trabajador del cual verdaderamente no tenga la necesidad, no es suficiente con incidir sobre el «solo» hecho de que un trabajador «cueste» menos, por ejemplo, mediante formas de fiscalización de las cargas sociales, deducción de impuestos, concesión de contribuciones especiales o directamente mediante formas de salario «de ingreso» no justificadas por una efectiva y controlable actividad de carácter formativo. Por el contrario, los incentivos de la ocupación van insertados en un más amplio sistema de incentivo al desarrollo, es decir, en primer lugar, a la creación de nuevas empresas, así como a la exploración y activación de nuevos «yacimientos» de trabajo en los sectores de servicios sociales y ambientales. En los hechos, los incentivos al desarrollo (servicios a la empresa en cuanto refiere al territorio, a la formación empresarial, a la investigación asociada del mercado y a otros más en la misma línea), y sobre todo los incentivos destinados a la pequeña y mediana empresa (asistencia comercial, facilitación al acceso a las nuevas tecnologías, promoción de la inversión de capitales de riesgo, etc.) no han sido desterrados del todo de la política laboral y de la temática del mercado de trabajo: sólo «gramaticalmente» se emparejan absorbidos por la política industrial pero, «sintácticamente», no son más que un subcapítulo de un mismo argumento. Y todavía, lo antes dicho va también a reconfirmar la validez específica, de una aproximación (precisamente de la política «activa» del trabajo) dirigida hacia la creación de empleo adicional también a través de la modificación del comportamiento y de la estructura de la oferta, para adecuarlos a los de la demanda.

En conjunto, naturalmente, *cum grano salis*. Aquello que hemos descrito constituye, en parte, el filtro de la experiencia consolidada (cuyo modelo ahora clásico es como es sabido, el sistema articulado que encabeza el Instituto Federal del Empleo de la República Federal Alemana, con sede central en Nüremberg); en parte, las líneas de tendencia que emergen también en el nivel comunitario europeo, las cuales han sido esbozadas (una vez más, al interior de robustas coordinaciones de política económica y de las inversiones) en el reciente «Libro blanco» de la Comisión de la Comunidad Europea sobre «Crecimiento, Competitividad, Empleo».

No se puede dejar de mencionar evidentes y fuertes diferencias. En efecto, lo antes mencionado sólo corresponde perfectamente a las características del sistema estándar alemán: allí, en efecto, no solamente hay plena autonomía del ente encargado del servicio para el trabajo respecto del resto del aparato público, sino que todas las diversas funciones (de la colocación a la formación profesional, de la orientación a las diversas erogaciones de indemnización) se encuentran entre ellas integradas. El modelo presenta además una marcada descentralización administrativa, fuera de una relevante participación de las partes sociales en las variadas fases del proceso. El rol del ente público en el tema de intermediación entre la demanda y la oferta laboral es puramente subsidiario (el otorgador del trabajo puede contratar en efecto directamente el personal: principio afirmado, recientemente, en el modo más extenso, después de la sentencia emitida por la Corte de Justicia en el caso «Macroton»)³. Esencial, al contrario, es su función en materia formativa (determinación de la modalidad y de la duración de los cursos de calificación, perfeccionamiento y recalificación profesional).

En Francia y en Suecia, por el contrario, si bien se realiza la separación entre el momento político y el momento administrativo en la constitución de un ente jurídico autónomo, todavía esta institución no agrupa en sí misma a todos los servicios del mercado laboral, sino solamente los servicios «activos» para el empleo, mientras que las funciones «pasivas» están delegadas, bien en diversos mecanismos de gestión en paridad de las partes sociales, o bien, en la *société de seguro* controlada por el sindicato. En ambos países, por tanto, es fundamental, para los organismos encargados de la gestión del mercado de trabajo, la *partnership* entre el Estado, los empresarios y las centrales sindicales, que participan en el primero de ellos en medida paritaria, mientras que la representación de los sindicatos resulta prevalente en el segundo.

Del todo particular, finalmente, es la organización de los servicios para el empleo en el Reino Unido: en el curso de los años 80, en efecto, el gobierno conservador ha imprimido una decisiva inversión de tendencia con respecto a las líneas de intervención delineadas en el decenio anterior. El cambio de rumbo ha considerado, principalmente, la pro-

<sup>3</sup> También en España ha sido aprobada, a finales de 1993, una ley con la cual se ha superado el principio del monopolio público, en favor de un régimen de concurrencia entre la precedente estructura pública y los organismos privados sin fines de lucro. Cfr. BAAMONDE y PALOMEQUE LOPEZ. *La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo, en Relaciones laborales*, 1994. n.º 5-6, pp. 10 ss.

pia separación entre el momento político y el momento administrativo.

En efecto, las precedentes estructuras portadoras de los servicios para el empleo y para la gestión de la política laboral (en particular, de la formación) han devenido progresivamente, en sustancia, en otras tantas funciones ministeriales, aún cuando gradualmente (y, en perspectiva, plenamente) regionalizadas. En particular, el servicio de la colocación no viene desarrollado, ni siquiera aquí, en un régimen de monopolio del sujeto público, sino que en concurrencia con la agencia privada: gratuito en el primer caso, y oneroso en el segundo (para los otorgadores del trabajo).

4. Antepuestas estas observaciones de carácter bastante general sobre las grandes líneas de las tendencias que se presentan en algunos países europeos, en el tema de los órganos de gestión del mercado laboral y de la finalidad que estos se proponen, consideramos más cercanos a nosotros sólo algunos de los principales instrumentos de gestión, siguiendo un método prevalentemente problemático y buscando no tolerar las concesiones fáciles a las corrientes ideológicas de moda. Nos servimos, para esto, de las observaciones y también de las referencias deducidas del Derecho del mercado laboral en Italia (que se aparta todavía -se ha mencionado entre paréntesis- del modelo tendencial *standard* de tipo europeo descrito anteriormente, sobretudo por la naturaleza «ministerial» de sus estructuras portadoras, sean centrales o periféricas).

Hemos puesto en evidencia la crisis del monopolio público de la colocación. El problema surge sobretudo cuando resulta que, de hecho, sólo una parte irrisoria de los encuentros entre la oferta y la demanda de trabajo avienen efectivamente (y por lo demás, considerando mínimos niveles de calificación) por el trámite oficial; y cuando, también en consecuencia de esto, se supera el principio del requerimiento numérico, sustituyéndolo, al menos, en la mayoría de los sectores económicos por el del llamamiento nominativo. Hay que preguntarse, sin embargo, si resultan superadas también todas las profundas razones que históricamente han primado, en muchos países, para la introducción de la colocación pública. Se han desvanecido, a saber, los peligros de discriminación basados en el pago por las colocaciones, y en su lugar se ha generado verdaderamente una sustancial paridad de *chances* en el acceso al trabajo. Pero, fundamentalmente, el problema se centra en el modo cómo garantizar la necesaria integración, de la cual ya se ha hecho mención, entre el fomento del trabajo y las diversas funciones de gobierno

del mercado laboral, antes que toda formación profesional. Es evidente que una función de este tipo (por su misma complejidad, pero sobretudo, por el nexo que la une con los momentos, del todo políticos, de la previsión y del eventual reajuste de las tendencias del mercado laboral) no puede estar confiada a las «agencias» privadas eventualmente autorizadas para la mediación de la mano de obra. Se puede, en consecuencia, delinear alternativas, consistentes, por ejemplo, bien en la utilización de entes públicos jurídicamente autónomos respecto del aparato público ordinario (y, en consecuencia, también del aparato ministerial) -siguiéndose, así, las líneas de fondo de la experiencia europea antes descritas-; o bien en una fuerte descentralización institucional, acompañada de una delegación de las funciones administrativas en entes políticos territoriales (regionales e infraregionales). Empero -en ambos casos- uno y otro modelo se encuentran caracterizados por la integración entre las funciones de colocación en sentido estricto y las otras funciones consideradas, es decir, la formación, así como las iniciativas de recalificación de los trabajadores, el sostenimiento de la movilidad profesional y territorial, la búsqueda «intensiva» de trabajo para los sujetos «débiles» y otras similares. Lo anterior no impide todavía tomar en cuenta, aunque sea de forma experimental, algunas diferencias profesionales o, más bien, algunas figuras profesionales de alto costo en el mercado de trabajo (individualizadas por la ley o por la contratación colectiva), de modo que sean disponibles también para una mediación privada (especializada).

Un discurso de análogo tenor podría conducirse con respecto al caso específico del llamado trabajo interino: un tipo de relación que parece ahora formar objeto, más que de la pequeña especulación privada sobre la prestación laboral ajena, de un gran *business* orquestado a nivel intercontinental mediante contratos «tipo» de las grandes sociedades multinacionales (estadounidenses, suizas, holandesas, etc.) del trabajo «en alquiler». En el mejor de los casos, según las previsiones de los estudiosos italianos, se podrá sacar provecho de una mayor «velocidad de circulación» entre algunos grupos de trabajadores, al interior de una suerte de mercado laboral de segunda clase; mientras son muchos quienes imaginan el riesgo del «desmesuramiento», cada vez mayor, de estos trabajadores y de su utilización por otros y siempre diversos otorgadores (empleadores), que conduce a un efecto de desestructuración de los trabajos estables, a su fragmentación y descomposición en una multiplicidad de relaciones precarias, que no sigue proceso alguno de recomposición.

Se presenta el caso, sin embargo, de los sectores (de la informática a la asistencia técnica y otros servicios para la empresa y los estudios profesionales) en los cuales el interés de utilizar prestaciones interinas puede ser positivamente valorado, cuando se trata de labores medio-altas y sin tolear, de cualquier modo, ni aún en esta excepcional intermediación, el fin de lucro privado: recurriéndose, por tanto, para la gestión de estas relaciones, o a organismos públicos debidamente reformados en el sentido precedentemente expuesto, o bien a cooperativas de servicio (no, sin embargo, a cooperativas «fantasma»: por consiguiente observándose, por ejemplo, el requisito de la pluricomitencia y otras garantías para la ayuda de la transparencia de los recorridos decisionales), o bien a sujetos que obran en la voluntariado.

Pero la precarización de las relaciones de trabajo crea sus vehículos contractuales dentro de una serie más amplia de subtipos negociales (o de tipos alternativos) destinados -en el mensaje corriente- a sustituir, siempre en la más alta medida posible, al contrato a tiempo indeterminado, en cuanto (se sostiene) más idóneas para realizar el temperamento de los intereses de las partes. Se trata precisamente, en cada caso, de contratos con determinación de duración, asistidos, por lo demás, de desgravámenes contributivos o retributivos. También se tiende actualmente a descubrir la introducción de una nueva figura de contrato a término, desenganchada de cualquier causal de tipo objetivo (estacionalidad, sustitución de trabajadores ausentes, etc.), ya experimentada, por ejemplo, por aproximadamente diez años también en España: donde, todavía, a la definitiva suplantación de cualquier mediación sindical, no se ha acompañado algún resultado apreciable en términos de contención de la desocupación (que, más bien, como es conocido, se mantiene en España en un nivel dos veces mayor al nivel comunitario europeo, excluyendo los nuevos *Länder* alemanes). Un expediente, por tanto, de flexibilidad pura; con el único límite de un agrupamiento de los trabajadores contratados tramita el supuesto contrato a término «incausado» respecto a los trabajadores ocupados a tiempo indeterminado: pero con efectos de completa desestructuración de las relaciones de trabajo sobre todo en la pequeña empresa y, en cada caso, con la práctica cancelación del rol de la negociación colectiva.

Conclusión negativa a la que no es difícil llegar si se toma en cuenta también las diferentes formas posibles de «salario de ingreso» (uno o dos niveles inferiores de encuadramiento salarial por un cierto período para una paridad de labores, o bien porcentajes prefijados de reducción salarial por

un cierto período o, todavía, la falta de retribución de las horas de entrenamiento «para» el trabajo), enmascaradas bajo los fines de «reinserción» o limitadas a zonas geográficas particulares. En todos estos casos, el contrato de trabajo infraretribuido parece un «precio» (o una impropia tasa sobre la ocupación) requerido al desocupado por haber accedido al trabajo. Más precisamente, parece violar el principio de adecuación de la retribución a la calidad y a la cantidad del trabajo prestado.

5. Se desea, comúnmente, presentar éstas y otras líneas de tendencia análogas como el reflejo jurídico necesario (y casi «natural») de los cambios en la metodología productiva, en las inclinaciones individuales, en las características de la demanda. Por el contrario, se puede observar cómo gran parte de las exigencias de flexibilidad de la empresa, y también la propensión hacia la pluralidad, la diversidad y la conexión e interdisciplinariedad de la experiencia laboral, pueden encontrar satisfacción por medio de diversos instrumentos jurídicos. Un ejemplo por todos: antes que admitir «incausadamente» la introducción de contratos a plazo (vale decir, consentirla en cada caso, independientemente del recorrido de las razones justificativas específicas) podría ser más lineal conservar la sola figura del contrato a tiempo indeterminado y configurar las actuales causales del contrato a término (o las causales juzgadas igualmente razonables) como otros tantos casos típicos, o legalmente previstos, de causas justificadas de recesso de la propia relación a tiempo indeterminado. Del mismo modo, se puede advertir el reconocimiento, como contenido de otros tantos pactos típicos con específicas consecuencias sobre el régimen de los derechos y de las obligaciones contractuales, con finalidad formativa, de la recalcificación profesional y otros pactos similares.

En suma, la fragmentación de la tipología de la relación de trabajo y la incesante sobreposición de las siempre nuevas relaciones precarias no dependen de las inexorables conjunciones de los astros. Se trata de elecciones políticas, las cuales pueden contraponerse, con igual dignidad sobre el plano de la inventiva jurídica, y acaso con mucho mayor mérito sobre el plano social. La administración de la flexibilidad puede tener lugar también al interior de un instrumento y de una disciplina jurídica, a pesar de todo unitaria. Teniendo presente, sin embargo, que la pregunta no es tal, realista-mente, como para agotarse en el plano de la relación individual de trabajo: la gestión flexible de la fuerza laboral no puede explicarse completamente si no sobre el nivel de las relaciones colectivas. Se trata, entonces, de dar certeza de ley a la posibilidad, para la contratación colectiva, de derogar o

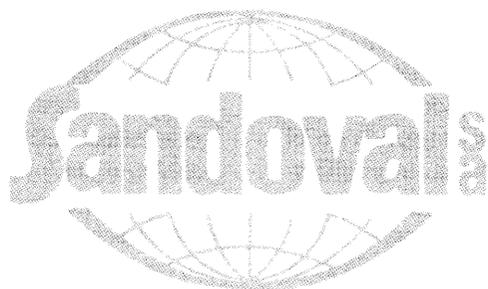
modificar en sede administrativa (con garantías, límites y procedimientos a definirse) el régimen *standard* de la relación de trabajo, unitariamente considerado.

Nos dedicaremos, en lo que resta, a la materia de la reducción y de la reorganización de los horarios de trabajo. Siempre más intensamente, en algunos países, se busca en efecto experimentar con su reducción con el fin de satisfacer la exigencia de salvaguarda o de desarrollo del empleo. Es el caso, en Italia, de las más recientes orientaciones en el tema de los contratos de solidaridad, intensificados como instrumento de gestión consensual de la crisis de la empresa, incentivados por la intervención pública y que parecen alentarse ulteriormente en el sentido de otorgarles una prioridad

necesaria (un criterio, en resumen, de prevención) respecto de los despidos por reducción de personal.

Es posible, por consiguiente, para los diferentes aspectos -algunos de los cuales habíamos buscado delinear ahora- introducir la política de «ajuste» del mercado laboral con tal de favorecer una mayor intensidad ocupacional, también mediante la medida «selectiva» de la flexibilización de la relación y de la reducción de las cargas que gravan los salarios: refutando sin embargo la concesión neoliberalista (en todo lo oportuno) según la cual un efecto ocupacional «virtuoso» sería la «natural» consecuencia de la eliminación de los vínculos, reglamentos y garantías.

祝創立 25 周年



25 AÑOS  
EN MUDANZAS  
INTERNACIONALES

Calle 1 Mza. A Lote N° 6 Urb. Industrial Bocanegra, Bellavista - Callao  
Telf: 415710 Fax: (5114)424348 Casilla: 1334 Lima - Perú



**Palmas del Espino S.A.**

*Ofrece Aceite de Palma y Palmiste para la  
Industria de Productos grasos y jabonería.  
Entregamos en planta de clientes*

*Pedidos al Teléfono: (054 - 14) 28-8000 - Fax: (054 - 14) 31-4037 - Lima - Perú*

## EL PODER JUDICIAL: LA VISION DE LOS MAGISTRADOS\*

En los últimos años se ha realizado una serie de investigaciones acerca del papel de la administración de justicia en el Perú. La mayor parte de ellas ha tomado en cuenta la opinión de los abogados y de las partes involucradas en los procedimientos judiciales, pero muy pocas, o casi ninguna, han analizado las perspectivas de los jueces peruanos. La presente encuesta es parte de un esfuerzo de THÉMIS - Revista de Derecho para destacar la visión de los jueces sobre nuestra administración de justicia y para contribuir a un mejor análisis de los problemas por los que se atraviesa.

La encuesta fue originalmente dirigida a los jueces civiles y penales de primera instancia de la ciudad de Lima, aunque finalmente se concentró en los jueces especializados en lo penal debido a que muy pocos magistrados especializados en lo civil colaboraron con la realización de la presente investigación<sup>1</sup>. Cabe señalar que en el momento en que se realizó la etapa inicial de la investigación, la mayoría de los magistrados habían sido nombrados provisionalmente por el actual gobierno, lo que -de alguna forma- podría haber motivado su actitud. Posteriormente, en el mes de noviembre de 1994, el Jurado de Honor de la Magistratura nombró a los actuales jueces titulares.

Los resultados de la presente investigación nos servirán para aproximarnos a la opinión de los magistrados respecto a temas controversiales como su eficiencia y ética profesional (abordándose principalmente aspectos tales como su formación académica, sus remuneraciones, así como su carga procesal y la celeridad con que emiten sus resoluciones), el sistema de elección de los magistrados, las presiones que reciben en el ejercicio de su profesión y la opinión que tienen acerca de la actuación de los abogados litigantes.

\* El trabajo de campo fue realizado por Juan Antonio Egúez Toledo, José Juan Haro Seijas y Gonzalo Zegarra Mulanovich, miembros de THÉMIS - Revista de Derecho. Se agradece por la colaboración prestada en esta investigación a Gonzalo Barrionuevo Alba y Humberto Zúñiga.

Dedicamos este trabajo a los jueces peruanos. Con ello, esperamos poder expresar de alguna forma nuestro profundo respeto por los hombres y mujeres peruanos que, en condiciones altamente inconvenientes, se dedican a la difícil y noble tarea de impartir justicia. A ellos corresponde una tarea aun más difícil: hacer que la justicia peruana sea cada vez menos injusta.

<sup>1</sup> Más de la mitad de los jueces penales de primera instancia respondieron a nuestro cuestionario, lo que consideramos constituye una muestra representativa.

## FORMACION ACADEMICA

Resulta difícil medir a través de una encuesta la formación académica de un magistrado. Probablemente, las únicas vías eficaces de medición son los exámenes de conocimientos o el análisis de un conjunto de resoluciones judiciales. Conscientes de ello, decidimos abordar este tema analizando dos variables constantemente utilizadas: la procedencia universitaria y los cursos de especialización y/o actualización llevados a cabo por los magistrados.

La formación académica del juez peruano ha sido cuestionada en innumerables ocasiones. Se ha afirmado incluso que: "Las sentencias tienen académicamente un nivel bajísimo. Si fueran la respuesta a un examen en la universidad no sería extraño que el estudiante hubiese sido desaprobado. [...] se capta al tercio inferior de las peores universidades"<sup>2</sup>.

Al respecto, podemos afirmar que hemos comprobado objetivamente que -a diferencia de lo que muchos creen- la procedencia universitaria de los magistrados es heterogénea, por lo que resulta inexacto señalar que los jueces provienen sólo de aquellas universidades caracterizadas por su bajo nivel académico.

Universidad	Porcentaje
San Marcos	38.10%
San Martín	28.57%
Villarreal	24.05%
Católica	9.28%

Asimismo, sorprende el gran porcentaje de magistrados que han realizado cursos de post-gradó. Mientras el abogado peruano promedio se caracteriza por su falta de especialización, la encuesta nos revela que un 71.41% de los jueces tienen una formación que -cuando menos objetivamente- resulta aparente. Es presumible, ciertamente, que estos estudios hayan sido cursados en sus universidades de origen.

## ESTUDIOS EFECTUADOS

Cursos de Post-Grado	71.41%
Sin cursos de Post-Grado	28.59%
TOTAL	100.00%

El porcentaje de los magistrados que han realizado estudios de post-gradó (71.41%) se puede desglosar de la siguiente manera:

Doctorado	14.29%
Maestría	47.62%
Doctorado y Maestría	9.50%
Total	71.41%

El Derecho es una ciencia en constante evolución, lo que exige que los abogados se mantengan permanentemente actualizados, sobre todo en tiempos en que se producen importantes reformas en nuestro ordenamiento jurídico. Aunque los jueces pueden optar por mantenerse actualizados a través de lecturas, consideramos que una de las variables que podía analizarse para reflejar su preocupación por los cambios suscitados en nuestro ordenamiento jurídico era su nivel de asistencia a cursos o seminarios. Al respecto, el siguiente cuadro nos permite extraer conclusiones interesantes:

Han asistido a algún curso de actualización	85.71%
Nunca han asistido a algún curso de actualización	14.29%
TOTAL	100.00%

Estas cifras, a diferencia de las obtenidas de los cuadros anteriores, nos parecen desalentadoras. Existe un 14.29% de magistrados que nunca ha asistido a algún curso de actualización. A este porcentaje debería agregársele la cifra de todos los jueces que han asistido a algún curso de actualización, pero no lo han hecho en los últimos años.

Esta es, posiblemente, la causa del cuestionamiento a la formación académica del juez peruano. Creemos que muchos de los graves errores judiciales se deben fundamentalmente a la falta de actualización de los magistrados y en sólo en menor grado a la procedencia universitaria o a la ausencia de formación de post-gradó.

El papel del Estado debe consistir, entonces, en fomentar la participación de los jueces en estos cursos de extensión, ya que hasta el momento su interés en ellos ha sido mínimo. Probablemente, la imposibilidad de alcanzar un mayor grado de desarrollo profesional ha contribuido a que muchos de los juristas que han pasado por el Poder Judicial dejen esta institución. Estimamos, sin embar-

<sup>2</sup> BULLARD G., Alfredo. "El juez peruano: ¿Protagonista o extra?" En: DEBATE, Volumen XVI, n° 75, diciembre 1993 - enero 1994, p. 48.

go, que la Academia de la Magistratura puede contribuir a modificar esta desesperanzadora realidad.

Merece destacarse, por otra parte, que en el caso de los jueces que alguna vez asistieron a cursos de actualización (85.71%), sólo intervino mínimamente el Estado.

La mayoría de las veces, el costo de la actualización ha sido cubierto por personas o instituciones distintas, como puede observarse en el cuadro que sigue:

### CURSOS DE ACTUALIZACION

Pagados por el Estado	5.88%
Pagados por los mismos jueces	52.94%
Pagados por ambos	41.18%
<b>TOTAL</b>	<b>100.00%</b>

Somos conscientes de que las hipótesis planteadas sólo sirven como una aproximación al tema de la formación del magistrado. Esperamos, sin embargo, que el análisis de estas variables y de otras sea luego profundizado en un posterior estudio.

### REMUNERACIONES

Existe una opinión generalizada respecto de la mala retribución económica que reciben los jueces en el Perú. Nuestros magistrados opinaron lo siguiente, en relación con sus sueldos:

La remuneración es:	
Buena	0.00%
Regular	42.85%
Mala	57.15%

La previsibilidad de un resultado como el anterior -en el que se muestra de manera indubitable el desacuerdo de los magistrados con la compensación económica que se les paga-, nos motivó para solicitar a los jueces que se sirvieran especificar las sumas de dinero que consideraban que razonablemente debería ganar un magistrado en el Perú para satisfacer sus necesidades económicas.

El 42.85% de los encuestados exigió el cumplimiento de lo dispuesto en el literal a) del inciso 5, del artículo 186 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta norma prescribe que los vocales de la Corte Suprema percibirán una remuneración equivalente a la de un parlamentario, los vocales de las distintas salas de la Corte Superior reci-

birán un 90% de tal retribución, los jueces especializados un 80% y los jueces de paz un 70% de ésta.

El 38.10% de los encuestados especificó diversos montos, cuyo promedio detallamos a continuación:

Juez de Paz	S/. 2,562.50
Juez especializado en lo civil	S/. 3,777.77
Vocal Superior	S/. 4,375.00
Vocal Supremo	S/. 5,562.50

Hubo un 19.05% que no especificó ningún monto. Hemos de recordar que, por mandato constitucional, los jueces no pueden ejercer ninguna otra profesión u ocupación remunerada -salvo la cátedra universitaria-, por lo que su situación económica se agrava considerablemente. Pudimos indagar que el 76.19% de los jueces tienen cargas familiares y que para el 47.62% de los magistrados, sus salarios constituyen la única fuente de ingresos de sus respectivos hogares.

Como consecuencia de esta penosa situación, dos tercios de los encuestados admitió la existencia de una relación entre sus bajas remuneraciones y el ejercicio de su profesión.

Influencia negativa de las bajas remuneraciones en la profesión	
Sí existe	66.67%
No existe	33.33%

A pesar de que no se especificó cuál era aquella relación, presumimos que en el mejor de los casos se refiere a que las remuneraciones no les permiten alcanzar un mayor grado de especialización profesional. En el peor de los casos, aquella relación implicaría una posible corrupción de nuestros jueces.

### CARGA Y CELERIDAD PROCESALES

Se ha resaltado recientemente que la administración de justicia no sólo debe ser eficiente, sino que además debe ser eficaz, entendiéndose con ello que la solución a una controversia judicial debe ser dada en un momento tal, que se pueda evitar la producción de daños irremediables.

Uno de los presupuestos para la consecución de un sistema judicial rápido es la correcta utilización de los recursos humanos. Esta puede lograrse únicamente con personal idóneo que tenga a

su disposición una estructura material que haga posible un normal desempeño de sus labores.

Los datos obtenidos en la encuesta nos muestran, sin embargo, que resulta inconcebible que pretendamos exigir -aun al más capacitado personal- resultados eficientes con tal carga de trabajo. El promedio de expedientes por juzgado llega a 1824.75, según el 80.95% de los jueces que respondió a dicha pregunta. Si a ello le agregamos el hecho de que el promedio de sentencias emitidas por cada juzgado es de apenas 2.15 por día, resulta evidente la causa del malestar generalizado que crea la lentitud en la administración de justicia. A despecho de que pudiéramos estar haciendo un cálculo no necesariamente cierto, imaginemos que desde este momento dejaran de admitirse más expedientes a trámite. Aun así, nuestros jueces necesitarían -en promedio- 848.72 días para poner fin a todos los procesos a su cargo. De otro lado y aun cuando no parece necesario precisarlo, es conveniente indicar que cuando nos referimos a 848.72 días de trabajo, nos referimos a 848.72 días hábiles, lo que significa -*grosso modo*- que, al ritmo actual, nuestra justicia necesitaría un poco más de tres años para poner fin a todos los litigios suscitados en el Perú... hasta el día de hoy. Esta conclusión es tanto más desalentadora si se toma en cuenta que nuestro cálculo se basa en la hipótesis de que en el futuro no se admitirán más expedientes a trámite, lo que es absolutamente irreal. Lo único real en todo este tema es que, tal como está, el sistema está destinado a reproducir constantemente su lentitud e ineficiencia<sup>3</sup>.

Esta situación, que deviene en inmanejable para los jueces, los obliga a delegar el conocimiento de los casos al personal que se encuentra a su cargo. No nos sorprende, por ello, encontrar que en muchas ocasiones los secretarios de juzgado tienen un conocimiento mucho más certero del desarrollo de los procesos que los propios jueces. Considerando que los secretarios de juzgados no son muchas veces abogados y que su formación profesional ha sido hecha con la práctica, podemos entender de alguna forma los grandes errores e injusticias que se cometen a través de resolucio-

nes judiciales que, muchas veces, son revisadas sólo superficialmente por los magistrados.

## PRESIONES

No existe sistema judicial en el que el juez no deba sortear una serie de obstáculos (presiones) para mantener su imparcialidad. Al margen de la moralidad o inmoralidad de estos medios en el ejercicio profesional y particularmente en el litigio, tema sobre el cual consideramos que existe mucho que decir, no podemos dejar de lado el hecho de que la independencia constituye uno de los principales requisitos de un magistrado. A pesar de ello, todo juez se ve enfrentado diariamente con diversos "argumentos": la prensa, el dinero, la amenaza y, últimamente, el bloqueo de calles y el embotellamiento provocado. En la medida que estas presiones pueden afectar seriamente el desarrollo de la labor de los magistrados, preguntamos a los encuestados qué tipo de presiones habían recibido durante el desarrollo de su labor. Sus respuestas -que se detallan en el cuadro siguiente- parecen, por alguna razón que no llegamos a comprender del todo, extraídas de otra realidad o, cuando menos, contrarias a la común opinión.

Tipo de presiones	
Económicas	0.00%
Políticas	14.28%
Presiones de otro tipo	28.57%
No reciben presiones	57.14%

Sin perjuicio de los resultados obtenidos, nos parece que en la respuesta de los jueces existe algo extraño. En nuestra opinión, puede inferirse fácilmente que las cifras ocultan una realidad que los propios magistrados se niegan a admitir y esconden, en la medida de sus posibilidades. Salvo que exista una opinión fundamentada en contrario, resulta inverosímil que ningún juez haya recibido alguna vez propuestas económicas por parte de los litigantes<sup>4</sup>. Es más, de acuerdo a la encuesta

<sup>3</sup> Parece justo señalar que los datos obtenidos no reflejan homogeneidad alguna, de lo que se sigue que -cuando menos en la vía penal- la carga procesal se encuentra desigualmente distribuida y existen juzgados que tienen un número mucho mayor de expedientes en giro. De la misma forma, existen jueces que demuestran mucha mayor eficiencia que otros, por el número de sentencias que expiden en un día. La evaluación global, sin embargo, es francamente alarmante.

<sup>4</sup> Nótese, por lo demás, que no se preguntó a los jueces si habían recibido alguna suma por emitir resoluciones o por la realización de otra actuación procesal. Por el contrario, sólo se consultó si habían recibido una propuesta en tal sentido.

realizada por APOYO en el año 1993<sup>5</sup>, el 50% de los encuestados declaró que se le pidió dinero en el Poder Judicial. Entre estas personas, 71% señaló que fue el secretario quien pidió el dinero, 22% la policía, 17% el juez, 12% el abogado y 71% el fiscal. Por otro lado, 54% señaló que le pidieron el dinero directamente y 35% a través de abogados.

Los resultados poco satisfactorios a la pregunta anterior se pueden atribuir también al temor que los jueces sienten al admitir esta penosa situación, que contribuye a su desprestigio. En todo caso, la pregunta estaba dirigida a averiguar la incidencia de este tipo de presiones, sin pretender por ello insinuar que los jueces se dejan llevar por ellas.

Respecto a las presiones políticas (14.28%), la cifra es relativamente baja, pero equilibrada, ya que la mayor presión política se presenta en las últimas instancias del Poder Judicial.

Finalmente, en el rubro presiones de otro tipo los jueces indicaron entre las más importantes a las provenientes de la prensa y opinión pública, a las presiones institucionales (magistrados superiores) y a las presiones de los abogados litigantes recomendados por colegas a los que generalmente se les deben favores.

### OPINION ACERCA DE LOS ABOGADOS LITIGANTES

Tal como afirma Alfredo Bullard<sup>6</sup>, se considera que el juez (peruano) no sólo es un extra, sino además (es) el malo de la película. Todas las críticas de los litigantes al sistema judicial recaen finalmente en el juez. Es por ello que decidimos indagar también en lo que respecta a la opinión que guardan los magistrados de los abogados litigantes. Ante esta pregunta, los jueces afirmaron lo siguiente:

Opinión	Porcentaje
Excelente	0.00%
Buena	0.00%
Regular	80.95%
Mala	19.05%

Era previsible que ante una oportunidad como ésta, el juez se desquite con los abogados litigantes de las reiteradas críticas que estos formulan continuamente. Resulta sorprendente, sin embargo, que ni siquiera uno haya declarado tener una opinión buena de los litigantes en general. Los defectos atribuidos a los abogados litigantes son prácticamente los mismos que los abogados imputan a los magistrados. Este resultado sólo comprueba que quienes participan del problema de la justicia en el Perú no han llegado aún a determinar cuál es su grado de incidencia en la generación del problema. Para los abogados litigantes, los jueces tienen la mayor responsabilidad en el problema. Para los jueces, son los abogados litigantes quienes han alcanzado tan alto honor. Los defectos que mayormente se imputan a los abogados aparecen detallados en el cuadro que a continuación se presenta:

Principal defecto de los litigantes	Porcentaje
Falta de especialización	42.90%
Falta de conocimientos	38.10%
Inmoralidad	28.57%
Falta de experiencia	19.05%
Interés personal y no del patrocinado	4.76%
Tinterillaje	4.76%
Falta de educación (malas maneras)	4.76%
Uso de maniobras dilatorias	4.76%

Podemos inferir de este último cuadro que los defectos imputados al juez peruano serían comunes al promedio de los abogados. En consecuencia, un cambio de personas (de jueces) no mejoraría necesariamente la imagen de la administración de justicia en el Perú. Por el contrario, los problemas del Poder Judicial son estructurales y, en esa medida, las soluciones que se planteen deben ir mucho más allá que de un simple cambio de hombres.

### SISTEMA DE ELECCION DE LOS MAGISTRADOS

El artículo 150 de nuestra Constitución Política dispone que la entidad encargada de la selección de los jueces es el Consejo Nacional de la Magis-

<sup>5</sup> Dicha encuesta fue publicada en la revista DEBATE, Volumen XVI, n° 75, diciembre 1993-enero 1994. p. 47.

<sup>6</sup> BULLARD G., Alfredo. "El juez peruano: Protagonista o extra?" En: DEBATE, Volumen XVI, N 75, diciembre 1993 - enero 1994. p. 49.

tratura. Los jueces provisionales entrevistados fueron designados por el Poder Ejecutivo y los actuales jueces titulares fueron nombrados por el Tribunal de Honor de la Magistratura. Entre los distintos sistemas de nominación de los magistrados (políticos y no políticos), los jueces señalaron que confiaban más en las siguientes instituciones:

Intitución	Porcentaje
Consejo Nacional de la Magistratura	63.16%
Tribunal de Honor de la Magistratura	15.79%
Elección popular entre abogados	5.26%
Academia de la Magistratura	5.26%
Exmagistrados	5.26%
Parlamento	0.00%
Poder Ejecutivo	0.00%
Corte Suprema	0.00%

Observamos en este cuadro la conformidad mayoritaria de los jueces respecto a la entidad encargada de la selección de nuestros magistrados prevista en nuestra Constitución. Es evidente, asimismo, el rechazo a las instancias políticas (Poder Ejecutivo, Parlamento) y a instancias que puedan eventualmente interferir en su imparcialidad (Corte Suprema).

## EXPECTATIVAS DE LOS JUECES

El diagnóstico negativo no se encuentra, sin embargo, cargado de pesimismo. Un altísimo porcentaje (90.48%) de los jueces considera que la nueva legislación procesal mejorará el sistema judicial si ésta se ve acompañada de medidas políticas, entre las que podemos destacar la indispensable desconcentración de los procesos en tan reducido número de juzgados, la urgencia de renovar la infraestructura y el mobiliario del Poder Judicial y la permanente capacitación de los magistrados.

De alguna forma, los jueces peruanos viven también el clima de esperanza que, indudablemente, se presenta en el Perú de hoy. Sin embargo, la esperanza no basta para resolver los terribles problemas de la administración de justicia. Son necesarios la inversión del Estado en el Poder Judicial y el desarrollo de mecanismos alternativos de solución de disputas, que permitan desconcentrar la administración de justicia y reducir los costos administrativos de implementar un mejor sistema en el Perú.

En esta revolucionaria labor tiene un papel preponderante la Universidad peruana, que debe responder a las necesidades sociales.

TRABAJO DE CAMPO TRABAJO DE CAMPO TRABAJO DE CAMPO TRABAJO DE CAMPO

*Desde la instauración del nuevo régimen para optar la obtención del título de abogado, se ha reducido en gran magnitud la elaboración de tesis en las universidades del país. Esta circunstancia repercutió en nuestra revista, que tradicionalmente ha publicado una síntesis de los mejores trabajos sustentados en nuestra facultad.*

*En estas circunstancias, merece destacarse el esfuerzo de algunos estudiantes que -sin perjuicio del actual marco legislativo- optan por desarrollar investigaciones de una calidad innegable y aportan al desarrollo de la ciencia jurídica en nuestro país. Una muestra de ello la constituyen los trabajos de Juan José Martínez, exmiembro de nuestra revista, Jorge Toyama Miyagusuku, Carlos Caro Coria y Dante Negro Alvarado, que a continuación reseñamos. Esperamos sinceramente que su iniciativa sea seguida por un gran número de estudiantes.*

**LA PARTICIPACION DE LOS TRABAJADORES EN LAS DECISIONES DE LA EMPRESA. PANORAMA TEORICO Y SITUACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO**

*Tesis sustentada por el señor Juan José Martínez para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú ante los doctores Javier Neves Mujica, Juan Carlos Cortés Carcelén y Ricardo Herrera Váscones, con mención sobresaliente.*

1. El tema de la participación de los trabajadores en la empresa ha sido y es conflictivo y complejo. Asimismo, como señala el autor de la tesis, esta institución jurídica ha recibido críticas agresivas de parte de sectores de trabajadores y de empleadores. En nuestro país, tampoco su tratamiento ha sido pacífico, iniciándose su discusión de manera trascendente en la década de los setenta, girando obviamente el conflicto alrededor del poder en la empresa.

Se distinguen tres clases de participación de los trabajadores en la empresa: participación en la propiedad, participación en las utilidades y participación en la gestión. Sobre esta última versa el trabajo de tesis, la que es denominada correctamente como participación en las deci-

siones de la empresa.

2. La tesis consta de tres partes definidas. En la primera se reflexiona sobre la empresa: concepciones, teorías desde la aproximación laboral de la empresa (institucional y clásica), y las decisiones en la empresa.

3. La segunda parte está destinada a los aspectos teóricos de la participación. El autor trata las precisiones terminológicas del concepto de participación, sus objetivos y sus críticas y la relación de esta institución con las ideologías.

Un aspecto importante está referido a los modelos de participación, en los que distingue las formas de participación en su dimensión estructural y en su forma funcional.

En cuanto a la dimensión estructural, desarrolla la participación inorgánica (como es el caso de la negociación colectiva, institución que normalmente no se percibe como una forma de participación) y la orgánica; es decir, la que se produce en los propios órganos de la empresa (en el directorio, por ejemplo). El análisis de la forma funcional está referido al grado de participación. Aquí se diferencia entre la información, la consulta y la codecisión.

El autor también acude a la normativa de la Organización Internacional del Trabajo con respecto a la participación, y a la experiencia legislativa de otros países. Termina esta parte reflexionando sobre la denominada participación directa de los trabajadores (calidad total, justo a tiempo, etc.).

4. La tercera parte está dedicada a la participación en el Perú. En este campo la evolución histórica, sobre todo la reciente, resulta muy interesante. El autor analiza la regulación constitucional de la participación, haciendo la comparación inevitable entre la Constitución de 1979 y la reciente de 1993. Asimismo trata toda la legislación infraconstitucional sobre la materia.

Se podría argumentar que la tesis abarca una institución cuya vigencia está siendo cuestionada, sin embargo, compartimos con el autor de la tesis, la inquietud sobre este tema, porque consideramos que de una forma (mediante la integración de los trabajadores a la lógica comercial, por ejemplo: la compra de acciones y sus efectos) u otra (colectivizando la participación directa) puede encontrar su revitalización, y será entonces necesario recurrir a su teorización y a su historia.

*Juan Carlos Cortés Carcelén*

#### **EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS**

*Tesis sustentada por el señor Jorge Toyama Miyagusuku para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú ante los doctores Javier Neves Mujica, Víctor Ferro Delgado y Carlos Blancas Bustamante, con mención sobresaliente.*

En nuestro sistema de fuentes del Derecho, la ley tiene supremacía sobre el convenio colectivo. Esta afirmación podría hacerse tanto respecto de la Constitución de 1979, cuyo artículo 54 proclamaba la fuerza de ley de los convenios colectivos, como respecto de la actual, que alude a la fuerza vinculante de estos en su artículo 28.

En el texto de 1979 los convenios colectivos estaban en el nivel primario, en un subnivel inferior a la ley. A esta conclusión podía llegarse constatando la genérica sujeción de la autonomía privada a la legalidad, así como la específica referida al ámbito laboral: la negociación colectiva se amoldaba a los cauces legales y la autonomía colectiva no podía vulnerar los pisos impuestos por la ley.

En el texto de 1993 la cuestión es aún más clara. La expresión fuerza vinculante refiere a la naturaleza dual normativa/obligacional de los convenios colectivos, pero no les atribuye rango alguno en el sistema de fuentes del Derecho. Esa tendrá que ser tarea de la ley, que ya no podrá otorgarles nivel primario, porque ninguna norma puede transferir a otra su propio nivel.

Siendo así, nuestro ordenamiento ha debido prever reglas para la declaración de invalidez de un convenio colectivo por infracción de la legalidad. Sin embargo, ello no ha ocurrido nunca de modo integral.

El Decreto Supremo 06-71-TR establecía un sistema de control previo y administrativo de la validez de los convenios colectivos. Estos requerían de aprobación administrativa para ser reconocidos como normas y surtir los efectos respectivos. El mecanismo no podía ser más manifiestamente lesivo de la auto-

mía colectiva reconocida por la Constitución.

Posteriormente, sin salirse de ese esquema, el Decreto Supremo 038-91-TR dispuso que tal aprobación sería otorgada automáticamente a la presentación de la solicitud correspondiente. Y añadió que si hubiera vulneración de los mínimos legales por el convenio colectivo podría accionarse ante un organismo jurisdiccional. La cuestión sin embargo, no mereció desarrollo alguno por el ordenamiento.

Con el Decreto Ley 25593 el asunto volvió a cero. La norma se ocupa de la invalidez del laudo arbitral, pero no de la del convenio colectivo, lo que resulta absurdo puesto que el primero sólo surge en defecto del segundo.

En este marco, Jorge Toyama emprendió la investigación que ha culminado con la excelente tesis que comento. A lo largo de su extenso trabajo se ha ocupado con rigor de todos los elementos involucrados en la cuestión: los conceptos básicos sobre autonomía colectiva, las relaciones entre los convenios colectivos y la legalidad, los tipos de control de validez de las normas, los antecedentes del tema en nuestro ordenamiento, etc.

El núcleo del trabajo se encuentra en el detenido análisis que el autor efectúa de los diversos supuestos de invalidez de los convenios colectivos, así como en su propuesta de regulación de esta compleja materia. En ambos casos, se ha apoyado en la mejor doctrina y legislación para formular sus planteamientos.

Respecto de los supuestos de infracción a la legalidad por los convenios colectivos, Jorge Toyama plantea que se utilicen las

reglas sobre control de validez de los contratos, puesto que tal es la forma que aquéllos revisan. Inclusive propone el empleo supletorio de los criterios contenidos al respecto en el Código Civil. En esta perspectiva, identifica tres supuestos de infracción, que clasifica en nulos, anulables e inoponibles. Los dos primeros son casos de invalidez y el tercero de ineficacia frente a terceros.

En cuanto a su propuesta, el autor sugiere la adopción por nuestro ordenamiento de un sistema de control de validez consistente en un proceso específico, jurisdiccional, sumario y con pretensión única. La legitimidad para obrar la reconoce sólo a los sujetos colectivos. La sentencia estimatoria tendría únicamente efectos hacia el futuro.

Ahora que se anuncia la sustitución de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo por un nuevo texto, cuyo Proyecto ya se ha publicado, pudiéndose constatar que omite nuevamente reglas sobre esta materia, se hace más indispensable que nunca la consulta de esta tesis para lograr una adecuada regulación de esta cuestión.

*Javier Neves Mujica*

#### **LA DESCRIMINALIZACION DE LAS INFRACCIONES DELICTIVAS AMBIENTALES**

*Tesis sustentada por el señor Carlos Caro Coria para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú ante los doctores Víctor Prado, Roger Yon y Arsenio Oré, con mención sobresaliente.*

La problemática que rodea la protección penal del medio ambiente y los recursos naturales, es el tema que aborda la tesis

de licenciatura en Derecho que sustentó con excelencia Carlos Caro Coria. Sin embargo, lo relevante de esta investigación no parte exclusivamente del objeto de estudio, sino fundamentalmente de la óptica y del enfoque que son aplicados por el autor. En efecto, a través de los distintos capítulos y contenidos, Caro, metodológicamente va construyendo un modelo de contraste que permite, luego, verificar la eficacia del sistema penal como medio de control y prevención de conductas peligrosas o dañinas del ambiente y demás componentes del ecosistema. Y ello porque la hipótesis central de sus tesis sostiene que la criminalización primaria o secundaria de los llamados delitos ecológicos es inocua y que, por tanto, su utilización en lo político criminal deviene en meramente simbólica. Que, en consecuencia, es de exigir la descriminalización de tales comportamientos ilícitos a fin de que la neutralización de sus manifestaciones se organice y se desarrolle desde instancias y estrategias de control y prevención extrapenales.

Ahora bien, la estructura del estudio que comentamos comienza por cuestionar la legitimidad y la validez del Derecho Penal como vía eficiente de protección de bienes jurídicos y mecanismo idóneo de control social formal. En este extremo, recurriendo a los planteamientos y constataciones aportados por la criminología crítica y el abolicionismo, Caro Coria deduce y cuestiona la utilidad del sistema penal en general. Si bien en el análisis se detectan algunos vacíos y errores, de forma y contenido, la experiencia acumulada por nuestra legislación punitiva y sus nulos efectos materiales sobre los problemas sociales de criminalidad que padece el país, ratifican la validez de los razonamientos. Esto es, el

Derecho Penal se encuentra enfrentando una crisis existencial, que se traduce en un balance deficitario de efectos sociales positivos, y en la inestabilidad teórica de sus interpretaciones dogmáticas y políticas.

La tesis también se ocupa de los tipos penales que el Código Penal de 1991 dedica a la protección de los recursos ecológicos. Luego de discutir con solvencia los alcances del bien jurídico tutelado, las ambigüedades de la terminología que pretende identificarlo y la necesidad de ubicar su problemática en contextos supraleales como los de desarrollo socioeconómico, el autor se adentra en la revisión típica de los diferentes delitos que contempla nuestra legislación. Con claridad sistemática, Caro analiza cada infracción, poniendo énfasis en los componentes objetivos y subjetivos de su tipicidad, a la vez que destacando su relación con otras disposiciones legales. Esto último como consecuencia de la técnica legislativa que formula los tipos penales en estructura de "leyes penales en blanco". No obstante, en estos esfuerzos dogmáticos no se deja de lado la reflexión políticocriminal, sobre todo al contrastar las distintas criminalizaciones con las exigencias de lesividad o de antijuricidad material, que sustentan un modelo de control mínimo y garantista. De allí que el autor sienta de modo reiterado la necesidad de advertir la inconsistencia latente de una protección "declarada" que las figuras delictivas pretenden reproducir, recurriendo, para ello, a disposiciones de "peligro concreto".

Frente a una actitud sobrecriminalizadora que caracteriza la política penal peruana, la tesis de Carlos Caro Coria asume una respuesta coherente y razonada sobre la inconveniencia y riesgos que entraña todo abuso

de *ius puniendi*. Para el autor, pues, recuperar un control penal equilibrado que se sustente y forme en las premisas de mínima intervención y necesidad, resulta ser la tarea inmediata del legislador nacional. Y en ese cometido, la problemática de la protección ambiental deberá reevaluarse en mérito a estrategias que potencien y privilegien las vías de tutela extrapenal. Insistir en un sistema de control administrativo, oportuno y diligente aparece, pues, en dicho contexto, como una atinada recomendación que debe ser atendida. Para lo cual, entendemos, una revisión integral de los alcances reales del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, debe ser el primer paso.

*Víctor Prado Saldarriaga*

### **LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR LOS HECHOS INTERNACIONALMENTE ILICITOS**

*Tesis sustentada para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú ante los Doctores Elvira Méndez Chang, Beatriz Ramacciotti de Cubas y Miguel de Althaus Guarderos, con mención sobresaliente.*

Uno de los grandes retos al Derecho Internacional contemporáneo es la determinación del concepto, supuestos y efectos de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos. Asimismo, este es uno de los temas centrales de investigación que la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sigue trabajando aún. Sin embargo, los tratadistas han encontrado innumerables obstáculos para desarrollarlo debido a la reticencia de los Estados, que ven peligrar

la defensa de sus intereses vitales. El señor Negro, al elegir este tema de investigación, asume una difícil tarea de ordenar, analizar y proponer un tratamiento de la responsabilidad internacional en que incurren los Estados toda vez que realizan hechos ilícitos a la luz del Derecho Internacional vigente.

Uno de los problemas en el tratamiento de esta institución surge debido a que el planteamiento de la responsabilidad internacional de los Estados se dio a partir de los criterios tomados en el Derecho interno. Sin embargo, resulta indispensable hacer una evaluación de los conceptos, principios e instituciones existentes, para efectos de determinar hasta qué punto resultan idóneos para atribuir responsabilidad a los Estados, antes que se colocan jurídicamente en un plano de igualdad. Dentro de esta línea, la tesis brinda una visión total y actualizada del tema, diferenciando la responsabilidad internacional de una de sus principales fuentes: el hecho ilícito internacional.

La investigación partía de la siguiente hipótesis: es necesario distinguir entre normas primarias y normas secundarias para aclarar e impulsar responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, propugnando un régimen de responsabilidad internacional basado principalmente en las normas secundarias. Para demostrarla, el trabajo se dividió en cuatro capítulos.

El primer capítulo versa sobre la definición, importancia, aplicación, evolución y fuentes de la responsabilidad internacional. Este brinda un marco teórico-conceptual muy valioso para entender la individualización del hecho ilícito como fuente de la responsabilidad internacional

del Estado. La referencia a los sujetos de la responsabilidad internacional y, en especial, a las fuentes de la responsabilidad internacional aclaran ideas que han sido tratadas confusamente por la doctrina.

El segundo capítulo desarrolla los fundamentos y los principios de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos internacionales. Los principios básicos presentados resultan coherentes frente a la necesidad de atribuir responsabilidad a un Estado por los hechos que se le imputan. Resulta sumamente interesante la discusión en torno a la calificación del hecho de un Estado como ilícito internacionalmente.

El tercer capítulo presenta un estudio cuidadoso y exhaustivo del hecho ilícito internacional. Al referirse a la atribución de responsabilidad por la conducta de personas que actúan por cuenta del Estado, el autor abre una serie de supuestos interesantes de explorar; en especial, el referido a actos de personas naturales que, siendo funcionarios o autoridades, no actúan por cuenta del Estado. El estudio del elemento objetivo de la responsabilidad resulta adecuado por su profundidad y precisión.

El cuarto capítulo trata de las causas que excluyen de ilicitud así como aquellas que la precluyen. Asimismo, se presentan las consecuencias de la responsabilidad internacional del Estado, donde el tema de la reparación es sumamente interesante y sirve de importante punto de partida para investigaciones futuras.

El señor Negro ha revisado una abundante bibliografía sobre el tema, lo cual significa un esfuerzo por investigar y analizar las fuentes de mayor interés pa-

ra el tratamiento del tema, tanto de tratadistas contemporáneos como de los clásicos, incluyendo los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional.

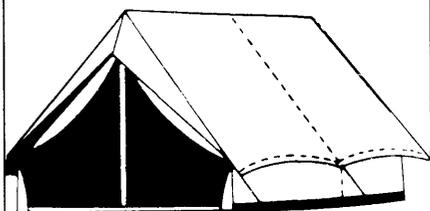
Este gran aporte por aclarar una institución fundamental del Derecho Internacional le ha merecido la mención de sobresaliente, la cual sin duda hace justicia a la calidad académica de

esta investigación. Su consulta es indispensable para los estudiosos del Derecho Internacional contemporáneo.

*Elvira Méndez Chang*

RESEÑAS DE TESIS RESEÑAS DE TESIS RESEÑAS DE TESIS RESEÑAS DE TESIS

**decide tú  
el lugar...**



**...nosotros  
ponemos lo  
necesario**

**CARPAS  
Y ACCESORIOS  
DE CAMPING**

- ▷ variedad de diseños
- ▷ impermeables
- ▷ en nylon o lona pura de algodón
- ▷ con estructura de aluminio
- ▷ a los mejores precios del mercado

**enppasa**

Río de la Plata 305 - San Isidro  
Telfs. 442-0616 / 441-9928  
Fax. 441-2489

**NOTARIA**

**BENAVIDES DE LA PUENTE**

Av. José Pardo 690 Miraflores

☎ 446-7111/444-0784/241-2506/241-2327

Horario: 9:00 a.m. a 1:00 p.m. / 2:15 p.m. a 6:00 p.m.

# CONFUSION DE CONFUSIONES: LA «REESTRUCTURACION EMPRESARIAL» DE LAS PERSONAS NATURALES<sup>1</sup>

José Juan Haro Seijas  
Asistente de Docencia de Derecho Civil  
Alumno de octavo ciclo de la Facultad de Derecho  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Miembro del Comité Directivo de THĒMIS - Revista de Derecho

*El Derecho es una ciencia social y, por lo mismo, cambiante y evolutiva. Sólo las legislaciones muertas permanecen estacionarias. A medida que las necesidades se transforman, las instituciones deben también transformarse. A nuevas necesidades, nuevas instituciones.*

*Arturo Alessandri Rodríguez*

*Un dogma no es nunca contrastado con la realidad, no se espera de él que sea práctico y en todo caso su practicidad nunca es medida; el valor utilidad es un dato irrelevante respecto del dogma, que vale porque se sabe que debe valer (...). Además, y si se hace el esfuerzo apropiado, siempre es posible invocar algunas benéficas consecuencias, no importa cuán periféricas, secundarias (...) ellas puedan ser.*

*Sergio Lepera*

El título de este trabajo parece encerrar un sinsentido. Una persona natural no es, ni puede ser, una empresa. Una persona física puede ser médico, abogado, mecánico, albañil, pero nuestra mente no es capaz de concebir (felizmente) que un ser humano sea capaz de transformarse al punto de convertirse en una empresa. Si por más esfuerzo que se haga siempre resultará imposible transformar un ser humano en una empresa, carece de sentido siquiera emplear el término «reestructuración empresarial de las personas naturales». Al lector le ruego, sin embargo, permitirme la licencia de titular de esta forma el presente comentario. Es probable que, al terminar su lectura, el título parezca un poco menos descabellado.

## 1. A MANERA DE INTRODUCCION

Es destacable el gran desarrollo que ha tenido en nuestro país, particularmente desde el año 1990, la legislación destinada a fomentar el libre mercado y a regularlo. Al margen de emitir un juicio sobre la ideología que trasuntan las normas promulgadas durante el gobierno fujimorista, sobre la cual -por lo demás- parece existir un apreciable consenso el día de hoy<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> A mi madre, por estar junto a mí, cada día.

Al doctor Hugo Forno Flórez, como muestra de amistad.

El presente comentario no hubiera podido llevarse a cabo sin el invalorable apoyo de los doctores José Enrique Palma Navea -secretario técnico de la Comisión de Reestructuración Empresarial del Ilustre Colegio de Abogados de Lima- y Juan Carlos Bocanegra. Quisiera aprovechar estas líneas para expresarles mi profundo agradecimiento por sus atenciones, sus consejos, y -sobre todo- por su amistad.

<sup>2</sup> Cuando nos referimos a ideología, hablamos -ciertamente- del pensamiento económico del actual gobierno. En otros ámbitos, las discrepancias parecen haberse agudizado (principalmente, en cuanto toca al tema de los derechos humanos).

debe destacarse el hecho de que la reforma ha sido amplia y ha abarcado los más importantes sectores de la actividad económica. Quizá el ámbito que ha sufrido una mayor transformación es el sector tradicionalmente reservado al Derecho Mercantil: se han reformado las normas bancarias, de inversión, de propiedad industrial, etc. Podría decirse que los únicos sectores «relevantes» que permanecen inmutados son el societario<sup>3</sup> y el que se refiere a los títulos valores.

Es indudable que la reforma del Derecho Comercial peruano ha estado orientada, fundamentalmente, por las exigencias de la realidad nacional y ha venido signada por la necesidad de promover la iniciativa privada y el desarrollo de las actividades económicas en todos los niveles. En esta línea se inscribe, precisamente, La Ley de Reestructuración Empresarial<sup>4</sup>, promulgada con la evidente intención de otorgar alternativas de reflotamiento a las empresas peruanas, que habían sido castigadas por una de las más fuertes crisis económicas que se han presentado a nivel mundial. Luego de más de dos años de vigencia (los que sin duda han sido productivos<sup>5</sup>), conviene analizar con mayor serenidad los vacíos y deficiencias de la norma, a la luz del desarrollo doctrinal y de los pronunciamientos de los órganos encargados de aplicarla. En nuestra opinión, algunas deficiencias normativas pueden fomentar que se afirmen en el ordenamiento peruano ciertos dogmas que no deberían ser acogidos por la legislación (y por sus intérpretes), sin haber pasado previamente por el tamiz de la crítica y el análisis jurídico.

A lo largo del presente comentario se intentará presentar una visión general en relación con el Derecho Concursal peruano, con la intención de demostrar -posteriormente- que no existe razón justificable para que la Ley excluya de su ámbito de aplicación (aunque sea de forma temporal) a las personas naturales que no desarrollan activi-

dad empresarial. Con este objeto, analizaremos uno de los primeros procesos seguidos ante la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima y el Tribunal de la Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Tribunal) sobre el tema<sup>6</sup>.

## 2. APROXIMACION A LA LEY DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL

A pesar de la gran difusión que ha tenido en nuestro medio, la Ley de Reestructuración Empresarial (en adelante, la Ley) constituye un cuerpo normativo relativamente novedoso. Por esta razón, parece necesario realizar cuando menos algunas breves precisiones sobre su contenido, sin perjuicio de profundizar posteriormente en algunos puntos.

Por ahora, basta con destacar que la Ley establece el régimen al que deben acogerse las empresas insolventes; vale decir, aquellas unidades productivas que no pueden hacer frente a sus obligaciones corrientes o que se encuentran en una situación patrimonial deficiente. La Ley faculta a los acreedores de la empresa para que, una vez que ésta hubiera sido declarada en insolvencia, determinen cuál es el rumbo que se debe adoptar: la reestructuración económica y financiera, la liquidación extrajudicial o la quiebra judicial.

De acuerdo con la Ley, una empresa es declarada en insolvencia a solicitud de sus acreedores o a solicitud de la propia empresa. Cuando un acreedor o un grupo de acreedores solicitan la declaración de insolvencia, deben acreditar que se les adeuda una cantidad mayor al equivalente de 50 Unidades Impositivas Tributarias<sup>7</sup>, como producto de obligaciones vencidas por más de treinta días. En cambio, cuando es la empresa misma la que se presenta al procedimiento concursal<sup>8</sup>, debe acreditar haber tenido pérdidas que hubieran reducido

<sup>3</sup> Sin embargo, en este nivel ya se han dado los pasos para la total reforma de nuestra Ley General de Sociedades y se han introducido importantes modificaciones al régimen societario, como la regulación de las acciones sin voto. Sobre el particular, puede verse: NORMAND SPARKS, Enrique. "La necesidad de la reforma de la Ley General de Sociedades". En: THÉMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca. n° 31, 1995.

<sup>4</sup> Decreto Ley N° 26116, publicado el 31 de diciembre de 1992.

<sup>5</sup> Sobre la situación que se presenta en la aplicación de la Ley de Reestructuración Empresarial puede consultarse: APOYO. *Hechos y Eventos*. Febrero, 1995. pp. 38 ss.

<sup>6</sup> Antes de hacerlo, queremos dejar constancia de que si bien el expediente ha causado estado en sede administrativa, se sigue actualmente un proceso judicial sobre el tema, cuyas circunstancias desconocemos por completo. De cualquier forma, el presente comentario tiene únicamente un interés académico, de forma que evitaremos -en cuanto fuera posible- personalizar el asunto.

<sup>7</sup> El valor actual de la Unidad Impositiva Tributaria es de S/. 2,000.00 (dos mil Nuevos Soles), lo que significa que los acreedores deben acreditar obligaciones impagas por un mínimo de S/. 100,000.00 (cien mil Nuevos Soles).

<sup>8</sup> El Derecho Concursal es, como se verá más adelante, la rama del Derecho que se encarga del tratamiento de los deudores insolventes y del destino que debe darse a su patrimonio. El término concurso alude a la situación de los acreedores, quienes -en situación de insolvencia de su deudor- concurren en el patrimonio de éste, con el objeto de cobrar de sus acreencia.

su patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte.

La solicitud debe ser presentada ante la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)<sup>9</sup> o ante los organismos que hagan sus veces<sup>10</sup>. Una vez recibida, el organismo competente procederá a citar al deudor, con el objeto de que cumpla con acreditar su capacidad de pago o, de ser el caso, se ratifique en su solicitud de insolvencia. En el caso de que el deudor no hubiera acreditado su capacidad de pago a satisfacción de los acreedores solicitantes o se ratificara en la solicitud, el organismo ante quien se tramita el procedimiento concursal procederá a declarar su insolvencia y citará al conjunto de los acreedores con el objeto de que, reunidos en Junta, determinen el destino que deberá darse a la empresa.

Como habíamos adelantado, nuestra norma ha previsto tres caminos.

La vía de la reestructuración económica y financiera constituye, quizá, la menos traumática para la empresa y sus trabajadores. Si los acreedores optan por ella, la empresa ingresa a un proceso de un año como mínimo, durante el cual se suspende la exigibilidad en el pago de sus obligaciones (con lo que se le otorga un respiro financiero) y se toman una serie de medidas destinadas a su refluotamiento. La idea es bastante simple: cuando,

de acuerdo con una evaluación racionalmente efectuada, la empresa se encuentra en posibilidades de continuar sus actividades, no es necesario destruirla y liquidar sus bienes con el solo objeto de que los acreedores recuperen su dinero. Por el contrario, basta en estos casos con arreglar la casa y refinanciar los créditos. Si se cumple con esto, es altamente probable que los acreedores sean finalmente satisfechos, no se perjudique a la empresa y tampoco se dañe excesivamente a los trabajadores.

En aquellos casos en que, de acuerdo con el criterio de los acreedores, no se presenten las condiciones necesarias para intentar la reestructuración, la Junta todavía tiene la alternativa de decidir entre la liquidación extrajudicial o la quiebra judicial. Ambos mecanismos tienen por objeto liquidar los bienes del deudor con el objeto de pagar a los acreedores. Sucede que en el primero de ellos, la intervención del Poder Judicial es mínima, mientras que en el segundo es determinante. La quiebra es, ciertamente, el sistema que más gravemente afecta a la empresa, a los trabajadores y a los acreedores. Es también, el más caro.

### 3. EL «CASO ACKERMAN»: LOS HECHOS

En mérito del procedimiento concursal iniciado por el señor David Mayo Varón el 4 de enero de 1994, la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima<sup>11</sup> declaró posteriormente la insolvencia del señor Moisés

<sup>9</sup> El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual fue creado mediante Decreto Ley N° 25868. Este organismo, que podría calificarse típicamente como el ente estatal de control y regulación del mercado, está encargado de la aplicación -en sede administrativa- de las normas destinadas a proteger el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y prestación de servicios, así como de las prácticas de competencia desleal y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores; los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones; la calidad de los productos; entre otras.

Sobre la intervención del Estado en la Economía, puede verse: SIERRALTA RIOS, Aníbal. *Introducción a la juseconomía*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988.

<sup>10</sup> De acuerdo con lo dispuesto por la Tercera Disposición Complementaria de la Ley, la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado se encuentra facultada para delegar sus funciones a entidades de reconocido prestigio, con las cuales puede celebrar convenios para este efecto. En uso de esta facultad, la Comisión ha celebrado convenios de delegación con el Colegio de Abogados de Lima, el Colegio de Contadores de Lima, la Cámara de Comercio de La Libertad y otras instituciones. La experiencia de la delegación ha sido provechosa, al punto que -mediante Decreto Legislativo N° 788- se ha admitido recientemente la posibilidad de que otras comisiones del INDECOPI deleguen las funciones que se encuentran a su cargo. En un país necesitado de promover el mercado y de afianzar su institucionalidad en todos los niveles, la escasez de recursos obliga a buscar soluciones inteligentes. Si esperamos obtener los recursos necesarios para que el Estado extienda los alcances del INDECOPI a todo el territorio nacional, quizá pasarían algunos años (o lustros) y el objetivo no estaría totalmente cumplido. Por esta razón, la delegación de funciones constituye un método para expandir la cultura de mercado a lo largo del país y para modernizar nuestra economía.

<sup>11</sup> En virtud del Convenio de Delegación suscrito en 1993 entre el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del INDECOPI, se creó la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima, que constituye el órgano que ejerce -en nombre del Colegio- las funciones delegadas.

Ackerman Krikler<sup>12</sup>. En su resolución de fecha 26 de enero de 1994, ordenó adicionalmente que se convocara a la Junta de Acreedores del insolvente, con el objeto de que ésta decidiera el destino que finalmente debería dársele. Al efecto de participar en la Junta convocada, seis acreedores solicitaron el reconocimiento de sus acreencias. Entre ellos se encontraban el acreedor tributario, cuatro personas naturales<sup>13</sup> y una persona jurídica.

El día 10 de junio de 1994 se instaló la Junta de Acreedores del señor Moisés Ackerman Krikler, con la participación del 99.4664% del total de los créditos reconocidos por la Comisión. El acta de esta Junta resulta particularmente interesante, porque en ella consta la discusión que se entabló respecto de la procedencia o improcedencia de aplicar la Ley de Reestructuración Empresarial a personas naturales.

La posibilidad de aplicar la Ley a las personas naturales es, precisamente, el tema del presente comentario. Sin perjuicio de que luego intentaremos profundizar en él, baste por ahora dejar indicados los elementos normativos que sirven de base a la discusión:

El artículo 1 de la Ley define su ámbito de aplica-

ción, al indicar que en su texto se establecen las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, liquidación extrajudicial y quiebra *de empresas* (el énfasis es nuestro). De esta suerte, toda hace indicar que la norma únicamente se aplica a empresas.

Sin perjuicio de lo anterior, la Primera Disposición Complementaria de la norma señala que lo dispuesto en la Ley regirá para las personas naturales no consideradas empresas conforme al artículo 1º, en lo que les resulte aplicable, según lo establezcan las normas complementarias [...]

Con estos elementos de base, en la Junta del señor Ackerman se sostuvieron elementos de juicio a favor y en contra de la aplicación de la Ley a personas naturales. De un lado, la oposición a su aplicación se fundamentó en el hecho de que no se han dictado las normas complementarias requeridas por la propia Ley de Reestructuración Empresarial. En contrario de esta tesis, se afirmó que la Ley sí era aplicable a personas naturales, aun cuando el Reglamento no se refiere expresamente a ellas y que, en cuanto a su régimen, existe un vacío legal que debe ser subsanado entendiendo empresa como persona natural<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Esta resolución no fue impugnada a tiempo, por lo que quedó consentida. Debe mencionarse que, aun cuando la Comisión de Reestructuración Empresarial no profundiza excesivamente en los argumentos que la llevan a admitir la insolvencia, éstos pueden ser encontrados en el informe legal N° 076-94-AL/CRE-CAL del 7 de julio de 1994 (que obra en el expediente). En este informe se señala expresamente lo siguiente:

Debe advertirse que la Comisión declaró la insolvencia, teniendo en cuenta dos aspectos:

(1) Lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, en cuanto las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver por deficiencia de las leyes, las cuestiones que se les ponga.

(2) Que Moisés Ackerman Krikler realiza actividad económica. Aun más, en la Escritura de Constitución de la empresa MAK ASOCIADOS S.A., él se identifica como empresario.

Tales argumentos fueron recogidos, después, en la Resolución N° 009-94/CRE-CAL/Exp. 020-94 del 12 de julio de 1994.

<sup>13</sup> Aun cuando no es nuestra intención afirmar que en este proceso puede detectarse alguna actuación de mala fe por parte del deudor, no deja de ser sintomático que las acreencias invocadas por las cuatro personas naturales se deriven de letras de cambio y no expresen por tanto la causa del nacimiento de la obligación cambiaria. Igual sucede con la persona jurídica que solicita el reconocimiento de su crédito. Sólo en un caso se acompaña, conjuntamente con las letras, el contrato causal: un mutuo dinerario.

Nos parece que esta circunstancia hubiera ameritado un mayor análisis por parte de la Comisión con el objeto de determinar la autenticidad de los créditos. Tenemos conocimiento de que la Comisión intentó realizar una investigación más profunda, en uso de la facultad que le confiere el artículo 8 del Decreto Supremo N° 044-93-EF -Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial- para investigar por todos los medios la cuantía y legitimidad de los créditos. Sin embargo, poco o nada pudo hacerse para verificar con mayor profundidad, tanto por la carencia de mecanismos legales adecuados para hacerlo, como por los limitados fondos que se tienen asignados para este tipo de investigaciones.

Debe decirse, en descargo de la Comisión, que existe una real preocupación en sus miembros por hacer frente al gran número de créditos simulados cuyo reconocimiento se solicita con el objeto de controlar la Junta de Acreedores y conseguir un resultado más favorable al deudor. Esta, ciertamente, es una tarea gigantesca.

<sup>14</sup> De alguna forma, cuando se pretende la asimilación de los conceptos de persona natural y empresa se sostiene, implícitamente, que la Ley sólo puede aplicarse a las personas naturales que ejercen actividad económica de tipo empresarial.

La discusión parece haber sido ardua, pero -en todo caso- los acreedores decidieron finalmente (con el voto del 77.7644% de los créditos reconocidos) aprobar la reestructuración económica y financiera del señor Ackerman. Al mismo tiempo, acordaron mantener a éste en la administración de sus actividades<sup>15</sup>.

Con fecha 13 de junio de 1994, el señor David Mayo Varón interpuso recurso de impugnación contra los acuerdos tomados en la Junta de Acreedores, en virtud de lo establecido en el inciso 1 del artículo 12 del Decreto Supremo N° 044-93-EF. En su recurso, el señor Mayo indicó:

a) Que no procede aplicar el procedimiento concursal del Decreto Ley N° 26116 a personas naturales, pues a la fecha de instalación de la Junta de Acreedores no se habían dictado aún las normas reglamentarias de lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria de la Ley de Reestructuración Empresarial.

b) Que, por lo demás, cualquiera fuera el acuerdo sobre el destino del deudor insolvente (reestructuración, quiebra o disolución y liquidación), existe una clara imposibilidad jurídica de aplicar el tenor y espíritu de la norma al caso concreto de la persona natural.

c) Que al momento de determinar el destino de la empresa, la junta no había tomado en consideración ninguno de los aspectos a que se refiere el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial<sup>16</sup>.

d) Que, de otro lado, el señor Moisés Ackerman Krikler no es una persona natural que pueda ser considerada empresa.

e) Que, finalmente, la decisión tomada por la Junta era nula de pleno derecho, en virtud de los incisos b) y c) del artículo 43 del Decreto Supremo

N° 02-94-JUS, Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, según los cuales son nulos de pleno derecho los actos administrativos contrarios a la Constitución y a las leyes y los que contengan un imposible jurídico, así como aquellos que hubiesen sido dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento y de la forma prescrita por ley.

Para mejor resolver la impugnación deducida, la Comisión de Reestructuración Empresarial citó a la partes a Audiencia, la que se llevó a cabo el 20 de junio de 1994. En ella, el representante legal del señor David Mayo Varón expuso sus argumentos, solicitó que se admitiera la impugnación a trámite y pidió a la Comisión que suspendiera los efectos del acuerdo adoptado en junta de acreedores<sup>17</sup>. Tramitada la impugnación con arreglo a ley, el 12 de julio de 1994 la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima emitió la Resolución N° 009-94/CRE-CAL/EXP. 020-94, en la que declaró fundado en parte el recurso del acreedor, dejó sin efecto los acuerdos adoptados en Junta y ordenó convocar nuevamente a los acreedores con el objeto de que decidieran, con arreglo a ley, el destino de la empresa. Al mismo tiempo, precisó que carecía de objeto pronunciarse sobre la suspensión de los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores, en la medida que los había dejado sin efecto.

Sin perjuicio de la decisión de la Comisión, el señor David Mayo Varón interpuso recurso de apelación contra la resolución N° 009-94/CRE-CAL/EXP. 020-94, por considerar que varios de sus considerandos eran violatorios de la ley. En su apelación, el señor Mayo indicó también que la Primera Disposición Complementaria de la Ley de Reestructuración Empresarial no justifica -aún- la aplicación de esta Ley a las personas naturales no consideradas empresas y que, de otro lado, el señor Ackerman no es realmente un empresario,

<sup>15</sup> A pesar de que el artículo 9 de la Ley de Reestructuración Empresarial otorga a la administración de la empresa el plazo de sesenta días para presentar el Plan de Reestructuración Empresarial, no tenemos conocimiento de que éste haya sido elaborado y sometido a consideración de los acreedores. Estimamos que en este punto es conveniente que la Ley sea modificada, al efecto de imponer sanciones expresas ante tales incumplimientos.

<sup>16</sup> Esta norma establece los puntos que deberá tener en cuenta la Junta al decidir la continuación de la empresa bajo el régimen de reestructuración económica y financiera. Entre ellos se encuentran: la posibilidad de rehabilitar a la empresa, el monto de capital que se requiere invertir en ella, la factibilidad de capitalizar acreencias, etc.

<sup>17</sup> La suspensión de los acuerdos adoptados en Junta se encuentra regulada por el inciso 2 del artículo 13 del Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, que establece que la interposición del recurso de impugnación de los acuerdos de la Junta de Acreedores no suspenderá la ejecución del acuerdo impugnado, a menos que ello sea resuelto por la Comisión o por el Tribunal.

porque para serlo no basta con simples declaraciones, sino que es necesario acreditar fácticamente esta condición. Finalmente, el señor Mayo solicitó al Tribunal que se confirme la ineficacia de los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores y que se revoque la resolución de la Comisión en cuanto convoca nuevamente a la Junta de Acreedores.

El 7 de febrero, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual emitió resolución revocando lo resuelto en primera instancia y declarando plenamente válidos los acuerdos adoptados en la Junta de Acreedores de Moisés Ackerman Krikler realizada el 10 de junio de 1994.

#### **4. EL «CASO ACKERMANN»: SINTESIS DE LAS RESOLUCIONES MAS IMPORTANTES**

##### **4.1. La declaración de insolvencia:**

Lima, 26 de enero de 1994  
Exp. N° 020-94/CRE-CAL  
MOISES ACKERMAN KRIKLER  
A solicitud de Acreedor.  
Resolución N° 002-94/CRE-CAL/Exp. 020-94  
LA COMISION DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL:

VISTA: la solicitud que con fecha 04 de enero de 1994 presenta ante esta Comisión el señor DAVID MAYO VARON, solicitando se declare la insolvencia de don MOISES ACKERMAN KRIKLER, por adeudarle una suma mayor a 50 Unidades Impositivas Tributarias, representada en una (1) letra de cambio por un importe de US\$ 66,582,82, debidamente protestada y cuya fotocopia adjunta; que citado el deudor para que acredite su capacidad de pago dentro del plazo concedido mediante Resolución N° 001-94/CRE-CAL/Exp. 020-94, éste se apersona al procedimiento mediante escrito presentado el 20 de enero de 1994, manifestando que no adeuda suma alguna al solicitante toda vez que la letra que recauda la solicitud de insolvencia no representa ninguna deuda sino que es garantía por la inversión de la cual es titular el Sr. David Mayo, ofreciendo alternativamente en calidad de prenda las acciones que éste tiene en la empresa CONSTRUCTORA MAK II S.A.; comunicado tal ofrecimiento al acreedor, éste, mediante escrito de fecha 24 de enero de 1994, rechazó los términos expuestos por el deudor y consideró insatisfactoria la garantía ofrecida, manifestando que dicha garantía deviene en inaceptable; y CONSIDERANDO: que habiendo transcurrido el plazo dispuesto en la ley sin que el deudor haya acreditado su capacidad de pago con arreglo a lo dispuesto

por el artículo 4° del Decreto Supremo N° 044-93-EF; que estando a lo establecido en la Primera Disposición Complementaria del Decreto Ley 26116 y sus normas reglamentarias aprobadas por D.S. N° 044-93-EF, y conforme a lo expuesto en el Informe elaborado por la Secretaría Técnica, se configuran los supuestos de ley; en uso de las atribuciones concedidas por el Convenio de Delegación de Funciones celebrado entre la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado -INDECOPI- y el Ilustre Colegio de Abogados de Lima de fecha 15 de junio de 1993; aprobado por Resolución N° 002-92-CSA-P-INDECOPI de fecha 29 de junio de 1993, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 3° del D.L. 26116 y los artículos 2°, 4° y 5° de sus normas reglamentarias; RESUELVE: Declarar la insolvencia de don MOISES ACKERMAN KRIKLER y en consecuencia, convóquese a todos sus acreedores para que se reúnan en Junta en primera citación el vigésimo primer día útil posterior a la última publicación en el Diario Oficial El Peruano del aviso que origine la presente Resolución, a horas 10.00 a.m., en el local ubicado en la Av. Santa Cruz 255, Miraflores; y en caso que no concurra el quórum suficiente para instalar la Junta de Acreedores, cítese para segunda y tercera convocatorias para el tercer día útil siguiente al de la primera y segunda fecha de citación respectivamente, a la misma hora y lugar. Encárguese al Secretario Técnico de la Comisión, para que presida la instalación de la Junta de Acreedores hasta que se produzca la elección a que se refiere el artículo 4° del D.L. 26 116; póngase la presente Resolución en conocimiento del Ministerio de Trabajo y Promoción Social y del Ministerio de Economía y Finanzas, para los efectos del tercer párrafo del artículo 6° del D.L. 26116 y publíquese la citación a Junta de Acreedores por dos días consecutivos en el Diario Oficial El Peruano y en otro de circulación de la ciudad de Lima.

Ricardo Beaumont C. - Rolando Castellares A. - Alfonso Morales A.

##### **4.2. La resolución de la impugnación del acuerdo de Junta de Acreedores:**

a) Primera instancia:  
Lima, 12 de julio de 1994  
Exp. N° 020-94/CRE-CAL  
MOISES ACKERMAN KRIKLER  
Impugnación de Acuerdos.  
Resolución N° 009-94/CRE-CAL/Exp. 020-94

LA COMISION DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL:

VISTOS: El Recurso de Impugnación presentado por DAVID MAYO VARON, con fecha 13 de mayo de 1994, contra los acuerdos adoptados en la Junta de Acreedores de MOISES ACKERMAN KRIKLER, realizada el 10 de junio de 1994, de conformidad con los avisos de convocatoria publicados en el Diario Oficial El Peruano y en el Diario El Comercio, y la ampliación de dicho recurso, presentado en la misma fecha, por medio de la cual se solicita, la suspensión de los efectos de tales acuerdos; y CONSIDERANDO: que mediante Resolución N° 002-94/CRE-CAL/EXP. 020-94, de fecha 26 de enero de 1994 se declaró la insolvencia de MOISES ACKERMAN KRIKLER; que por Resolución N° 005-94/CRE-CAL/Exp. 020-94, se reconoció el crédito invocado por DAVID MAYO VARON contra MOISES ACKERMAN KRIKLER, ascendente a la suma de US\$ 251,316.30, monto que equivale al 21.7020% del total de créditos reconocidos por la Comisión; que con fecha 13 de junio de 1994, el recurrente formula Impugnación a los acuerdos adoptados en la referida Junta de Acreedores, por considerar: 1) que a la fecha de celebración de la Junta de Acreedores en cuestión, no se habían dictado las normas complementarias a que alude la Primera Disposición Complementaria del D.L. 26116, por lo que existiría una clara imposibilidad jurídica de aplicar el tenor y espíritu de la norma al caso concreto de la persona natural y, 2) que en la adopción del acuerdo sobre la reestructuración económica y financiera de la empresa (*sic*), no se tuvo en cuenta ninguno de los motivos o considerandos enumerados en el artículo 15° del D.S. 044-93-EF, Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, ni siquiera el establecido en el inciso e) del citado artículo; que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12° del D.S. 044-93-EF, Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, esta Comisión resulta competente para conocer de la impugnación formulada, toda vez que el monto de los créditos reconocidos en favor del acreedor impugnante, no exceden de 500 Unidades Impositivas Tributarias; que el artículo 6° cuarto párrafo del D.L. 26116 y el artículo 12° inciso 1° del D.S. 044-93-EF, establecen que los acreedores que en conjunto representen créditos de cuando menos el 20% del monto total de los mismos, podrán impugnar ante la Comisión los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores; que con fecha 20 de junio de 1994 se llevó a cabo la audiencia prevista en el artículo 12° inciso 3° del D.S. 044-93-EF, con la concurrencia del Presidente de la Junta de Acreedores, señor Henry Feiger Champín, del insolvente Moisés Ackerman Krikler y del apoderado de David Mayo Varón, según constancia que obra en el expediente; que examinando el presente caso, se aprecia que el acreedor impugnante fue el mismo que

con fecha 04 de enero de 1994, solicitó la Declaratoria de Insolvencia de MOISES ACKERMAN KRIKLER, sin hacer mención expresa, ni reserva alguna a los fundamentos a que alude en la presente impugnación; que el deudor no ha objetado este procedimiento, pues al apersonarse se ha limitado a señalar la inexistencia del crédito invocado por el solicitante, ofreciendo, alternativamente, preñar las acciones de la empresa CONSTRUCTORA MAK II S.A., en favor de éste; que esta comisión ha declarado la insolvencia de MOISES ACKERMAN KRIKLER, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, que establece que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver por deficiencia de las leyes, las cuestiones que se les proponga y, tomando en cuenta que MOISES ACKERMAN KRIKLER realiza actividad económica, específicamente empresarial, conforme se ha evidenciado en autos, al identificarse como empresario en la Escritura Pública de Constitución de MAK ASOCIADOS S.A., cuya fotocopia del testimonio obra en autos, por lo que a criterio de esta Comisión le son aplicables los supuestos previstos en la Ley de Reestructuración Empresarial, en lo que resulte pertinente, de conformidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria del D.L. 26116; que la Resolución N° 002-94/CRE-CAL/Exp. 020-94 que declaró la insolvencia de MOISES ACKERMAN KRIKLER, ha quedado consentida al no haberse presentado contra ella recurso impugnatorio alguno por parte de los interesados, oportunidad incluso, que tuvo el impugnante para hacer valer cualquier cuestionamiento contra el procedimiento, como los que motivan la presente impugnación; que de otra parte, la impugnación planteada resulta contradictoria, pues de un lado el recurrente argumenta la imposibilidad de aplicar las normas sobre reestructuración, disolución y liquidación extrajudicial o quiebra de empresa a las personas naturales y, por otro, señala que en la Junta de Acreedores de Moisés Ackerman Krikler no se han observado los requisitos exigidos por el artículo 15° del D.S. 044-93-EF, lo que resulta implicate, máxime si se tiene en cuenta que fue el mismo impugnante quien solicitó la Declaratoria de Insolvencia de Moisés Ackerman Krikler; que el hecho de que el recurrente solicite la Declaratoria de Insolvencia del deudor persona natural y sustente el segundo extremo de su impugnación en la inobservancia de las disposiciones del artículo 15° del Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, al momento de aprobar la continuación de las actividades de la empresa, evidencia un tácito reconocimiento de la aplicabilidad de tales normas al caso concreto; que por las consideraciones expuestas

debe desestimarse el primer extremo de la impugnación formulada; que en lo que corresponde al segundo extremo de dicha impugnación, según consta del acta de Junta de Acreedores de MOISES ACKERMAN KRIKLER, realizada el 10 de junio de 1994, suscrita por el Presidente de la Junta de Acreedores, el representante designado por los acreedores para tal efecto y el Secretario Técnico de la Comisión, no se han observado los requisitos señalados expresamente en el artículo 15° del D.S. 044-93-EF, para adoptar válidamente el acuerdo sobre la continuación de las actividades de la empresa; que conforme lo dispone el artículo 5° último párrafo del D.S. 044-93-EF, Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, corresponde a la Comisión velar por la validez de los acuerdos adoptados en las Juntas de Acreedores; que por las consideraciones expuestas, cabe amparar la impugnación formulada, respecto al segundo extremo de la misma; en uso de las atribuciones concedidas por el Convenio de Delegación de Funciones celebrado entre la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado (INDECOPI) y el Ilustre Colegio de Abogados de Lima de fecha 15 de junio de 1993; aprobado por Resolución N° 002-92-CSA-P-INDECOPI de fecha 29 de junio de 1993 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° Cuarto Párrafo del D.L. 26116 y los artículos 12° Inciso 1° y 67° Inciso 5° del D.S. 044-93-EF; RESUELVE: Declarar fundada en parte la Impugnación formulada contra los acuerdos adoptados en la Junta de Acreedores de MOISES ACKERMAN KRIKLER, realizada el 10 de junio de 1994 y, en consecuencia, sin efecto los acuerdos adoptados respecto a la reestructuración del insolvente, la designación del régimen de administración y la designación del Comité y de sus miembros, debiendo el Presidente de la Junta de Acreedores, convocar a nueva reunión para adoptar el destino de la persona natural declarada en estado de insolvencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° del D.L. 26116 y el artículo 9° de su Reglamento, debiendo tenerse en cuenta, de ser el caso, las consideraciones que anteceden; careciendo de objeto pronunciarse sobre la solicitud de suspensión de los acuerdos impugnados, en la medida que esta Comisión está declarando sin efecto tales acuerdos.

Ricardo Beaumont C. - Rolando Castellares A. -  
Alfonso Morales A. - Juan M. Echevarría A.

b) Segunda instancia:

EXPEDIENTE N° 020-94  
RESOLUCION DEL TRIBUNAL  
104-95-INDECOPI/TDCPI  
Lima, 07 de Febrero de 1995.

Visto el recurso de apelación interpuesto por DAVID MAYO VARON contra la Resolución N° 009-94/CRE-CAL/EXP. 020-94, de fecha 12 de julio de 1994; y

CONSIDERANDO:

Que la Primera Instancia declaró fundada en parte la impugnación contra los acuerdos adoptados en la Junta de Acreedores de Moisés Ackerman Krikler, en razón de que dicha Junta no cumplió con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Supremo N° 044-93-EF, y en consecuencia dejó sin efecto los acuerdos adoptados respecto a la reestructuración del insolvente, la designación del Comité y de sus miembros, debiendo el Presidente de la Junta de Acreedores convocar a una nueva reunión;

Que es preciso señalar que en el presente caso, el aspecto concerniente a la declaratoria de insolvencia de Moisés Ackerman Krikler -como persona natural- fue materia de pronunciamiento de la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima, que ha quedado consentido al no haber sido impugnado por ninguna de las partes en este proceso, conforme a lo establecido en la resolución apelada;

Que contrariamente a lo que sostiene la Primera Instancia, las disposiciones contenidas en el artículo 15 del Decreto Supremo N° 044-93-EF no constituyen norma imperativa, y por tanto no pueden ser consideradas requisito formal para la validez del Acuerdo; que de otro lado, la Junta de Acreedores goza de total autonomía para decidir sobre la continuación de las actividades del insolvente, siempre y cuando se cumplan los requisitos formales y de carácter obligatorio establecidos en los artículos 9 y 10 del mencionado dispositivo legal, debiéndose señalar que la Autoridad Administrativa -por delegación: la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima- interviene sólo asegurando el cumplimiento estricto de las disposiciones de naturaleza imperativa que la ley de la materia establece;

Que, en consecuencia los acuerdos de la Junta de Acreedores de Moisés Ackerman Krikler del 10 de junio de 1994 fueron adoptados con arreglo a ley;

De conformidad con el Decreto Ley 26116, Decreto Supremo N° 044-93-EF, Decreto Ley 25868 y el Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI

RESUELVE:

REVOCAR la Resolución N° 009-94/CRE-CAL de fecha 12 de julio de 1994 y en consecuencia declarar válidos los acuerdos adoptados en la Junta de

Acreeedores de Moisés Ackerman Krikler realizada el 10 de junio de 1994, relativos a la reestructuración del insolvente y la designación del Comité y de sus miembros.

Jorge Fernández Baca  
Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

## 5. EL DERECHO MERCANTIL PERUANO Y LA LEY DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL

Antes de comentar los alcances de las resoluciones antes transcritas, quisiéramos centrar nuestra atención en el proceso seguido en nuestro Derecho y en nuestra legislación hasta la adopción de la Ley de Reestructuración Empresarial. Estimamos que este recorrido nos permitirá entender un poco más la función y el sentido del Derecho Concursal de nuestro tiempo. Sucede que las instituciones son reflejo de su época y aunque los abogados están acostumbrados a contemplarlas estáticamente a través de las leyes, debe entenderse que el texto que uno tiene muchas veces frente a los ojos es producto de un proceso dinámico, que continúa produciéndose a pesar de la Ley y, muchas veces -felizmente- por ella.

### 5.1. Evolución del Derecho Mercantil:

Como mencionábamos al iniciar el presente comentario, la promulgación de la Ley de Reestructuración Empresarial en el Perú se inscribe dentro de un más amplio proceso de reforma del Derecho Comercial peruano. Ciertamente, tal proceso no es propio de nuestro país y constituye más bien el reflejo de las principales líneas que atraviesan actualmente todo el Derecho Comparado. Nuestra reforma mercantil, a grandes rasgos, se encuentra signada por la necesidad de hacer frente a las exigencias sociales y dejar de lado antiquilosas formas jurídicas, que no contribuyen al desarrollo de una economía de mercado. Se trata de olvidar construcciones dogmatizadas y aplicar, en cuanto fuera posible, el método de la atenta observación de la realidad del que empezó a hablar hace ya tanto Heckett.

En esta línea de pensamiento, confluyen en el De-

recho Mercantil de nuestro tiempo una serie de tendencias orientadoras: la progresiva extensión de las normas especiales a sectores no comerciales (por ejemplo, a los profesionales y artesanos); la generalización del Derecho Mercantil a todas las clases sociales, de modo que deja de ser un Derecho especial para convertirse en Derecho general o común; la objetivación del Derecho Mercantil legislado (se legisla sobre la perspectiva de los actos de comercio, sin importar los sujetos que intervienen en la relación); la reducción de la normativa privada especial mercantil (supresión de una jerarquía especial de fuentes del Derecho, unificación del Derecho de las obligaciones y contratos, unificación del Derecho Concursal, etc.); y, la institucionalización, que consiste en el sometimiento creciente de la conducta e instituciones privadas a cauces imperativos, orientados a conseguir una finalidad trascendente en los sujetos<sup>18</sup>.

Para Broseta Pont, el fenómeno de «comercialización del Derecho Civil» o de «generalización del Derecho Mercantil» que se vive actualmente, en función del cual se difunde el espíritu comercial en todas las clases sociales, habrá de producir diversos fenómenos en el Derecho privado, tales como «la unificación del Derecho de obligaciones, la cual debe concretarse en la desaparición (efecto de la unificación) del doble régimen civil y mercantil de la teoría general de las obligaciones y del Derecho concursal así como en la supresión de la doble regulación civil y mercantil de ciertos contratos»<sup>19</sup>. De hecho, la generalización del Derecho Mercantil a toda la sociedad ha hecho que, cada vez con mayor profusión, sea necesario discutir respecto del ámbito de estudio de esta rama jurídica.

Sin perjuicio de ello y al margen de la polémica que podría entablarse sobre el tema (y son muchas las posiciones que se han sostenido en relación con la vigencia del Derecho Comercial), conviene destacar que en el centro de la reforma se ubica la empresa, como fenómeno de la economía de nuestro tiempo. Si antaño el Derecho Mercantil apuntaba su atención sobre las figuras del comerciante individual y de los actos de comercio, hoy estos han sido desplazados como fundamento de estudio de la disciplina y en su lugar se ha instaurado la empresa<sup>20</sup>. En efecto, las exigencias de or-

<sup>18</sup> Para una mayor profundización, es recomendable la lectura de: VICENT CHULIA, Francisco. El Derecho Mercantil del neocapitalismo. En: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, n° 139, ene-mar 1976, pp. 55-61.

<sup>19</sup> BROSETA PRONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. 6ta. ed. Tecnos, Madrid, 1986. p. 57.

<sup>20</sup> Sobre el tema ha escrito con claridad destacable: MAFFIA, Osvaldo. "Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial". En: *Revista jurídica argentina La Ley*. Buenos Aires, 1984. v. 1984-c, pp. 776 ss. Para Maffía, no sólo en el ámbito concursal, sino en todo el Derecho Mercantil: la empresa está en el centro de la atención.

ganización o institucionalización de la empresa (a despecho de ciertos reparos doctrinales) están en el centro de las actuales reformas del Derecho de sociedades, del Derecho de la competencia, del Derecho concursal<sup>21</sup>.

De otro lado, la empresa es una realidad que hoy, al igual que la familia, involucra a los más amplios sectores de nuestra sociedad. A diferencia de lo que sucedía a fines del siglo pasado, cuando la actividad comercial propiamente dicha constituía la profesión de unos pocos (y en esa medida, el Derecho Comercial era un Derecho especial), la empresa atraviesa completamente el armazón social, requiriendo constantemente la adecuación de la legislación a las nuevas formas contractuales y de explotación económica que se construyen día a día. De cualquier forma, los particulares se han visto de tal forma rodeados por las normas comerciales, que de pronto se ha vuelto muy difícil distinguir cuándo nos encontramos ante una tema de Derecho Mercantil y cuándo no.

De esta forma, el Derecho Civil y Mercantil se acercan cada vez más y en algunos puntos -como en determinados contratos- se fusionan en los hechos. Debe recordarse que si bien la mayor parte de los países de la tradición romano-germánica postulan aún actualmente la separación del Derecho Civil y el Mercantil, tal separación no es un hecho universal, ni permanente: «antiguamente no existió en Roma, y modernamente no existe en Suiza, en Italia, y en los países anglosajones»<sup>22</sup>. A diferencia de la época romana, donde la necesidad de la autonomía del Derecho Mercantil no llegó a percibirse, la desaparición del Derecho Mercantil del marco legislativo contemporáneo se debe, precisamente, al fenómeno de *generalización* del Derecho Mercantil. Las ramas del Derecho no son categorías permanentes en el tiempo, sino que deben adaptar sus contenidos a la realidad social, que continuamente las cuestiona.

De alguna extraña forma, al evolucionar, el Derecho Mercantil tiende a su desaparición.

## 5.2. Evolución del Derecho Concursal

De la misma forma que la realidad ha exigido la

modificación del Derecho Mercantil, diferentes actores sociales han venido presionando desde hace algún tiempo por una radical reforma del Derecho Concursal. Precisamente porque las ideas centrales que motivan esta reforma han sido recogidas en nuestra Ley de Reestructuración Empresarial, parece necesario echar un vistazo -aunque sea breve- a la evolución que ha seguido, desde sus inicios, el tratamiento de la insolvencia y los remedios que tradicionalmente se han construido para hacerle frente.

### 5.2.1. Algunos conceptos preliminares

En lo que sigue, entenderemos por Derecho Concursal al conjunto de normas sustantivas y procesales reguladoras de las instituciones de la ejecución colectiva, mediante las cuales los acreedores concurren para satisfacer, hasta donde alcance el patrimonio de su deudor, sus propios créditos y se someten a reglas predeterminadas para la distribución o aplicación del producto de los bienes desapoderados<sup>23</sup>.

Nuestro Derecho Civil<sup>24</sup> reconoce la facultad del acreedor para interponer un procedimiento de ejecución forzada en contra del deudor que hubiera incumplido con pagar la obligación a su cargo en forma oportuna, íntegra e idéntica. Este procedimiento es, como parece evidente, de naturaleza individual. Esto significa que, a pesar de que un deudor pueda tener varios acreedores, cada uno de ellos deberá iniciar procesos separados, con la mira de ejecutar algún bien de propiedad del deudor si éste se niega al pago. Recuérdese, al respecto, que el acreedor puede dirigirse contra cualquier bien de propiedad del deudor, independientemente de que éste hubiera otorgado en favor de aquél una garantía específica. Así, en circunstancias normales, el acreedor cuyo crédito venza precedentemente y que sea más diligente al iniciar el proceso de ejecución, podrá cobrar a su deudor antes que los demás acreedores. En circunstancias normales rige el principio según el cual el primero en el tiempo, es primero en el Derecho *-prior in tempore, potior in iure-*, principio que tan gráficamente resumiera Hedemann, al citar un antiguo proverbio alemán del siglo XIII que señala: el que primero llega al molino es el primero que muele<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> VICENT CHULIA, Francisco. Op. cit, p. 46.

<sup>22</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Aguirre, Madrid, 1976. pp. 29 ss.

<sup>23</sup> Estudio Haro Asoc. *Derecho de quiebras y nueva reestructuración empresarial*. Grijley, Lima, 1993. p. 114

<sup>24</sup> Inciso 1 del artículo 1219 del Código Civil.

<sup>25</sup> Citado por MIQUEL. *La retroacción de la quiebra*. Depalma, Buenos Aires, p. 8.

Aunque suele suceder que el deudor incumpla el pago de las obligaciones a su cargo por cuestiones meramente subjetivas (no desea pagar, dedica su dinero a otros fines, etc.)<sup>26</sup>, en otras circunstancias el incumplimiento se produce simplemente porque el sujeto obligado se encuentra en imposibilidad de atender oportunamente sus deudas, por carecer de los recursos necesarios para ello (suele hablarse en este supuesto, de insolvencia). En estos casos, parece poco justo que el acreedor cuyo crédito ha vencido precedentemente pueda intentar una ejecución individual, sin que los acreedores cuyos créditos no han vencido aún puedan hacer nada. Admitir una situación de este tipo implicaría legitimar el perjuicio de los demás acreedores. Si esta salida fuera consentida por el ordenamiento jurídico, la sociedad recibiría un mensaje gravísimo, que desincentivaría por completo el otorgamiento de créditos. En esta línea, un sujeto racional se vería compelido a conceder créditos únicamente a aquellos deudores cuyas deudas (y el vencimiento de estas) conoce en su integridad. Si no se tomara esta precaución, el recupero del crédito sería un albur.

De otro lado, debe tomarse en consideración que cuando el deudor se encuentra en situación tal que no es capaz de hacer frente a todas sus obligaciones con los recursos con los que cuenta tenderá a actuar en salvaguarda de sus intereses y en desmedro del interés de los acreedores. Como señala Fusaro: caído en este estado, el comerciante -o civil- tratará de salvar sus intereses, sin tener en cuenta el de sus acreedores y proveedores. Podría también favorecer a unos pocos acreedores y desentenderse de otros<sup>27</sup>. Las razones antes señaladas fundamentan en gran parte la necesidad de que el ordenamiento jurídico diseñe un procedimiento de ejecución colectiva, al que puedan acceder todos los acreedores del deudor; un procedi-

miento que se instaurará en aquellos casos en que el deudor no se encuentre en *capacidad actual* de hacer frente a todas las obligaciones a su cargo, lo que hace previsible el perjuicio de parte (o el total) de sus acreedores. Este procedimiento colectivo, a diferencia de cualquier procedimiento de ejecución individual, se rige por el principio de la *par conditio creditorum*, según el cual todos los acreedores concurren en igual medida sobre el patrimonio del deudor, entendiéndose vencidas aún aquellas obligaciones que debieran pagarse después de que se verifica el estado de imposibilidad de pago (insolvencia)<sup>28</sup>. Tal como lo expresa Galgano, el principio de la *par conditio creditorum* constituye en el Derecho Concursal un reflejo de la justicia distributiva<sup>29</sup>. El incumplimiento y la insolvencia son bien distintos. Cuando se habla de incumplimiento se comprenden una serie de situaciones caracterizadas por el hecho objetivo de que, a su vencimiento, una obligación no ha sido pagada de forma idéntica, íntegra y oportuna. La insolvencia, en cambio, presupone una situación o estado patrimonial en el que el deudor no puede satisfacer a sus acreedores en el momento en que ellos pueden exigirle el cumplimiento de sus obligaciones. En sentido técnico, la insolvencia es un desequilibrio patrimonial crónico y generalizado a la totalidad del activo, que aún cuando no se manifieste en un balance pasivo, impide al deudor cumplir sus obligaciones integralmente. El incumplimiento comprende a la insolvencia, pero no sucede lo contrario.

Como explica Fernández, la ejecución individual tiene en mira el incumplimiento y su objeto es compeler al acreedor al pago. Los procedimientos concursales, en cambio, tienen por mira la impotencia patrimonial del deudor, que constituye -en definitiva- la insolvencia<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Como parece evidente, un Poder Judicial deficiente como el nuestro fomenta el incumplimiento por razones subjetivas, toda vez que el deudor se encuentra en posibilidad de prever que si él desea incumplir, no será constreñido rápida y efectivamente al pago.

<sup>27</sup> FUSARO, Bertelio. *Concursos. Teoría y práctica de la Ley N° 19.551*. Depalma, Buenos Aires, 1988. pp. 1-2.

<sup>28</sup> En general, los procedimientos concursales se rigen también por otros principios: universalidad del patrimonio (todo el queda afectado al proceso concursal), ejecución colectiva (en función del cual las ejecuciones individuales están prohibidas), intensificación de la defensa del acreedor frente al deudor (según el cual el deudor es desapoderado de sus bienes y pierde el derecho a su administración y disposición), entre otros. En la medida que resulta difícil probar la insolvencia, debe recurrirse a presunciones para establecer la procedencia del procedimiento concursal.

<sup>29</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. Cedam, Padua, 1983. p. 864.

<sup>30</sup> FERNANDEZ, R.I. *Fundamentos de la quiebra*. Depalma, Buenos Aires, 1927. p. 26.

En la medida que la insolvencia es el presupuesto activador del concurso, ha sido motivo de extensas formulaciones doctrinarias y legislativas, con el objeto de determinar cuándo se presenta. En primer lugar, debe destacarse que si bien una persona puede encontrarse en muy mala situación económica, porque su pasivo es mayor que su activo, la insolvencia sólo adquiere relevancia jurídica cuando se manifiesta al exterior y afecta a los acreedores. Es el perjuicio de éstos el que fundamenta el inicio del proceso concursal. En segundo lugar, conviene precisar que resulta harto difícil determinar en qué circunstancias el incumplimiento en el pago de las obligaciones a cargo del deudor se produce por causas subjetivas (es decir, porque no se quiere pagar) y cuándo se produce por una real imposibilidad de pago. Por esta razón, las legislaciones han reconocido desde hace mucho que la insolvencia<sup>31</sup> puede exteriorizarse de diversas formas. En algunos casos, esas llamadas formas de manifestación de la insolvencia constituyen la presunción de que este estado se ha presentado, aun cuando efectivamente no suceda así. Mayoritariamente se han reconocido como tales:

- 1- La inexistencia de bienes libres que embargar.
- 2- La cesación de pagos.
- 3- La fuga u ocultamiento del deudor.
- 4- El incumplimiento de los convenios de suspensión de pagos, celebrados entre el deudor y sus acreedores para evitar un procedimiento concursal.

Entre los antes citados, la cesación de pagos ha sido la circunstancia que la mayor parte de las legislaciones han tomado como elemento de presunción de la insolvencia (algunas, incluso, identifican ésta con la cesación de pagos). La cesación de pagos viene relacionada con el momento en que el deudor deja efectivamente de hacer frente a sus obligaciones. Sin embargo, la formulación teórica de lo que debe entenderse por cesación ha variado a lo largo del tiempo; el concepto de cesación de pagos -o, quizás, el significado de la frase que lo expresa- no ha concluido de evolucionar<sup>32</sup>:

<sup>31</sup> Tradicionalmente se ha distinguido entre la insolvencia provisional y la insolvencia definitiva. La insolvencia provisional responde a aquellas circunstancias en que el deudor tiene un problema de liquidez, aun cuando su activo es efectivamente mayor que su pasivo. La insolvencia definitiva, en cambio, se presenta cuando la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones responde al hecho de que el pasivo del deudor es mayor que su activo. En el primer caso, los acreedores tienen suficientes garantías de que, si ejecutan el patrimonio del deudor, podrán hacer efectivo cobro de sus créditos (a la larga). En el segundo, el perjuicio es -por lo general- irremediable.

Para Broseta Pont -quien opina influido por su legislación- un procedimiento de ejecución colectiva de los bienes del deudor sólo es admisible ante la insolvencia definitiva. Cuando existe insolvencia provisional, cada acreedor podrá dirigirse individualmente contra los bienes del deudor o, en todo caso, se podrán celebrar convenios para refinanciar el pago de las obligaciones (véase, al respecto: BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos, Madrid, 1986. p. 663 ss.). Este es también el parecer que, entre nosotros, sostiene Alfredo Ferrero (FERRERO, Alfredo. *Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial*. En: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n° 47, pp. 389 ss.).

Aun cuando no negamos la coherencia lógica de esta interpretación, no creemos que nos lleve a una situación adecuada o eficiente. Piénsese, en primer lugar que -como señalan Bonfanti y Garrone- lo que interesa en el mundo de los negocios es el cumplimiento estricto de las obligaciones, pero no en una liquidación final que determinará el total de (-) activo y (-) pasivo, sino en el momento de ocurrir los vencimientos. (BONFANTI, Mario y José GARRONE. *Concursos y quiebra*. 3ra ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981. p. 38). De otro lado, no debe olvidarse que el hecho de que el activo sea mayor que el pasivo no puede llevarnos a concluir que el deudor se podrá encontrar en un futuro próximo en posibilidad de hacer frente a sus obligaciones, sin realizar gran parte de sus bienes. Supóngase si no el caso de un deudor que posee una casa avaluada en \$50,000 como único bien relevante o susceptible de ejecución y que tiene deudas por \$ 49,000. Es evidente que en tal supuesto, el activo es mayor que el pasivo, pero al mismo tiempo se cae en la cuenta de que no existe otra solución que vender o ejecutar la casa del deudor: no es previsible que éste pueda obtener en el corto plazo recursos para pagar a sus acreedores. Si se obliga a éstos a acatar un convenio de suspensión de pagos se actúa de forma arbitraria, porque -en el mejor de los casos- se los condena a conceder una inexorable prórroga. Asimismo, si la ley no otorga la posibilidad de iniciar un proceso concursal de ejecución, sino que sólo permite ejecuciones individuales, estaría generando inexplicablemente una solución harto ineficiente. En efecto, si se permitiera el concurso (aun en los casos de insolvencia provisional), este procedimiento de ejecución ayudaría a ahorrar recursos (en lugar de que el Poder Judicial intervenga en varios procedimientos, los órganos concursales intervienen en uno solo; los gastos de registrar sucesivos embargos son menores; la liquidación de los bienes del deudor es más rápida, etc). De esta forma, cada caso concreto presenta ribetes particulares que hacen -o no- recomendable la ejecución de los bienes del deudor. No puede afirmarse de forma amplia, que la solución en la insolvencia definitiva debe ser una y en la insolvencia provisional, otra.

<sup>32</sup> MAFFIA, Osvaldo. "Metamorfosis de ..." Op. cit. p. 775.

1- En los albores del Derecho Concursal, la cesación que fundamentaba el concurso se entendía originada cuando el deudor dejaba de pagar oportunamente cualquier cantidad. Este sólo hecho lo constituía en quiebra<sup>33</sup> y al juez correspondía únicamente declararla. Nótese la rigidez de la concepción, en la medida que la cesación de pagos se identificaba con la insolvencia, pero también con el incumplimiento.

2- El *Code* Napoleónico, recogía la ecuación cesación = quiebra en su artículo 347, al señalar que todo comerciante que cesa en sus pagos está en estado de quiebra. Así, la situación de quiebra se producía en los hechos y al juez correspondía únicamente declararla.

3- En las interpretaciones del *Code*, empezó a exigirse con posterioridad -flexibilizando la aplicación de la ley- que la cesación fuera relevante e involucrara la generalidad de los pagos, al tiempo de que se planteaba la necesidad de cotejar los motivos de la cesación.

4- Se entendió finalmente (Bonello, 1905) que la cesación no consistía en dejar de pagar, sino en estar imposibilitado de hacerlo regularmente. Hoy, en muchos ordenamientos, la cesación de pagos o sobreseimiento general (en los pagos) se presenta cuando, atendiendo el volumen de las operaciones del deudor, éste incurre en reiterados e importantes incumplimientos<sup>34</sup>. En este esquema, nuestra Ley de Reestructuración Empresarial presume la insolvencia del deudor es un caso de cesación de pagos: cuando el deudor no ha pagado -dentro de los treinta días de vencida la obligación a su cargo- un monto mayor de 50 Unidades Impositivas Tributarias. De cualquier forma, esta es una presunción *iuris tantum*, pues el deudor podrá probar que sí se encuentra en capacidad de pago y con ello paralizar el procedimiento concursal.

## 5.2.2. Evolución del Derecho Comparado

Tradicionalmente, las legislaciones han tratado duramente a los insolventes. Como recuerda Bastin, desde los primeros tiempos de la regulación concursal, la rigidez contra el insolvente ha sido característica común. No puede olvidarse que la prisión por deudas no ha desaparecido hace mucho de los ordenamientos jurídicos y que la muerte solía esperar a los quebrados fraudulentos: El quebrado fraudulento debe ser condenado al último suplicio mediante la horca rezaba un edicto de Carlos V en el siglo XVI<sup>35</sup>. Sin embargo, el concepto de quiebra como sanción y la necesaria liquidación del patrimonio del deudor como única salida frente a la insolvencia han entrado en crisis. Veremos de explicar en las próximas líneas el curso de este proceso.

Con anterioridad a Roma no se encuentran huellas de las instituciones concursales hoy universalmente adoptadas y si bien el Derecho romano antiguo (Ley de las XII tablas) previó procedimientos colectivos de ejecución, éstos no configuran un antecedente válido de las figuras que nuestra Ley de Reestructuración Empresarial recoge. En esta línea lógica, no pueden considerarse antecedentes a la *manus iniecto*, la *pignoris capio*, y la *missio in possessionem*, que sólo fueron formas de acción sobre la voluntad del deudor reacio. La primera institución del Derecho Concursal surgió con el Derecho romano clásico: el *pactum ut minus solvatur*, que constituye -en palabras de Bonfanti y Garrone- una «especie de convenio de mayoría», que se celebraba entre el heredero y los acreedores de la herencia y que tenía por objeto la reducción de las deudas dentro de los límites del activo hereditario, a lo que el heredero condicionaba la aceptación de la herencia<sup>36</sup>.

Con posterioridad fueron introducidas la *Lex Iulia*, que creó la *cessio bonorum* (según la cual el deudor podía abandonar sus bienes en poder de sus acre-

<sup>33</sup> Como se verá más adelante, la quiebra es el procedimiento judicial de ejecución de los bienes del deudor y ha constituido por siglos la principal figura del Derecho Concursal. Si bien la quiebra fue en sus orígenes figura preponderante del Derecho Concursal, poco a poco comenzaron a ser admitidas otras posibilidades de solución para el concurso. Así, se aceptaron los concordatos, convenios celebrados entre el deudor y sus acreedores para la suspensión y refinanciación de sus deudas, con el objeto de evitar la quiebra y sus drásticas consecuencias jurídicas.

<sup>34</sup> BROSETA PONT. Op. cit. p. 663

<sup>35</sup> BASTIN, Jean. "De la insolvencia al incumplimiento de pago". En: THEMIS - Revista de Derecho, Segunda Epoca. n° 31, Lima, 1995.

<sup>36</sup> BONFANTI, Mario y José GARRONE. *Concursos y quiebra*. 3ra.ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981. p. 14 ss.

edores para que ellos se hagan cobro de sus acreencias) y la *bonorum distractio* (en la que se estableció que un curador vendiera los bienes en forma singular, para evitar el beneficio de unos acreedores en perjuicio de otros, o el perjuicio del deudor en beneficio de los acreedores). Precisamente, esta figura constituye el primer paso hacia la publicitación de los procesos concursales, que empiezan a ser sustraídos del libre albedrío de los acreedores. Es, en el ámbito concursal, el paso de la autocomposición a la heterocomposición.

En el medioevo se afianzó el principio de la *par conditio creditorum*, promoviéndose el trato equitativo de los acreedores. En base a este principio, nacen como instituciones: la verificación de la existencia, exigibilidad y cuantía de los créditos; los delitos concursales; las sanciones accesorias y la quiebra de los comerciantes como principal preocupación. El afianzamiento del comercio en el período renacentista, particularmente en Italia, genera el nacimiento de un Derecho propio, estatutario, caracterizado por aplicarse únicamente a los comerciantes (éste es, precisamente, el nacimiento del Derecho Mercantil). El Derecho estatutario de los comerciantes incluyó su propia regulación de las instituciones concursales, que -junto con el comercio italiano- empezó a difuminarse a lo largo de toda Europa.

El procedimiento concursal en el Derecho común y estatutario era muy similar, para todos. Poco a poco, empezó a generarse una distinción entre el concurso civil y el mercantil en base al criterio de la *decoctio*, que dispuso normas especiales para los comerciantes, en particular en cuanto a las sanciones penales y extrapenales, de naturaleza más severa e ineludible. Es difícil determinar cuándo se produjo la escisión definitiva de los regímenes concursales, pero Bonfanti y Garrone<sup>37</sup> destacan que la ordenanza francesa de 1673 (también denominada Ordenanza de Colbert) se refería a comer-

ciantes y no comerciantes, al igual que las leyes de otros países, antes del siglo XIX.

Quizá la división definitiva del concurso civil y mercantil puede ubicarse en el *Code* francés de 1807, que limitó la quiebra a los comerciantes<sup>38</sup>. Este esquema fue rápidamente seguido en otros países (particularmente los de tradición romano-germánica), mientras otros permanecieron fieles al concepto de Derecho Concursal común (es el caso de los países anglosajones). No es otro el origen de esta distinción que -como se verá más adelante- resulta perniciosa para nuestro sistema económico.

En el Derecho Concursal del siglo XIX, de acuerdo con el principio originalmente esbozado por la Ordenanzas de Bilbao<sup>39</sup> y el Derecho estatutario, la quiebra se regulaba ya como una institución propia y exclusiva de los comerciantes. Así, el comerciante era tratado con mayor severidad, al punto que la prisión solía esperar a quienes tenían la mala suerte de fallar en los negocios. La presunción de fraude era amplísima y los presupuestos de la quiebra eran bastante más dilatados en el caso de los comerciantes<sup>40</sup>. La institución de la quiebra (aplicable únicamente a los comerciantes) no apareció para proteger a toda la sociedad, sino más bien para proteger el interés general de la burguesía, de una clase social en particular<sup>41</sup>. Con la existencia de un mecanismo de ejecución colectiva se logró que el comercio se reputara cada vez como más serio, más seguro. La autodisciplina que se impuso a la clase comerciante tenía como objetivo aumentar sus ganancias. Como bien señala Torres y Torres-Lara, en la base del desarrollo de la clase capitalista se encontraba la necesidad de asegurarse el desarrollo del mercado de adquisiciones y de ventas; el primero, creando seguridades para conseguir el capital fijo y de trabajo y el segundo para vender la mercadería que le permitiera recircularizar la reinversión (...)<sup>42</sup>. Para lograr el

<sup>37</sup> Ibidem. p. 87.

<sup>38</sup> Así, quiebra fue denominado el proceso de ejecución colectiva dirigido únicamente contra los comerciantes.

<sup>39</sup> Se suele reconocer a las Ordenanzas de Bilbao como una de las primeras reglamentaciones completas acerca de la quiebra, en el aspecto procesal y material. Sobre el tema puede consultarse: FERRERO, Alfredo. "Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial". En: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n° 47, p. 387 ss.

<sup>40</sup> Ferrero señala que para que fuera declarada la quiebra de los comerciantes se requería un indicio de insolvencia. En cambio, en el caso de los no comerciantes (sometidos no al régimen de quiebra, sino al de concurso de acreedores) se exigía la comprobación de la insuficiencia patrimonial. Véase: FERRERO. Op. cit. Loc. cit.

<sup>41</sup> GALGANO, Francesco. *Historia del Derecho Mercantil*. Laia, Barcelona, 1981. pp. 52 ss.

<sup>42</sup> TORRES y TORRES LARA, Carlos. *Derecho de la empresa*. Nuevos temas. Asesorandina, Lima, 1989. p. 105.

ingreso del capital fijo, tenía que proteger fundamentalmente a sus prestamistas y proveedores.

Si se presta atención al proceso seguido por el Derecho Concursal hasta el siglo XIX, merecen destacarse cuando menos tres características:

1- El procedimiento concursal era único, en un inicio, tanto para comerciantes como para no comerciantes. Poco a poco, comenzó a generarse la diferenciación en el tratamiento. Esta diferenciación nominalmente se denotó con la utilización del término quiebra para el procedimiento concursal seguido contra los comerciantes y el término concurso civil o concurso de acreedores para el procedimiento seguido contra los no comerciantes<sup>43</sup>.

2- A lo largo del proceso histórico puede observarse una morigeración en las sanciones aplicables a los insolventes. En un inicio eran tratados como delincuentes y solía esperarles la muerte o, con suerte, algunos años de cárcel. Posteriormente, las presunciones de fraude fueron reduciéndose y comenzó a entenderse la injusticia de sancionar excesivamente a los insolventes no culpables.

3- De otro lado, el objetivo principal del proceso concursal en toda la evolución histórica -hasta bien entrado el siglo XX- ha consistido en liquidar los bienes del deudor para pagar sus deudas. La liquidación, que en un inicio procedía aun por el incumplimiento de una deuda pequeña, poco a poco fue restringiéndose hasta el supuesto en que la cesación de pagos importaba la real imposibilidad de asumir el pago corriente de las obligaciones más importantes del deudor.

Ya en el siglo XX comenzó a discutirse la validez de ciertos postulados del tradicional Derecho de Quiebras, tomando en consideración -básicamente- la necesidad de proteger no sólo el interés de los acreedores, sino el interés de la sociedad en general cuando un deudor entra en estado de insolvencia.

En el contexto de la reformulación del Derecho Concursal, se plantea que la quiebra (y, en igual medida, el concurso civil) no es un instrumento positivo, porque suele generar altos costos sociales y, en esa medida, debe ser vista como última *ratio* para enfrentar la situación de insolvencia; se indica, asimismo, que con la liquidación actuada en el marco de un proceso de quiebra el resarcimiento del daño es ínfimo; y, por último, se postula la necesidad de considerar también el interés de los otros sujetos involucrados en el proceso: trabajadores, proveedores, clientes, Estado, etc.<sup>44</sup>. El proceso de reforma del Derecho de Quiebras, en base a esta concepción inicial, aún continúa. No en vano ha dicho Jean Paillusseau que el Derecho de Quiebra está en quiebra.

En el ámbito de la empresa -al que dedica mayor atención el Decreto Ley N° 26116- se cuestiona la quiebra, postulando que la destrucción de una unidad productiva para pagar a los acreedores de su titular puede generar, a la larga, mayores perjuicios que beneficios. Desde esta perspectiva se postula que, en algunos casos, resulta más recomendable decidir la continuación de la empresa, reestructurando su actividad económica, con el objeto de que su titular se encuentre en capacidad de generar el flujo de caja necesario para hacer frente a sus deudas.

La «continuación de la empresa» es una noción recientemente ingresada en la vida económico-jurídica de las empresas en estado de insolvencia, con perfiles propios. En razón de que se valora a la empresa como eje sobre el cual gira la actividad económica de un país, las leyes de diversas naciones (México, Italia, Francia, etc.) permiten la posibilidad de continuar la empresa (e incluso la fomentan), cuando esa continuación reúne determinadas condiciones, sean ésta prefijadas por el ordenamiento o dispuestas por la autoridad competente e interviniente en el proceso concursal.

La continuación de la empresa no constituye necesariamente un perjuicio a los acreedores, ni implica negarles su derecho legítimo a cobrar<sup>45</sup>. Tam-

<sup>43</sup> Es cierto, conviene precisarlo, que aunque las legislaciones de antigua data favorecían el procedimiento de ejecución propiamente dicho (bien mediante la quiebra o el concurso civil), se permitía de forma subsidiaria la celebración de convenios entre el deudor y sus acreedores para refinanciar las obligaciones pendientes de pago y evitar la liquidación (a estos procedimientos se les ha dado comúnmente el nombre de suspensión de pagos o concordato preventivo)

<sup>44</sup> La posibilidad de aumentar la satisfacción de los créditos, si la empresa se reorganiza, los enormes costes que comportaría la reasignación total de los recursos, el interés público que se vería afectado por la eliminación y la esperanza de abaratar los costes administrativos mediante procedimientos adecuados de conservación, inducen a creer que se ha llegado a una fase en donde la liquidación ha dejado de ser el criterio general del sistema concursal. BEAUMONT CALLIRGOS. *Ley de Reestructuración Empresarial y Derecho Comercial*. p. 307

<sup>45</sup> Piénsese, por todos los beneficios, en el hecho de que la permanencia de la empresa en el mercado asegura a los acreedores la permanencia de un cliente. Esto es tanto más importante para los acreedores financieros.

poco implica desconocer que el deudor mantiene la propiedad de sus bienes durante el proceso de reestructuración. Sucede que, por razones del comercio y de la economía crediticia, interesa al Estado que no desaparezca una empresa cuya persistencia en sus actividades es fuente de trabajo, de tributos y de bienestar para el país.

Es tan relevante la necesidad de no eliminar unidades productivas de la sociedad que en algunos casos se adopta el concepto de la «despersonalización de la unidad empresarial», según el cual se entiende a la actividad económica como independizada de la gestión administrativa que tuviere. Esta concepción permite desdoblarse la gestión administrativa empresarial de la unidad económica para su conservación o continuidad de la vida empresarial, incluso simultáneamente con la sustitución de los directores, representantes legales y apoderados, suspensión de la Junta General de accionistas, asociados y titulares, y suspensión de los estatutos de la sociedad<sup>46</sup>. Poco a poco, se ha pasado del Derecho de Quiebras al Derecho de las empresas en crisis<sup>47</sup>. En la legislación comparada son muchas las soluciones adoptadas con el objeto de salvar empresas. En Francia, se ha admitido desde el año 1985 un procedimiento judicial para la salvaguarda de la empresa, el mantenimiento de la actividad y del empleo y la satisfacción del pasivo, que permite la protección de la empresa, aún en contra de los acreedores del deudor. Nuestra Ley aun está lejos de tal postura, porque si bien incorpora a los trabajadores a la Junta de Acreedores, lo hace justamente en su calidad de acreedores, de forma que si no se les adeudara suma alguna, nada tendrían que hacer en la Junta. En Argentina también se ha admitido

la continuación de la empresa durante la quiebra<sup>48</sup>, eliminando la simple finalidad liquidatoria. En España, se buscó implantar -a través de la legislación- un plan de saneamiento, reestructuración y reconversión industrial, con el que el Estado pretendió reflotar todo su sistema empresarial, en especial las empresas cuya actividad era de interés general o pertenecían a sectores claves de la economía nacional<sup>49</sup>. Debe, sin embargo, distinguirse entre la conservación de la empresa como medio (para el pago de los acreedores) y la conservación de la empresa como fin (para el respeto de intereses superiores). La continuación de la empresa en las modernas tendencias no se basa puramente en la posibilidad de que manteniendo la unidad productiva se pueda pagar a los acreedores. Por el contrario, el Derecho de las empresas en crisis postula la necesidad de que, muchas veces, se prefiera el interés de otros sujetos dignos de tutela: los trabajadores (que pueden perder su trabajo), los consumidores (que pueden ver restringida la oferta de productos necesarios para ellos), el Estado (que pierde tributos), etc. Así, en algunos casos la continuación de la empresa constituye, más que una posibilidad abierta a los acreedores, una obligación que incluso ellos no pueden eludir.

De esta forma, el Estado deja de intervenir como árbitro del proceso concursal, para tomar un posición preponderante en éste<sup>50</sup>. El interés del Estado justifica la intervención de oficio de los órganos administrativos y judiciales encargados de llevar adelante el procedimiento concursal. No nos estamos refiriendo, ciertamente, al inicio del procedimiento, sino fundamentalmente al transcurso de éste.

<sup>46</sup> Estudio Haro Asoc. Op. cit. p. 120. Resulta interesante destacar que el principio de despersonalización de la unidad empresarial fundamenta el hecho de que nuestra Ley de Reestructuración Empresarial admita la sustitución de la gestión de la empresa durante el proceso de reestructuración.

<sup>47</sup> Sobre la sustitución de los procedimientos de liquidación concursal por procedimientos de reorganización puede verse: ROJO, Antonio. Notas para la reforma de la legislación concursal. En: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, n° 138, pp. 515 ss.

<sup>48</sup> Al respecto, puede verse BONFANTI, Mario y José GARRONE. *Concursos y quiebra*. 3ra. ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981. p. 588.

<sup>49</sup> FERRERO, Alfredo. Op. cit. p. 399.

<sup>50</sup> "Hay casos en que la ley debe venir en auxilio de esa reorganización, sea porque las causas que causaron el desequilibrio fueron muy bruscas, por la pugna entre los acreedores, porque estos son numerosos y dispersos, u otras razones similares. De allí los procedimientos concursales apropiadamente denominados de "reorganización", que: (a) establecen una suspensión de las acciones contra el deudor, y (b) procuran un marco para facilitar un acuerdo entre el deudor y una parte que se considera representativa de sus acreedores, tal acuerdo será impuesto a los demás acreedores."

Las expresiones citadas se encuentran recogidas en la carta de disidencia que el distinguido jurista doctor Sergio Le Pera dirigió al Ministro de Justicia de la República Argentina, el 19 de mayo de 1993, en relación con el proyecto de modificación de la Ley N° 19.551 -Ley de Concursos Argentina-

En Francia, la Ley del 25 de enero de 1985 busca la conservación de la empresa y la protección de los trabajadores. El control del tribunal sobre el plan que guía el proceso de reestructuración (plan que es aprobado por los acreedores) es bastante amplio, hasta el punto en que este órgano lo admite o no, luego de escuchar en audiencia al administrador, a los trabajadores y a los acreedores. En la misma línea, el proyecto belga del 28 de octubre de 1983 introduce acciones orientadas a detectar las crisis empresariales, antes de que se conviertan en irremediables. Así, cada Tribunal de Comercio tiene a su cargo un equipo de investigación especializado.

Finalmente, en algunas legislaciones la insolvencia ya no es presupuesto del concurso, sino la crisis. Este es un concepto más amplio e innovador.

### 5.2.3. El Perú: de la quiebra a la reestructuración

La materia concursal ha sido regulada sucesivamente en el Perú por los siguientes textos legales:

a) El Libro IV del Código de Comercio de 1902 (denominado «Suspensión de pagos y de las quiebras»).

b) Los títulos IX, X y XI del Código de Procedimientos Civiles de 1912, denominados «Concurso de acreedores», «Suspensión de pagos» y «Quiebra».

c) La Ley Procesal de Quiebras N° 7566 del 2 de agosto de 1932, que inicialmente reguló un proceso común para comerciantes y no comerciantes, pero con posterioridad restringió únicamente a los comerciantes.

d) La Ley de Reestructuración Empresarial N° 26116 del 31 de diciembre de 1992.

En el nivel constitucional, los textos de nuestra primeras Constituciones trataban duramente al insolvente y suspendían su derecho de ciudadanía (al respecto, pueden revisarse los siguientes textos: artículo 25 de la Constitución de Cádiz de 1812; artículo 24 de la Carta de 1823; artículo 6 de la de 1828; artículo 4 del texto de 1834; artículo 10 de la Constitución de 1856 y artículo 41 de la de 1860).

La historia de nuestro Derecho Concursal se encuentra marcada por la figura de la quiebra, lo que no resulta extraño, como se ha visto anteriormente. Esta institución fue configurada y reconfigurada en pocas oportunidades, hasta su formulación actual. Al igual que en el Derecho Comparado, en los orígenes del Derecho Concursal en el Perú, la quiebra representó la sanción que los acreedores imponían -a través del Estado- al deudor insolvente. Con posterioridad se la conceptualizó como el mecanismo de ejecución de los bienes del deudor.

Esta es precisamente la línea de pensamiento seguida por nuestro Código de Comercio de 1902. Este cuerpo legal, siguiendo la tendencia mundial entonces vigente, recogió a la quiebra como régimen especial de los comerciantes y estableció preferencias inauditas en su favor. La preferencia por los comerciantes puede apreciarse en las palabras de De la Lama: «Y como el estado de quiebra se ha introducido para estimular y fomentar el desarrollo del crédito; cuando no exista motivo especial de preferencia en favor de algunos créditos, la ley debe dársela, tratándose de acreedores comunes, a los que lo sean por operaciones mercantiles»<sup>51</sup>. El procedimiento regulado en el Código de Comercio introdujo, como novedad de su tiempo, el tratamiento de la quiebra de las sociedades mercantiles. En su origen, sólo se había regulado la quiebra de las personas naturales. El propio De la Lama destaca que «la necesidad de los tiempos aconsejaba imperiosamente la conveniencia de dictar algunas reglas especiales para la más adecuada y justa aplicación de aquella doctrina a las sociedades y compañías; supliendo el vacío que se advertía en el Código derogado que sólo contenía alguna que otra disposición aislada acerca de esta complicada materia»<sup>52</sup>. Con posterioridad, el Código de Procedimientos Civiles distinguió el concurso de acreedores de la quiebra. El primero para el no comerciante y el segundo para el comerciante que cesaba en el cumplimiento de sus obligaciones. Así, nuestro ordenamiento jurídico reprodujo la tradicional división del Derecho Concursal<sup>53</sup>. Algunos años después, la diferencia de procedimientos fue eliminada por la Ley Procesal de Quiebras (Ley N° 7566) de 1932, que constituyó en realidad una reproducción de la Ley de Quiebras de Chile del 23 de julio de 1931. La Ley N° 7566

<sup>51</sup> DE LA LAMA, MA. *Código de Comercio*. Gil, Lima, 1902. p. 173

<sup>52</sup> *Ibidem*. Loc cit p. 175

<sup>53</sup> Puede verse: SANCHEZ PALACIOS, Manuel. "Apuntes sobre la Ley 7566". En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, año iii, n° 1, pp. 35 ss.

acogió el principio de la unidad, según es de verse del texto de su artículo primero, que señala: «el juicio de quiebra tiene por objeto realizar, en un solo procedimiento, los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante[...]».

Si bien en un principio nuestra Ley Procesal de Quiebras estableció que podían ser declarados en quiebra los comerciantes y los no comerciantes, a partir de la dación de la Ley N° 16267 del 21 de octubre de 1966 se modificaron los alcances del inciso IV del artículo 13 de la Ley Procesal y se introdujo la exigencia de que el deudor requerido para el señalamiento de bienes libres para el embargo debía ser comerciante y que el acreedor solicitante debía tener igual calidad de comerciante<sup>54</sup>. Desde esa fecha, en nuestro país no ha podido concurrirse a los deudores civiles y existe reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema en tal sentido.

En el plano del funcionamiento de la norma, es concluyente la opinión de Victor Carlos Schwartzmann, para quien el sistema de la Ley N° 7566 no permitía alternativas distintas a la quiebra, privilegiaba al acreedor individual frente al conjunto de los acreedores (al admitir que la quiebra pudiera ser declarada por iniciativa individual) y otorgaba a un tercero ajeno a las partes en conflicto (el síndico) la tarea de liquidar los bienes del fallido, lo que hacía de mala forma, por estar más interesado en cobrar rápidamente sus honorarios, que en realizar los bienes al mejor valor posible<sup>55</sup>. Poco a poco, sin embargo, nuestro ordenamiento concursal se fue contagiando de la doctrina de la conservación de la empresa a que hemos aludido en el punto anterior. En el Perú, el proceso de protección de la empresa es, contrariamente a lo que podría pensarse, anterior a la Ley de Reestructuración Empresarial. En esta línea se incribía, por ejemplo, el artículo 366 de la Ley de Sociedades Mercantiles, según el cual el Estado podía ordenar la continuación forzosa de una sociedad si la consideraba de necesidad y utilidad para la economía

nacional o el interés social, no obstante el acuerdo de disolución adoptado por la junta general de accionistas. También debería mencionarse el Decreto Ley N° 20023 del 16 de mayo de 1973, según el cual se concedió a la Comunidad Laboral el derecho de administrar la empresa si el síndico de la quiebra se lo comisionaba<sup>56</sup>. Por último, puede ser interesante rescatar una medida como la contenida en el Decreto Ley N° 26395 -que prorrogó los efectos de la Ley N° 26245-, por la cual se suspenden hasta el 31 de diciembre de 1995 los efectos del inciso 3 del artículo 359 de la Ley General de Sociedades<sup>57</sup>.

En 1989, el profesor Flores Polo destacaba que «desde 1970 se vienen dictando en el Perú numerosas disposiciones sobre aspectos que correlacionan la institución de la quiebra con el interés social, el interés del consumidor y el interés general que prevalece sobre el interés particular en casos que son típicos de la problemática empresarial, como la continuación forzosa de empresas declaradas en quiebra, dedicadas al servicio público [...] o la continuación provisional de empresas quebradas que tienen Comunidad Laboral»<sup>58</sup>.

Ciertamente, el principio de continuación forzosa de la empresa fue entendido de muy mala forma por el gobierno militar, que insistía en mantener en operación verdaderos elefantes blancos (como Super Epsa), caracterizados por su ineficiencia. En este contexto, muchas veces la continuación fue más perjudicial que la quiebra.

A despecho de medidas legislativas de continuación de empresas, la necesidad de modificar radicalmente el régimen concursal se mantuvo patente. El doctor Luis de la Torre indicaba, también en 1989, que: «En lo que va de la presente década se han (*sic*) producido en el Perú la Quiebra de 345 empresas; muchas de ellas con un inmenso patrimonio y de importancia capital en la economía nacional, no se salvaron de la quiebra por falta de

<sup>54</sup> FLORES POLO, Pedro. *Derecho de Quiebras*. Marsol, Trujillo, 1989. p. 86.

<sup>55</sup> SCHWARTZMANN, Victor Carlos. "Quiebras e Insolvencia". En: *Invirtiendo en el Perú*. Apoyo, Lima 1993. pp. 355 ss.

<sup>56</sup> Posteriormente, mediante Decreto Ley N° 21584 del 10 de agosto de 1976, el derecho de administración se extendió a todos los trabajadores.

<sup>57</sup> El inciso 3 del artículo 359 de la Ley General de Sociedades regula la pérdida del capital social como causal de disolución. La causal se configura cuando el patrimonio neto de la sociedad se reduce a una cifra inferior al tercio del capital social o cuando se pierde en más de dos tercios. Sin embargo, es causal de insolvencia por el proceso contenido en la Ley de Reestructuración Empresarial.

<sup>58</sup> FLORES POLO, Pedro. *Derecho de Quiebras*. Marsol, Trujillo, 1989. p. 18.

un instrumento legal que hiciera viable su mantenimiento como unidad productiva; los instrumentos legales existentes destinados a este fin son defectuosos y algunos incompletos, de manera que el tema del mantenimiento de la unidad productiva y, en general, de los convenios o concordatos deben ser uno de los fundamentales en la reforma de la Ley de Quiebras<sup>59</sup>».

De acuerdo con la necesidad social<sup>60</sup>, la Ley de Reestructuración Empresarial fue promulgada en diciembre de 1992 con la expresa finalidad de ayudar a las empresas que sufrían las consecuencias del proceso de ajuste de la economía nacional. En efecto, de este modo se creó una base normativa que concede a las organizaciones empresariales la oportunidad de adecuar su estructura administrativa y financiera a estándares de eficiencia mínimos que les permitan competir en una economía de libre mercado, y en caso de que ello no sea posible, faciliten la liquidación de los patrimonios afectados a la actividad empresarial a través de convenios de liquidación extrajudicial o procesos de quiebra administrados por entidades liquidadoras autorizadas o empresas bancarias.

Teniendo esto presente, resulta evidente que la norma no pretendía, ni pretende regular situaciones de insolvencia de personas naturales (por lo menos, no fundamentalmente).

## 6. LA CONFUSION DE FONDO: REESTRUCTURACION EMPRESARIAL DE LAS PERSONAS NATURALES

Ha quedado señalado líneas arriba que la Ley de

Reestructuración Empresarial admite tres figuras en nuestro ordenamiento concursal: la quiebra, la liquidación extrajudicial y la reestructuración económica y financiera. Las líneas generales en función de las cuáles se orientan cada una de las figuras quedan, por lo demás, absolutamente claras. Sin embargo, quizá por haber sido emitida entre gallos y medianoche<sup>61</sup>, la Ley de Reestructuración Empresarial tiene vacíos, y algunos de ellos de importancia. De alguna forma, nos encontramos ante una ley concursal *sui-generis*, por la cantidad de remisiones al reglamento que contiene. Hasta se diría que no le alcanzó tiempo al legislador para terminarla y tuvo que actuar lo más apresurado que pudo.

Uno de los grandes problemas de interpretación que provoca nuestra norma concursal se refiere a su ámbito de aplicación. El problema se origina por las implicancias de dos normas: el artículo 1 de la Ley y su Primera Disposición Complementaria. Con el objeto de dejar establecidos en su integridad los alcances de la discusión, transcribimos a continuación los textos completos de los artículos en disputa:

Artículo 1.- El presente Decreto Ley establece las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, liquidación extrajudicial y quiebra de empresas.

Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se consideran empresas las establecidas o constituidas en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional.

<sup>59</sup> DE LA TORRE, Luis. Apuntes sobre el mantenimiento de la unidad productiva en la reforma de la Ley de Quiebras. En: *Revista del Foro*. Lima, ene-jun 1989, n° 1, p. 254.

<sup>60</sup> Una de las normas en que con mayor claridad se patentiza el ánimo social dentro del cual se dictó la Ley de Reestructuración Empresarial es, sin lugar a dudas, la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 757 -Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada-, promulgada el 8 de noviembre de 1991, que dispone lo siguiente:

"Las medidas excepcionales de interés nacional que deben adoptarse en vías de reconversión industrial para adecuar la situación de las empresas a los cambios en el entorno mundial y las acciones conducentes para lograr la competitividad de los sectores productivos nacionales frente a los productores internacionales y, en especial, como consecuencia de los acuerdos internacionales en el ámbito latinoamericano y de los países integrantes del Pacto Andino se rigen por los siguientes principios:

- Los fundamentos del régimen económico de la República, previstos en el artículo 110 de la Constitución Política.
- Las exigencias para la actividad empresarial contenidas en el artículo 130 de la Constitución Política.
- El cumplimiento de los tratados, en particular los relativos a la integración, a que se refieren los artículos 100, 101 y 106 de la Constitución Política.
- El deber de todos los peruanos de contribuir al bien común."

<sup>61</sup> No debe dejarse de lado el hecho de que la Ley fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de diciembre de 1992, es decir, el último día en que podían publicarse (y entrar en vigencia) Decretos Leyes emitidos por el Poder Ejecutivo. Al día siguientes, tal función se trasladó al Congreso Constituyente Democrático (CCD)

No están comprendidas en el presente Decreto Ley las entidades sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y de Administradoras de Fondos de Pensiones, que se regirán por las leyes que las regulan.

Primera Disposición Complementaria.- Lo dispuesto en el presente Decreto Ley regirá para las personas naturales no consideradas empresas conforme al artículo 1º, en lo que les resulte aplicable, según lo establezcan las normas complementarias del presente Decreto Ley. Asimismo, tales normas complementarias señalarán los casos en los que dichas personas podrán ser declaradas en quiebra.

Son muchos, y variados, los problemas que la aplicación conjunta de ambas normas genera:

- a) ¿Qué debe entenderse por empresa, cuando el término es usado por el artículo 1º de la Ley?
- b) ¿Qué son las personas naturales no consideradas empresas a que se refiere la Primera Disposición Complementaria de la Ley?
- c) ¿Diferencia nuestro ordenamiento -a propósito de las normas antes transcritas- entre el concurso de los comerciantes y el concurso de los no comerciantes?
- d) ¿A quiénes, en definitiva se aplica nuestra Ley?

### 6.1. Confusión menor. Empresa y empresario:

Siendo que el artículo 1 de la Ley declara que -en principio- sus normas son aplicables a las empresas establecidas o constituidas en el Perú, resulta necesario delimitar cuál es el concepto de empresa que nuestro ordenamiento jurídico acoge. Quizá convenga para ello remitirse a las definiciones contenidas en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 044-93-EF -Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial-. Allí, seguramente con la intención de delimitar con precisión el ámbito de

aplicación de la norma, el reglamentador definió a la empresa de la siguiente manera:

Empresa.- La establecida o constituida en el país al amparo de las modalidades contempladas en la legislación nacional, con excepción de las contempladas en el tercer párrafo del artículo 1º de la Ley. Se incluye a las sucursales en el Perú de empresas o sociedades con sede en el extranjero.

Aun cuando es evidente que el artículo 1º del reglamento no contiene realmente una definición (pues después de su lectura se sigue manteniendo la pregunta respecto del concepto de empresa), no deja de ser interesante el hecho de que esta norma distingue la diferencia entre los conceptos de sociedad y empresa al declarar que se incluye en los alcances de la norma a las *empresas* o *sociedades* con sede en el extranjero. De esta suerte, puede arribarse a una primera conclusión: cuando el artículo 1º de nuestra Ley se refiere a empresas, no puede equipararse este concepto con el de sociedades. Así, pueden considerarse como empresas -para efectos de nuestra Ley- a formas de organización distintas de las sociedades mercantiles.

Sin embargo, esta conclusión ayuda poco, pues subsiste el cuestionamiento. Una escrupulosa revisión de la legislación peruana ha llevado a diversos autores a afirmar que en nuestro ordenamiento no existe una definición jurídica de la empresa<sup>62</sup>. Nuevamente, sin embargo, la polémica no se encuentra restringida al Derecho peruano: aunque algunas legislaciones han intentado definir a la empresa (es el caso del Código Civil italiano de 1942), son innumerables los países en que el concepto permanece indefinido legalmente.

Para algunos escépticos, la empresa constituye un concepto económico inasible por la ciencia jurídica. Estos postulan conservar indefinido el término<sup>63</sup>. Para otros, el concepto jurídico debe elabo-

<sup>62</sup> Sin embargo, nuestros legisladores suelen utilizar el término repetidas veces, intentando significar -en realidad- distintas cosas. (TORRES y TORRES-LARA, Carlos. *Derecho de la empresa. Nuevos temas*. Asesorandina, Lima, 1989) Sin perjuicio de lo anterior, algunas de nuestras leyes intentan una aproximación al concepto de empresa. Entre las propiamente mercantiles puede destacarse el Decreto Legislativo N° 705 -Ley de promoción de microempresas y pequeñas empresas- que contiene quizá la aproximación más acusada en nuestra legislación. En efecto, el artículo 1 de esta norma establece expresamente: "Para los fines del presente Decreto Legislativo se define como Micro Empresa o Pequeña Empresa a aquella empresa que opera una persona natural o jurídica bajo cualquier forma de organización o de gestión empresarial, y que desarrolla cualquier tipo de actividad de producción, o de comercialización de bienes, o de prestación de servicios". Al mismo tiempo, esta norma distingue adecuadamente entre los conceptos de empresa y empresario, como se verá seguidamente.

<sup>63</sup> De alguna forma, esta es la tendencia adoptada por nuestra Ley de Reestructuración Empresarial. Una indefinición de este tipo podría basarse en la idea de que existe flotando en alguna parte, en la conciencia social una noción compartida de lo que debe entenderse como empresa. Sin embargo, creemos que tal noción no existe.

rarse a partir de la observación de la realidad. Estos sostienen que no sólo es posible, sino que es necesaria la regulación de la empresa, como fenómeno principal de nuestro tiempo.

Carece de sentido referirse extensamente a las diferentes concepciones sobre la empresa que se han esgrimido en doctrina<sup>64</sup>. Basta por ahora con indicar entre las principales a las siguientes: la que identifica empresa con sociedad mercantil (que ha sido desde hace mucho descartada, por entenderse que el primero de los términos comprende al segundo); aquella que postula que la empresa es la organización de los factores de producción (concepción organicista); y, por último, la que concibe a la empresa como una actividad económica (más propiamente, como la actividad económica del empresario).

En España adhirió a la tesis organicista el profesor Joaquín Garrigues, para quien concebir a la empresa como una actividad implicaba desconocer que ésta no se agota en los actos de su titular, sino que adquiere entidad propia en función de la forma cómo han sido organizados los diferentes factores de la producción a los efectos del desarrollo de la actividad económica. En tal sentido, él mismo concluye: «económicamente, la empresa es la organización de los factores de la producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada»<sup>65</sup>. En esta línea de pensamiento, empresa es la organización de la actividad económica y empresario es el titular de esta organización<sup>66</sup>.

Del lado de los «activistas» se ha ubicado, en la

península ibérica, el profesor Rodrigo Uría. Este ha sostenido, en repetidas ocasiones, que en la concepción organicista de la empresa, la distinción entre ésta y el establecimiento comercial apenas si es visible<sup>67</sup>. En efecto, el concepto de establecimiento mercantil, hacienda mercantil o establecimiento comercial (*fonds de commerce* para los franceses y *azienda* para los italianos) alude al cúmulo de elementos materiales y no materiales que el empresario afecta para el desarrollo de su actividad económica. De esta suerte, sostiene Uría, si la concepción del establecimiento mercantil es comúnmente aceptada en doctrina y en gran parte de las legislaciones, ¿cómo puede distinguirse entre ésta y la empresa? Parece ser que, únicamente por la negación de la existencia de alguna de estas dos categorías. Para Uría (y, ciertamente, para todo aquél que sustente que la empresa es una actividad) aparece como más razonable su concepción, en la medida que permite distinguir claramente a la empresa (como actividad económica del empresario), al empresario (como titular de la empresa<sup>68</sup>), y al establecimiento comercial (como conjunto de bienes que el empresario explota en la realización de su actividad económica<sup>69</sup>).

Por nuestra parte, consideramos que la concepción organicista puede inducir a errores adicionales al apuntado por Uría. Esto sucede básicamente en el caso de que el titular de la empresa sea una sociedad mercantil, porque entonces la organización de la sociedad -titular de la empresa- aparece confundida con la propia empresa, que se supone es también organización<sup>70</sup>. En buena cuenta, parece más razonable adoptar aquella idea según la

<sup>64</sup> Para un mayor desarrollo del tema, puede consultarse: GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Aguirre, Madrid, 1976. pp. 300 ss.

<sup>65</sup> *Ibidem*. p. 166.

<sup>66</sup> Los organicistas destacan que cuando el titular de la empresa es una sociedad mercantil, la sociedad constituye la organización del empresario. En este caso, la empresa continúa siendo la organización de los factores de producción. Así, sociedad y empresa son ambas organizaciones, pero organizan distintos elementos.

"Tanto la empresa como la sociedad descansan en el elemento de la organización. Pero en la empresa se organizan los factores de la producción, mientras en la sociedad anónima se organiza sólo uno de ellos: el empresario, el cual, a su vez, organiza la empresa, como jefe y titular de ella" (GARRIGUES, Joaquín. *Op. cit.* p. 316)

<sup>67</sup> URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Aguirre, Madrid, 1982.

<sup>68</sup> "Empresario es la persona que ejercita una empresa, y éste es un especial modo de desarrollar una actividad económica cualificada" URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Aguirre, Madrid, 1982. p. 30.

<sup>69</sup> Conviene anotar, aunque sea de pasada, que no es necesario que el empresario sea dueño del establecimiento comercial. Por ejemplo, no es necesario que el industrial textilero sea dueño de la máquina que utiliza producir telas.

<sup>70</sup> A esta confusión contribuye el hecho de que -como enseña Piras-: "Acontece en puridad (...) que la sociedad en nuestro derecho es siempre empresa, y que la organización de la sociedad, más allá de las apariencias, se concreta realmente en la organización de la empresa." PIRAS, Antonio. "Nuevas formas de organización de la actividad de empresa". En: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, n° 153-154, jul-dic 1979. p. 600. En el mismo sentido se expresa Garrigues, para quien la sociedad mercantil siempre nace para formar una empresa (GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Aguirre, Madrid, 1976. p. 316). Finalmente, el inciso 2 del artículo 1 de nuestro Código de Comercio califica a las compañías mercantiles o industriales como comerciantes, *ipso iure*.

cual la empresa constituye la actividad económica del empresario<sup>71</sup>. De cualquier manera, resulta bastante claro que el titular de la empresa es el empresario y que, al mismo tiempo, es quien se beneficia o perjudica con el resultado de la actividad económica. El empresario es sujeto de derechos y obligaciones, mientras que la empresa no. Por esta razón, parece irracional referirse a empresa en la forma que lo hace nuestra Ley de Reestructuración Empresarial en su artículo 15 -por mencionar tan solo un caso-, en el que admite la posibilidad de que la empresa celebre un convenio de liquidación extrajudicial con sus acreedores. Es evidente que aquí la norma quiso referirse en realidad al empresario, pues -como bien apuntan Zatti y Colusi-: «siempre que se habla de la empresa como sujeto activo o pasivo de cualquier relación jurídica (laboral, mercantil o fiscal), o como sinónimo de sociedad mercantil, o como soporte de obligaciones legales, el término viene realmente referido al empresario y no a su específica actividad»<sup>72</sup>. Con todo, no deja de llamar a confusión que la Primera Disposición de nuestra Ley admita, aunque sea de modo inconsciente, la existencia de personas naturales no consideradas *empresas*. Sucede que con esa frase tan poco feliz deja entrever la posibilidad de que nazcan personas naturales consideradas empresas, a despecho de cuanto afirmamos ni bien iniciado el presente comentario. Por esta razón, en la misma línea de lo expresado por Zatti y Colusi, nos parece necesario (y razonable) reconducir esta expresión hacia una idea alterna, en función de la que debería entenderse que cuando la Ley hace referencia a personas naturales no consideradas *empresas* se refiere en realidad a las personas naturales no consideradas *empresarias*. En definitiva, la pequeña confusión de nuestra Ley de Reestructuración Empresarial no modifica la realidad y subjetiviza a la empresa; el empresario es el único sujeto de obligaciones y derechos y el único que, en consecuencia, puede ser sometido a un proceso concursal<sup>73</sup>. Todo lo dicho en el presente punto nos sirve para extraer, cuando menos, dos conclusiones que resultan aplicables al caso Ackerman:

1- Cuando el artículo 1 de la Ley de Reestructuración Empresarial define su ámbito de aplicación comprendiendo a todo tipo de empresas, debe entenderse que cualquier tipo de empresario (titular de empresa) es susceptible de ser declarado insolvente (y, posteriormente, que su actividad y su establecimiento sean reestructurados, liquidados o quebrados). De manera que el artículo 1 de la Ley admite implícitamente la declaración de insolvencia de las sociedades mercantiles, pero también de los empresarios individuales; vale decir, de aquellos que ejercen su actividad por su cuenta. De esta suerte, la Ley de Reestructuración Empresarial sí sirve para reestructurar personas naturales; siempre y cuando estas personas naturales detentaran la calidad de empresario.

2- En general, toda otra referencia a empresa hecha en la Ley, cuando se hubiera hecho para designar a un sujeto de derechos y obligaciones, debe sustituirse -únicamente con el objeto de otorgar más claridad al texto- por el término empresario. En esa misma línea, debe leerse la Primera Disposición Complementaria de la Ley entendiendo que lo dispuesto en la Ley de Reestructuración Empresarial regirá para las personas naturales no consideradas empresarias conforme al artículo 1, en lo que les resulte aplicable, según lo establezcan las normas complementarias (respectivas). En consecuencia, esta Disposición Complementaria termina afirmando por negación lo que habíamos adelantado se infiere del artículo 1 de la Ley: los empresarios individuales (personas naturales consideradas empresarias) sí pueden ser declarados insolventes de acuerdo con el Decreto Ley N° 26116.

## 6.2. Confusión en el tiempo. De comerciante a empresario:

De cuanto hemos expresado en el punto anterior, parece necesario delimitar cuál es el alcance del término empresario individual, al que se refiere implícitamente la Primera Disposición Complementaria de la Ley. Este, al igual que el concepto

<sup>71</sup> Sobre el desarrollo de esta idea, que por razones de espacio hemos expuesto de forma resumida, puede consultarse: PIRAS, Antonio. "Nuevas formas de organización de la actividad de empresa." En: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, n° 153-154, jul-dic 1979. pp. 596 ss.

<sup>72</sup> ZATTI, Paolo y Vittorio COLUSI. *Lineamenti de Diritto Privato*. Cedam, Padua, 1989. p. 30.

<sup>73</sup> En realidad, son marcadas las diferencias entre el concepto de empresa y el concepto de empresario. Son tan fuertes que, como ya hemos dejado anotado, nuestra propia Ley permite la disgregación del par empresario-empresa, al facultar a la Junta (artículo 8) para que, cuando hubiera decidido la instauración de un proceso de reestructuración empresarial, decida seguidamente si conserva a la administración existente o si designa nuevos administradores.

de empresa, no se encuentra definido expresamente en nuestra legislación mercantil.

Manuel Broseta Pont señala que el contenido del Derecho Mercantil en la actualidad se estructura en torno a tres elementos esenciales: la empresa, el empresario y la actividad externa y conjunta de ambos. Como elemento esencial del nuevo Derecho Mercantil, el propio Broseta Pont define al empresario mercantil como la «persona física o jurídica que en nombre propio y por sí o por medio de otro ejercita, organizada y profesionalmente, una actividad económica dirigida a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado»<sup>74</sup>. Este es también el sentido que el artículo 2082 del Código Civil italiano otorga al término: es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o del intercambio de bienes o de servicios.

Desde hace ya bastante tiempo comparten el escenario de la empresa los empresarios individuales (personas naturales) y los empresarios colectivos (sociedades mercantiles). Pero si bien en un primer momento la actividad empresarial era ejercida fundamentalmente por personas físicas actuando independientemente, en la actualidad las sociedades ocupan un lugar preponderante en la economía mundial. La regla de hoy son los empresarios colectivos. En la lógica contemporánea, la sociedad es percibida -más que como un producto- como una necesidad de la economía masificada y vía fundamental para permitir la acumulación de capitales.

Sin perjuicio de lo anterior, los empresarios individuales<sup>75</sup> siguen actuando en nuestra sociedad,

por lo que es conveniente intentar una aproximación jurídica al tema. Como ya hemos adelantado, el principal escollo a superar se encuentra en su indefinición legislativa. Esto no imposibilita del todo una construcción que parta de bases normativas, desde que el concepto de empresario individual ha sido asimilado en doctrina al concepto de comerciante (que, por lo demás, se encuentra plasmado en el artículo 1 de nuestro Código de Comercio). En efecto, tal como señala Garrigues, «la doctrina que vincula de una u otra forma el Derecho Mercantil con la empresa sustituye la noción de comerciante por la de empresario o empresario mercantil»<sup>76</sup>. Tal asimilación, compartida por lo demás en la doctrina del Derecho Comparado, recibe consagración definitiva en el artículo 2082 del Código Civil italiano<sup>77</sup>, que abandonó el tradicional recurso a la fórmula del comerciante de los Códigos de Comercio inspirados en el *Code napoleónico* de 1807. En consecuencia, la figura del comerciante individual persona natural ha desaparecido del ordenamiento jurídico de dicho país y hoy se ha dado paso al empresario individual<sup>78</sup>, independientemente de la forma jurídica que éste adopte<sup>79</sup>. Rodrigo Uría señala al respecto que «este concepto (el de empresario individual) tiene en la técnica jurídico-mercantil moderna significación equivalente al concepto de comerciante en la técnica del Código de Comercio»<sup>80</sup>.

En la medida que nuestro ordenamiento no contiene referencia expresa al concepto de empresario individual, tomaremos la asimilación antes detallada por válida, sobre todo en consideración a que la función del comerciante en la economía del siglo pasado es similar a la del empresario en el mundo contemporáneo. En consecuencia, deberá entenderse que son exigibles al empresario -en

<sup>74</sup> BROSETA PRONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. 6ta ed. Tecnos, Madrid, 1986. p. 57.

<sup>75</sup> "Cuando la actividad de empresa es ejercida por una persona física singular, se habla convencionalmente de "empresa individual" y "empresario individual" es llamada usualmente la persona física titular de la empresa". ZAITI, Paolo y Vittorio COLUSI. *Lineamenti di Diritto Privato*. Cedam, Padua, 1989. p. 607.

<sup>76</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Imprenta Aguirre, Madrid, 1976. t. i, p. 264.

<sup>77</sup> Sobre la significación ideológica de la modificación del concepto de comerciante por el de empresario (*imprenditore*) en el Código Civil italiano de 1942, puede revisarse: GALGANO, F. *Imprenditore*. Zanichelli, Bolonia, 1974, pp. 21 ss.

<sup>78</sup> Rodrigo Uría, en frase por demás gráfica, señala que: "el empresario de hoy es el comerciante de ayer". URÍA, Rodrigo. Op. cit. p. 107.

<sup>79</sup> Carlos Torres y Torres Lara ha señalado con acierto que el comerciante del Código de Comercio es (fundamentalmente) una persona natural. "Un hombre de carne y hueso no se puede comparar con lo que modernamente entendemos por una empresa. Ciertamente, la asimilación no puede ser perfecta". Torres y Torres Lara. Op. cit. p. 10.

<sup>80</sup> URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Aguirre, Madrid. p. 107.

cuanto le fueran aplicables- todos los requisitos exigidos por nuestra ley mercantil para constituirse en comerciante. Al respecto conviene echar una mirada al artículo 1 del Código de Comercio, norma que señala que adquieren la calidad de comerciantes aquellas personas que «teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente»<sup>81</sup>.

A pesar de existir una definición legal concluyente, comúnmente el término «comerciante» o -más modernamente- empresario es usado sin ningún rigor jurídico para referirse a las personas que realizan algún tipo de actividad económica. Por esta razón, nos parece necesario efectuar un breve análisis del contenido del concepto de comerciante y su evolución a la idea de empresario individual.

En 1902, al promulgarse el Código de Comercio todavía vigente, el profesor De la Lama destacaba que «según la legislación anterior, eran comerciantes los inscritos en la matrícula como tales, previos los requisitos establecidos, y los que ejercían habitualmente actos positivos de comercio declarados por la ley; y no se conocían más actos mercantiles que los calificados previamente por el legislador. Según el nuevo Código se reputan comerciantes todas las personas capaces de contratar y obligarse que ejercen habitualmente actos que merecen el nombre de mercantiles, aunque el legislador no se haya ocupado de ellos»<sup>82</sup>.

Este es, pues, el origen de nuestra actual definición de comerciante. En 1902, nuestro Derecho Mercantil había abandonado el sistema de la inmatriculación y había adoptado aquél por el cual se reputaba (y se reputa) comerciante -o empresario, hablando en término modernos- a quien ejerce habitualmente actos mercantiles. En ese tiem-

po, la calificación como comerciante era altamente relevante, porque el principio de la división entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil se encontraba plenamente vigente y existía un régimen particular que cubría los más amplios ámbitos del Derecho Contractual, de Responsabilidad, Concursal, etc. La progresiva generalización del Derecho Mercantil y la eliminación de los regímenes contractuales especiales (que se produjo con el Código Civil de 1984) ha hecho que cada vez sea menos relevante calificar a una persona como comerciante. Esta calificación entonces sólo genera mínimas obligaciones (llevar libros de contabilidad, actuar con diligencias especiales, etc.) y casi ningún derecho especial. En realidad, la necesidad de calificar a alguien como comerciante -y en tanto ello como sujeto peculiar del Derecho Mercantil- obedece a razones puramente históricas relacionadas con el origen de esta rama del Derecho, pero que no se corresponden con la realidad actual. Sucede que hoy día impera el fenómeno de la *generalización* del Derecho Mercantil.

En otras palabras, si bien puede equipararse el concepto de comerciante con el de empresario, tal equiparación tendrá ínfimas consecuencias jurídicas, desde que no existen (o son muy pocas) las reglas especiales que en nuestro ordenamiento se aplican únicamente a los empresarios. Teóricamente, hoy todos pueden acceder a la más diversas figuras contractuales, sin limitaciones de mayor entidad.

Sin perjuicio de ello, parece conveniente delimitar los alcances de las nociones de comerciante y empresario, pues ésta última es utilizada de forma indirecta por nuestra Ley de Reestructuración Empresarial. Al respecto, conviene destacar que, desde 1902, nuestro Código de Comercio exige como requisitos para adquirir la calidad de comer-

<sup>81</sup> Tenor similar para definir al comerciante tienen, además del nuestro, diversos Códigos de Comercio de Latinoamérica.

*Código de Comercio del Perú de 1902*: Artículo 1.- Son comerciantes, para los efectos de este Código:

1) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.

2) Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código.

*Código de Comercio de Costa Rica*: Artículo 5.- Son comerciantes:

a) Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual;

b) Las empresas individuales de responsabilidad limitada;

c), d) y e) (las sociedades)

*Código de Comercio de Colombia de 1971*: Artículo 10.- Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

*Código de Comercio de Chile de 1865*: Artículo 7.- Son comerciante los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.

<sup>82</sup> DE LA LAMA, M.A. *Código de Comercio*. Gil, Lima, 1902. p. 2 (Exposición de motivos)

ciante: a) el ejercicio de la profesión de comerciante de manera habitual, por lo que no basta proclamarse y firmarse comerciante, para serlo; es necesario el ejercicio efectivo y profesional de los actos de comercio<sup>83</sup>; y, b) comerciar en nombre propio.

Como es de verse, el concepto jurídico de comerciante contenido en nuestro Código de Comercio (y, en general, en los códigos inspirados en la tradición francesa del *Code Napoléon*) es más restringido que el concepto que suele manejarse a nivel social: no incluye a los directores, gerentes de sociedades, ni a los factores, apoderados particulares, dependientes, viajeros, etc., en la medida que exige la actuación del comercio en nombre propio. En buena cuenta, los administradores y representantes no actúan en nombre propio, sino más bien en nombre e interés del representado: sólo se puede calificar de empresario individual o comerciante a la persona que adquiere los derechos y obligaciones que se producen de la actividad mercantil<sup>84</sup>.

En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de nuestro país, en Ejecutoria Suprema de fecha 3 de abril de 1973, en la que estableció que «no es comerciante quien sólo constituye a una sociedad comercial (...) o integra el Directorio, porque las personas jurídicas son independientes de los socios que las constituyen y porque en las sociedades mercantiles los actos de comercio se realizan por sus administradores o directores en nombre y por cuenta de éstas, por lo tanto son aquéllas y no sus socios las que tienen la calidad de comerciantes. Consecuentemente, la Corte Suprema denegó el señalamiento de bien libre para

el embargo y posterior declaratoria de quiebra del demandado (accionista y director de una sociedad comercial) considerando que éste no era comerciante»<sup>85</sup>. Debe precisarse en estos casos el empresario no es jamás la persona natural, sino la persona jurídica de la que él forma parte.

Sin embargo, cuando la persona natural ejerza actos de comercio en nombre propio se le podrá otorgar el título de comerciante, siempre y cuando concurren en ella los requisitos necesarios, ya mencionados: capacidad legal para ejercer el comercio, habitualidad y ejercicio en nombre propio. En otras legislaciones, en cambio, el concepto de profesión mercantil implica tres elementos: ejercicio de una actividad intermediadora, y, por consiguiente la ejecución de uno o más actos de actos mercantiles fundamentales; ejercicio permanente o constante de una actividad intermediadora; y, el fin de obtener ganancia o lucro<sup>86</sup>.

La habitualidad, señalada en el Código de Comercio como requisito esencial para el nacimiento de los derechos de los empresarios, equivale a la realización constante de la actividad empresarial, es decir a la práctica ordinaria y frecuente de actos de empresa. Sin embargo, resulta harto difícil determinar cuando nos encontramos ante una sucesión de actos de empresa realizados de forma habitual, ni cuál es el número exacto de actos a partir de los cuáles puede hablarse de habitualidad. En España, el Tribunal Supremo se ha ocupado reiteradamente del problema relativo a la determinación del número de actos que el ordenamiento jurídico exige para que pueda estimarse cumplido el requisito de la habitualidad<sup>87</sup>. Así, se ha estima-

<sup>83</sup> Gran parte de la doctrina comparada se ha pronunciado en relación con el tema de la adquisición de la calidad de comerciante o empresario, indicando que no basta con llamarse públicamente como tal, sino que es necesario que se produzca un hecho fáctico (el ejercicio habitual de actos de comercio). Rocco ha señalado que: "Para que la persona física o natural pueda ser comerciante, es necesario el efectivo ejercicio de la profesión mercantil: no es suficiente llamarlo y expresarlo así en el encabezamiento de la correspondencia, circulares, documentos públicos o privados, ni inscribirse en el Registro [...]; la intención de adquirir esa cualidad no basta, es preciso el hecho, por una razón muy sencilla: el estado de comerciante es una condición de vida transformada por el Derecho en un estado jurídico, y el hombre no puede obtener un estado o condición social mediante la simple declaración de voluntad" ROCCO, Alfredo. Nacional, México, s/f. p. 230.

<sup>84</sup> Ibidem. pp. 264 ss.

<sup>85</sup> Ejecutoria de la Corte Suprema del Perú. 3 de abril de 1973. Expediente No. 1341-72. Citada por FLORES POLO, Pedro. Código de Comercio. Comentarios, concordancias y jurisprudencia. Cultural Cuzco, Lima, 1976. p. 14.

<sup>86</sup> ROCCO, Alfredo. Op. cit. pp. 226 ss. Sin embargo, modernamente se sostiene que no es necesario el lucro como configurador de la calidad de comerciante.

<sup>87</sup> Quizá convendría en este punto dejar sentado que, si bien no en sede mercantil, pero sí en el ámbito tributario, nuestra Ley del Impuesto a la Renta -aprobada por Decreto Legislativo N° 774- establece el criterio de habitualidad en las compras y enajenaciones sucesivas: 2 compras y 2 ventas de inmuebles durante dos años o 10 compras y 10 ventas de acciones cada año.

do que el ejercicio habitual de actos de comercio equivale a la realización *constante* (sentencia del 19 de junio de 1896) o a la *práctica ordinaria y frecuente* (sentencia del 12 de abril de 1907)<sup>88</sup> de dichos actos por una persona.

Debe destacarse que la realización habitual de ciertos actos, por más que involucren ampliamente la regulación mercantil, no necesariamente convierte a quien los ejecuta en comerciante o empresario unipersonal. Así, como señala Garrigues, la aceptación de letras de cambio, la emisión de cheques, la compra o venta de acciones en bolsa no convierten en empresario a quien las realiza<sup>89</sup>. El comercio (y la empresa), más bien, deben entenderse como actividades dirigidas a la producción de bienes o servicios para el mercado.

Quizá la condición más peligrosa del empresario individual es la que se refiere a la responsabilidad ilimitada que afecta sus operaciones mercantiles. Como se recordará, la responsabilidad ilimitada (que el sujeto activo adquiere no por su calidad de empresario, sino por su carácter de persona natural) es una regla en nuestro ordenamiento jurídico. La excepción -la responsabilidad limitada- sólo es otorgada por nuestro ordenamiento en casos muy específicos: a las sociedades, con el objeto de promover la inversión y la acumulación de capitales o a otro tipo de personas jurídicas, como las empresas individuales de responsabilidad limitada. Como señala Piras: «el empresario individual, comerciante o no, pequeño o grande, responde siempre frente a los acreedores con todos sus bienes presentes y futuros. Lo anterior se entiende sin la posibilidad de separar o de distinguir las deudas y los créditos relativos a la empresa de aquellos que no lo son, y entre los bienes destinados a la empresa y aquellos que tengan un destino diverso»<sup>90</sup>. El «privilegio» de la limitación de responsabilidad fue otorgado inicialmente al empresario colectivo, pero con posterioridad fue admitida la constitución de personas morales con un único titular<sup>91</sup>. En conclusión, la figura del empresario individual puede ser equiparada en

nuestro ordenamiento con la figura del comerciante recogida en el Código de Comercio de 1902. Por lo demás, el empresario individual, en la medida que conduzca una empresa establecida o constituida en el país estará sometido a los alcances de la Ley de Reestructuración Empresarial, en función de la formulación amplia contenida en el artículo 1 de la Ley. En todo caso, si el empresario individual es declarado en insolvencia, quedará afecto a ella todo su patrimonio, en función del principio de responsabilidad ilimitada.

### 6.3. La gran confusión. Dos regímenes concursales en lugar de uno:

Es evidente la intención de nuestra Ley para que, en el mediano plazo, se apliquen tanto a las personas naturales que no pueden ser consideradas empresarias, como a los empresarios individuales, las normas de la Ley de Reestructuración Empresarial (o, cuando menos, sus principios básicos). Esta intención aparece manifiesta de la simple lectura de la Primera Disposición Transitoria de la Ley, en la que parece leerse que, una vez expedidas las normas reglamentarias, podrá aplicarse la Ley de Reestructuración Empresarial a las personas naturales. Sin embargo, dos años después de la vigencia de la Ley, todavía no se han dictado esas normas.

No han sido pocos quienes han sostenido que, sin perjuicio de las normas reglamentarias, la Ley resulta plenamente aplicable a las personas naturales, en razón de que el vacío normativo producido por la Primera Disposición Transitoria, debe ser llenado por los órganos encargados de llevar adelante los procesos concursales. Se utiliza en respaldo de esta posición el artículo 2 del Título Preliminar de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, que a la letra señala: «Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver, por deficiencia de las leyes, las cuestiones que se les propongan; en este caso acudirán a las fuentes supletorias del Derecho Administrativo».

<sup>88</sup> GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 292.

<sup>89</sup> Ibidem. p. 293.

<sup>90</sup> PIRAS, Antonio. "Nuevas formas de organización de la actividad de empresa". En: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, n° 153-154, jul-dic 1979. p. 598.

<sup>91</sup> Este es el caso de la *Ansalt* del Derecho de Liechtenstein y de nuestra Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL).

Sin embargo, quienes creen que la Ley no se aplica a las personas naturales no empresarias argumentan que la Primera Disposición Transitoria deja en suspenso cualquier extensión del nuevo régimen concursal a ellas, entre tanto no se dicten las normas complementarias. Así, se sostiene, no se produce en puridad ninguna laguna jurídica y, de consiguiente, no hay ningún vacío que llenar: el sistema está perfectamente cerrado en el sentido de no admitir -todavía- el concurso de los civiles.

A pesar de la discusión, lo cierto es que ella se produce justamente por una mala redacción de la norma, lo que genera enormes costos. En este caso, el enorme costo social se verifica por la inseguridad de saber si el régimen concursal se extiende (o no) a todos los sujetos en la sociedad. Recientemente, el Tribunal de la Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual se ha pronunciado al respecto, mediante Resolución N° 409-95-INDECOPI/TDCPI, recaída en el expediente N° 029-94 seguido contra el señor Javier Ponce Riofrío. En tal resolución, el Tribunal indica: «que las disposiciones contenidas en la Ley de Reestructuración Empresarial aprobada por Decreto Ley N° 26116 solamente son aplicables a una persona natural en el caso que ésta realice una actividad económica y cuente con un patrimonio que permita a la Junta de Acreedores optar sobre la continuación o no de las actividades comerciales realizadas por la persona declarada insolvente»<sup>92</sup>. Si bien esta resolución ha venido a llenar un vacío importante en nuestro ordenamiento, la discusión aún se mantiene y estimamos que se mantendrá así hasta que se emitan efectivamente las normas complementarias.

Más allá de una decisión en el caso concreto, para nosotros la pregunta de fondo -tal como la apreciamos- no consiste en determinar si la norma debe interpretarse en tal o cual sentido, sino en eva-

luar si resulta razonable que, de alguna forma, nuestro sistema perpetúe una división de regímenes concursales ya descartada en gran parte del planeta.

Obviamente, no se trata de seguir por seguir las tendencias mundiales. Simplemente se trata de analizarlas. Lo primero que en nuestra opinión convendría destacar es que la resolución del Tribunal sobre el caso Ponce Riofrío, perfectamente ajustada a la ley por lo demás, ha generado la convicción de que en nuestro país no existe en este momento régimen concursal alguno aplicable a las personas naturales no empresarias. Esta circunstancia parece gravísima, en momentos que nuestro sistema financiero se encuentra preocupado en impulsar el crédito del consumo. Como ya adelantaba con acierto Manuel Sánchez Palacios hace tantos años, al sustentar la razón por la que la Ley N° 7566 recogió originalmente el régimen unificado: «En el procedimiento de quiebra no se distingue la persona natural de la jurídica, porque ambas son sujetos de derechos y obligaciones; ni se distingue tampoco a los comerciantes de los que no lo son, porque el interés público se halla comprometido cuando hay desequilibrio entre el activo y el pasivo de un deudor, sea o no comerciante»<sup>93</sup>; o, como sostiene Fusaro: «El crédito es la base indispensable del desarrollo de las actividades económicas, y no sólo de la actividad o quehacer de la empresa mercantil»<sup>94</sup>. El primer afectado será, sin duda, el crédito. «La palabra crédito viene del latín *credium*, que significa tener confianza, tener fe en algo. Cuando aquí hablamos de crédito nos referimos específicamente a su sentido jurídico-económico; vale decir, a aquella relación existente entre dos sujetos, en la que una de las partes coloca dinero (o bienes) en un primer momento para recobrar después, en un segundo momento, lo que se ha dado»<sup>95</sup>. José Antonio Delmar ha destacado recientemente<sup>96</sup> la importancia que tienen las agencias de información

<sup>92</sup> Aun cuando el texto enfatizado perteneciente a esta resolución no es del todo comprensible, parece dejarse traslucir alguna idea de limitación de responsabilidad en favor del empresario individual, de manera que se haga responsable sólo hasta el monto del capital invertido en su empresa. Por el contrario, aquí rige el principio de ilimitación de responsabilidad, lo que no impide -bajo ningún concepto- acordar la continuación (o no) de las actividades comerciales del insolvente.

<sup>93</sup> SANCHEZ PALACIOS, Manuel. *Apuntes sobre la Ley 7566*. p. 39

<sup>94</sup> ZAVALA, Carlos Juan. *Código de Comercio Comentado*. Depalma, Buenos Aires, t. viii, p. 2.

<sup>95</sup> GRECO, Paolo. *Curso de Derecho Bancario*. Jus, México, 1945, p. 21-22. Citado por DELMAR, José Antonio. "Importancia de las agencias de información de créditos en el desarrollo del consumo". En: *Ius et Veritas*. Lima, 1995, n° 10. *en prensa*.

<sup>96</sup> *vid. supra*.

de créditos para desarrollar el consumo. Tales agencias contribuyen a generar mejor información respecto del historial de los clientes de las instituciones financieras y, con ello, promueven la toma de decisiones eficientes: si un cliente tiene un mal historial, el banco no le prestará el dinero; al mismo tiempo, como la información puede ser compartida entre todas las instituciones financieras, ese mal pagador será sancionado con la restricción de su crédito por todo el sistema financiero. Ante una amenaza de este tipo, los clientes se verán obligados a satisfacer a tiempo sus deudas. Sin embargo, cuando se carece de mecanismos eficientes para compeler al pago (como los informes de crédito), suele suceder que incumplir es más barato que cumplir. La implementación de agencias de información de créditos que cumplan realmente con su cometido requiere de una fuerte inversión y algo de tiempo. Entre tanto, es necesario que la Ley provea un mecanismo concursal rápido, ideal para ejecutar deudores por créditos de consumo (puede tomarse la experiencia de Argentina, en la que se regula el pequeño concurso) y que contribuya a retirar del mercado a aquellas personas naturales no consideradas empresarias que afectan gravemente el crédito en la sociedad.

Como señala Bastin, «las consideraciones sociales en parte y, sobre todo, el desarrollo del crédito al consumo que ha provocado mayor endeudamiento de los particulares hacen que las ideas evolucionen hoy día hacia la extensión a los particulares de las fórmulas instauradas en favor de las empresas insolventes, a saber: el congelamiento de los créditos, la centralización colectiva de las deudas con procedimiento concursal y, eventualmente, la remisión definitiva de un determinado porcentaje de ellas»<sup>97</sup>.

El segundo afectado con la inadmisibilidad de la insolvencia de los particulares es la sociedad en su conjunto, porque la inexistencia de un proceso concursal (o su discutida existencia) genera la necesidad de recurrir a procedimientos judiciales individuales, que -en conjunto- generan más gasto de recursos, que no es razonable dilapidar de esa manera.

Por último, nos interesa destacar que actualmente

no existe ninguna razón para diferenciar el tratamiento del concurso de los comerciantes y el concurso de los civiles: ambos pueden recurrir al crédito con profusión, ambos pueden tener patrimonios similares y tener igual situación económica. Como se recordara, la escisión del Derecho Concursal únicamente se fundamenta en un dogma: la conservación del Derecho estatutario de los comerciantes.

Las profundas diferencias que en algunos ordenamientos pretenden sostenerse son, en realidad, tan sólo de carácter legislativo y no corresponden a ninguna función social relevante (más allá del interés de sancionar con mayor rigor al comerciante insolvente, lo que -de cualquier forma- pueda hacerse sin recurrir a un régimen distinto). En España, Broseta Pont apunta las siguientes «fundamentales» distinciones: la quiebra se aplica tan sólo a los comerciantes, mientras que el concurso de acreedores es exclusivo de los deudores civiles. De otro lado, el supuesto de la quiebra (cesación de pagos) es distinto del supuesto del concurso de acreedores (insolvencia definitiva)<sup>98</sup>. Finalmente, la quiebra incluye medidas muchos más severas que el concurso (incluso, sanciones penales).

En Italia, Galgano defiende el régimen dual. «Este diverso tratamiento de los "insolventes comerciales" respecto de los "insolventes civiles", expuestos sólo a los procedimientos ejecutivos individuales, es tradicionalmente vinculado a la consideración de que el empresario individual tiene un amplio recurso al crédito [...]»<sup>99</sup>. Ninguna de las razones antepuestas nos convence de la necesidad de un régimen dual, a no ser que se pretenda sostener las bondades de nuestra gloriosa tradición jurídica. Para fundamentar una opinión de este tipo debería recordarse que los países anglosajones y Alemania han seguido una orientación distinta a la de los países cuyos ordenamientos tienen una clara influencia del *Code* francés de 1807 (como el nuestro).

Creemos que, en el fondo de todo, sólo existe la intención de sostener dogmáticamente una posición que ha estado allí por siglos y respecto de la cual muy pocos quieren pensar a contrario.

<sup>97</sup> BASTIN, Jean. *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago*. Mapfre, Madrid, p. 19.

<sup>98</sup> Como Broseta deja entrever, esta diferencia es tan sólo nominal, puesto que las presunciones para ingresar al proceso son básicamente las mismas.

<sup>99</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. Cedam, Padua, 1983. p. 866.

## 7. A MANERA DE CONCLUSION

Han quedado en el tintero algunos temas relacionados con las circunstancias específicas del caso Ackerman. Creemos que en ellas está lo anecdótico del tema y que no tiene sentido pronunciarse respecto -por ejemplo- de la procedencia o improcedencia de la impugnación contra la decisión de Junta de Acreedores por la que se acordaba someter a reestructuración al insolvente<sup>100</sup>. Nos queda clara, sin embargo, la urgencia de implementar un sistema concursal que -bajo los mismos principios de la Ley de Reestructuración Empresarial- permita tomar decisiones sobre la salida del mercado de personas naturales no consideradas *empresas*. En todo caso, este sistema debería considerar la posibilidad de reducir el mínimo de créditos exigibles para solicitar la insolvencia (puesto que 50 Unidades Impositivas Tributarias parece mucho en el caso de los civiles) y debería regular algunos temas que no han merecido la atención del legislador: la concesión de alimentos a las personas naturales insolventes (para evitar que la insolvencia pueda afectar su integridad física), la regulación

de los bienes que no ingresan a la masa del concurso (que estimamos deben ser los bienes inembargables a que se refiere el artículo 648 del Código Procesal Civil), el tratamiento de los socios ocultos (que se valen de la apariencia de la personalidad jurídica para contraer deudas que luego no podrán pagar), la extensión de la quiebra como sanción en algunos supuestos, etc.

Sólo instaurando un mecanismo adecuado de concurso de las personas naturales, intentaremos crear un sistema eficiente, que proteja realmente el crédito de consumo en nuestro país. No olvidemos lo señalado por Douglass North, Premio Nobel de Economía en 1993, en el sentido de que las empresas estadounidenses no temen vender sus productos a crédito porque tienen una expectativa razonable de pago debido a la existencia de muchas instituciones que protegen los derechos a la propiedad, hipotecas, contratos, seguros, *leyes de quiebras*, y de un sistema judicial relativamente eficaz. Es nuestra oportunidad de empezar a construir estas instituciones en el Perú.

<sup>100</sup> Por lo demás, la procedencia o la improcedencia de la impugnación se encuentra actualmente en discusión en sede judicial.

**PUMOCA INGENIEROS S.R.L.**

Contratistas Mineros

Equipo Pesado

F. S. Salaverry N° 206, Urb. El Pino - San Luis, Lima 30

Telefax 73-3313

***Cuida tu mejor  
sonrisa con***

***Kolynos***

## **DECIMO ANIVERSARIO DE THĒMIS**

El 15 de noviembre pasado se realizó la ceremonia conmemorativa del décimo aniversario de la Segunda Epoca de THĒMIS - Revista de Derecho, la cual contó con la presencia de las más altas autoridades de nuestra casa de estudios, así como de connotados juristas y abogados de nuestro medio y exmiembros de nuestra revista.

La emotiva ceremonia se llevó a cabo en el nuevo Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en ella se dio un merecido reconocimiento al trabajo de los alumnos de varias generaciones que tuvieron en su momento el orgullo y la responsabilidad de mantener nuestra revista en el lugar privilegiado que hoy ocupa en la difusión y la recreación del Derecho.

Como parte del acto, y en conmemoración de los también diez años de entrada en vigencia de nuestro Código Civil, se realizó un justo homenaje conjunto de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad y THĒMIS - Revista de Derecho a los ponentes del Código Civil de 1984, el cual fue agradecido por el Dr. Jorge Avendaño Valdez, entonces Decano del Colegio de Abogados de Lima, en representación de los homenajeados.

Asimismo, en dicha ceremonia se realizó la presentación del número 30 de THĒMIS - Revista de Derecho, edición de aniversario dedicada fundamentalmente al área del Derecho Civil.

## **NUEVA JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA**

En elecciones democráticas llevadas a cabo en diciembre pasado, los abogados de nuestra capital eligieron nueva Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima, la cual preside el reconocido jurista y catedrático de nuestra casa de estudios, Dr. Felipe Osterling Parodi. Desde nuestras páginas hacemos llegar nuestras más sinceras felicitaciones a esta nueva Junta Directiva, así como los mejores augurios de éxito en su gestión.

## **NUEVA PRESIDENTA DEL DIRECTORIO DEL INDECOPI**

Por Resolución Suprema de fecha 6 de enero de 1995, fue designada Presidenta del Directorio del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) la Dra.

Beatriz Boza Dibós, egresada de nuestra casa de estudios, y exmiembro del Comité Directivo de THĒMIS - Revista de Derecho. Sirvan estas páginas para hacerle llegar nuestras más sinceras felicitaciones y desearle el mayor éxito en su gestión en tan importante cargo.

### **CHARLA INFORMATIVA SOBRE RAMAS DEL DERECHO**

El jueves 23 de marzo se llevó a cabo una charla informativa sobre el ejercicio profesional en las tres áreas más difundidas del Derecho, organizada por THĒMIS - Revista de Derecho. Las exposiciones estuvieron a cargo de los doctores Juan Monroy, quien nos relató sus experiencias en el área de Procesal Civil; Edgardo Mercado, quien disertó sobre el ejercicio profesional en el área del Derecho Civil; y el doctor José Ugaz, sobre las perspectivas en el ejercicio profesional en el Derecho Penal.

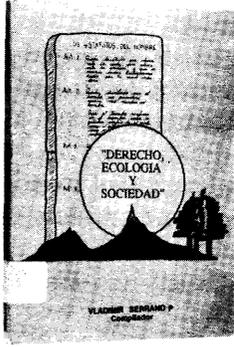
### **SEMINARIO SOBRE ROL DEL INDECOPI**

THĒMIS - Revista de Derecho y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) organizaron el seminario «Rol del INDECOPI: Propuestas y perspectivas», el que se llevó a cabo los días 24, 25 de abril, 2 y 3 de mayo en el Auditorio de PETROPERU.

El seminario dedicado a dar a conocer y debatir cada una de las funciones que cumple el INDECOPI, contó con la participación en calidad de panelistas de funcionarios del Banco Mundial, abogados, economistas, publicistas y empresarios reconocidos de nuestro medio; así como con una nutrida asistencia.

THĒMIS - Revista de Derecho publicará próximamente una edición especial de los debates de este seminario.

PAGINA UNIVERSITARIA PAGINA UNIVERSITARIA PAGINA UNIVERSITARIA PAGINA UNIVERSITARIA



**SERRANO P., VLADIMIR  
(COMPILADOR)**

**DERECHO, ECOLOGIA Y  
SOCIEDAD**

Quito: CEDECO, 1994, 196 pp.

**Contenido:**

- El desarrollo del Derecho Ambiental en América Latina durante las últimas décadas.
- El nuevo orden jurídico internacional y el Derecho Ambiental
- Aportes legislativos para la defensa del interés público
- El Derecho Indígena Amazónico y la conservación del ambiente
- Hacia la formulación de un derecho ecológico
- Democracia participativa y defensa de la Amazonía

Esta reciente publicación recoge las ponencias realizadas con ocasión del Seminario Taller Internacional «Derecho, ecología y sociedad», convocado por el Centro Ecuatoriano para el Desarrollo de la Comunidad, llevado a cabo en mayo de 1994. El presente compendio está dividido en tres partes, dichos segmentos representan, grosso modo, las temáticas esenciales del Seminario.

En la primera parte se agrupan las ponencias sobre Derecho y Medio Ambiente, segmento destinado a la presentación doctrinaria del ambiente como objeto del Derecho y sus repercusiones internacionales. En relación a lo anterior cabe destacar el es-

tudio dedicado a examinar la evolución del Derecho Ambiental dentro del orden internacional.

En la segunda parte, se busca exponer el estado actual de los mecanismos procesales existentes para la tutela del medio ambiente. Destaca la ponencia del peruano Carlos Chirinos Arrieta, director del Área de Defensa del Interés Público de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Chirinos nos plantea como problema fundamental el daño global que afecta una pluralidad de personas (daños al ecosistema), que en materia ambiental cobra gran relevancia. Se introduce, pues, el tema de los intereses difusos y de los mecanismos procesales para su protección (resarcimiento del daño).

El tercer segmento bajo el título Naturaleza, Sociedad y Estado, agrupa las ponencias dedicadas al estudio, entre otras cosas, de la sociedad civil como fuente del derecho ambiental a través de la costumbre y en especial del Derecho consuetudinario amerindio y su función de referencia para el Derecho Ecológico. Es importante el aporte del compilador del presente libro, con un ensayo sobre el papel del Derecho en el nuevo paradigma psico-cultural llamado holístico o ecológico, que concibe al hombre y a la naturaleza como un todo funcional e indivisible (medio ambiente).

En palabras del compilador de la presente edición, la grave presión que la economía mundial ejerce sobre el medio ambiente, así como la situación de emergencia que viven los diversos grupos nacionales indígenas, ha suscitado la generación de instrumentos legales que se suman al Derecho nacional e internacional para integrar en ellos la protección al ecosistema.

Es fundamental, por lo tanto, producir una discusión a fondo sobre estas nuevas realidades del Derecho, a fin de sistematizar los principios que subyacen en ellas y responder jurídicamente a las exigencias mundiales, nacionales y personales de nuestros días.



**OSTERLING PARODI,  
FELIPE y MARIO  
CASTILLO F.**

**TRATADO DE LAS  
OBLIGACIONES**

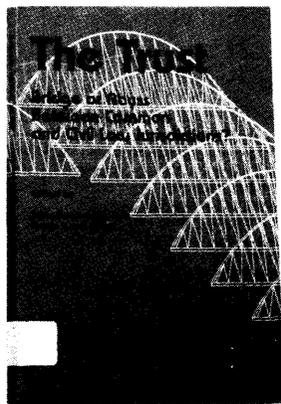
Los doctores Castillo y Osterling, profesores de nuestra casa de estudios, nos ofrecen esta obra, que constituye el volumen XVI de la colección Para Leer el Código Civil editada por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, y que consta de cuatro tomos, de un total de nueve, de los que finalmente se compondrá la obra.

Sin lugar a dudas, las obligaciones constituyen la piedra angular del Derecho Privado, uniendo a su importancia un alto grado de complejidad. Para resaltarlo, nada mejor que utilizar las palabras de Demogue: «La ley general de las obligaciones y contratos es la ley esencial y fundamental de la legislación civil. Es la ley de todos, de todos los días y de todos los instantes».

El Tratado de las Obligaciones se divide en dos partes claramente determinadas; en primer

lugar, los autores se ocupan de la Teoría General de las Obligaciones, materia técnica y abstracta que es tratada con claridad y agudeza demostrando un profundo conocimiento de la doctrina nacional y extranjera. La segunda parte, es también la más extensa, en ella se hace un completo análisis de 219 artículos que integran el Libro VI de las Obligaciones del Código Civil.

El estudio de las normas no es meramente exegético; a cada uno de los artículos del Código siguen sus antecedentes nacionales, sean estos Códigos, leyes o proyectos de leyes anteriores, posteriormente vienen las fuentes y concordancias extranjeras, que recorren prácticamente todos los Códigos americanos y europeos, además de algunos asiáticos y africanos. Para facilitar la tarea de los operadores e intérpretes de la norma, se enumeran todas sus concordancias con otros preceptos del Código Civil, permitiendo así conocer su interacción. Los autores además, llegan a plantear propuestas para la modificación de algunos artículos.



**SONNENVEDT, FRANS y  
HARRIE L. VAN MENS  
(Editores)**

**THE TRUST: Bridge or Abyss  
Between Common and Civil  
Law Jurisdictions**

*(El fideicomiso: puente o abismo  
entre el Derecho anglosajón y el  
Derecho romano germánico)*

Contenido:

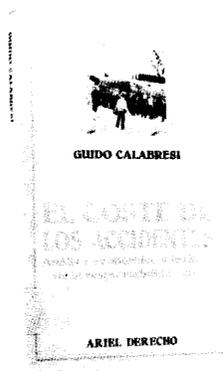
- 1) The trust - An introduction
- 2) Trusts and tax consequences in the United Kingdom
- 3) The taxation of trusts, beneficiaries and grantors in the U.S.A
- 4) The trust and Swiss Tax Law
- 5) The trust and Dutch Law
- 6) France: a law proposal introducing LA FIDUCIE
- 7) Trusts and the application of the OECD model convention.

Originario del derecho anglosajón, el trust o fideicomiso fue ignorado en las legislaciones de los países romanogermánicos por mucho tiempo, por su contraposición al sistema de propiedad imperante en nuestros países. Con el transcurso del tiempo, sin embargo, esta figura jurídica ha ido alcanzando creciente importancia por lo que muchos países han empezado, progresivamente, a regularla. Esta tendencia mundial ha alcanzado al Perú por medio del Decreto Legislativo 770 en que se regula el fideicomiso como parte de la Ley de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros.

El presente libro nos introduce al conocimiento de la naturaleza jurídica del fideicomiso, sus orígenes históricos y sus modernas concepciones (expresadas en la Convención de Trusts en La Haya) para, posteriormente, ofrecer un exhaustivo análisis comparado de su regulación legal y su tratamiento tributario; tema, este último, de extensa dificultad tanto en los países de Derecho Común o Anglosajón (Gran Bretaña y Estados Unidos), en algunos países de Derecho Romano-Germánico (Francia, Suiza y Holanda).

Sus observaciones y conclusiones sobre la recepción de esta figura y sus connotaciones tributarias tanto en países con legis-

lación similar a la nuestra como en los países donde más se ha desarrollado han de ser, sin duda, de gran utilidad, sobre todo en el Perú donde el Trust o Fideicomiso es un tema aún novedoso y de creciente actualidad.



**CALABRESI, GUIDO**

**EL COSTE DE LOS ACCIDENTES**

*Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*

Barcelona: Ariel, 1984, 349 pp.

**Contenido:**

Primera Parte: introducción: La necesidad de un fundamento teórico para la responsabilidad civil.

Segunda Parte: los fines comprendidos en la reducción del coste de los accidentes y los métodos para alcanzarlos.

Tercera Parte: dos problemas fundamentales de la reducción de los costes primarios de los accidentes.

Cuarta Parte: el sistema de responsabilidad por culpa y la reducción del coste de los accidentes.

Quinta Parte: la justicia y el sistema de responsabilidad por culpa.

Sexta Parte: hacia un nuevo sistema de responsabilidad civil.

Guido Calabresi es uno de los más reconocidos representantes del Análisis Económico del Derecho, corriente de pensamiento jurídico que generaliza y formu-

la la compleja relación entre el Derecho y la Economía; «entre Derecho y mercado», en palabras de Joaquín Busbal. A partir de dicha doctrina, Calabresi desarrolla el problema de los costos (costes, como los denomina el libro) de los accidentes, advirtiendo el renacimiento de la responsabilidad civil en el Derecho y descartando, a su vez, una serie de mitos tejidos en torno a dicha rama jurídica.

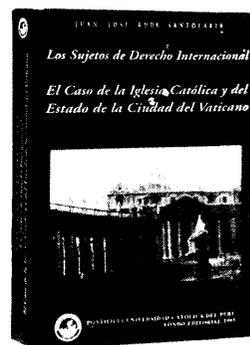
Para el autor, cualquier sistema de responsabilidad civil debe basarse en la justicia y en la reducción de los costos de los accidentes. Esta reducción puede ser primaria (número y gravedad de los accidentes), a través de los métodos de prevención general y prevención específica; así también, puede ser secundaria (costos sociales de los accidentes), mediante métodos de fraccionamiento de los daños y la «buena bolsa»; finalmente, la reducción de costos puede ser terciaria (costos de administrar el tratamiento de los accidentes).

Después de exponer con amplitud la reducción de los costos, Calabresi aplica esta teoría al sistema de responsabilidad por culpa, refiriéndose incluso a la estructura moral de la sociedad. Finaliza este trabajo con la elaboración de una interesante propuesta para un nuevo sistema de responsabilidad civil.

Una de las tareas de las personas vinculadas al Derecho es actualizarse continuamente: este libro constituye un material de obligatoria lectura para quienes se hayan fijado ese objetivo. Radica su obligatoriedad en que el Análisis Económico del Derecho es acaso la corriente más influyente y vanguardista del Derecho contemporáneo.

Esta reciente adquisición de nuestra Biblioteca Central pone al alcance de los alumnos una

perspectiva jurídica imposible de soslayar.



**RUDA SANTOLARIA, JUAN JOSE**

**LOS SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL: EL CASO DE LA IGLESIA CATOLICA Y DEL ESTADO DE LA CIUDAD DEL VATICANO**

Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 1995, 603 pp.

**Contenido:**

Capítulo I. La personalidad jurídica internacional

Capítulo II. La Iglesia Católica ante el Derecho Internacional

Capítulo III. El estado de la ciudad del Vaticano desde la perspectiva del Derecho Internacional

Capítulo IV. Relaciones jurídicas entre la Iglesia Católica y el estado de la ciudad del Vaticano

Capítulo V. Las relaciones de la Iglesia Católica y del estado Vaticano con la comunidad internacional

Anexos:

A. Generales

B. Sobre la Iglesia Católica y la santa sede como órgano de gobierno de ésta

C. Respecto al estado de la ciudad del Vaticano

D. En torno a las relaciones con el País

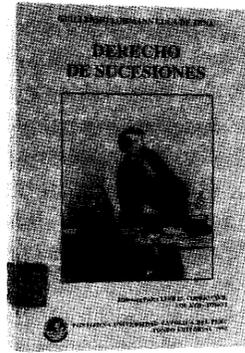
A través de los cinco capítulos de este libro Juan José Ruda Santolaria, quien fuera miembro

del Comité Directivo de THĒMIS - Revista de Derecho, pretende demostrar la calidad de sujetos de Derecho Internacional de una de las instituciones que más influencia ha ejercido a través de la historia de nuestro planeta como es la Iglesia Católica y de su sede central, la ciudad del Vaticano.

Para ello, sitúa a la Iglesia dentro del contexto general de la comunidad internacional y de su composición plural; realizando un análisis de las diferentes expresiones de la actuación de la Iglesia a través de la Santa Sede, como los «concordatos» - acuerdos de la Iglesia con los estados para regular el estatuto de ella dentro de aquellos, y de la injerencia de la institución religiosa más grande del mundo para resolver en forma pacífica diferencias entre algunos estados, en base a su reconocida «autoridad moral».

Al mismo tiempo, Ruda Santolaria aborda la condición de la ciudad del Vaticano como auténtico estado y afirma la presencia de una «unión real» entre ésta y la Iglesia Católica; unión que tiene como lazo la presencia del Papa como soberano de ambas, además de constituir el estado Vaticano una firme garantía para el libre ejercicio de la misión espiritual del pontífice.

Finalmente, el autor discurre acerca de los vínculos existentes entre éstas instituciones y la comunidad internacional, haciendo hincapié en las relaciones que mantienen ambos sujetos con el Perú.



## LOHMANN LUCA DE TENA, GUILLERMO

### *DERECHO DE SUCESIONES*

Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Biblioteca Para Leer el Código Civil (vol. XV), 1994. Tomo 1, 316 pp.

#### Contenido:

- Capítulo I: Los conceptos fundamentales (1)
- Capítulo II: Los conceptos fundamentales (2)
- Capítulo III: Responsabilidad del heredero
- Capítulo IV: Petición de herencia
- Capítulo V: Indignidad sucesoria
- Capítulo VI: Aceptación y renuncia de la herencia
- Capítulo VII: Representación sucesoria

Esta obra -que finalmente se compondrá de tres tomos- viene a dotar a la Biblioteca para leer el Código Civil que publica el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de una investigación que trata los distintos temas del Derecho Sucesorio peruano de una manera completa y sistemática.

Guillermo Lohmann, reconocido jurista peruano, aborda el Derecho de sucesiones de la manera más acertada: encuentra primero el contexto constitucional en el cual se enmarca, para delimitar luego la naturaleza jurídica de las sucesiones y penetrar finalmente a los temas particulares.

Las disposiciones del Código sobre las distintas materias sucesorias son analizadas rigurosamente debido a que todas sus implicancias son puestas bajo examen por el autor, quien no omite críticas ni opiniones, sin dejar de lado el aporte enriquecedor de la vasta doctrina que Lohmann maneja. Tampoco faltan alusiones a los antecedentes de la legislación positiva y los anteproyectos propuestos para las codificaciones -siempre esclarecedores- ni ejemplos de aplicación práctica que echan luces sobre el a veces opaco campo de la teoría pura.

Pero se trata también de una obra doctrinariamente autosuficiente, cuyos alcances trascienden el campo puramente sucesorio para relacionarlo, con la firmeza de quien domina distintas disciplinas jurídicas, con instituciones del Derecho Obligacional, los Derechos Reales, el Acto Jurídico, el Derecho Procesal, la Responsabilidad Civil e incluso con temas del moderno Derecho Comercial, lo cual indica el acierto con que el autor ha trabajado.

RESEÑAS DE LIBROS RESEÑAS DE LIBROS RESEÑAS DE LIBROS RESEÑAS DE LIBROS

Galería de Arte

**M o l l i**

Av. Larco 1150-8, Miraflores, Lima 18

Telf. 45-6592

Atención de lunes a sábado: 10 am - 2 pm y 5 pm - 9 pm

***forma e imagen***

Imprenta y Creativos Publicitarios

**Calidad a su servicio**

*Diseño gráfico e ilustración*

*Artes finales*

*Fotomontaje digital*

*Composición de texto*

*Impresos en general*

*Cajas, afiches, libros,*

*revistas, folletos,*

*encartes, etc.*

*Encuadernación*

Av. Arequipa 4558 - Miraflores

☎ 4450649 - 4446465

THĒMIS - Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que de una u otra manera colaboraron con nosotros y sin cuyo apoyo no hubiese sido posible la publicación del presente número, en particular a:

Estudio Jorge Avendaño Valdez  
Barrios, Fuentes, Urquiaga & Dañino, Abogados  
Estudio Javier de Belaunde, Abogados  
Benites, Mercado & Ugaz, Abogados  
Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich, Abogados  
Cauvi, Ferraro, Hamann, Abogados  
Delfino, Pasco, Isola, Avendaño, Abogados  
Deustua & Halperin, Abogados  
Duany, Indacochea & Kresalja, Abogados  
Estudio Juan José Cauvi & Asociados  
Estudio Luis Eche copar García  
Muñiz, Forsyth & Ramírez, Abogados  
Estudio Osterling, Arias-Schreiber, Vega, Orbegoso & Asociados  
Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados  
Rubio, Leguía, Normand & Asociados  
Estudio Torres y Torres Lara, Abogados  
Estudio de Piérola  
Estudio Grau

Salomón Lerner, César Benites, Beatriz Boza Dibós, Alfredo Bullard Gonzáles, Molly Camacho de Urquiaga, Carlos Caro, Carlota Cassalino, Juan José Cauvi, Pilar Dávila, Alejandro Falla, Víctor Ferro, Domingo García-Belaúnde, Adriana Lazo, Felipe Osterling, Marcial Rubio, Edgard Saba, Carlos Tizón Pacheco, Begoña Venero

Asimismo, agradecemos a las siguientes personas:

Ana María Asmat, Gabriel Arrisueño, Javier Bamberger, Patricia Benavente, Mónica Byrne, Rómulo de la Vega, Familia De la Vega Gómez Sánchez, Familia Haro Zolezzi, Familia Ronceros Neciosup, Enrique Felices, Marco Guevara, Beatriz Landauro, Mónica LLosa, Jorge Miranda, Fernando Molina, Teresa Mulanovich de Zegarra, Víctor Odiaga, Cecilia O'Neill, Mariana Ostolaza, Renzo Pacheco, Carlos Patrón, Martha Piérola, Alfredo Polo, Enrique Portaro, Aldo Reggiardo, Domingo Rivarola, Emilia Rubio de Gómez de la Torre, Martín Ruiz, Raquel Sánchez, Verónica Sattler, Sara Sotelo, Filiberto Tarazona, Marina Tong, Sara Tong, Nelly Vásquez, María Yshimura, Humberto Zuñiga

Todos aquellos interesados en colaborar con THEMIS - Revista de Derecho mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos y/o investigaciones, podrán acercarse a nuestra oficina en el segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarlos a la casilla postal 110711, Lima 11.

Los trabajos deberán entregarse en 2 ejemplares en formato A-4, a doble espacio, además de una copia en diskette (Word Perfect o Microsoft Word).

THEMIS - Revista de Derecho agradece todo envío, sin comprometerse a su publicación.

---

Impresión:

***forma e imagen***

Av. Arequipa 4558 - Miraflores Telfs.: 4450649 - 4446465

**1063**

