

THĒMIS

Revista de Derecho



Jorge Basadre (inédito) • Manuel de la Puente y Lavalle • Guido Calabresi • Roberto Mac Lean
Atilio Aníbal Alterini • Alfonso de los Heros • Roberto López Cabana • José Antonio del Busto
Fernando Vega Santa Gadea • Juan Guillermo Lohmann • Eduardo Benavides • Javier Tovar
Elvira Méndez Chang • Diego García Sayán • José Daniel Amado • Luis Miranda
Alfredo Bullard • José Antonio Payet • Alfredo Gildemeister • Eduardo de Rivero
Gonzalo García Calderón • Luis Vinatea Recoba • Sergio Salinas • Juan Espinoza Espinoza
Carlos Carrillo • Leonardo López • Paul Duclós • Antonio Bechtle



Anónimo
Escuela Cusqueña
Representación del Matrimonio de Martín
de Loyola con Beatriz Ñusta Princesa del
Perú y del enlace de su hija Lorenza
Ñusta de Loyola con Juan de Borja.

THĒMIS

Revista de Derecho

PRESENTACION

*En las treintatré ediciones de **THĒMIS - Revista de Derecho**, nuestra publicación ha ido progresivamente madurando, mejorando, creciendo en grosor y en calidad editorial; presentando artículos sobre temas cada vez más sofisticados. Son ya más de cien los ex-miembros que han pasado por la revista. Cada uno de ellos supo en su momento plasmar en nuestras páginas la mejor manera de responder a su tiempo y a las circunstancias de éste. Y así, indefectiblemente, cada presentación de un nuevo número de **THĒMIS - Revista de Derecho**, ha sido ocasión para que sus miembros se detengan a hacer un recuento del tiempo transcurrido, de los logros obtenidos y de los retos propuestos; de la misma manera que lo hacemos ahora nosotros.*

*Pero ahora que contemplamos lo que nos ha tocado vivir, no lo hacemos al final del camino, cuando ya todo pasó y no quedan más que recuerdos; lo hacemos a la mitad de la vida, cuando sabemos que muchos logros se encuentran aún por delante. Y, como en cada ocasión, celebramos en este instante el logro de publicar un número nuevo. El número 33 de **THĒMIS** es producto de nuestro esfuerzo, y es a la vez una propuesta seria y dinámica que responde a las exigencias actuales. Es nuestra particular manera de aportar al desarrollo del Perú y a la solución de sus problemas. En tal contexto, los principales temas abordados en los artículos de este número están vinculados a las diversas formas y mecanismos de inversión privada -tanto nacional como extranjera- en nuestro país. Por ello hemos realizado dos interesantes entrevistas: una al doctor Javier Tovar, acerca de los mecanismos de Participación Ciudadana en Privatización; la otra al doctor Diego García Sayán, sobre la pacificación del país como condición para el desarrollo de las inversiones. Asuntos como la libertad de contratar, la igualdad de trato al extranjero en materia de inversiones, los contratos modernos que favorecen la inversión, la reforma laboral, el mercado de valores, entre otros, no podían haber sido pasados por alto, razón por la cual han sido tratados por distinguidos autores en el presente número. Ello demuestra que la inversión privada es para nosotros mucho más que una moda económica. Es algo en lo cual creemos y que, esperamos, conduzca al Perú a mejores destinos.*

*Además de los excelentes artículos dedicados a temas relacionados con inversiones, el número 33 de **THĒMIS** contiene un interesante artículo del doctor Roberto Mac Lean acerca de la administración de justicia, tema de absoluta actualidad y que viene siendo objeto de nuestras preocupaciones desde hace ya varios números. Asimismo, el presente número contiene artículos de destacados autores extranjeros como Guido Calabresi, Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana. Otros temas tratados en esta edición tienen vinculación con el Derecho Penitenciario, el Derecho Civil, el Análisis Económico del Derecho, etc. Nuestra sección Cuento Jurídico contiene un interesante relato y los artículos interdisciplinarios tienen esta vez una marcada inclinación a la historia.*

*Queremos terminar afirmando nuestra vocación de siempre, que consiste en contribuir a la modernización y al progreso del Perú a través del desarrollo del Derecho. En dicha tarea, cada cierto tiempo miramos atrás para recordar el camino recorrido. Entonces afloran las remembranzas y reflexiones que nos invadían al iniciar estas líneas. A la mitad de la vida de **THĒMIS**, habiendo andado tan sólo un tramo de su camino, hoy más que nunca cobran especial significado las palabras de nuestros primeros fundadores, cuando dijeron: **THĒMIS** debe vivir ...*

Julio de 1996

EL COMITE DIRECTIVO

THĒMIS

Revista de Derecho

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

COMITE DIRECTIVO

Gonzalo Barrionuevo Alba
Eliana Lesem Guerra
Andrea Portaro Pancorvo
Fernando Vega Sánchez
Gonzalo Zegarra Mulanovich

MIEMBROS

Kathy Ames Valdivieso
Franklin Cáceres Freyre
Juan Carlos Gutiérrez Azabache
Marina Lazarte Zababurú
Fernando Molina Rey de Castro

Manuel Noya Sarmiento
Alfredo Polo Gálvez
Carmen Quirós Romero
Diego R. La Rosa González del Riego
Juan Carlos Zegarra Vílchez

COMITE CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Manuel De la Puente y Lavalle
Baldo Kresalja Roselló
Juan Monroy Gálvez

Carlos Cárdenas Quirós
Carlos Fernández Sessarego
Elvira Méndez Chang
Javier Neves Mujica

Fernando de Trazegnies Granda

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

© Asociación Civil **THĒMIS-Revista de Derecho**

2do. piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Teléfono: 462-2540 anexo 346. Casilla Postal 110711-Lima 11.

Correo Electrónico: themis@.pucp.edu.pe

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

INDICE

<i>Manuel de la Puente y Lavalle</i> La libertad de contratar	7
<i>José Daniel Amado V. y Luis Miranda A.</i> La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: el contrato ley	15
<i>Elvira Méndez Chang</i> Las bases romanistas frente al cambio político-económico: El principio de igualdad de trato al extranjero en materia de inversiones en el Perú	23
<i>Eduardo Benavides Torres</i> Contratación moderna e inversión extranjera en el Perú	31
<i>Alfonso de los Heros P.A.</i> La reforma laboral y sus efectos	51
<i>Entrevista a Javier Tovar</i> Participación ciudadana, síntoma de la credibilidad del Perú	59
<i>Juan Espinoza Espinoza</i> Perfiles comparativos: La actividad crediticia de la banca como fuente de responsabilidad civil	65
<i>Alfredo Gildemeister Ruiz Huidobro</i> Los establecimientos permanentes como forma de inversión extranjera: Su concepto y tratamiento en los principales modelos internacionales de convenios para evitar la doble imposición	73
<i>Gonzalo García Calderón</i> El arbitraje y el derecho internacional privado	85
<i>José Antonio Payet</i> Razones para regular el mercado de valores	93
<i>Sergio Salinas Rivas</i> Fondos mutuos, información asimétrica y regulación de mercados: un enfoque de costos de transacción	105
<i>Carlos Carrillo</i> Lineamientos generales para el análisis del dumping y su efecto en la producción nacional	125
<i>Entrevista a Diego García Sayán</i> Pacificación e inversión privada	133
<i>Leonardo López Espinoza</i> La admisión temporal: Régimen aduanero de perfeccionamiento activo destinado al fomento de las exportaciones	139
<i>Alfredo Bullard G.</i> ¿Como "vestir a un santo sin desvestir a otro"? La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes	149
<i>Luis Vinatea Recoba</i> Los servicios de telecomunicaciones portadores y finales en la legislación peruana. Los alcances del régimen de concurrencia limitada establecido por la Ley 26285	181

<i>Guido Calabresi</i> Acerca de la causalidad y la responsabilidad extracontractual: un ensayo en homenaje a Harry Kalven, Jr.	191
<i>Eduardo Ignacio de Rivero</i> El contrato desde la perspectiva de la teoría general del Derecho	217
<i>Roberto G. Mac Lean</i> Requiem para el espíritu del legislador. La cultura de servicio en la administración de justicia	221
<i>Atilio Aníbal Alterini</i> Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal	235
<i>Juan Guillermo Lohmann</i> Prescripción y caducidad. Algunas consideraciones sobre casos discutibles	241
<i>Fernando Vega Santa Gadea</i> El drama sexual de la prisión peruana	253
<i>Roberto M. López Cabana</i> Mora y demora	277

CUENTO JURIDICO

<i>Antonio Bechtle Otoya</i> Un western	287
--	-----

INTERDISCIPLINARIAS

<i>Jorge Basadre (inédito)</i> El gobierno de Bustamante y Rivero	291
<i>José Antonio del Busto Duthurburu</i> Breve historia de la amazonía peruana durante el incario, el virreinato y la independencia	293

JURISPRUDENCIA COMENTADA

<i>Paul Duclós Parodi</i> Los tratados de definición de fronteras. El diferendo territorial entre la Jamahiriya árabe-libina (Libia) y la República de Chad	297
---	-----

PAGINA UNIVERSITARIA	305
----------------------	-----

RESEÑAS DE TESIS	307
------------------	-----

RESEÑAS DE LIBROS	309
-------------------	-----

LA LIBERTAD DE CONTRATAR

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

Con independencia de las controversias que pueda suscitar el fenómeno que los ideólogos liberales denominan "fin de la historia", es indudable que actualmente vivimos un marcado predominio del liberalismo económico y político. Se afirma así que nuestra Constitución de 1993 recoge los aires liberales tan en boga en estos días; y que muestra de ello es su artículo 62, que diviniza los contratos -en tanto acuerdo de voluntades libres e iguales- al no permitir que sean modificados por normas legales posteriores. En este contexto, el reconocido jurista Manuel de la Puente y Lavalle analiza la libertad de contratar -o libertad de configuración- dentro de la legislación peruana, e incide en los cambios introducidos por el polémico artículo 62 de la Constitución. Las conclusiones del autor son claras: la norma constitucional establece una excepción al principio de aplicación inmediata de la ley en el caso de los contratos, por lo que deviene en inaplicable el artículo 1355 del Código Civil.

En su libro titulado "*The End of History*", publicado en el verano de 1989, el Profesor Francis Fukuyama ha proclamado el fin de la historia. Según Fukuyama, con la transformación de Europa Oriental y de la Unión Soviética y el subsecuente desmantelamiento de las economías centralmente planeadas se ha producido "una descarada victoria del liberalismo económico y político" que él considera anuncia el final de la historia, en el sentido de que la decisiva lucha entre los derechos colectivista y liberal y los sistemas de mercado ha terminado, al menos en el nivel de las ideas o ideologías. Fukuyama tiene una algo mezclada reacción ante esta perspectiva, previendo una blandura, homogeneidad y materialismo en los estilos de vida y los valores que él asocia con la ausencia de debate fundamental sobre alternativas de paradigmas políticos y económicos.

Se ha afirmado que este liberalismo ha sido recogido por nuestra Constitución Política de 1993, en el sentido de que ella está orientada a reactualizar los ideales liberales que estuvieron en boga en el siglo XVIII.

En el campo de los contratos este retorno al liberalismo estaría plasmado en su artículo 62, según el cual la libertad de contratar 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. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Conviene analizar por separado cada uno de estos tres conceptos, debiendo tomar en consideración

para ello la existencia de dos sistemas que, si bien inspirados en razones similares, tienen distintas proyecciones. Por un lado está el liberalismo que es un ideario que exalta el concepto de libertad individual y social, por oposición al intervencionismo que propicia la intervención del Estado en el campo de las relaciones humanas. Por otro lado se encuentra el individualismo que considera que la voluntad individual es la fuente única de la obligación jurídica, cuya contraparte es el normativismo que sostiene que la autonomía de la voluntad nace de una delegación del orden jurídico. Generalmente, aunque no siempre, los liberalistas son individualistas y los intervencionistas son normativistas.

El primer concepto contenido en el artículo 62 de la Constitución es la declaración de que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, que constituye una nueva versión de lo dispuesto por el artículo 1354 del Código Civil, de acuerdo con el cual las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Se reconoce así el principio de la libertad de contratar, más propiamente llamada libertad de configuración interna, que garantiza la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí el contenido del contrato que han convenido en celebrar.

Es preciso distinguir esta libertad de la libertad de conclusión del contrato, según la cual las partes tienen la libertad de elegir cómo, cuándo y con quién contratan, que no ha sido discutida sino por los partidarios de la llamada contratación forzosa, en virtud de la cual el ordenamiento jurídico impone a las partes la obligación legal de contratar.

El problema de la libertad de configuración interna está íntimamente vinculado al principio de la autonomía privada, que reconoce a los hombres la soberanía para vincularse obligatoriamente entre sí, dentro de los cauces del ordenamiento jurídico.

Se han dado dos explicaciones al principio de la autonomía privada, que están plasmadas magistralmente en sendas conferencias dictadas por André Rouast y Emmanuel Gounot en la "Semanas Sociales de Francia" en el año 1938.

Según la primera explicación, los derechos subjetivos de los hombres no derivan de un derecho objetivo, sino de la esencia misma del hombre, por lo cual éste es totalmente autónomo para regular sus intereses, que es lo que justifica la autonomía privada. Es la teoría llamada individualista.

De acuerdo con la segunda explicación, conocida como teoría normativista, la autonomía privada es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico, el cual, para no entorpecer el tráfico económico-jurídico, confía a los particulares la autorregulación en sus intereses, dentro de los cauces que señala dicho ordenamiento.

Personalmente considero que la tesis normativista responde mejor a la naturaleza de la autonomía privada. No encuentro razón de peso alguna que justifique que la libertad individual tenga en sí la potencialidad suficiente para crear relaciones obligatorias, porque precisamente esa misma libertad permitiría al hombre deshacer lo que creó.

La primera parte del artículo 62 de la Constitución respalda, en mi opinión, la teoría normativista al establecer que los contratantes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

En efecto, se reconoce que la libertad de contratar está limitada por lo que dispone el ordenamiento jurídico al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que existe un marco jurídico, diseñado por este ordenamiento, que las partes no pueden sobrepasar. Es cierto que los contratantes gozan de la libertad de configuración interna, en el sentido de que pueden pactar lo que más convenga a sus respectivos intereses, pero esta libertad no es incondicional, como lo sería según la teoría individualista, sino que sólo puede ejercitarse dentro del campo que le permite el ordenamiento jurídico.

Supongamos que las partes desean celebrar un contrato de locación de servicios. El artículo 62 de la Constitución les permite estipular todos los términos y condiciones que convengan, dándoles la potestad de modelar el contrato a su gusto, pero no podrán, por ejemplo, convenir que el plazo del contrato sea mayor de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios, por prohibírselo el artículo 1768 del Código Civil.

Si el artículo 62 de la Constitución siguiera la teoría individualista, reconociendo que la voluntad humana es la única fuente de la obligatoriedad del contrato, concedería a las partes la libertad de contratar, sin cortapisa alguna. Precisamente al establecer que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, está disponiendo que no podrán pactar válidamente en contra de dichas normas.

Es posible, por lo tanto, llegar a la conclusión de que la primera parte del artículo 62 de la Constitución observa, como lo hace el artículo 1354 del Código Civil, la tesis normativista.

La segunda parte de dicho artículo establece, como se ha visto, que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Se introduce así una gran novedad con relación a lo dispuesto por el artículo 1355 del Código Civil, según el cual la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Este artículo ha sido entendido en el sentido que las reglas y limitaciones se aplican no sólo a los contratos por celebrarse sino también a los ya celebrados. Las razones que justifican este razonamiento son las siguientes:

a) La historia del artículo 1355 revela que el legislador fue abandonando su criterio inicial de que las reglas y limitaciones sólo eran aplicables a los contratos a celebrarse, con lo cual se revela su propósito que sean aplicables también a los ya celebrados.

b) Esta opción guarda coherencia con el sistema civil peruano, pues el artículo III del Título Preliminar del Código Civil dispone que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes, con lo cual se está aceptando la teoría de la aplicación inmediata de la ley, que no significa darle fuerza ni efectos retroactivos.

En tales condiciones, como el contrato constitutivo crea una relación jurídica patrimonial, toda ley imperativa dictada con posterioridad al mismo se aplica a las consecuencias de dicha relación, con lo cual se explica por qué las reglas y limitaciones impuestas por la ley son aplicables a los contratos ya celebrados, sin que esto signifique, por indicación expresa del citado artículo III del Título Preliminar, que la ley tenga efectos retroactivos.

Pierde así sustento el argumento de que la aplicación de las reglas y limitaciones establecidas por la ley a los contratos ya celebrados importa admitir el principio de la retroactividad de la ley.

c) Si el artículo 1355 del Código Civil fuera aplicable únicamente a los contratos por celebrarse y no a los ya celebrados, dicho artículo sería totalmente innecesario pues el artículo 1354 del mismo Código ya dispone, como se recuerda, que las partes pue-

den determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Una de las reglas de interpretación de la ley es que, en la duda, ella debe interpretarse en el sentido que pueda tener algún efecto y no en aquel según el cual no tendría ninguno.

Como el artículo 1355 del Código Civil no tendría efecto propio alguno si se entendiera que sólo es aplicable a los contratos por celebrarse, desde que ésto ya está establecido por el artículo 1354 del mismo Código, debe interpretarse en el sentido de tener algún efecto, que es el de aplicarse a los contratos ya celebrados.

d) Si los contratantes saben que, por razón del artículo 1355 del Código Civil, las reglas y limitaciones que imponga la ley en el futuro se aplicarán a los contratos ya celebrados, no obstante lo cual celebran el contrato, están aceptando esta contingencia. Ello determina que uno de los efectos previstos al celebrar el contrato es tal aplicación.

Es razonable, pues, admitir que las reglas y limitaciones a que se refiere el artículo 1355 del Código Civil son aplicables tanto a los contratos celebrados antes de dictarse la ley que las impongan como a los contratos celebrados después.

Cuando se discutía en el Congreso Constituyente Democrático el que después fue el artículo 62 de la Constitución, se advirtió a su Comisión de Constitución que una declaración de rango constitucional contenida en la segunda parte de dicho artículo en el sentido de que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, daría lugar a que los jueces, por respeto al principio de la jerarquía de las normas, se vieran obligados a preferir el proyectado artículo constitucional sobre el artículo III del Título Preliminar y el artículo 1355 del Código Civil, lo que determinaría un indeseable desconcierto en la administración de justicia. Además, habría lugar a la acción de inconstitucionalidad contra estos artículos, lo que sería aún menos deseable.

Pese a esta advertencia, el Congreso Constituyente Democrático aprobó el artículo 62 con el texto proyectado, aduciendo que el principio de la libertad de contratar declarado por la nueva Carta Magna, que garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, justifica que los contratos así pactados no puedan ser modificados por leyes posteriores a su celebración.

Producido el enfrentamiento entre la Constitución y el Código Civil, cuya consecuencia es la prevalencia de la primera sobre el segundo, conviene determinar dentro de qué línea doctrinal se encuentra la segunda parte del Artículo 62 de la Constitución.

Se ha afirmado que dicho artículo, al reconocer la llamada santidad del contrato, no permitiendo que sea modificado por normas legales posteriores, tiene un contenido similar, aunque expresado con distintas palabras, al artículo 1134 del Código Napoleón, según el cual las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquéllos que las han hecho. No pueden ser revocadas sino por su mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza.

La expresión “fuerza de ley” no debe ser comprendida como que los contratos tienen, a semejanza de la ley, carácter normativo y que obligan por tener tal carácter, sino que es simplemente una figura retórica, una metáfora, para enfatizar que los contratos, pese a ser manifestaciones de la voluntad humana, constituyen un lazo que actúa con una fuerza que guarda semejanza con la de la ley.

Entendido así el artículo 1134 del Código Napoleón ha sido considerado como la más pura expresión del liberalismo que surgió en Francia con motivo de los ideales que inspiraron la Revolución, que se plasmaron en dos conceptos: la libertad jurídica y la igualdad jurídica.

A la luz de estos conceptos se construyó una teoría según la cual el adecuado juego de ambos tenía como consecuencia necesaria la justicia contractual, desde que los acuerdos de dos voluntades libres e iguales no podían ser una fuente de injusticia, pues de ser así no lo habrían celebrado. Se afirmó, por ello, que “quien dice contractual dice justo”.

Para quienes sostienen que la segunda parte del artículo 62 de la Constitución representa realmente una nueva versión del artículo 1134 del Código Civil francés, con todos los efectos que le son propios, se habría dado un paso decisivo hacia el liberalismo contractual, produciéndose un vuelco de 180 grados.

Así como el Código Napoleón permitía a los interesados quedar contractualmente gobernados por una regulación creada por ellos para satisfacer sus intereses y necesidades, poniendo como únicos límites los principios del orden público y las buenas costumbres, de la misma manera la segunda parte del artículo 62 de la Constitución permite a quienes han celebrado un contrato según las normas vigentes al

tiempo de hacerlo, quedar gobernados por lo pactado en él, teniendo como únicos límites tales normas.

Ello supone, de un lado, un Estado infalible, que nunca se equivoca al dictar las normas aplicables a los contratos, que prevé todo lo previsible en materia contractual, inclusive los cambios que van a producirse por razones históricas, políticas o económicas. Por otro lado, el Estado quedaría encerrado dentro de su propia supuesta infalibilidad, pues sería impotente para corregir lo que debería ser corregido. Dictada una pauta sobre el contenido de los contratos, nada podría hacer el Estado para enmendarla, pese a las injusticias a que pudiera dar lugar, porque ninguna norma legal posterior a la celebración del contrato podría tener efecto alguno.

Sin embargo, éstas serán las consecuencias de la aplicación estricta de la segunda parte del artículo 62 de la Constitución. El contrato cobra una santidad que no tenía en la Constitución de 1979, según la cual, la ley regula el ejercicio de la libertad de contratar para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho; y que no tenía tampoco en el Código Civil de 1936 ni en el de 1984.

Para evitar estas consecuencias y no verse encarcelado por la intangibilidad del contrato, la única salida, no aconsejable por cierto, sería que el Estado asumiera la ímproba tarea de cubrir mediante leyes todo el universo contractual, no dejando nada, o lo menos posible, a la libertad de configuración interna.

Personalmente no participo de la posición que ha tomado la segunda parte del artículo 62 de la Constitución, pues soy partidario de un intervencionismo estatal sensible y prudente, que permita alcanzar lo que, con mayor o menor propiedad, se ha denominado la socialización del contrato, expresión que nada tiene que ver con la doctrina del socialismo, pues como dice Bidart Campos, lejos de significar un curso hacia la colectivización de los medios productivos, aspira a desfraccionar la riqueza mal acumulada y a descomprimir el poder económico.

Confío en que una actuación inteligente de la jurisprudencia y una bien inspirada y convincente opinión de la doctrina puedan limitar los alcances, que considero excesivos e imprudentes, de la segunda parte del artículo 62 de la Constitución. Mientras esto no se logre debemos acatar, sin paliativos, que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones que no estén vigentes al tiempo de celebrarse el contrato.

Esperemos que no sea éste el fin de la historia de la libertad de contratar, según el pronóstico del Profesor Fukuyama.

Empero, se ha quedado aún en el tintero la respuesta al interrogante formulado anteriormente respecto a qué línea doctrinal, el voluntarismo (que es distinto del liberalismo) o el normativismo (que es diferente al intervencionismo) sigue la segunda parte del artículo 62 de la Constitución.

Parecería a primera vista que la prohibición constitucional de modificar por leyes los términos contractuales, al reconocer de este modo la santidad del contrato, se orienta hacia la teoría tradicional de la autonomía de la voluntad que deriva la fuerza obligatoria del contrato de la libre voluntad. Sin embargo, nada impide que dentro de la teoría normativista el Estado, pese a su poder de imponer reglas y establecer limitaciones al contenido de los contratos, se autolimite este poder renunciando a la facultad de modificar un contrato ya celebrado.

La disposición de la segunda parte del artículo 62 de la Constitución, según la cual los contratos no pueden ser modificados por leyes posteriores a su celebración, no constituye, de por sí, un índice infalible sobre el sustento doctrinal de la libertad de contratar consagrada por nuestra Carta Magna, desde que puede sustentarse indistintamente en la doctrina tradicional o en la teoría normativista. Sin embargo, el hecho mismo de ser la propia Constitución la que otorga a la libertad de contratar el sentido de garantizar que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes, pone de manifiesto que esta garantía existe porque la Constitución expresamente la impone (tan es así que establece una normatividad distinta que la precedentemente consagrada por el Código Civil) y no simplemente se limita a reconocer su existencia, con lo cual nos encontramos dentro del campo de la teoría normativista.

En estas condiciones, la Constitución de 1993 no tiene en materia contractual un corte marcadamente voluntarista, que haga de la voluntad humana una ley de sí misma, sino que cabe afirmar que, al conceder a los particulares la garantía de pactar libremente según las normas vigentes al tiempo del contrato se encuentra en esta materia en la misma línea normativista que el Código Civil. Esto no significa, sin embargo, que no exista incompatibilidad entre la segunda parte del artículo 62 de la Constitución y el artículo 1355 del Código Civil, por lo cual, dado el principio de jerarquía de las normas declarado por el artículo 51 de la Constitución, los jueces deben pre-

ferir el primero, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 138 de la misma Constitución.

Se presenta así un raro caso de coexistencia de la teoría liberalista (que proclama la inmodificabilidad del contrato) con la teoría del normativismo (que concede al Estado la potestad de delegar en los particulares la libertad de contratar).

La tercera parte del artículo 62 de la Constitución dispone que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Respecto a los mecanismos de protección previstos en el contrato poco cabe decir, pues ellos dependerán de la previsión de las partes, guiadas por los meditados consejos de sus asesores legales.

En cuanto a los mecanismos de protección contemplados en la ley, entiendo que se ha querido hacer referencia a la lesión y a la excesiva onerosidad de la prestación, que son las dos instituciones que, como excepción al principio de la obligatoriedad del contrato, buscan establecer un equilibrio contractual que no ha existido en la primera y que se ha roto en la segunda.

Sabemos que el artículo 1361 del Código Civil establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Dentro del contexto de este artículo la norma contenida en él no debe ser entendida como que el contrato crea obligaciones, sino en el sentido de que genera un efecto obligatorio que ata a las partes, conminándolas a cumplir el contrato.

Pues bien, tanto la lesión como la excesiva onerosidad de la prestación escapan a la regla de la obligatoriedad del contrato en aras de alcanzar la justicia contractual.

Mediante la celebración de todo contrato-sea unilateral o con prestaciones a cargo de ambas partes- se busca, o debe buscarse, la existencia de un equilibrio conceptual entre los respectivos intereses de las partes. No se trata de un equilibrio entre las prestaciones que son el contenido de la relación jurídica patrimonial nacida del contrato ni, menos aún, una equivalencia, en el sentido de igualdad en el valor patrimonial, entre dichas prestaciones, sino de un equilibrio de los intereses que las partes desean satisfacer mediante la celebración del contrato.

En el caso de la lesión el equilibrio contractual no existe, se ha perdido en el momento mismo de la celebración del contrato, debido a que una de las

partes, aprovechándose de la necesidad apremiante de la otra, impone una relación jurídica en la cual existe una desproporción evidente entre las prestaciones.

Como remedio a la existencia de la lesión, el ordenamiento jurídico peruano concede al contratante lesionado la posibilidad de la acción de rescisión del contrato destinada a dejarlo sin efecto desde el momento de su celebración

Si nosotros aplicáramos con toda su pureza el principio de la santidad del contrato, debería proscribirse el instituto de la lesión. Uno de los detractores¹ de este instituto dice así: "El jurista debe medir con calma y meditar sobre sí, en trance de conjurar la lesión de los patrimonios, no provoca la lesión enormísima del orden jurídico, alcanzado de tal modo en su estabilidad por la convulsión de todo el régimen en que se apoyan los acuerdos voluntarios". Estas y otras razones motivaron que el Profesor Max Arias Schreiber, autor del Anteproyecto de las Disposiciones Generales de los Contratos, opinara inicialmente que se desechara la consagración de la lesión en el que después fue el Código civil de 1984, aunque después, con la honradez intelectual que le caracteriza, cambió de opinión y defendió decisivamente la introducción de esta institución.

Pese a que la segunda parte del artículo 62 de la Constitución recoge el principio de la santidad del contrato, lo hace en términos tales que no crea un conflicto con lo preceptuado en la tercera parte del mismo artículo, en lo que se refiere a la lesión.

En efecto, dicha segunda parte impide modificar un contrato en virtud de normas legales posteriores a su celebración, pero respeta las limitaciones impuestas por normas legales vigentes al tiempo del contrato. Como la posibilidad de rescisión del contrato por lesión está prevista en el Código Civil de 1984, que se encuentra vigente desde antes de que rigiera el artículo 62 de la Constitución y, consecuentemente, de la celebración de los contratos amparados por este artículo, tal posibilidad se aplica a estos contratos.

En los que respecta a la excesiva onerosidad de la prestación la situación es similar.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la lesión, tratándose de la excesiva onerosidad de la prestación existe un equilibrio contractual al momento de celebrarse el contrato, pero este equilibrio se ve roto

por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles ocurridos después, que determinan que la prestación a cargo de una de las partes se convierta en excesivamente onerosa.

También a diferencia de la lesión, el remedio en el caso de la excesiva onerosidad de la prestación es que se reduzca la prestación que se ha convertido en excesivamente onerosa o se aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, se decidirá la resolución del contrato, o sea dejarlo sin efecto desde el momento en que se produce el acontecimiento extraordinario e imprevisible, aun cuando sin afectar las prestaciones ejecutadas.

En cambio, a semejanza de la lesión no existe incompatibilidad entre la aplicación del remedio contra la excesiva onerosidad de la prestación y lo dispuesto en la segunda parte del artículo 62 de la Constitución, pues la inclusión de aquella en el Código Civil de 1984 determina que ya estuviera vigente al promulgarse la Constitución, por lo cual queda comprendida entre las normas legales que fijan el marco dentro del cual se puede ejercitar la libertad de contratar concedida por la primera parte de dicho artículo.

El análisis que se acaba de hacer respecto a los efectos que ha tenido lo dispuesto por el artículo 62 de la Constitución sobre lo preceptuado por el artículo 1355 del Código Civil pone de manifiesto que se ha dado un gran paso, unos dirán hacia adelante y otros dirán hacia atrás, respecto a la situación de los contratos ya celebrados. Según la Constitución, los términos de los contratos ya celebrados no pueden ser modificados por normas legales posteriores a su celebración. De acuerdo con el artículo 1355 del Código Civil ello era posible.

Surge un nuevo problema, no previsto por los constituyentes, relacionado con la existencia del artículo III del Título Preliminar del Código Civil.

De acuerdo con este artículo, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no teniendo fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú. Se consagra así el principio de la aplicación inmediata de la ley, según el cual la nueva ley regula las consecuencias de un hecho pasado, que se realizarán bajo su imperio consideradas por sí mismas.

¹ RISOLIA, Marco Aurelio, "Soberanía y crisis del contrato", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, pág. 179.

Resulta de esta manera que, aplicando el artículo en referencia a la relación jurídica creada por un contrato, esta relación quedará modificada por las normas legales dictadas con posterioridad a la celebración de dicho contrato, creándose así un conflicto con la segunda parte del artículo 62 de la Constitución que, como se ha visto repetidamente, dispone que los términos contractuales no pueden ser modificados por normas legales posteriores.

Afirma Rubio² que el artículo III del Título Preliminar del Código civil está diseñado como una norma complementaria del principio de aplicación de las leyes en el tiempo que se refiere no sólo al Código Civil, ni sólo a las normas de Derecho Privado, sino a todas las leyes.

Tenemos, pues, que estando al principio de que la ley especial posterior coexiste con la ley general anterior, la cual pasa de ser una regla absoluta para convertirse en regla limitada por excepciones;³ la segunda parte del artículo 62 de la Constitución coexistiría con el artículo III del Título Preliminar, el cual no se aplicaría a los contratos.

De todas maneras no deja de llamar la atención que, tratándose de los contratos, se establezca una excepción al principio de la aplicación inmediata de la ley, que la doctrina reconoce como la teoría preferible en materia de superposición de las leyes.

Como conclusión de lo anteriormente expuesto puede afirmarse que el artículo 62 de la Constitución contiene tres principios que son: 1. la garantía que otorga la libertad de contratar; 2. la inmutabilidad del contrato por razón de normas legales dictadas con posterioridad a su celebración; y 3. la solución de los conflictos derivados de la relación contractual mediante los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. De ellos solamente el segundo constituye una novedad con relación al Código Civil, que determina una aproximación al liberalismo.

Antes de terminar esta exposición quiero volver a su principio, o sea al pronóstico del Profesor Fukuyama sobre el fin de la historia. Con posterioridad al enunciado de dicho pronóstico, Michael J. Trebilcock⁴ ha escrito un libro que lleva como título "*The Limits of Freedom of Contract*", publicado en 1993, en el cual desafía la sombría predicción de

Fukuyama, manifestando que, aun si fuera cierto que la sociedad se entrega a un liberalismo económico y a una economía de mercado, subsisten muchas cuestiones perturbadoras y potencialmente divisivas.

Entre estas cuestiones destaca que la óptima distribución y utilización de los productos requiere que las divergencias entre costos privados y costos sociales sea minimizada y que las divergencias entre beneficios privados y beneficios sociales sea también minimizada, lo cual sólo es posible mediante una adecuada colaboración entre los interesados, que un liberalismo exagerado deja de propiciar. Como un ejemplo de esta colaboración menciona el paradigma que la doctrina norteamericana conoce como el Dilema del Prisionero, que relata de la siguiente manera:

Dos sospechosos de haber cometido un crimen son tomados en custodia y separados en cuartos diferentes, donde no se podían comunicar uno con el otro. El fiscal está seguro de que ellos son culpables de un crimen específico, digamos robo a mano armada, pero no tiene adecuada evidencia que asegure que iban a ser condenados en juicio. El manifestó a cada prisionero por turno que tenía dos alternativas: confesar el crimen que la policía estaba segura que habían cometido, o no confesar. Si ambos no confesaban, el fiscal sostendría que fueran condenados por un delito menor, tal como posesión ilegal de armas de fuego, y ambos recibirían una sentencia menor, por ejemplo, un año de prisión. Si ambos confesaban haber cometido el mayor cargo, serían procesados, pero el fiscal recomendaría menos que la sentencia más severa, y él esperaba que cada uno de ellos recibiría una pena de ocho años de prisión. Sin embargo, si uno confesaba, esto es, proporcionaba evidencia del crimen, y el otro no; el que confesara recibiría un tratamiento indulgente, quizá tres meses en prisión, mientras el otro recibiría la más severa sanción prevista por la ley -diez años en prisión-.

Obviamente, la solución más favorable para ambos prisioneros es no confesar, con lo cual recibirían un año de prisión. Sin embargo, cada uno encaraba la tentación de confesar para recibir la sentencia ligera (tres meses en prisión) por proporcionar evidencia a la fiscalía. Si cada uno razonaba de esta manera, ambos terminarían confesando y recibirían 8 años

² RUBIO CORREA, Marcial, "Título Preliminar", Fondo Editorial de la P.U.C.P., Lima, 1986, pág. 20.

³ COVIELLO, Nicolás, "Doctrina general de Derecho civil", Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pág. 105.

⁴ TREBILCOCK, Michael J., "*The limits of freedom of contract*", Harvard University Press, Cambridge, 1993, pág. 10.

de prisión, que es la solución menos favorable entre las varias alternativas. Los analistas teóricos predecían que, si bien no inevitablemente, habría una fuerte tendencia a que esta solución sea la que resulte elegida.

Según Trevilcock, siempre existe un riesgo significativo de que las estrategias de defección individualista primen sobre las estrategias de cooperación. En un contexto de derechos de propiedad, el autor considera el siguiente ejemplo:

“Asumamos que en una sociedad pre-legal, donde los individuos y grupos existen en un llamado estado natural, la Tribu A cultiva maíz en un valle y en un valle vecino la Tribu B produce carne. Asumamos también que la tierra del Grupo A es inadecuada para producir algo distinto de maíz y que la tierra de la Tribu B es inadecuada para producir algo distinto a carne. Supóngase que los miembros de la Tribu A hubieran preferido variar su dieta de vez en cuando comiendo tanto carne como maíz y que, similarmente, los miembros de la Tribu B hubieran preferido algo de maíz tanto como carne. En estos términos, surge la pregunta sobre cómo puede lograrse la transferencia de maíz de la Tribu A a la Tribu B y la transferencia de carne de la Tribu B a la Tribu A. Las dos opciones básicas son negociar o robar. Una estrategia cooperativa indicaría claramente negociar; una estrategia defectiva propiciaría robar. La cuestión es ¿surgerà un resultado cooperativo? Obviamente, en un camino corto, los

miembros de cada tribu tienen incentivos sustanciales para preferir robar antes que negociar desde que robar presupone más bajos costos que negociar, donde algo debe darse como un *quid pro quo*. Sin embargo, si los miembros de ambas tribus razonan similarmente cada tribu perdería su tiempo imaginando estrategias de ataque y los miembros de la otra tribu imaginarían estrategias defensivas, resultando que no se produciría maíz ni carne, pues las energías de ambas tribus estarían absorbidas por actividades ofensivas y defensivas. Esto ejemplifica la aplicación del Dilema del Prisionero a un conflicto de derechos de propiedad, donde hay un significativo riesgo de que surja la solución del *joint welfare minimizing*.

“Para reducir las probabilidades de que surja una solución de esta clase, los miembros de cada tribu deben primero reconocer los exclusivos derechos de propiedad de la otra tribu sobre sus tierras. Aun en un estado natural, dado que las partes encaran a menudo el prospecto de repetidas interacciones con cada otra, el Dilema del Prisionero se resolvería por sí solo, con el eventual reconocimiento de que la estrategia del *joint welfare maximizing* surgiría. Sin embargo, en sociedades contemporáneas que comprenden mucho mayor número de miembros, y más relaciones impersonales y efímeras, el resolver el Dilema del Prisionero resultaría ser más intimidante en muchos contextos, y el sistema legal formal tiene que jugar un mayor rol central para prevenir la externalización de costos o beneficios”.

LA SEGURIDAD JURIDICA EN LA CONTRATACION CON EL ESTADO: EL CONTRATO LEY

José Daniel Amado V.
Master en Derecho
Universidad de Harvard
Ex-miembro del Comité Directivo
THĒMIS - Revista de Derecho

Luis Miranda Alzamora
Abogado
Universidad de Lima
Candidato a la Maestría en Derecho
Universidad de Chicago

La contratación con el Estado reviste singular importancia en el actual contexto económico, debido a que la escasez de recursos internos hace necesaria la participación de inversionistas extranjeros para el desarrollo de proyectos de gran envergadura. En efecto, el número cada vez mayor de inversionistas extranjeros involucrados en procesos privatizadores o en proyectos de desarrollo -en sectores como minería, hidrocarburos o servicios- ha motivado un auge en la contratación con el Estado.

Sin embargo, aquél que contrate con el Estado debe hacer frente a riesgos inexistentes en cualquier relación contractual de Derecho Privado, dado que el Estado goza de una situación privilegiada gracias a su poder de imperium; éste es el caso de los contratos administrativos que otorgan al Estado cláusulas exorbitantes en virtud de las cuales puede modificar o extinguir las relaciones jurídicas patrimoniales que resulten de dicho contrato.

No debe extrañarnos, entonces, que en determinadas ocasiones el propio Estado se desprenda de sus privilegios con el fin de dotar de seguridad jurídica a sus relaciones con los particulares, atrayendo de esta manera a potenciales inversionistas. Dentro de este contexto, los autores analizan el Contrato Ley, como fruto de la necesidad jurídica en los contratos que celebren los particulares con el Estado.

“Seguridad significa un estado jurídico que protege en la más perfecta y eficaz de las formas los bienes de la vida; realiza tal protección de modo imparcial y justo; cuenta con las instituciones necesarias para dicha protección y goza de la confianza, en quienes buscan el derecho, de que éste será justamente aplicado.”¹

La contratación con el Estado debe a menudo hacer frente a situaciones inequitativas resultantes del hecho de que, en sus relaciones jurídicas con personas y entidades, contraídas en uso de sus poderes de imperium, el Estado ostenta una situación de privilegio. Es este el caso de aquellos contratos vinculados al otorgamiento de concesiones para la utilización de recursos naturales, el desarrollo de infraestructura pública o la explotación de servicios públicos. El tema reviste particular relevancia en un contexto económico en el que los recursos internos, económicos o tecnológicos, son insuficientes para la realización de proyectos de desarrollo de gran envergadura, por lo que deben ser inversionistas extranjeros los que provean dichos recursos y contraten con el Estado, sometiéndose al mismo tiempo a su jurisdicción.

No es extraño entonces que, a través de las últimas décadas, el derecho internacional económico haya venido ocupándose de desarrollar nuevos conceptos e instituciones cuya finalidad es dotar de seguridad jurídica a aquellas relaciones contractuales en las que el propio Estado considera justificable eliminar el mayor riesgo no comercial que resulta de su particular situación como contratante. Algunos de

¹ SCHOLZ, Franz, “Die Rechtssicherheit” (La Seguridad Jurídica), Berlín, 1955, citado por García Maynez, Eduardo, “Filosofía del Derecho”, Porrúa, México, 1977, p. 481.

estos conceptos e instituciones se circunscriben a las relaciones jurídicas entre Estados y nacionales de otros Estados, como es el caso de los tratados internacionales relativos a la protección de las inversiones extranjeras.

De otro lado, existen otros conceptos e instituciones que han sido desarrolladas en el derecho interno de cada país, con la finalidad de evitar que la facultad legislativa del Estado o su jurisdicción sobre la parte co-contratante, represente un elemento disuasivo para la celebración de un contrato considerado de interés nacional o un factor adicional de riesgo no-comercial que dicho co-contratante deba considerar en su modelo económico al tiempo de negociar los términos y condiciones del contrato.

El presente artículo se refiere precisamente a una de estas instituciones orientadas a dotar de seguridad jurídica a la contratación con el Estado, a la que en nuestro ordenamiento jurídico se ha denominado contrato-ley. Con ese fin, trataremos inicialmente los elementos teóricos y conceptuales que lo definen, para después referirnos al desarrollo legislativo, muy significativo en nuestra opinión, que ha recibido en el derecho peruano.

EL CONTRATO COMO ELEMENTO DE SEGURIDAD JURIDICA EN LA RELACION CON EL ESTADO

No obstante la existencia de una adecuada legislación en materia de inversión privada, la atribución latente del Estado de poder modificar el orden jurídico con posterioridad a la realización de una inversión, ofrece una significativa desventaja para el inversionista.² En ese sentido, la figura del contrato, en cuanto genera obligaciones entre las partes que lo celebran, se ha constituido en un elemento indispensable para el desarrollo de proyectos que requieren de importantes montos de inversión.

Ahora bien, el artículo III del Título Preliminar del Código Civil de 1984 dispone que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones jurídicas existen-

tes. En este orden de ideas, como el contrato crea una relación jurídica patrimonial, lo anterior significa que toda ley imperativa dictada con posterioridad a la celebración del contrato, se aplica a las consecuencias de dicha relación.

Lo expuesto en el párrafo anterior nos llevaría a concluir en principio que el contrato en sí mismo y aún cuando estuviera sujeto al derecho privado, no resuelve el problema de una modificación del orden jurídico que pudiera afectar a la relación jurídica patrimonial creada por el mismo.³

La experiencia internacional sobre la materia ha llevado a la inclusión en determinados contratos de inversión de cláusulas de estabilización o intangibilidad del marco legal aplicable a la relación jurídica patrimonial creada por el contrato. Ello no obstante, el efecto de estas cláusulas es relativo, dependiendo su interpretación del derecho interno de cada país, lo cual no ofrece la adecuada seguridad al inversionista en caso una disputa se someta a la jurisdicción de los tribunales del Estado receptor de la inversión.

En apariencia, la situación debería ser más favorable al inversionista en el contexto de un arbitraje internacional. Por ejemplo, el Tratado que creó el Centro para el Arreglo de Disputas entre Estados y Nacionales de otros Estados, conocido por su sigla en inglés "ICSID", alude en su cláusula 42(1) a "las reglas de derecho internacional que resulten aplicables", como supletorias a la voluntad de las partes. Cabría entonces presumir que un tribunal internacional podría negarse a admitir que el propio Estado pueda modificar el marco legal vigente con el objeto de obtener mayores ventajas en su relación con un inversionista privado, si bien se tratará siempre de una cuestión de interpretación caso por caso.⁴

Lo anterior nos permite constatar que la falta de seguridad en la contratación con el Estado no se sustenta solamente en la capacidad de este último de modificar el orden jurídico. En realidad, como

² Como se sabe, la facultad del Estado de dar leyes, así como de interpretar, modificar o derogar las existentes, se encuentra consagrada en los artículos 102 y siguientes de la Constitución de 1993.

³ De conformidad con el artículo 62 de la Constitución de 1993, los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes posteriores a su celebración. Ello no obstante, esta norma se encuentra supeditada al principio de jerarquía que obliga a preferir la aplicación de la Constitución por sobre toda norma legal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 138 de la Constitución de 1993.

⁴ Al respecto, debe tenerse presente que un laudo del propio ICSID ha cuestionado la ejecutabilidad y efectividad de las cláusulas de estabilización. En efecto, se ha admitido que una cláusula de estabilización no es impedimento para la aplicación de una ley posterior de expropiación, en la medida que se hubiera respetado el principio internacional de justa, adecuada y pronta compensación. Laudo del Centro para la Solución de Disputas entre Estados y Nacionales de otros Estados, ICSID, del 31 de marzo de 1986, en el caso de LETCO contra la República de Liberia, publicado en 26 *INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS* 647 (1987).

reconoce la doctrina más moderna,⁵ el mayor obstáculo a la seguridad jurídica en la contratación con el Estado consiste en la atribución que el derecho administrativo de la mayoría de países occidentales reconoce al Estado, de modificar o extinguir la relación jurídica patrimonial creada por el contrato, sin otro sustento que el interés público.

En este sentido, la doctrina de derecho internacional conocida como cláusula *rebus sic stantibus* es frecuentemente citada como sustento de una facultad exorbitante del Estado, de variar sus relaciones jurídicas con sus co-contratantes en función del interés público.

LA FACULTAD EXORBITANTE DEL ESTADO EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

El contrato administrativo ha sido definido como "el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular, para satisfacer necesidades públicas."⁶

En efecto, el Estado se encuentra facultado para celebrar contratos con terceros, sean personas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras. Cuando el contrato es administrativo, la relación jurídica patrimonial se rige por el derecho público,⁷ en razón de que, en dichos contratos, el Estado actúa con todos sus poderes de *imperium*.

Mientras que los contratos regidos por el derecho privado no pueden ser modificados sino en virtud de un nuevo acuerdo entre las partes, no sucede lo mismo en el caso de los contratos administrativos. Ello en razón de que los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados al interés público en el contrato administrativo.

Es ese el origen y fundamento de las denominadas cláusulas exorbitantes, que facultan al Estado a asumir cierta actuación unilateral que sería considerada como irregular o ilícita si se tratase de una relación jurídica de derecho privado.

Al respecto, la doctrina reconoce como cláusulas exorbitantes en la contratación administrativa, las siguientes:

- (i) la administración tiene un poder de control y dirección de la ejecución del contrato;
- (ii) la administración puede modificar unilateralmente el contrato cuando las necesidades del servicio público así lo exijan; y
- (iii) la administración siempre puede imponer al contratista la resolución del contrato.⁸

Así, en virtud de dichas cláusulas exorbitantes, que pueden ser implícitas o explícitas, el Estado puede modificar o extinguir las relaciones jurídicas patrimoniales que resultan de un contrato administrativo, incluso por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, en función de un criterio general al que suele denominarse interés público.

FUNDAMENTO DE LOS CONTRATOS LEY

No cabe duda que la existencia de las cláusulas exorbitantes, si bien puede responder a una realidad incontrastable del derecho público, crea una gran incertidumbre en los inversionistas respecto de como se desarrollará su relación jurídico patrimonial cómo el Estado.⁹

En este orden de ideas, la necesidad de dotar de seguridad jurídica a las relaciones de los particulares con el Estado, cuando éste actúa en uso de sus poderes de *imperium*, es la razón de ser de los contratos ley. Como se verá en adelante, se trata de

⁵ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, "International Economic Law", Dordrecht, 1992, pág. 151.

⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, "El Contrato en General", Primera Parte, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1991, pag. 361.

⁷ Sin embargo, debe tenerse presente que el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil establece que "[l]as disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza." Sobre el particular, comentando una norma similar a la señalada en el párrafo anterior, contenida en el Código Civil Español, la doctrina reconoce el rol supletorio del Código Civil, incluso respecto de relaciones y situaciones jurídicas regidas por normas de derecho público. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio, "Sistema de Derecho Civil, Madrid, Editorial Tecnos, 1980, Volumen I, Parte I, Capítulo III, pag. 77.

⁸ LAUBADERE, André de, "Manual de Derecho Administrativo", Témis, Bogotá, 1984, pág. 191.

⁹ Como se sabe, la seguridad jurídica es uno de los elementos esenciales del estado de derecho, en cuanto permite a los particulares prever las intervenciones estatales para obrar en consecuencia. Véase, por ejemplo, MAZZ Addy, "El principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo", artículo publicado en la Revista de Derecho IUS ET VERITAS No 10.

una institución a la que el propio Estado puede recurrir en aquellos casos donde decida conceder a sus co-contratantes una mayor predicibilidad y estabilidad en los negocios que los vinculan.

El contrato ley cumple entonces la finalidad de dotar de seguridad jurídica al inversionista de dos maneras distintas: (i) mediante la estabilización del marco legal aplicable a la relación jurídica patrimonial creada por el contrato y (ii) mediante la modificación del marco legal aplicable a un contrato con el Estado del derecho administrativo al derecho civil.

En el primer supuesto, se trata de eliminar el riesgo no comercial que, de otra manera, asumiría el inversionista como consecuencia de la facultad general de legislar que, por naturaleza, corresponde al Estado.

En el segundo supuesto, se persigue una solución eficaz al riesgo originado por las cláusulas exorbitantes que se hallan implícitas en los contratos administrativos.

Como se sabe, aún cuando el Estado actúe en uso de sus poderes de *imperium*, nada impide que "el Estado se someta a la esfera del derecho privado y se coloque de modo paritario con el contratante particular cuando la conveniencia pública lo requiera".¹⁰ En tales supuestos, el Estado no podrá hacer uso de las cláusulas exorbitantes pues éstas son incompatibles con el derecho privado.

Ahora bien, no puede desconocerse que un sector de la doctrina señala que, en ningún caso, el Estado puede desligarse de sus poderes de *imperium* y, por tanto, se encuentra facultado en todos los casos para ejercer las cláusulas exorbitantes.¹¹

En nuestra opinión no está en discusión el hecho de que el Estado pueda desligarse o no de sus poderes

de *imperium*, que por cierto le son inherentes. Lo que sucede cuando el Estado se somete voluntariamente a la esfera del derecho privado, no es que aquel se desligue de sus poderes de *imperium*, sino que en virtud de ellos formula renuncia a poder hacer ejercicio de los mismos para someterse a otro estatuto jurídico, el derecho privado, en determinados casos específicos donde el interés público así lo justifique.¹²

LOS CONTRATOS LEY EN EL DERECHO PERUANO

El artículo 1357 del Código Civil de 1984 dispone que "[p]or ley sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato."

Establece la Exposición de Motivos de dicho artículo 1357 que "[u]na de las más novedosas instituciones del nuevo Código Civil es el llamado contrato-ley o ley-contrato, en virtud del cual y mediante normas preestablecidas el Estado otorga garantías y seguridades a través de la relación contractual, cuyas estipulaciones no pueden modificarse sin que medie la voluntad común de las partes."¹³

La propia Exposición de Motivos reconoce la cuestionabilidad de haber incluido esta disposición de derecho administrativo en el Código Civil,¹⁴ a lo que debía agregarse el riesgo latente de una derogatoria por otra ley del propio artículo 1357, que pudiera eliminar la base legal de cualquier contrato-ley celebrado bajo su imperio.¹⁵

Al respecto, debe destacarse que la Constitución de 1993 ha conferido rango constitucional a la figura del contrato ley. En efecto, en el último párrafo de su artículo 62 la Constitución establece que "mediante contratos-ley, el Estado puede establecer

¹⁰ Exposición de Motivos y Comentarios, Código Civil de 1984, Compiladora Delia Revoredo de Debakey, Okura Editores, Lima, 1985, Tomo VI, pag. 21.

¹¹ Véase, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, Op. Cit., pág. 364.

¹² Es esta la posición asumida por Coviello, quien señala que señala que "[s]i el sujeto activo o pasivo, o el uno y el otro, de una relación jurídica es una persona que ejerce en tal ocasión el *ius imperii* (Estado, Municipio, Provincia, u otra entidad que tenga derecho de soberanía), la relación es de derecho público, y tal será la norma que lo regule; si, en cambio, el sujeto carece de *ius imperii*, o, teniéndolo, no lo ejerce en una relación determinada, es ésta de derecho privado, y tal es la norma correspondiente." (El subrayado es nuestro). COVIELLO, Nicolás, "Doctrina General del Derecho Civil", Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pag. 12-13.

¹³ Exposición de Motivos y Comentarios, Op. Cit., pág. 20

¹⁴ IBIDEM

¹⁵ ARIAS SCHREIBER, Max, "Exégesis", Tomo I, Studium, Lima, 1986, pág. 106.

garantías y seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”

Esta disposición impide al Estado desobligarse de su relación jurídica patrimonial con el inversionista, mediante la derogación de la ley a que se refiere el mencionado artículo 1357 del Código Civil, en razón del principio de jerarquía normativa contemplado en el artículo 51 de la Constitución de 1993. Cabría, sin embargo, preguntarse si desaparecida la razón de interés social, nacional o público, el Estado podría desobligarse unilateralmente de su relación jurídica con el particular.

Consideramos que no es éste el sentido de la norma constitucional por cuanto, si bien las razones que dieron origen al sometimiento voluntario del Estado a la relación contractual de derecho privado hubieran desaparecido, dicho sometimiento ya se habría verificado.¹⁶

LOS CONVENIOS DE ESTABILIDAD JURIDICA COMO CONTRATOS LEYES

Como se ha señalado anteriormente, uno de los objetos fundamentales del contrato-ley es la estabilización del marco jurídico aplicable a la relación jurídica patrimonial creada por el contrato administrativo.

De este principio ha devenido la creación de una modalidad especial de contratos leyes cuyo objeto se limita a alcanzar, total o parcialmente, dicha estabilización. Se trata de convenios mediante los cuales el Estado estabiliza el orden jurídico al momento de realizarse la inversión privada, no en el contexto de una relación jurídica patrimonial con el Estado sino en el contexto del crecimiento de dicha inversión privada.

Los convenios de estabilidad jurídica, incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por el Decreto Legislativo 662, Ley de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras, extendido a las inversiones nacionales por el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para la Inversión Privada, y reglamentado por el Decreto Supremo 162-92-EF, constituyen una modalidad singular de contratos-ley, cuyo efecto es conferir al inversionista, por excepción y bajo determinados requisitos establecidos por la ley, la

ultractividad al régimen legal que regía al momento de suscribirse el convenio en las materias sobre las cuales se otorga la estabilidad.

En ese sentido, los términos contractuales establecidos en los convenios de estabilidad jurídica reflejan los derechos que el inversionista tenía de conformidad con el régimen legal vigente al momento de la suscripción del convenio. Tal como lo establece uno de los considerandos del Decreto Legislativo 662, se otorga un régimen de estabilidad jurídica a los inversionistas mediante el reconocimiento de ciertas garantías que les aseguren la continuidad de las reglas establecidas, para lo cual el Estado puede celebrar con dichos inversionistas convenios de estabilidad jurídica, siempre y cuando los mismos se obliguen a cumplir con determinados requisitos establecidos por la normatividad vigente.

De otro lado, el artículo 39 del citado Decreto Legislativo 757, establece que “[l]os convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.”

Este principio, cuyo sustento teórico ya ha sido explicado, se encuentra desarrollado en el artículo 26 del Decreto Supremo 162-92-EF, Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, el cual establece que los convenios de estabilidad jurídica tienen, entre otras, las siguientes características: (i) son contratos de derecho civil, por lo cual se rigen por las disposiciones del Código Civil y (ii) tienen fuerza de ley entre las partes, de tal modo que no pueden ser modificados en forma unilateral por causa alguna en tanto se encuentren vigentes.

De lo expuesto, se advierte que los convenios de estabilidad jurídica celebrados por el Estado, además de constituir en sí mismos una seguridad para los inversionistas, en la medida que estabilizan el marco legal aplicable al momento de celebrarse el convenio, son regidos por el derecho privado, motivo por el cual puede afirmarse que reúnen todos los elementos para ser caracterizados como contratos-leyes.

¹⁶ En todo caso, desaparecida la razón de interés social, nacional o público que dio origen al sometimiento del Estado al régimen del derecho privado, nada impediría al mismo solicitar ante el Poder Judicial la resolución del contrato, por cuanto se le estaría obligando a seguir sometido a una relación de derecho privado sin una causa o razón válida.

CONTRATOS LEYES EN DIVERSOS SECTORES DE LA ACTIVIDAD ECONOMICA

En tiempos recientes, la institución del contrato ley contenida inicialmente en el artículo 1357 del Código Civil, y elevada a rango constitucional por el artículo 62 de la Constitución de 1993, ha tenido un desarrollo legislativo significativo dentro del ordenamiento jurídico peruano. La institución ha sido incorporada en distintas leyes sectoriales con el objetivo principal de alentar la inversión privada en los diversos sectores de la actividad económica.

Es así como, con relación a los procesos de promoción de la inversión privada en las empresas del Estado, de conformidad con lo establecido por el artículo 2 del Decreto Ley 25570, “[d]e acuerdo a lo establecido en el artículo 1357 del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato, a los adquirentes de acciones o activos de empresas del Estado dentro del proceso a que se refiere el Decreto Legislativo 674, así como a los que suscriban aumentos de capital en las mismas, las seguridades y garantías que mediante decreto supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus adquisiciones e inversiones sin limitación alguna”.

En lo que se refiere al sector telecomunicaciones, la Ley 26285 dispone, en su artículo 3, que “[l]os contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley.”

De igual forma, en el sector hidrocarburos, la Ley 26221 dispone, en su artículo 12, que los contratos que celebre el Estado para la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, “se rigen por el derecho privado, siéndoles de aplicación los alcances del artículo 1357 del Código Civil.”

Resulta particularmente interesante lo dispuesto en la legislación vinculada al sector eléctrico. En efecto, el artículo 104 del Decreto Ley 25844 dispone que “[l]os contratos de concesión una vez inscritos en los Registros Públicos, constituyen ley entre las partes.”

Como es de verse, en este último supuesto, a diferencia de lo que ocurre en las disposiciones sectoria-

les antes citadas, la norma no ha determinado de manera expresa el carácter de contrato-ley respecto de los contratos de concesión para desarrollar las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

Sobre el particular la expresión “constituyen ley entre las partes”, no debe ser comprendida como que los contratos tienen, a semejanza de la ley, carácter normativo y que obligan por tener tal carácter, sino que es simplemente una figura retórica, una metáfora para enfatizar que los contratos, pese a ser manifestaciones de la voluntad humana, constituyen un lazo que actúa con una fuerza que guarda semejanza con la de la ley.¹⁷

Así, cuando en el artículo 104 del Decreto Ley 25844 se señala que los contratos tienen fuerza de ley, debe entenderse en concordancia con lo dispuesto por el citado artículo 26 del Decreto Supremo 162-92-EF, que estos en principio no pueden ser modificados en forma unilateral por causa alguna en tanto se encuentren vigentes.

Esta posición se ve ratificada por la ubicación del citado artículo 104 de la Ley de Concesiones Eléctricas en el Título VIII, titulado “Garantías y Medidas de Promoción a la Inversión Privada”.

En este sentido, opinamos que el citado artículo 104 de la Ley de Concesiones Eléctricas constituye una cláusula de estabilización, similar a la existente en la legislación comparada sobre la materia. No se trata, sin embargo, de una disposición que confiera a los contratos de concesión del sector electricidad carácter de contrato-ley en la medida que carece del elemento del sometimiento del Estado al derecho privado, de lo que se infiere que el Estado mantiene en este caso las facultades exorbitantes propias de los contratos administrativos.

CONCLUSION

En conclusión, el contrato ley es una institución que surge de la necesidad del Estado de dotar de seguridad jurídica a los inversionistas privados. Su origen tiene relación tanto con la facultad del Estado de modificar el marco legal aplicable a sus relaciones con los particulares, como a la necesidad de aliviar el riesgo no comercial que surge de la doctrina de las cláusulas exorbitantes en el derecho administrativo.

¹⁷ Esta posición ha sido asumida por el maestro Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE en su artículo titulado “La Libertad de Contratar”, THĒMIS - Revista de Derecho. Segunda Época. 1996. N° 33.

La experiencia internacional en materia de inversiones, particularmente en el caso de inversiones extranjeras, ha traído como consecuencia la necesidad de buscar mecanismos para aliviar o eliminar el riesgo no comercial en la contratación con el Estado. El contrato-ley representa probablemente la forma más avanzada de alcanzar este objetivo, en la medida que constituye un medio por el que el Estado se compromete a no modificar el marco legal vigente al momento de la inversión y opta voluntariamente por regir una relación jurídica patrimonial mediante las normas del derecho privado.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1357 del Código Civil representa el origen de esta importante institución. Si bien su jerarquía normativa

ofrecía una seguridad jurídica sólo relativa, disposiciones generales y sectoriales posteriores, incluidas las normas sobre convenios de estabilidad jurídica, han desarrollado el concepto generando una práctica contractual muy importante.

La seguridad jurídica en la contratación con el Estado Peruano ha alcanzado su máximo desarrollo con la inclusión de la institución del contrato-ley en la Constitución Política de 1993. Se trata probablemente de una de las disposiciones legales más avanzadas en el derecho comparado sobre la materia, cuyas repercusiones en la captación de nuevas inversiones en los distintos sectores de la actividad económica se encuentran todavía en proceso de alcanzar su real dimensión.

ESTUDIO OLAECHEA

Bernardo Monteagudo 201, San Isidro - Telfs. 264-4040, 264-3620, 264-3611

LAS BASES ROMANISTAS FRENTE AL CAMBIO POLITICO-ECONOMICO: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO AL EXTRANJERO EN MATERIA DE INVERSIONES EN EL PERU

Elvira Méndez Chang
Magister en Derecho
con mención en Derecho Internacional Económico
Profesora de Derecho Romano
Pontificia Universidad Católica del Perú
Miembro del Comité Consultivo
THĒMIS -Revista de Derecho

El presente artículo permite obtener una perspectiva pocas veces tomada en cuenta para efectos del análisis del principio de igualdad de trato al extranjero en materia de inversiones en el Perú. Dicho principio es sin duda uno de los pilares sobre los cuales reposa el proceso de apertura económica que viene desarrollándose en el Perú; proceso que frecuentemente es relacionado con la asunción de categorías jurídicas anglosajonas. La autora de este trabajo, ilustre romanista de nuestra universidad, indaga hasta encontrar la base jurídico-romanista de este principio tan importante para la modernización y el desarrollo económico del Perú. De esta manera concluye afirmando la utilidad de recurrir a las fuentes primigenias de nuestro Derecho, que se encuentran en el Derecho Romano que, a despecho de lo que sostienen quienes propugnan una "anglificación" de nuestro ordenamiento, puede responder muy bien a las necesidades y coyunturas actuales y futuras.

En los últimos años, los fenómenos de globalización y de apertura de las economías han llevado a reflexionar en torno a la necesidad de modificar nuestra legislación, incorporando algunos conceptos e instituciones que pertenecen a sistemas jurídicos distintos al nuestro; especialmente, aquellos del *Common Law*.

Este planteamiento inicia un interesante campo de discusión, aunque una revisión de todas las aristas de este problema excede la extensión de este artículo. Sin embargo, se tratará de demostrar que los requerimientos de regulación de la realidad frente a una nueva propuesta económica no llevan necesariamente a desconocer ni a modificar las bases romanistas del Perú, tal como ha sucedido con el principio de igualdad de tratamiento de las inversiones de peruanos y extranjeros a la luz de la Constitución Política del Perú de 1993 (artículo 63).

1. EL PERU Y EL SISTEMA JURIDICO ROMANISTA

Los derechos internos de los Estados y pueblos del orbe se dividen en familias, sistemas o tradiciones jurídicas,¹ lo cual ha sido reconocido explícitamente en el sistema de Naciones Unidas.² Al revisar las principales tradiciones jurídicas existentes en el

¹ Las clasificaciones de los principales sistemas jurídicos varían de conformidad con los planteamientos teóricos de los autores. Véase: AYASTA GONZALES, Julio. *El derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos*. Lima: Ediciones RJP, 1991. p. 141-149

² El art. 23 de la Carta de las Naciones Unidas alude al llamado "reparto geográfico" en la elección de los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad. Asimismo, el art. 9 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que, en la elección de sus magistrados, su conformación deberá representar las principales tradiciones jurídicas del mundo.

mundo, constatamos que el sistema jurídico romanista es el más difundido y el más antiguo.

El sistema jurídico romanista engloba a todos los ordenamientos jurídicos que, partiendo del Derecho Romano, cuentan con conceptos, principios, reglas y actitudes comunes, al margen de las peculiaridades de cada pueblo. Cabe recalcar que el Derecho Romano y el sistema jurídico romanista no son sinónimos. La implantación del Derecho Romano en los distintos pueblos en donde se produjo su difusión y recepción llevó a una fructífera interacción con elementos locales; así como el desarrollo histórico llevó a fusionarse con elementos del derecho canónico, del derecho mercantil, de la Revolución Francesa y de la Escuela Histórica.⁴

El Perú es un Estado que pertenece al sistema jurídico romanista de inspiración ibérica-latinoamericana.⁵ Su vinculación con el Derecho Romano (en especial, con la Compilación Justiniana) surge a partir de la conquista española.⁶ España trajo al Perú el llamado Derecho de Castilla, que fue aplicado tanto en las relaciones privadas como en la esfera

pública. Desde el siglo XVI al siglo XIX, el derecho castellano⁷ se impuso en el Virreynato del Perú, teniendo como fuentes el Ordenamiento de Alcalá, los Fueros Municipales, el Fuero Real y las Partidas del rey Alfonso X El Sabio. En éste, se apreció la clara influencia del Derecho Romano⁸, que sirvió como punto de referencia obligado para entender, interpretar y explicar el derecho castellano. También el Derecho Indiano⁹, participó de la recepción del Derecho Romano al incorporar elementos indiscutibles de la Compilación Justiniana y del *ius commune* europeo. Tal es la aplicación del Derecho Romano Justiniano en la práctica de los tribunales de los siglos XVII y XVIII que Basadre sorprendido afirma:

“Como se extendió hasta los tribunales la práctica de utilizar el Derecho Romano, sin justificación legal, incluso en algunos casos previstos y regulados por el Derecho nacional, surgieron decisiones como la que adoptó en 1713 el Consejo de Castilla mandando una vez más aplicar éste como se hallaba contenido en sus diversas fuentes.”¹⁰

³ Hoy en día, las principales tradiciones jurídicas son: la tradición de derecho civil, la del derecho consuetudinario (anglosajón o *common law*) y la de origen religioso. Véase: CATALANO, Pierangelo. “Sistemas jurídicos. Sistema jurídico latinoamericano y Derecho Romano.” En: Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Reus, 1982 (setiembre), tomo LXXXV de la segunda época, N°3, año CXXXI, p. 166

⁴ Merryman las denomina subtradiciones de la tradición del derecho civil: MERRYMAN, John. La tradición jurídica romano-canónica. 2ª reimpresión de la 1ª ed. en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 22

⁵ Los ordenamientos iberoamericanos están situados en el sistema romanista y en el grupo latino; su condición latinoamericana demuestra su próximo parentesco y personalidad en la geografía política mundial. Por ende, se puede afirmar la existencia de un sistema jurídico hispano-romano-justiniano. Véase: BASADRE, Jorge, op. cit., p. 226; CASTAN VASQUEZ, José María, op. cit., p. 164. Asimismo, “... lo latino en América es lo latino de la «raza cósmica» es, visto desde el reducido ángulo europeo, la garantía que el concepto no va a perder su carácter cultural de fondo, su tendencia universal. Gracias a «nuestra América» la «latinidad» sigue siendo un fragmento de la universalidad, proyectado hacia el futuro de la humanidad”. CATALANO, Pierangelo. “El Concepto de Latino”. En: Migraciones Latinas y formación de la nación Latinoamericana. Caracas: Universidad Simón Bolívar, 1983. p. 534; CATALANO, Pierangelo, STEGER, Hans-Albert y LOBRANO, Giovanni. América Latina y el Derecho Romano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1985. p. 152. También véase: BASADRE, Jorge. Historia del Derecho Peruano. 4a. ed. corregida. Lima: Ediciones Librería Studium, 1988. GARCIA BELAUNDE, Domingo. “El Derecho Romano en el Perú”. En: Revista de Jurisprudencia Peruana. Lima: Año XXXVIII, N° 424, 1979, p. 460-473

⁶ En relación a las fuentes de “transfusión” del Derecho Romano en los derechos internos americanos, podemos señalar:

a) La sucesión inmediata, cuando el texto del *Corpus Iuris Civilis* pasa como artículo de un código.

b) La sucesión mediata, cuando el texto del *Corpus Iuris Civilis* se incorpora a la Glosa, pasa a un Tratado y de éste al Derecho Positivo.

c) La sucesión compuesta, cuando el texto del *Corpus Iuris Civilis* pasa a la Glosa; de allí a las Siete Partidas; luego al Comentario de Gregorio López de allí se forma norma de derecho que es fuente de codificación.

DIÁZ BIALET, Agustín. “El derecho romano en el Derecho Civil Punitivo Argentino”. En: ROMANITAS - Revista de Cultura Romana. Río de Janeiro: 1970, Año XI, vol. 10, Tomo 2, p. 239

⁷ Al respecto, Basadre afirma que “El Derecho que pasó a América no fue pues, lo que pudiera llamarse un Derecho español. Este puede decirse que empieza a existir sólo en el siglo XVII a partir de los decretos expedidos por Felipe V aboliendo el Derecho territorial peninsular. Fue el Derecho Castellano el que rigió en nuestro continente”. BASADRE, Jorge, op. cit., p. 226

⁸ CASTAN TOBEÑAS, José. Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental 2ª ed. revisada y aumentada. Madrid: Reus, 1957. op. cit., p. 59-60

⁹ El derecho español rigió en las llamadas “Indias” desde el primer momento; además “... el derecho indiano nace antes de que se conozca, e incluso antes de que se sepa si existe el país en que ha de regir, pues tres meses y medio antes de que Colón zarpare de Palos en su viaje de descubrimiento, los Reyes Católicos, en las capitulaciones de 17 de abril de 1492 y en los documentos despachados en los días siguientes, habían establecido las bases jurídicas del gobierno del Nuevo Mundo”. CASTAN VASQUEZ, José María, op. cit., p. 165-166

¹⁰ BASADRE, Jorge, op. cit., p. 240

En el siglo XIX, se mantuvo claramente la influencia del Derecho indiano y del Derecho castellano, con su innegable fundamento en el Derecho Romano Justiniano¹¹. A ello se sumó la experiencia francesa y la doctrina mayormente europea. Nuestros juristas, coherentemente con el sistema jurídico romanista, plasmaron estas bases romanistas en los Códigos Civiles peruanos.¹² Por consiguiente, la transfusión del Derecho Romano en el Perú resulta indiscutible.¹³

Sin perder la perspectiva actual del Derecho y la situación del Perú, coincidimos en afirmar que el Derecho Romano puede ofrecer respuestas interesantes a nivel de la investigación de problemas contemporáneos.¹⁴

2. FUNCIONES DE LA INVESTIGACION ROMANISTA DE LAS INSTITUCIONES DE NUESTRO DERECHO

Teniendo en cuenta que la legislación se genera en respuesta a los problemas de la sociedad, estimamos que la arraigada pertenencia del Perú al sistema jurídico romanista hace necesario tener en cuenta estas bases romanistas frente a cualquier propuesta. Asimismo, nos permite cumplir dos funciones importantes para el jurista contemporáneo:

a) Conocer mejor los orígenes de los conceptos, las instituciones y principios existentes en nuestro Derecho. Sólo a través de un conocimiento de la verdadera naturaleza, contenido y *ratio* de una institución podremos comprenderla mejor y

apreciar los cambios introducidos por factores políticos, sociales, económicos y culturales.

b) Criticar adecuadamente el Derecho actual, tomando como referencia el Derecho Romano Justiniano, que se encuentra en la base de la tradición jurídica romanista.¹⁵

Muchas veces encontramos vacíos y contradicciones en el Derecho actual; si realizamos "transplantes" de principios e instituciones de otros sistemas jurídicos, éstos no siempre logran arraigarse en nuestro ordenamiento. Frente a ello, recurrir a la base de nuestra tradición jurídica puede ser altamente beneficioso pues encontraremos elementos de contraste y de crítica del Derecho actual.

Por lo expuesto, abordaremos el estudio de la igualdad de trato al inversionista extranjero dentro de una aproximación histórica-institucional para esclarecer las bases romanistas de nuestra legislación.

3. TRATAMIENTO DEL EXTRANJERO EN EL DERECHO ROMANO

A través de la historia de Roma, encontramos que "extranjero" es un término que cuenta con varias categorías¹⁶; el criterio que los aglutinaba era su mera contraposición al *civis romanus*.¹⁷

Sin embargo, lo más cercano al concepto actual de extranjero es el *peregrinus*: aquél que, careciendo de ciudadanía romana, vivía en el territorio romano¹⁸; era el extranjero no enemigo (*Varr. De l. lat. 5.1*)¹⁹ que

¹¹ "La tradición jurídica española llegó a ser tan firme que incluso después de la Independencia siguieron vigentes, más o menos tiempo, la leyes españolas". CASTAN VASQUEZ, José María, op. cit., p. 170-171

¹² Para profundizar el estudio de la incidencia de la tradición romana en nuestros códigos civiles, véase: AYASTA GONZALES, Julio, op. cit., p. 205-215; también MENDEZ CHANG, Elvira. Bases romanistas para la igualdad de trato del inversionista extranjero (persona natural) en el Perú. Tesis de Magister en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1995. p. 206-208.

¹³ DIAZ BIALET, Agustín, op. cit., Tomo 2, p. 238

¹⁴ BEINART, B., "Roman Law in a Modern Uncodified Romanistic System" En: *Romanitas - Revista de Cultura Romana*. Rio de Janeiro, vol. 10, tomo 2, Año XI (1970), p. 247. Una enérgica defensa del Derecho Romano se encuentra en BATIZA, Rodolfo. Los orígenes de la Codificación Civil y su influencia en el Derecho Mexicano. México: Porrúa, 1982. p. 146-147

¹⁵ SCHIPANI, Sandro. Derecho Romano. Codificación y Unificación del Derecho - Instituciones Traducción e Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983. p. 23

¹⁶ Dentro de los extranjeros, tenemos al latino, *peregrinus*, bárbaro y *hostis*. SERRAO, Feliciano. *Diritto Privato, Economia e Società nella Storia de Roma* Napoli: Jovene, 1984. Prima parte, p. 346-347. A veces se indica que el extranjero se confundía en los inicios de Roma con el esclavo y con el trabajador. Véase: DESPOTIN, Luis A. "El trabajador extranjero en la legislación laboral argentina". En: Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba. 1967, Año XXXI, octubre - diciembre, n° 4-5, p. 71

¹⁷ BENOHR, Hans Peter. "Le citoyen et étranger en droit romain et droit français". En: CATALANO, Pierangelo y SINISCALCO, Paolo. *La nozione di "romano" tra cittadinanza e universalità*. (Da Roma alla Terza Roma - Documenti e studi, vol 2). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1984. p. 179

¹⁸ IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. 6ª ed. revisada y aumentada, reimpresión. Barcelona: Ariel, 1979. p. 140

¹⁹ *Varr. De l. lat. 5.1: "... multa verba aliud nunc ostendunt aliud, ante significabant, ut HOSTIS; nam tum eo verbo dicebant PEREGRINUM qui suis legibus uteretur, nunc dicunt cum quem tunc dicebant PERDUELLEM"*.

se relacionaba con los ciudadanos, según lo dispuesto por el Derecho Romano. La noción de *peregrinus* se mantiene en las fuentes justinianeas²⁰, tal cual aparece en N.78.5.²¹

Pese a que existían diferencias conceptuales y de trato entre los *cives* y *peregrini*, desde el siglo VI a. C., con la creciente importancia comercial de Roma, se dieron derechos y tutela a los extranjeros en Roma, cuyas referencias aparecen en la Ley de las XII Tablas (Tab. I, 5; II, 2; VI, 4).²²

Esta no fueron medidas aisladas ya que numerosas fuentes romanas señalan claramente que los *peregrini* participaban en el *ius* (Festo, 314),²³ siendo considerados *pari iure* (iguales en el derecho) con el pueblo romano.

Para la protección jurisdiccional del *peregrinus*, hacia la mitad del Siglo III a.C. apareció el *praetor peregrinus*, quien intervenía cuando alguna de las partes de una causa no era ciudadano romano²⁴: "...quod inter peregrinos ius dicebat..." (D.1.2.2.28). El magistrado romano tenía la tutela jurisdiccional del extranjero basado en su *imperium*²⁵ aplicando el *ius gentium* (derecho de gentes).

Por consiguiente, podemos comprobar que se incorporó a los *peregrini* en el *ius* con una amplia participación en el *ius gentium*. Sin embargo, ello no llevó a que el *peregrinus* tuviera los mismos derechos que el ciudadano romano; en especial, en relación a los derechos políticos y a las relaciones de familia²⁶, regidos por el *ius civile* en sentido restringido.

Reconociendo la existencia de principios generales y fundamentales que se encuentran en los diversos derechos internos de los pueblos, el *ius gentium* estaba también presente en una parte del Derecho Romano y, con el correr del tiempo, se aplicó a las relaciones de los ciudadanos romanos.

El *ius gentium* es entendido como el *ius civile* abierto y progresivo, despojado de su condicionalidad nacional. El *peregrinus* contaría con los derechos reconocidos por el *ius gentium* que emanasen de la conciencia jurídica romana, que no eran considerados exclusivos de los ciudadanos romanos; por ende, éste se convertía en un derecho universal.²⁷

En la Compilación Justiniana, el *ius gentium* fue identificado como aquél que se extiende a todos los

²⁰ Existe una discusión entorno a la supresión del concepto de *peregrinus* en la Compilación Justiniana. Catalano afirma: "...il sistema dello ius Romanum tende a eliminare lo strumento concettuale e linguistico/contrastante con l'universalismo (peregrini) ed creare nuovi strumenti (universi). Giustiniano porterà il processo a compimento...". CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990. p. 70 ss.; en esta línea, HERRERA PAULSEN, Darío. *Derecho Romano*. 2ª ed. Lima: EDDILI, 1984. p. 30; LAVALLETTE, Simon. *La condition des étrangers à Rome & en France. Thèse pour le doctorat dans la Faculté de Droit de Caen*. Rouen: Espérance Caquiard, 1880. p. 45; ORTOLAN, M. *Compendio de Derecho Romano*. Buenos Aires: Heliasta, 1978. p. 33; PETIT, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducido de la 9ª ed. francesa y aumentado. Introducción de IHERING, Rudolf: "Importancia del Derecho Romano". Buenos Aires: Albatros, 1985. p. 121; RODRIGUEZ, José Santiago. *Elementos de Derecho Romano*. Caracas: Del Comercio, 128. Tomo I, 516 p. Tomo I, p. 92

²¹ Las fuentes justinianeas estarían recogiendo en cierta manera el significado y etimología primigenia de *peregrinus*. Ello resulta comprobado en el Código y, en especial, en N.78.5: "[...] Porque así como Antonino, denominado Pío (por quien esta denominación ha llegado también a nosotros), habiéndosele pedido antes por cada uno de los súbditos el derecho de ciudadanía romana, y extendiéndolo de este modo de los que se llaman peregrinos a la ingenuidad romana, se lo dió en general a todos los súbditos..."

²² "...il ricordo nelle XII tavole dello status dies cum hoste ci autoriza a pensare che fin dalla legislazione decemvirale esisteva in Roma una certa diffusa esperienza di processi inter cives et peregrinos". FREZZA, Paolo, "Ius Gentium", op. cit., p. 265. También véase: GIFFARD, A. E. "Le sens du mot 'auctoritas' dans les lois relative à l'usucapion". En: RHD (*Revue Historique de Droit Français et Étrangers*). Paris: Sirey, 1938. IV serie, año 17, p. 351; VISSCHER, Fernand de. "Aeterna Auctoritas". En: RHD (*Revue Historique de Droit Français et Étrangers*). Paris: Sirey, 1937. IV serie, año 16. p. 573-587

²³ Festo, 314. «Status dies <cum hoste> vocatur qui iudice causa est constitutus cum peregrino; eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare».

²⁴ Sobre este tema, se sugiere: SERRAO, Feliciano. "Dalle XII Tavole all'Editto del Pretore". En: *La certezza del Diritto nell'esperienza giuridica romana*. Padova: CEDAM, 1987. p. 51-100

²⁵ Al principio, el pretor por su *imperium* daba a los extranjeros una *formula in factum concepta*, la cual servía para pedir al juez que verificara si habían los hechos que fundamentaban la acción; en caso negativo, ordenaba absolver; en caso positivo, condenar. Ello fue sancionado por la *Lex Aebutia* y la *Lex Iulia iudiciorum privatorum*. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituzioni di Diritto Romano*. 14ª ed. riveduta - ristampa anastica. Napoli: Jovene, 1987. p. 121-123; PETIT, Eugène, op. cit., p. 837; TALAMANCA, Mario, *Lineamenti di storia del diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 175

²⁶ "... chiamensi peregrini tutti coloro, che sono incapaci di diritti nel ius civile, capaci di diritti nel ius gentium, e ai quali questa capacità giuridica più limitata viene riconosciuta anche nei tribunali romani". SAVIGNY, Federico Carlo de, op. cit., vol. 2, p. 39-40

²⁷ Catalano se refiere a un carácter supranacional ("sovranazionale"). Véase: CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone...*, op. cit., p.56. Se recomienda también la lectura de BELLO, Andrés, "Derecho Romano". En: *Obras completas de Andrés Bello* Comisión. Caracas: Ministerio de Educación, 1959. Tomo XIV, p. 259

hombres (D.1.1.9; también D.1.1.1.4; D.1.1.6.; I.1.2.1).²⁸ Recogiendo el planteamiento de Gayo y Ulpiano, incide en la autonomía del *ius gentium* frente al *ius naturale* y al *ius civile*, subrayando el elemento de universalidad subyacente.

Habiendo analizado el *ius gentium* como derecho aplicable a los *peregrini* en territorio romano, se debe establecer cuál era el ámbito contractual del Derecho Romano Justiniano.

Las fuentes romanas sostienen claramente que el *ius gentium* comprendía una amplia esfera en materia contractual, aplicable a *cives* y *peregrini*, en un plano de igualdad. Gayo (*Gai*, 1.193; *Gai*, 3.94) señaló que la regla general para las obligaciones que surgen de los contratos en Roma es que éstas están regidas por el *ius gentium*, las cuales se darían tanto para los ciudadanos como para los extranjeros²⁹, sin discriminación y en un plano de igualdad. Es así como encontramos plasmado el principio de igualdad de tratamiento al *peregrinus* en el ámbito contractual en Roma (salvo lo establecido para los contratos *verbis*).

Esta regla general se mantiene en la Compilación Justiniana (I.1.2.2; I.3.15.pr.-1; D.1.1.5), pese a los cambios políticos y sociales en Roma. Por consiguiente, el análisis de las fuentes romanas lleva a constatar que no se establece una discriminación o trato diferenciado al *peregrinus* en el ámbito contractual romano. Por el contrario, lo coloca en un plano de igualdad de tratamiento frente al ciudadano romano. La consolidación del principio de igualdad de tratamiento del *peregrinus* fue la culminación de un proceso de "romanización" y universalización del Derecho y cultura romanos que, habiendo empezado en la república, se desarrolla en el imperio y tiene como hito importantísimo la *Constitutio Antoniana* del año 212 d. C.

4. BASE ROMANISTA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO AL EXTRANJERO EN EL PERU

El principio romano de igualdad de trato al extranjero fue difundido a los países en los cuales el Derecho Romano se extendió, sea por la conquista o a través del influjo de los estudiosos del Derecho. De la experiencia europea, fue transportado a América Latina, donde recibió gran acogida en las nacientes repúblicas del siglo XIX, las cuales lo incorporaron en sus legislaciones.

4.1 Antecedentes Constitucionales del Artículo 63 de la Constitución Política del Perú de 1993

Desde los albores de la vida republicana, en las principales Constituciones del Perú se ha seguido una línea de continuidad en relación al reconocimiento y consolidación del principio de igualdad de trato entre nacional y extranjero.

La **Constitución del Perú de 1828** establecía la libertad en el trabajo, industria y comercio, sin restringirlo a los peruanos ni establecer diferencias basadas en un criterio de nacionalidad (artículo 16). Las restricciones estaban referidas a las buenas costumbres, la seguridad nacional y criterios de sanidad.

La **Constitución del Perú de 1834** mantuvo el principio de igualdad establecido en la Carta Magna de 1828, siendo la formulación de sus artículos similar a la de la precitada constitución (artículo 162 y 163).

La **Constitución de Huancayo de 1839** representó un hito en la consagración del principio de igualdad de trato del extranjero frente al nacional, fundado en su sujeción a la soberanía del Estado territorial. Tras proclamar la inviolabilidad del derecho de propie-

²⁸ D.1.1.9: "Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres (mores), usan en parte del suyo propio, y en parte del derecho común a todos los hombres. Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la misma ciudad, y se llama derecho civil, como derecho propio de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, se denomina derecho de gentes, como derecho que usan todas las gentes."

D.1.1.1.4: "Derecho de gentes es aquél de que usan todas las gentes humanas; el cual fácilmente se deja entender que se diferencia del natural, porque éste es común a todos los animales, y aquél a sólo los hombres entre sí..."

También: D.1.1.6.pr.: "Derecho civil es aquél que ni se aparta del todo del natural o del de gentes, ni se conforma totalmente a él, y así, cuando añadimos o quitamos algo al derecho común, hacemos el derecho propio, esto es, el civil"

²⁹ Genéricamente, Bello afirma que "La capacidad de los peregrinos relativamente al *ius gentium* abrazaba toda especie de derechos: su matrimonio era verdadero, aunque no *justum*. Su propiedad (*in bonis*) era reconocida y protegida. Sus acciones activas y pasivas eran no sólo naturales sino civiles, es decir, garantizadas por acciones semejantes a los que daban las leyes a los romanos. llamábanse acciones ficticias..." BELLO, Andrés, "Derecho Romano", op. cit., Tomo XIV, p. 329. Incluso Arias afirma que las facultades de los *peregrini* fueron ampliadas con el tiempo, llegando a afirmar el reconocimiento del matrimonio *secundum mores peregrinorum*. ARIAS, José, op. cit., p. 162; también trata del tema de matrimonio de extranjeros GORIA, Fausto. "Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio". En: *Il modello di Gaio nella formazione del Giurista*. Atti del Convegno Torinese (4 - 5 maggio 1978) in onore del Prof. Silvio Romano. Milano: Giuffrè, 1981. p.291-292.

dad a nivel constitucional (artículo 167), se estableció -entre las garantías individuales- que el extranjero que adquiriera la propiedad de inmuebles ubicados en territorio peruano, quedará sometido a las leyes peruanas (artículo 168).

La **Constitución del Perú de 1856** proclamó el sometimiento del extranjero, propietario de inmuebles, a la legislación nacional, otorgándosele el goce de derechos como si fuese nacional.

Posteriormente, el artículo 28 de la **Constitución del Perú de 1860** y el artículo 26 de la **Constitución del Perú de 1867** reprodujeron la norma precitada, consolidando el principio de igualdad de trato al extranjero.

En el siglo XX, este principio se consagró definitivamente en las Constituciones, aunque sin hacer referencia expresa a la inversión extranjera.

La **Constitución del Perú de 1920** estableció el principio de igualdad ante la ley, sin establecer discriminaciones basadas en criterios de nacionalidad (artículo 17); en relación a la propiedad, mantuvo este principio (artículo 38 y 39), pese a que indicó algunas limitaciones (artículo 39) fundadas en la seguridad nacional.

La **Constitución del Perú de 1933** mantuvo las reglas establecidas por la Carta Magna de 1920 (artículo 31, 32 y 36).

La **Constitución del Perú de 1979** también afirmó la igualdad ante la ley como derecho fundamental de la persona a nivel constitucional (artículo 2 inciso 2). Siguiendo esta línea de continuidad, la regla general sirvió para consagrar el principio de igualdad de trato del extranjero en materia de propiedad (artículo 126)³⁰. En relación a los contratos que celebran los extranjeros, este principio de igualdad de trato llevó a afirmar que éstos se someten al derecho interno peruano y a los tribunales peruanos³¹, renunciando expresamente a toda reclamación vía diplomática.

4.2. El tratamiento del inversionista en el Perú (1991-1993)

Partiendo del axioma que los niveles de ahorro e inversión deben ser idénticos, nuestro país ha iniciado una serie de medidas tendientes a propiciar la inversión para que aumente el ahorro. Pero el ahorro interno en el Perú no logra los niveles necesarios para desarrollar una serie de sectores de la actividad productiva nacional, siendo menester recurrir a la inversión extranjera directa.³²

La inversión extranjera directa presenta cuantitativa y cualitativamente ventajas para el país receptor³³. Cuantitativamente, hay una entrada efectiva de dólares al país. En lo cualitativo, la inversión extranjera directa es más beneficiosa que el mero endeudamiento del gobierno. Asimismo, inversión y crecimiento están estrechamente vinculados, pues la inversión de capital es el principal medio para aumentar la capacidad productiva³⁴.

El Perú está firmemente decidido a propiciar la inversión extranjera en los distintos sectores productivos y de servicios. Por ende, como país receptor potencial, debe realizar ajustes a su legislación, brindando las condiciones propicias de igualdad, estabilidad y libre competencia que se exigen.

En el caso del inversionista extranjero (persona natural), el carácter internacional de una inversión privada depende del criterio de domicilio. Las actividades vinculadas con su inversión estarán reguladas por la legislación del país receptor, entendiéndose que acepta someterse a la normatividad del Estado territorial y se compromete a desarrollarlas con buena fe. Como marco básico, el Código Civil del Perú de 1984 (artículo 2046) consagra el principio de igualdad de trato del nacional y del extranjero en materia de derechos civiles, salvo las restricciones fundadas en la necesidad nacional. La nacionalidad no es tomada en cuenta como un criterio o elemento relevante para la aplicación de

³⁰ "... consagran así la teoría y el principio latinoamericano de la igualdad de trato." RAMACCIOTTI DE CUBAS, Beatriz, Estudios..., op. cit., p. 83

³¹ La Constitución del Perú de 1979 trata de impedir que la protección diplomática sea utilizada en estos supuestos toda vez que un sector de la doctrina afirma que la "... infracción o el incumplimiento de los contratos o acuerdos de concesión también pueden equivaler al despojo de propiedades extranjeras y los principios ya indicados son entonces aplicables". En este caso, se refiere a la reclamación en la vía diplomática. SORENSEN, Max. Manual de Derecho Internacional Público. México: Fondo de Cultura Económica, 1973. p. 468

³² GONZALES IZQUIERDO, Jorge. "Rol del Financiamiento Internacional". En: RAMACCIOTTI, Beatriz y otros (editores). Derecho Internacional Económico. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1993. p. 142. BOZA, Beatriz. (editora) Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios. Lima: Editorial Apoyo, 1994.

³³ GONZALES IZQUIERDO, Jorge, op. cit., p. 145

³⁴ SIERRALTA RIOS, Aníbal, "Aspectos...", op. cit., p. 110-111

las normas ni para determinar la competencia del órgano jurisdiccional.³⁵

En cuanto a la promoción de las inversiones, se ha dado una abundante legislación, cuyos objetivos principales pueden resumirse en lo siguiente:

- a) Eliminar las restricciones y obstáculos a la inversión extranjera, garantizando la igualdad de derechos y obligaciones de los inversionistas extranjeros y nacionales.
- b) Generar un régimen de estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros, lo cual implica reconocer y respetar el régimen adoptado, otorgando también las garantías de la continuidad de las reglas establecidas.

El cumplimiento de estos objetivos reafirma el principio de la igualdad de trato al inversionista extranjero en nuestra legislación, salvo las excepciones que se diesen fundadas en consideraciones que no se refieran a una discriminación fundada en el criterio de nacionalidad.

Antes de la entrada en vigor de la Constitución Política del Perú de 1993, el Decreto Legislativo N° 662 marcó el punto de partida de un conjunto de normas que propugnaban el logro de los objetivos antes mencionados por parte del gobierno peruano, con miras a garantizar las condiciones necesarias para atraer las inversiones extranjeras, proclamando la igualdad de tratamiento otorgado al inversionista extranjero frente al inversionista nacional (artículo 2). El Decreto Legislativo N° 663 planteó la creación de mecanismos para atraer al inversionista extranjero migrante con miras a su inserción en los sectores productivos nacionales. Posteriormente, varios Decretos Legislativos buscaron lograr la inversión privada en sectores en los que los resultados económicos y financieros no habían sido satisfactorios.

El Decreto Legislativo N° 757 -Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada - estableció un régimen fundado en la igualdad de trato del inversionista extranjero toda vez que se le aplican los mismos derechos, garantías y obligaciones que los nacionales.

En todos estos antecedentes, se mantiene el principio de igualdad de trato al extranjero, en su calidad

de inversionista, dentro de una línea de continuidad romanista a la que siempre ha pertenecido el Perú.

4.3 El principio de igualdad de tratamiento del inversionista extranjero en la Constitución Política del Perú de 1993

La Constitución Política del Perú de 1993 fue debatida en un contexto de liberalización de nuestra economía, reflejando los cambios conceptuales y de principios ocurridos en distintos ámbitos.

En primer término, se establece nuevamente que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2 inciso 2). En cuanto a la propiedad, se mantiene el principio consolidado en los textos constitucionales antes mencionados (artículo 71 y 72), salvo excepciones.

El artículo 63 trae una novedad a nivel constitucional puesto que, por primera vez, se establece expresamente que la inversión nacional y la inversión extranjera están sometidas a las mismas condiciones y, por ende, a nuestra legislación en un plano de igualdad.³⁶

Centrando el análisis en la primera frase del artículo 63, observamos que tanto el inversionista extranjero como el inversionista nacional se someten a las mismas condiciones, reguladas por la legislación peruana. *A priori*, no hay ninguna diferencia de trato entre ambos, salvo las restricciones que surjan del análisis sistemático del texto constitucional. Teniendo en cuenta los regímenes establecidos por los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757, podemos afirmar que no hay discriminación aplicable en razón de la nacionalidad del inversionista y que las condiciones existentes garantizan ampliamente una igualdad de trato, con sujeción al derecho peruano. Si bien esta norma debe ser un instrumento más para brindar las seguridades que el inversionista extranjero busca para traer sus capitales, el programa y las consideraciones económicas que subyacen no han desnaturalizado un principio general que se da dentro de una línea de continuidad romanista en el Perú.

Por consiguiente, de la norma constitucional se desprende el principio de igualdad de trato al inversionista extranjero consagrado en los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757, que a su vez es conforme al principio consagrado en las Constituciones anteriores. Este principio obedece a toda

³⁵ En el Código Civil Peruano de 1984. "... se ha eliminado en forma absoluta la nacionalidad como factor de conexión dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En ninguna categoría, ni siquiera subsidiariamente se toma en cuenta la nacionalidad como punto de contacto". TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Lima: Cultural Cuzco (Fundación M.J. Bustamante De la Fuente), 1987. p. 57

³⁶ Art. 63 de la Constitución Política del Perú de 1993: "La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones[...]"

una tradición jurídica romanista cuyas bases lo fundamentan, al margen del contexto económico en el que se inserta.

5. REFLEXION FINAL

Hemos apreciado cómo se construyó un principio aplicable al tratamiento del extranjero a partir del Derecho Romano Justiniano, que ha sido incorporado en nuestra legislación tras pasar por distintas etapas de desarrollo histórico-jurídico. Una de las justificaciones de la subsistencia de esta línea de continuidad frente al principio de igualdad de trato al extranjero se funda en que las bases romanistas existentes son lo suficientemente sólidas y coherentes con las necesidades actuales que no hacen necesario modificar este principio.

Este planteamiento romanista se ve reforzado por las nuevas teorías sobre la integración y la solidari-

dad de los pueblos, frente a la necesaria y creciente intercomunicación e interdependencia.

El Perú sigue el derrotero marcado por las bases romanistas de su legislación en torno a la igualdad de trato del extranjero. El principio adoptado para regular al inversionista extranjero es coherente con una tradición jurídica que se remonta a los inicios de nuestra vida republicana y que se va perfilando en materia de inversiones.

Por consiguiente, las bases romanistas de nuestro derecho nos aportan un material sumamente importante que debemos analizar con miras a establecer y reforzar los principios propios de nuestro derecho. Es conveniente no caer en la "tentación" de incorporar instituciones y principios ajenos a nuestro sistema jurídico sin una adecuada evaluación pues existe el riesgo de condenar tal propuesta al fracaso.

CONTRATACION MODERNA E INVERSION EXTRANJERA EN EL PERU

A Manuel de la Puente y Lavalle,
maestro y amigo,
con gratitud y aprecio.

Eduardo Benavides Torres
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

Las recientes modificaciones en la legislación peruana destinada a implantar una economía basada en los principios del mercado y la libre competencia, han traído como consecuencia lógica la aparición de nuevas formas contractuales especialmente aptas para adaptarse a un mercado competitivo y globalizado. Vemos entonces como las tradicionales figuras civiles y mercantiles contempladas en el Código Civil y la legislación comercial se ven complementadas -y a veces desplazadas- por los nuevos contratos, dado que éstos suelen ser más flexibles, dinámicos y al mismo tiempo seguros; estas figuras resultan especialmente atractivas para los inversionistas, sean nacionales o extranjeros, dado que nuestras antiguas normas suelen ser consideradas rígidas, poco prácticas y alejadas de la realidad.

El doctor Eduardo Benavides presenta en este artículo un listado de los llamados "contratos modernos", e incide especialmente en el análisis de aquellos que son utilizados por los inversionistas extranjeros, como los contratos de colaboración empresarial (Joint Ventures, Asociación en Participación, Consorcios) o los de transferencia de know-how. La tarea es riesgosa, dado que este tipo de contratos se reinventan y redefinen continuamente como consecuencia lógica de la dinámica de la actividad empresarial; sin embargo, el autor supera sin mucha dificultad los riesgos inherentes a su labor, entregándonos un artículo de gran actualidad llamado a convertirse en útil fuente de consulta.

La década que vivimos ha sido y es una década de cambios políticos, económicos y tecnológicos realmente impresionantes por su rapidez y profundidad. Desde la caída de los socialismos en Europa hasta la revolución de las comunicaciones, el mundo de los años noventa es el mundo de las grandes transformaciones. En nuestro país, el impacto ha sido doble; a los cambios enormes que se han venido produciendo en la economía mundial, en los sistemas de información y en las relaciones entre proveedores y clientes, teniendo al planeta entero como mercado, hay que agregar los importantísimos cambios ocurridos en los últimos años en el Perú. La apertura de la economía peruana nos ha devuelto a un mundo del que habíamos estado lamentablemente ausentes en los últimos tiempos. Con la reinsertión de nuestro país en el mundo económico y financiero, la derrota de la inflación y el terrorismo y la modernización de nuestra infraestructura básica, el Perú volvió a ser un punto a tener en cuenta en el mapamundi de los inversionistas extranjeros. La emergente economía peruana se convirtió así en un lugar de oportunidades para hacer negocios.

Es en este escenario donde se empieza a vivir una nueva revolución no menos importante: la de la contratación. El Perú se ha vuelto, ciertamente, un mercado interesantísimo. Pero, no todos los inversionistas llegan a Lima con una bolsa llena de billetes y al día siguiente ya han comprado una empresa. Los inversionistas han aprendido de las malas experiencias de los sesentas y setentas. Por aquellos años, los inversores llegaron a Latinoamérica cargados de proyectos. Los resultados no fueron de los mejores: expropiaciones y recetas cepalianas en los setentas, crisis económica, hiperinflación y recesión en los ochentas. A fines de los ochentas se solía escuchar un consejo, medio en broma medio en

serio, en Wall Street: "ninguna inversión en Latinoamérica vale la pena si el plazo de retorno es más de 4 años, porque ese es el plazo para que ocurra un terremoto o un golpe militar en la región." Hoy los inversionistas son obviamente más cautos y esto se refleja claramente en la manera de negociar, en las modalidades de contratación adoptadas, en el tipo de cláusulas y previsiones que se introducen en los contratos.

La aparición y desarrollo de nuevos tipos contractuales y nuevas formas de contratar reflejan de un lado el entusiasmo y la decisión de los inversionistas, del otro también la cautela y la búsqueda de garantías y seguridades. A menudo los inversionistas prefieren compartir los riesgos con empresarios locales, mejores conocedores del medio. A menudo empiezan invirtiendo en paquetes minoritarios de accionariado con opción de tomar el control de la empresa en el mediano plazo. A menudo sus inversiones ingresan primero como créditos con opción a convertirse en interés accionario. Así surgen toda una gama de contratos asociativos y de alianzas empresariales. En otros casos se trata de introducir nuevos productos al mercado peruano o de profundizar y extender la posición de otros ya existentes en dicho mercado. A través de los contratos modernos se ha buscado además reconvertir y modernizar empresas y actividades, reducir costos, lograr mayor competitividad, obtener capitales y financiamiento, etc .

Intentar un listado de las principales necesidades que han buscado ser cubiertas por estos llamados "contratos modernos" es una tarea riesgosa ya que la dinámica de la actividad empresarial, el ingenio del empresario y la velocidad del tráfico comercial hoy en día provocan que continuamente se esté reinventando y redefiniendo las formas de contratar. Aún así, nos permitimos recoger de manera muy general sólo algunas de estas necesidades:

A) La Colaboración Empresarial

La llamada "colaboración empresarial" es un elemento notable en la contratación moderna. La antigua visión de las partes en un contrato como enemigos que buscan esquilmar al uno al otro, buscando sacar el máximo de provecho el uno del otro, versión contemporánea del "*homo homini lupus*"- "el hombre es el lobo del hombre"-, ha sido reemplazada en la contratación moderna por la idea de colaboración en torno a un fin común. La moderna doctrina alemana entiende que cada vez más, sobre todo en los contratos de duración, aquéllos en los que la ejecución no es instantánea sino que se prolonga en el tiempo, las dos partes requieren de la colabora-

ción de la otra durante la ejecución de las prestaciones. Esta colaboración lleva a las partes a asumir deberes más allá de la letra del contrato, superando la tiranía de las palabras, a tener una actitud permeable y flexible frente a dificultades en la ejecución y particularmente frente a los problemas que pudieran afectar a la contraparte, a mantener una actitud permanente de comunicación, confianza y mutua ayuda con la contraparte. Las partes empiezan a verse así como socios, copartícipes de un vínculo de colaboración, unidos en torno a una empresa común por eso que los americanos llaman "*partnership*" y los alemanes "*Zusammenarbeit*", y que libremente podríamos traducir como el "trabajo conjunto".

B) El "Updating"

Este término quiere decir ponerse al día, nivelarse, actualizarse. No solo se trata de la necesaria modernización de las empresas y negocios adquiridos por los inversionistas extranjeros o establecidos por éstos. El ingreso de capitales extranjeros y el fenómeno de la globalización han terminado por persuadir a los empresarios nacionales de la necesidad de modernizarse y ponerse al día para poder competir. Se trata de una cuestión de supervivencia. Esto ha llevado a un proceso acelerado de adquisición de tecnología de punta y del *know-how* más reciente y avanzado. Tomemos a modo de ejemplo el caso del medio ambiente. Tanto los exportadores de productos peruanos como diversas empresas de diversos sectores, como el minero, industrial y pesquero, requieren adecuarse a los estándares internacionales en materia de cuidado del medio ambiente, para lo cual han debido adquirir tecnología moderna en materia de descontaminación de aguas, eliminación de residuos sólidos y tratamiento de emanaciones y ruidos.

C) El Nuevo Management

La competencia creciente ha llevado a un ajuste de cinturones en las empresas: reducir costos y bajar márgenes ha sido la consigna. Un nuevo lema se encuentra en el escudo de los empresarios "*think small-small is beautiful*" ("piensa en pequeño-lo pequeño es hermoso.") Preocupación constante de los empresarios en los últimos años ha sido encontrar el tamaño adecuado de empresa y la mejor y más eficiente organización de funciones. Casi todas las empresas del medio, en mayor o menor medida, han atravesado procesos de "*downsizing*", "*resizing*" o "*rightsizing*". A través del llamado "*lean management*" se ha buscado reducir las altas posiciones gerenciales y administrativas, los "*overheads*", desconcentrar funciones, achatar las estructuras

empresariales y darle más responsabilidad a los operativos. El empresario peruano ha aprendido también a pensar globalmente, a mirar siempre a su competencia, no solo dentro sino fuera de su país, a hacer *benchmarking* con sus competidores, a mantener sus inventarios bajo control, a invertir en capacitación de su personal, en investigación y en recursos humanos.

D) Calidad y Eficiencia

En la búsqueda de la mayor eficiencia, los empresarios han sentido la necesidad de concentrar sus esfuerzos en sus puntos fuertes, los llamados "*core business*", sacar partido de sus fortalezas y minimizar sus debilidades, compartir gastos y también el fruto de su esfuerzo, optimizar resultados, mejorar su acceso a la información, interconectarse con el mundo y lograr la tan mentada calidad total. Recientemente, buena parte de esos esfuerzos se han dirigido hacia orientar sus empresas hacia sus clientes.

A partir de este listado muy primario de necesidades se puede obtener una clasificación también muy rudimentaria de los nuevos contratos que buscan satisfacer estas necesidades:

- Contratos Asociativos
- Contratos de Comercialización
- Contratos de Transferencia de *Know-How*
- Contratos de Abastecimiento de Bienes y Servicios
- Contratos de Financiamiento

A continuación, nos ocuparemos brevemente de cada una de estas categorías:

I. CONTRATOS ASOCIATIVOS

Tradicionalmente se había pensado en el contrato de sociedad como la única forma de contratación asociativa. Esto no es así. Sobre todo en los tiempos actuales, los empresarios tienen interés en llevar adelante negocios conjuntos sin constituir una nueva empresa, sin renunciar a su empresa o modificar su estructura accionaria. La práctica moderna ha demostrado que se puede desarrollar un negocio común con la misma confianza y entrega que aquella que muestran los socios de una empresa, con el mismo "*affectio societatis*", sin necesidad de constituir una nueva empresa ni de abrir el capital de una ya existente a nuevos accionistas.

Tres son las formas convencionales que son más utilizadas hoy en día para la realización de negocios asociativos, llamados también "contratos de colaboración empresarial". Estas tres modalidades tienen un rasgo común: dos o más personas (naturales o

jurídicas) se unen para llevar adelante un proyecto por un cierto tiempo o hasta alcanzar un propósito específico y con la particularidad que no forman una nueva empresa, como sí ocurre cuando se constituye una sociedad, es decir cada uno conserva su identidad y autonomía. Se trata de los contratos de asociación en participación, consorcio y *joint venture*. Veamos brevemente las características de cada uno de ellos:

1) Asociación en Participación:

El único de estos tres contratos que se encuentra regulado de manera genérica en nuestra legislación es la asociación en participación, denominada por algunos contrato de cuentas en participación. La Ley General de Sociedades, en su artículo 398, la define de la siguiente manera:

"En la asociación en participación el asociante conviene con el asociado en que este último aporte bienes o servicios, para participar en la proporción que ambos acuerden en las utilidades o en las pérdidas de una empresa o de uno o varios negocios del asociante."

Así pues, las principales características de este contrato son:

- a) El contrato tiene como base un negocio previamente establecido por el asociante. El asociante y el o los asociado(s) acuerdan que estos últimos obtengan una participación en el negocio del asociante.
- b) La participación se obtiene a cambio de aportes que el o los asociado(s) se obligan a efectuar en plazos que se convienen.
- c) El asociante sigue siendo el dueño del negocio. El asociado no adquiere un derecho a la propiedad del mismo sino una participación en los resultados.
- d) La gestión del negocio la mantiene el asociante. El asociado solo tiene derecho a que se le rindan cuentas de la gestión, es decir, a fiscalizar.
- e) La responsabilidad del negocio la tiene el asociante.
- f) Se trata de un contrato de naturaleza temporal. Vencido el plazo del contrato, se liquidan las cuentas de acuerdo a lo establecido en el contrato.

Este tipo de contratos presenta ventajas innegables y resulta un excelente medio para satisfacer el inte-

rés de las partes de emprender nuevos negocios, ampliar y optimizar los ya existentes, ingresar a nuevos mercados, etc.

A) Ventajas para el Asociante

A menudo el asociante está interesado en obtener capital de trabajo, nueva tecnología, bienes de capital, etc. pero no desea hacerlo a costas de abrir su negocio a nuevos socios ni de perder el control de su empresa o compartir la administración de su negocio con terceros. Las empresas suelen afrontar problemas de crecimiento o de competitividad cuando encuentran que para poder continuar creciendo o para ser más competitivas requieren inyecciones de capital, modernizar sus procesos o nuevos socios que les abran nuevos mercados. El contrato de asociación en participación resulta un mecanismo ideal para obtener aportes de terceros, no sólo en dinero sino también en bienes, tangibles (un terreno, maquinaria, materias primas, insumos...) o intangibles (*know-how*, marcas de fábrica, tecnología...) y servicios (servicios de ingeniería, de consultoría, contactos ...), compensando a dichos terceros con las ganancias del negocio del asociante pero sin permitirles que tengan participación activa en dicho negocio, el cual sigue siendo del asociante.

B) Ventajas para el Asociado

A su vez al asociado a menudo cuenta con capitales excedentes, tecnología o recursos y está interesado en ingresar en nuevos negocios o mercados pero a un costo limitado y sin asumir todos los riesgos. El contrato de asociación en participación le permite participar en un negocio ya existente y, por lo tanto, ya probado. Su participación será temporal, sin asumir la condición de accionista o socio de dicha empresa, y sin tener que correr los riesgos propios del socio que debe responder por las pérdidas y la administración de la empresa. El asociado sólo responde hasta el límite de su aporte. A cambio, recibe una participación en el resultado del negocio/proyecto. Y cuando termina el negocio o vence el plazo del contrato, la relación de ambas partes termina y no necesitan disolver o liquidar una empresa. Para el asociado se trata pues de una posibilidad de inversión a un costo muy razonable y con un riesgo controlado.

Como ya lo hemos dicho, la responsabilidad por la gestión del negocio, las compras, las decisiones, la representación frente a terceros, la administración general, etc., es en todo momento únicamente de cargo de el asociante. El asociado es solo un inversionista, estrictamente un tercero en relación al ne-

gocio del asociante, que arriesga, en el peor de los casos, su aporte y que sólo tiene derecho a que se le dé cuenta de los resultados.

Casos "atípicos" de la asociación en participación son aquellos contratos por los que una persona a cambio de su aporte recibe participación sólo en las utilidades de una empresa, pactándose que no participará de las pérdidas, el contrato por el cual se atribuye al asociado participación en las utilidades y en las pérdidas de su empresa sin que exista un aporte del asociado y aquél en el que el asociado aún sin efectuar aporte participará únicamente de las ganancias. Los dos primeros casos se encuentran previstos en el artículo 406 de la Ley Genral de Sociedades. El tercero es menos frecuente y suele corresponder a casos de aporte indirecto, particularmente cuando la sola presencia o el nombre del asociado como partícipe del negocio contribuyen al prestigio del mismo. Estos contratos atípicos de asociación en participación, son, por supuesto perfectamente posibles de celebrarse y válidos, dentro del principio de libertad de los particulares para contratar.

2. Consorcio:

Se habla de consorcio cuando varias empresas establecen un acuerdo de cooperación, organización común o trabajo conjunto para mejorar su eficiencia. Aunque no hay una regla al respecto, los consorcios suelen corresponder a actividades secundarias o auxiliares en relación a la actividad principal de estas empresas, por ejemplo, eliminación de desperdicios, formación de aprendices, realización de una campaña de publicidad a nivel de gremio, etc. Así ocurre cuando un grupo de empresas farmacéuticas deciden implementar conjuntamente un centro de investigación o un laboratorio de control de calidad en beneficio de todas. O cuando un grupo de exportadores se une en consorcio para negociar precios con un proveedor común. En tiempos recientes, la figura del consorcio se ha utilizado mucho durante el proceso de privatización de las acciones del Estado en las empresas públicas. Particularmente en el caso de aquellas empresas estatales de gran tamaño o cuando la modalidad de privatización requería de compromisos de inversión especialmente importantes, los inversionistas interesados en presentar ofertas para la adquisición de los paquetes accionarios o las unidades en venta se han asociado en consorcios con el fin de presentarse unidos en las licitaciones y concursos públicos. Solo una vez obtenida la buena pro, el consorcio ganador se suele constituir en empresa, dado que lo que fue un propósito temporal, transitorio e intermedio se convierte en definitivo. Los consorcios perdedores, en

cambio, se disuelven al haberse extinguido la razón de su existencia, recuperando cada grupo su independencia.

El contrato de consorcio permite amplia libertad a las partes para establecer libremente las obligaciones a cargo de cada una de ellas, los aportes, la participación en los gastos, la representación del consorcio, la existencia de un socio estratégico o de una empresa líder, etc.

3. *Joint Venture*:

Se trata de un contrato moderno, conocido también como "contrato de riesgo compartido". Es el más flexible de los contratos asociativos y, por ello, probablemente el de mayor y más amplia utilización. El *Blacks Law Dictionary* lo define como "Una asociación de personas o empresas emprendiendo conjuntamente alguna empresa comercial, en la cual generalmente todos aportan activos y comparten los riesgos. Requiere una comunidad de intereses en la ejecución del objeto, un derecho a dirigir y gobernar las correspondientes políticas del negocio y una obligación, que admite pacto en contrario, de compartir tanto ganancias como pérdidas."¹

A) Características

En la práctica se ha utilizado la denominación de *joint venture* para referirse a una multitud de contratos asociativos. Sin embargo, es posible intentar un resumen de sus principales características:

- a) En el *joint venture* dos o más personas, llamados *venturers*, se unen para llevar adelante un negocio o proyecto empresarial, complementando sus capacidades e infraestructuras.
- b) Es propósito de los *venturers* obtener utilidades que compartirán.
- c) Como en los otros contratos asociativos, no se crea una persona jurídica distinta, cada uno de los contratantes mantiene su individualidad. No obstante, un *joint venture* podría tener como meta la constitución de una empresa, formada por los *venturers*, en un cierto plazo.
- d) El contrato de *joint venture* determina los aportes- dinero, bienes tangibles, intangibles, servicios...- que realizarán los *venturers* para lograr la finalidad común. Esta es la prestación principal de cada *venturer*. En el caso de los bienes, cada

socio mantiene la propiedad de los mismos. En el caso del dinero, el aporte va a un fondo común. Las compras pueden ser asumidas por cada una de las partes o conjuntamente por todas, según lo que acuerden.

- e) Es un contrato temporal. La duración es flexible. Puede depender de cuánto dure el proyecto u obra. Por ejemplo, hasta terminar y vender todo un proyecto inmobiliario. La duración puede también estar determinada por un plazo puesto por las partes o se puede dejar libertad a cada uno de dar fin al contrato cuando quiera.
- f) La administración corresponde a cada uno de los *venturers*. Si lo desean, pueden nombrar a uno de ellos como "Empresa Líder" o, alternatively, se puede nombrar un Gerente de Proyecto. En cualquiera de los dos casos, se puede nombrar además un Comité de Gestión, para que tome las decisiones importantes, o simplemente dejar esa función a los *venturers*.
- g) La relación con terceros la asume cada *venturer* individualmente y su responsabilidad es personal. Por ejemplo, si un *venturer* hace una compra, el bien comprado es para él, a él le corresponde la obligación de pagar el precio. Si las partes quieren pueden hacer la compra conjuntamente, en cuyo caso el bien sería en copropiedad de ellos. Si desean pueden nombrar un representante común debidamente facultado.

B) Utilidad del *Joint Venture*.

El *joint venture* ha tenido un desarrollo acelerado y su utilización es ya bastante generalizada en nuestro país. Importado del derecho anglosajón, los empresarios americanos empezaron a utilizarlo sobre todo para contratos a celebrarse con empresas de otros países. Cuando los empresarios americanos encontraron restricciones legales para invertir en algunos países como Japón, el *joint venture* con empresas locales se mostró como el vehículo adecuado para lograr ingresar en estos mercados.

En el Perú, las razones que han llevado a la popularidad del *joint-venture* son otras. A menudo existen proyectos que por su magnitud, la inversión requerida y los riesgos involucrados no pueden ser desarrollados sin la participación de distintas empresas y grupos empresariales. En el campo minero, por ejemplo, los empresarios peruanos que ya tenían denuncias y concesiones han buscado *joint ventures*

¹ *Black's Law Dictionary*, Sexta Edición, pag. 839.

con empresas extranjeras para afrontar las enormes inversiones que se requieren para el desarrollo de estos proyectos o la tecnología para lograr extraer o refinar los minerales, o la infraestructura que permita su comercialización. Los importantes proyectos para explotación de gas natural, empuzando por Camisea y Aguaytía, han propiciado también la formación de *joint ventures* entre empresas explotadoras, distribuidoras y aquéllas que convertirán el gas en energía eléctrica para luego transmitirla y distribuirla. También en el sector petrolero se ha venido usando este contrato de manera intensa, teniendo en cuenta los riesgos e inversiones involucrados y la tendencia a la especialización que existe entre empresas petroleras, lo cual a menudo lleva a la necesidad de complementación a lo largo de la cadena de exploración, explotación, refinación, comercialización, etc.

No es de extrañar, por ello, que el contrato de *Joint Venture* se encuentre regulado por la Ley General de Minería y su Reglamento. El artículo 204 de la Ley General de Minería dice que los contratos de riesgo compartido "son de carácter asociativo, destinados a realizar un negocio común, por un plazo que podrá ser determinado o indeterminado, en el que las partes aportan bienes o recursos o servicios que se complementan, participando en la utilidad, el ingreso bruto, la producción u otras formas que convengan, pudiendo ejercer cualesquiera de las partes o todas ellas la gestión del negocio compartido. Estos contratos deben formalizarse por escritura pública e inscribirse en el Registro Público de Minería."

Pero no se vaya a pensar que el *joint venture* es exclusivo de estos sectores. Si bien su uso es más frecuente en sectores en los que se vienen haciendo grandes inversiones, por ejemplo, en los grandes proyectos de generación eléctrica en marcha o en los grandes proyectos inmobiliarios (ahí están los casos recientes de los proyectos Larco Mar, Costa Linda, Jockey Plaza, Power-Center Limatambo y La Herradura-La Chira, entre otros), prácticamente en todos los sectores tiene cabida, ahí está el caso de la aviación comercial, con las alianzas entre líneas aéreas para brindar un servicio conjunto o para unir sus rutas (un ejemplo reciente es el anuncio de Continental de lograr alianzas estratégicas para conectar sus vuelos con el sistema doméstico), o el caso del sector turismo, con las asociaciones entre empresarios peruanos y grandes cadenas hoteleras internacionales, los proyectos agroindustriales, financieros, exportadores, de telecomunicaciones, de televisión, en la industria del entretenimiento, etc. Para los inversionistas extranjeros el *joint venture*

ha sido el mejor instrumento para la formación de alianzas con socios nacionales, dejando a los primeros el aporte de *know-how*, capacidad financiera, experiencia internacional, bienes de capital, etc.; y a los segundos el aporte de la posibilidad del negocio, la experiencia local, el conocimiento del mercado, los contactos en el medio, etc.

C) Las Ganancias

La participación en los resultados puede darse, básicamente, según dos fórmulas:

- a) Participación en los Resultados Comunes: se calculan las ganancias del negocio y se deducen los costos y gastos comunes. La participación se da sobre la ganancia neta, de acuerdo a los porcentajes acordados en el contrato. El costo de cada aporte/actividad se lleva en cuentas.
- b) Participación en los Ingresos Brutos: se establece una participación porcentual en los ingresos brutos y cada uno asume sus propios costos. No se llevan cuentas comunes, cada uno lleva sus gastos.

Existen otras alternativas, menos usadas, en virtud de las cuales cada *venturer* recibe una parte de la obra y asume los costos y beneficios de su explotación/operación individual.

Como el *Joint-Venture* no tiene una reglamentación legal, el contrato debe ser bastante específico y detallado sobre las obligaciones y derechos de cada una de las partes, el modo de participación de cada uno, porcentajes de participación en las ganancias, gastos y riesgos, etc.

Por supuesto, no son estas las únicas formas asociativas. Hay toda una variedad de acuerdos empresariales de muy distinto tipo y con diferentes finalidades, desde los pactos de accionistas que celebran los accionistas de una empresa sobre las relaciones entre grupos accionarios, los derechos de las minorías y la sindicación de acciones y votos, hasta los códigos de conducta, destinados a implantar ciertas reglas de comportamiento en un gremio o sector (vease, por ejemplo el caso de las empresas de radio y televisión, las clínicas y hospitales, etc.), pasando por los "*pool contracts*", que según Martinek se diferencian del *joint venture* porque en los primeros "se busca garantizar y consolidar la posición jurídica de las partes de manera coordinada y asociativa, logrando ventajas en relación a una actuación individual y aislada." ² (por ejemplo en el caso de los

² MARTINEK, Michael "*Moderne Vertragstypen*" Tomo III, pag. 141.

acreedores frente al deudor insolvente) y toda una variedad de alianzas y acuerdos asociativos de creciente uso.

II. CONTRATOS DE COMERCIALIZACION

Hasta hace unos años se pensaba que bajo la sombra de la compra-venta podían cubrirse todas las situaciones contractuales en las que uno o más bienes eran entregados por una parte a la otra a cambio de una contraprestación dineraria. Con el correr del tiempo y el desarrollo del comercio, la compra-venta ha dejado paso a contratos comerciales que cumplen una función muchísimo más específica y que forman parte de un sistema económico de vital importancia para nuestro ordenamiento económico y social: el sistema de comercialización de bienes.

Entre los principales contratos de comercialización analizaremos brevemente los siguientes:

- 1) Contrato de Distribución
- 2) Contrato de Agencia
- 3) Corretaje
- 4) Comisión Mercantil
- 5) Contrato Estimatorio
- 6) Contrato de Consignación
- 7) Contrato de Concesión
- 8) *Franchising*

1) Contrato de Distribución

El contrato de distribución es aquel por el cual el proveedor de un producto se obliga a entregar periódicamente cantidades de dicho producto a un comerciante con la finalidad que éste lo distribuya en un territorio asignado.

A) Características:

a) **Las Partes.**- son el Proveedor y el Distribuidor. El Proveedor es generalmente, aunque no necesariamente, el fabricante del producto. Si bien en el esquema clásico de la distribución, era el fabricante del producto el que encargaba a un comerciante la distribución del mismo, modernamente no tiene por qué ser el fabricante quien encargue la distribución. En ocasiones, el fabricante vende el íntegro de su producción o una parte importante de la misma a un comerciante o a un exportador y es éste el que coloca los productos en el mercado a través de distribuidores. No obstante, no deja de ser cierto que esto último ocurre mas bien por excepción, pues lo normal es que el fabricante mantenga un interés en la distribución de sus productos. La situación antes

descrita ocurre sólo cuando Fabricante y Comerciante son empresas vinculadas económicamente (algunos grupos empresariales tienen separadas las funciones de manufactura y comercialización en empresas distintas) o cuando existe una relación muy estrecha entre fabricante e intermediario.

Los Distribuidores a su vez pueden tener subdistribuidores, siempre y cuando éste esté previsto en el contrato de Distribución y aceptado por Proveedor y Distribuidor, dando así origen a contratos de sub-distribución, dependientes del contrato de distribución. Así, para poner un ejemplo, la empresa de calzado deportivo "KINE" de los Estados Unidos podría nombrar como su distribuidor para el territorio peruano a la empresa "TABA" y "TABA", a su vez, podría decidir tener un distribuidor para la costa norte, uno para la costa sur, uno para Lima y otro para el resto del país. El distribuidor de Lima, a su vez, podría (si está autorizado a ello) nombrar subdistribuidores a nivel de zonas (Cono Norte, Centro, Sur,...), Distritos, Urbanizaciones, etc. Claro está, este esquema debe ser aprobado por KINE y TABA. Si bien, normalmente es KINE, el fabricante, el que propone la estrategia de comercialización del producto, a menudo el distribuidor, en base a su experiencia y conocimiento del mercado que se le ha entregado, logra persuadir al fabricante de modificar total o parcialmente su estrategia.

b) **El Territorio.**- El Distribuidor es un comerciante al cual se asigna un territorio para la venta de los productos. Dependerá de la estrategia de marketing y de ventas de cada producto, la cual es definida normalmente por el proveedor, el que el territorio asignado lo sea con carácter de **exclusividad** o no. Si el Proveedor quiere proteger a sus distribuidores, favorecer su lealtad, mantener un sistema de comercialización ordenado y bajo estricto control, y además mantener un número limitado de responsables y de interlocutores, será preferible que entregue los territorios en exclusividad a sus distribuidores, en cuyo caso el proveedor no puede designar otros distribuidores en el mismo territorio. Si, en cambio, lo que se quiere es que los distribuidores sean agresivos y hacerlos competir entre ellos, o si, mas bien, no se confía lo suficiente en ellos y no se les quiere dar toda la responsabilidad sobre una zona, lo más aconsejable es asignar a varios distribuidores para el mismo territorio. No es raro, por eso, que con frecuencia los proveedores utilicen inicialmente distribuidores no exclusivos para, sólo después de un tiempo de haberlos

probado y haber establecido una relación de confianza, conferirles exclusividad.

Un ejemplo interesante es el caso de una conocida fábrica de golosinas, la cual ha dividido la ciudad de Lima en zonas perfectamente delimitadas para sus distribuidores, a nivel no solo de distritos, sino de barrios y urbanizaciones, y sanciona severamente a sus distribuidores cuando invaden el territorio que no les corresponde. En cambio, la mayoría de sus competidores permiten que varios o todos sus distribuidores compitan en toda la ciudad. Este último sistema puede crear desorden y conflictos dentro del mismo bando pero también puede resultar muy efectivo tratándose de productos de consumo masivo, especialmente en la etapa introductoria.

- c) **Independencia.**- El distribuidor es un comerciante independiente que tiene su propia organización, infraestructura y personal. El fabricante no tiene responsabilidad por los hechos ni por el negocio del distribuidor. No responde, por ejemplo, por las pérdidas del distribuidor si éste hace un mal negocio. En la práctica, sin embargo, cuando existe una relación de estrecha colaboración y confianza entre las dos partes, y especialmente si se trata de un distribuidor exclusivo muy identificado con el proveedor, el proveedor suele acudir en auxilio del Distribuidor cuando éste tiene dificultades, aún sin estar obligado a ello.

El Distribuidor adquiere la mercadería del proveedor y la revende por su cuenta y riesgo. Sin embargo, el Distribuidor no es absolutamente libre para manejar este negocio de reventa como le venga en gana. Es el Proveedor el que fija la política de precios de reventa porque su interés es que el producto llegue al cliente a precios competitivos, manteniendo el distribuidor un margen razonable. Corresponde también al Proveedor fijar la política de mercadeo y ventas del producto, la cual el distribuidor debe seguir fielmente. Así, el proveedor puede haber decidido que el jean marca "Sangre" debe posicionarse como un jean informal, sinónimo de fuerza y rudeza, y que el mercado objetivo son los adolescentes hombres. El Distribuidor no puede, por tanto, aunque esto le parezca lo más adecuado, dirigir el producto, por ejemplo, al segmento de mujeres mayores de 30 años y posicionarlo como un jean elegante y de vestir, por más que en este empeño pueda finalmente tener éxito de ventas. Una conducta del distribuidor no acorde con las políticas del Fabricante constituye un incumplimiento grave y aún cuando, volviendo a nuestro

ejemplo, el jean pudiera venderse más de lo previsto, este cambio de timón puede afectar severamente la estrategia del proveedor, sea porque quería presentarlo como un producto exclusivo, sea porque optó por un perfil inicial bajo para evitar los ataques de la competencia, porque su meta era ganar con los márgenes y no con volúmenes, etc.

- d) **Prestación del Proveedor.**- La prestación principal del Proveedor es una de entregar bienes inciertos (comúnmente llamados mercadería) al Distribuidor. Los volúmenes, oportunidad y periodicidad de las entregas dependen generalmente de los pedidos que haga el Distribuidor y de la costumbre. Las cualidades básicas de esos bienes son acordadas anticipadamente por las partes. Si bien en doctrina se dice que los productos materia de distribución deben ser de consumo final, nada obsta para que materias primas, insumos y productos intermedios sean objeto de este contrato, siempre que el distribuidor no los vaya a consumir sino a revender.
- e) **Prestación del Distribuidor.**- El Distribuidor se obliga a pagar por los bienes el llamado precio de Distribuidor, que es un precio menor al precio de venta al público, y a distribuirlos, revendiéndolos a precio "de mayorista" o "de minorista", según sea el caso, en el territorio del contrato. La ganancia del Distribuidor está en los márgenes, es decir la diferencia entre el precio de Distribuidor y el precio Mayorista/ Minorista. El margen del distribuidor le permite pagar sus gastos (alquiler de oficinas, sueldos, transporte, etc.) y obtener una ganancia neta.
- f) **Plazo.**- Puede ser indeterminado o determinado. Se trata de un contrato de duración, en el cual la ejecución de las prestaciones, algunas de las cuales son continuadas y otras periódicas, se prolonga en el tiempo.

En los contratos a plazo indeterminado y en los de duración determinada en los que se admite la resolución unilateral por voluntad de una de las partes, es costumbre pactar pre-aviso de resolución razonable para permitir a la otra parte tomar las precauciones del caso.

Se acostumbra también establecer causales de resolución por incumplimiento vinculadas al incumplimiento de ciertos aspectos del contrato de los que depende que el interés, sobre todo del proveedor, se mantenga. Por ejemplo, la falta de cumplimiento de las metas de ventas o de políticas, la infracción de normas sobre manipula-

ción, almacenaje y transporte de productos, no respetar la integridad de los productos, las marcas y diseños, etc.

- g) **Exclusividad.**- Cuando el distribuidor asume la condición de distribuidor exclusivo del proveedor, aquél se obliga a no distribuir otros productos de la misma clase en el territorio. En compensación, el proveedor suele conceder al distribuidor un descuento especial, es decir un mejor precio y suele asumir una serie de prestaciones secundarias en apoyo del distribuidor, por ejemplo, capacitación del personal de ventas y técnico del distribuidor, asumir ciertos gastos del negocio del distribuidor, descuentos especiales, incentivos, etc.
- h) **Publicidad.**- Los gastos de promoción y publicidad a menudo son compartidos por ambas partes teniendo en cuenta que ambas resultarán beneficiadas. Sin embargo, tratándose de introducción de productos nuevos, la mayor parte de estos gastos los suele asumir el proveedor.
- i) **Servicio de Post-Venta.**- El distribuidor usualmente le revende a mayoristas y minoristas en el caso de productos de consumo masivo. En el caso de la venta industrial, técnica o de bienes exclusivos, el distribuidor suele venderle directamente al consumidor. En el caso de ventas técnicas (maquinaria, equipos, ciertos medicamentos, insumos químicos, etc.) el proveedor suele apoyar al distribuidor con visitas de sus técnicos y expertos, ensayos, envío de muestras, eventos y otros servicios.

Utilidad.- La utilidad del contrato de distribución es innegable. El proveedor no necesita ocuparse el mismo de que sus productos lleguen a los consumidores, de ello se encarga el distribuidor quien además le proporciona una organización de ventas y un conocimiento de su negocio. El contrato de distribución permite, pues, un adecuado reparto de funciones, ahorro de costos y mayor eficiencia. Dice Marzorati, en observación que se aplica en realidad a todos los contratos de comercialización, que "La característica más importante del sistema moderno de distribución es que funciona como un sistema coordinado entre un grupo de comerciantes independientes" y que la asignación de territorios permite transferir la toma de decisiones a otras empresas, "lo que permite a la red operar de manera coordinada incrementando eficiencia y ganancias."³

2) Contrato de Agencia

No existe un concepto unitario sobre el contrato de agencia y probablemente por eso y por la proliferación de normas laborales que le concedieron derechos a los agentes independientes de ventas existe la equivocada creencia que del mismo nace una relación laboral.

En su concepción moderna el contrato de agencia es aquel por el cual una de las partes, llamada principal, encarga a la otra, llamada agente, la promoción de sus productos en un territorio, a cambio de una remuneración.

Aún cuando a primera vista presenta rasgos comunes con la distribución, la función que cumple y sus características esenciales lo distinguen claramente de esta figura:

- a) Se trata de un contrato de servicios. El servicio del agente consiste en promover los productos del principal, es decir efectuar cotizaciones a posibles clientes, las cuales normalmente tienen el carácter de invitaciones a ofrecer porque están sujetas a la aprobación del principal. El agente recibe los pedidos de los clientes (ofertas) y se los transmite al principal, el cual debe aceptarlos. A su vez, transmite a los clientes la aceptación del principal y recién entonces quedan celebrados los contratos.
- b) El agente actúa a veces en nombre y representación del principal y en otras ocasiones a nombre propio pero bajo instrucciones del principal. La diferencia entre ambas posibilidades puede notarse claramente en los avisos de publicidad.
- c) En una cierta modalidad de este contrato, el agente no sólo promociona el producto sino que también celebra el negocio, actuando en representación del principal.
- d) El agente es sólo un intermediario. El contrato se forma entre el principal y los clientes. Celebrado el contrato, la ejecución de las prestaciones corresponde igualmente al principal y a los clientes. El agente coopera con las partes actuando como coordinador: por ejemplo, mantiene informado al cliente sobre la situación de su pedido (fecha de embarque, fecha de llegada a puerto, banco corresponsal, etc.), transmite al principal las inquietudes y reclamos del cliente, etc.

³ MARZORATI, Oswaldo "Sistemas de Distribución Comercial", pag. 3.

- e) El agente percibe una remuneración, la cual generalmente consiste en una comisión sobre las ventas. Las comisiones se suelen liquidar y pagar conjuntamente en forma periódica. Nada impide, sin embargo, que se establezca una remuneración fija o una combinación de ambas: remuneración fija más comisión.
- f) El agente no tiene ninguna responsabilidad frente a los Clientes por el cumplimiento de las obligaciones del Principal ni frente al Principal por el cumplimiento de los Clientes. En ciertos casos, a través de la llamada cláusula "del Credere" el agente se responsabiliza por las deudas de los compradores si estos no cumplen en determinado plazo y después de haberse intentado la ejecución judicial.
- g) Corresponde al agente la obligación de mantener a su principal debidamente informado sobre el desarrollo del negocio, la situación del mercado, etc.
- h) En relación a la duración del contrato, las cláusulas de exclusividad, los gastos de promoción y publicidad, asistencia técnica y las causales de resolución es aplicable lo dicho a propósito de la Distribución.

Utilidad.- La agencia resulta el mejor camino para colocar productos en un mercado cuando se trata de negocios de carácter técnico o industrial y de productos de menor demanda y de difícil salida. Es el caso, por ejemplo, de la venta de naves y aeronaves, maquinaria industrial, camiones, insumos plásticos, repuestos, etc. Al proveedor no le conviene tener un stock en el territorio porque no maneja volúmenes sino "especialidades". La venta de un proveedor de rotativas de imprenta puede ser de apenas 3 máquinas al año, pero es lo suficiente para hacer un buen negocio. Los negocios a través de un agente permiten una reducción importante de costos, pues no se requiere una gran infraestructura ni una organización compleja y la comisión se paga de acuerdo a lo vendido y una vez ingresado el dinero. Si bien nos hemos referido sobre todo al más común de los contratos de agencia, el del agente vendedor, existen muchas otras modalidades de agencia con sus propias peculiaridades: el agente de viajes, el agente naviero, etc.

3) Contrato de Corretaje

Como la agencia, el corretaje es un contrato de mera intermediación. A diferencia de la agencia, el corre-

tor se obliga con su comitente únicamente a facilitar el negocio con un tercero. Es decir el corredor no interviene ni en la negociación (como el agente) ni en la celebración del contrato (como el comisionista). El corredor es independiente y actúa por cuenta propia. Su función es ayudar a las partes, proporcionándoles información, a detectar oportunidades de realizar negocios. Es el caso del corredor de inmuebles que, tratándose del vendedor o del arrendador, promociona el inmueble y le consigue personas interesadas en comprarlo o alquilarlo. Cuando el encargo proviene del comprador o arrendatario, les consigue a éstos el contacto con posibles oportunidades de compra o alquiler. Una vez puestas las partes en contacto, son ellas las que negocian las condiciones y cierran el contrato.

A diferencia de la agencia, dice Javier Arce que en el corretaje "el mediador no es un colaborador estable, es ocasional, esporádico, se contrata con él para operaciones o actos concretos no esporádicos."⁴

La contraprestación que el corredor recibe del comitente consiste generalmente en una comisión que se paga sobre el precio del contrato (por costumbre suele ser un porcentaje del precio de venta, una mensualidad de alquiler, etc.) Nada impide, por supuesto, pactar otro tipo de remuneración. Lo peculiar de este contrato es que la remuneración se paga solo si se consigue concretar el negocio. El corredor no tiene derecho a ninguna compensación si el negocio no se cierra.

El corredor podría ser contratado simultáneamente por las dos partes. Esta no constituye una situación de incompatibilidad o de conflicto de intereses, pues su función no es asesorar a las partes, aún cuando en la práctica pudieran asumir, bien *motu proprio* bien a pedido de su cliente, también la función de consejeros, sino únicamente ponerlas en contacto, presentarles oportunidades o posibles ofertas.

La figura del corredor existe no solo en el campo inmobiliario, es conocido el *broker* de *commodities* y mercadería que detecta oportunidades de venta y compra de productos, especialmente si son escasos. Una situación especial es la del *broker* de seguros, que cumple una doble función: es agente de ventas para las compañías de seguro y es, al mismo tiempo, un intermediario para los clientes, asumiendo normalmente una función complementaria de asesoría. También distinto es el caso de los corredores de bolsa que en realidad son agentes de comercio. El

⁴ ARCE, Javier "Contratos Mercantiles Atípicos" pag.135.

corredor no se limita a contactar a las partes sino que contrata por cuenta de ellas.

La utilidad del corretaje está en función de la información privilegiada que el corredor maneja y que el cliente solo podría conseguir invirtiendo tiempo y esfuerzo, a lo que normalmente no está dispuesto.

4) Comisión Mercantil

Es el único de los contratos de comercialización recogido por nuestro ordenamiento legal.

Dice el artículo 237 del Código de Comercio que "Se reputará comisión mercantil al mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio, y sea comerciante o agente mediador de comercio el comitente o el comisionista."

Sus principales características son:

- a) Es un contrato de servicios y más propiamente un tipo de mandato. Como en el mandato, en la comisión el mandante encarga al mandatario la celebración por cuenta y en interés del mandante de actos jurídicos, sólo que en este caso se trata de actos de comercio. Puede tratarse por ejemplo de comprar o vender un lote de mercadería.
- b) En retribución por sus servicios, el comisionista recibe del comitente o mandante una comisión. Normalmente, además, se le entrega un adelanto para gastos y tiene derecho al reembolso de los mismos, salvo que la remuneración fuere por todo concepto.
- c) A diferencia de aquella modalidad del contrato de agencia que faculta al agente a celebrar contratos, la relación que nace de la comisión es temporal y para actos concretos y no tiene como en el caso de la agencia permanencia.

Como quiera que el tratamiento que da el Código de Comercio a esta institución, la cual está presente en casi toda la legislación comercial comparada, es bastante obsoleto y fuera de actualidad, en la práctica las relaciones de comisión mercantil se rijen más bien por las normas pertinentes del Código Civil sobre Mandato y Prestación de Servicios.

5) Contrato Estimatorio

El artículo 1556 del Código Italiano, fuente de las normas equivalentes sobre este contrato en los códi-

gos mercantiles modernos, dice que mediante el Contrato Estimatorio una parte "entrega una o más cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya la cosa en el término establecido." Habría que precisar en relación a esta definición que el comerciante recibe el bien no para quedárselo sino con el propósito de venderlo a terceros. Sin embargo, vencido el plazo fijado por las partes, el comerciante puede optar entre pagar el precio estimado (cuando se entiende que ha conseguido comprador) o devolver el bien al comitente (cuando no ha podido venderlo).

La entrega del bien se hace con el propósito que el comerciante, por sus cualidades personales o por las características de su local, pueda mostrarlo y ofrecerlo al público interesado. La propiedad del bien la mantiene en todo momento el comitente.

La no venta del bien no le genera ninguna responsabilidad al comerciante. Su obligación es de medios, de diligencia, y no de resultados.

El beneficio del comerciante puede ser una comisión o la diferencia entre el mayor precio obtenido (el precio de venta final) y el precio estimado que debe pagar al comitente (de ahí el nombre de contrato estimatorio).

Díaz Bravo dice que se trata de un contrato "propio de comerciantes detallistas, particularmente traficantes de automóviles, piezas artísticas, joyas, libros usados y en otras muchas mercaderías de no fácil venta directa por parte de su propietario."⁵ La utilidad de este contrato se manifiesta en el hecho que el comerciante no realiza ningún esfuerzo especial de venta, pues ésta se realiza en su local, como parte de su negocio y tampoco asume ninguna obligación de vender: si vende bien, sino devuelve el bien. Al comitente se le abre la posibilidad de lograr la venta de un bien de difícil venta a través de un medio idóneo como es el local de un comerciante.

6) Contrato de Consignación

A menudo se ha tratado a la consignación como sinónimo del contrato estimatorio. Una modalidad de la misma, sin embargo, ha cobrado autonomía en la práctica comercial, como complemento de los contratos de distribución y de agencia.

En esta modalidad, el proveedor entrega mercadería en consignación a su agente en un territorio. La mercadería es entregada con guías de consignación,

⁵ DIAZ BRAVO, Arturo "Contrato Mercantiles" pag. 90.

y el agente las mantiene en almacenes propios, separada de su propia mercadería, considerándola en todo momento propiedad del proveedor y obligándose a cuidarla y mantenerla asegurada.

A diferencia del contrato estimatorio, en la consignación lo que se quiere es que el comerciante tenga la posibilidad de tener un stock a mano para entregas inmediatas. A menudo la posibilidad de cerrar un negocio y aventajar a la competencia depende de que tan rápido pueda entregar la mercadería. En la consignación, el agente mantiene su condición de tal y el contrato se celebra entre la principal y el cliente, el agente asume solo un encargo adicional: entregar los bienes.

Algo parecido ocurre entre distribuidores y bodegas o minoristas. El distribuidor deja la mercadería en consignación con los minoristas. Al vencimiento del plazo de costumbre, aquella mercadería que no ha podido ser vendida es devuelta y la que ya lo fue es facturada.

7) Contrato de Concesión

La Concesión Comercial es una variedad del contrato de distribución. El concesionario es un distribuidor exclusivo que forma parte de una red de comercialización del proveedor, y que, si bien es un comerciante independiente, revende siguiendo instrucciones del proveedor. El concesionario tiene pues menos libertad que el distribuidor: está obligado a realizar el negocio bajo el nombre y el control del concedente y a seguir un formato común a toda la red de concesionarios.

Este sistema ha tenido notable éxito en la industria automotriz, tanto en el caso de venta de automóviles como de talleres de servicio mecánico.

Distinto es el contrato de la concesión privada, mediante la cual el concedente separa una actividad que le compete y se retira de ella cediéndola temporalmente al concesionario para que la administre y explote. Por ejemplo, la entrega en concesión del servicio de comedor o cafetería en un centro de estudios, club social, etc.

8) Franchising

Según la muy precisa definición de la Asociación Alemana de Franquicias, el Franchising es "un Sistema de Distribución organizado de manera vertical-cooperativa que da derechos a empresas autó-

nomas sobre la base de una relación contractual de larga duración. El sistema se dirige al mercado como una unidad (formato uniforme) y se difunde sobre un programa de prestaciones de los socios del sistema en base a una repartición de funciones así como un sistema de conocimientos/instrucción y de control para asegurar conductas acordes con el sistema. El programa de prestaciones del Franquiciante es el Paquete de Franquicia; consiste de un concepto de adquisiciones, de ventas y de organización, la garantía de los derechos de protección, la capacitación del Franquiciado y la obligación del Franquiciante de apoyar activa y permanentemente al Franquiciado y de desarrollar continuamente el concepto hacia adelante. El Franquiciado actúa en nombre propio y por su cuenta; él tiene el derecho y el deber de usar el Paquete de Franquicia contra un pago. Como prestación aporta capital, trabajo e Información."⁶

La Asociación Internacional de Franquicias la define como una "Relación Contractual entre Franquiciante y Franquiciado en la cual el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo, respecto a áreas tales como *know-how* y entrenamiento, en tanto el Franquiciado opera bajo un nombre comercial común y de acuerdo con un procedimiento o patrón establecido o controlado por el Franquiciante, haciendo aquél una inversión sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio"

Se podría decir, en suma, que se trata de un Contrato de Distribución en el cual el Franquiciante, a cambio de una prima o "cuota de ingreso" ("*entrance fee*"), le permite al Franquiciado comercializar en exclusiva productos en un territorio, bajo la marca del Franquiciante, y le transfiere un método para administrar o manejar dicho negocio, sujeto a su estricto control y asistencia técnica continua, debiendo el Franquiciado pagar una regalía.

Se trata, pues, de un contrato de colaboración, en el cual el interés continuo se manifiesta en una permanente interacción del Franquiciante con el Franquiciado para ayudarse mutuamente a desarrollar la franquicia. El éxito de la franquicia es el propósito común en torno al cual trabajan estrechamente ambas partes.

Las principales características de este contrato son:

- a) El Franquiciante concede al Franquiciado una licencia para el uso de su marca.

⁶ MARTINEK Op. Cit. Tomo II, pag. 15.

- b) Esta licencia va unida a una relación continua de Distribución del producto en un territorio asignado. El Franquiciado se integra a una red comercial, dentro de la cual hay una comunidad de intereses.
- c) Como parte de la Franquicia, el Franquiciante transfiere su *know-how* al Franquiciado, el cual repetirá el negocio exactamente como lo hace su Franquiciante. El Franquiciante le brinda al Franquiciado asistencia técnica, capacitación, asistencia en la elección del lugar para desarrollar el negocio, la construcción y decoración del local, equipamiento, asistencia financiera, asistencia en identificación de proveedores, publicidad, etc. y lo provee con un sistema de operación, llamado el Manual de Operación, que incluye normas de contabilidad y auditoría, sistemas computarizados de mantenimiento y seguimiento de inventarios, soporte administrativo, selección de personal, prácticas de comercialización, etc.
- d) Normalmente el franquiciado debe pagar, en contraprestación, una Cuota de Ingreso ("*Entrance Fee*") y una Regalía Mensual o Anual que usualmente se calcula sobre los ingresos brutos del negocio. Puede pactarse también el pago de derechos adicionales.
- e) El Franquiciado se obliga a cumplir las normas de calidad y uniformidad del sistema de Franquicia, pues no sólo tiene derecho de usar la marca y el formato del Franquiciante sino que tiene la obligación de hacerlo. Debe, pues, seguir las instrucciones del Franquiciante sobre producción, comercialización y administración del negocio, y respetar el método operativo contenido en el Manual Operativo (por ejemplo, las reglas sobre elección del lugar, decoración del local, equipamiento, políticas contables, selección de personal, reglas de seguridad, uniformes del personal, empaques, etc.)
- f) Es común también que se pacten cláusulas de no competencia en favor del Franquiciante y de abastecimiento obligatorio de bienes y servicios con proveedores seleccionados por el Franquiciante (así ocurre por ejemplo, en el caso de la mayor parte de los negocios de comida rápida con sus proveedores de bebidas gaseosas).
- g) El Franquiciado asume una obligación de confidencialidad y secreto.
- h) El Franquiciado corre con el riesgo del negocio: a él le corresponden las pérdidas o ganancias.
- i) La clave del éxito del sistema es la conformidad con un método, es decir la standarización o uniformidad. El éxito del sistema está en que, por ejemplo, cuando la gente come con el Franquiciado de *Burger King* piense y cree que lo está haciendo realmente en *Burger King*, exactamente igual que si se tratase de cualquiera de las tiendas de la cadena en todo el mundo.
- j) Es un contrato *intuitu personae*. La selección del Franquiciado es muy estricta y se hace no solo sobre la base de su capacidad económica y financiera, sino también de sus cualidades personales, experiencia, buen nombre en el mercado, etc.

Utilidad.- A las ventajas clásicas de los sistemas de distribución, la Franquicia agrega la de permitir una mejor penetración en nuevos mercados. Para el Franquiciante, representa lograr con una mínima inversión y un mínimo costo -pues los costos tanto pre-operativos como de operación van a ser asumidos por el Franquiciado- introducir su producto en nuevos mercados y obtener ganancias en base al esfuerzo y la dedicación del Franquiciado. Para el Franquiciado, significa emprender un negocio seguro, con un mínimo de riesgo pues se trata de aplicar una receta ya probada y victoriosa. Le permite, pues, aprovechar un *know-how* ya testado por otro y el "*goodwill*" y la reputación de un producto ya posicionado. El *Franchising* permite una adecuada concentración de las funciones y reparto de fortalezas y ventajas.

El efecto multiplicador de una idea y una marca permiten obtener importantes ganancias con mínimo de riesgo y con el esfuerzo de otros. No de otra manera se explica el éxito mundial del *Franchising* (se calcula que 70% de los sistemas de distribución de productos de consumo masivo en Estados Unidos se hacen bajo este sistema), que ya empieza a sentirse también en el Perú. No sólo por el ingreso de las grandes cadenas de "*fast food*", el sistema de Franquicias está entrando en todos los sectores del comercio y servicios llamados minoristas, desde alquiler de automóviles, ropa, fotografía y bebidas gaseosas, hasta lavanderías, alquiler de videos, servicios de enseñanza y actividades deportivas. El *franchising* ha dejado además de ser un producto que los empresarios extranjeros ofrecen a socios peruanos. Los propios empresarios peruanos han empezado a desarrollar su franquicia, entregándola a terceros a lo largo del país.

El *Franchising* ha aprovechado ventajosamente un fenómeno que el marketing moderno se ha encargado de descubrir y de estudiar: el Posicionamiento. Al Ries y Jack Trout, los autores de "*Positioning: the*

Battle for your Mind", dicen que "el posicionamiento no se refiere al producto, sino a lo que se hace con la mente de los probables clientes, cómo se ubica el producto en la mente de éstos."⁷ El posicionamiento nos revela que el comportamiento del consumidor se guía por el conjunto de imágenes que la sola mención del nombre del producto provoca en la mente del consumidor y que dichas imágenes evocan beneficios. "El término posicionamiento del producto se relaciona con las decisiones y actividades para crear y mantener en la mente de los consumidores el concepto de producto que desea la empresa".⁸ Una marca que se distribuye por franquicias es una marca bien posicionada y que, al repetir idénticamente el formato, logrará que el consumidor siga la marca esperando obtener los beneficios que la marca trae consigo.

III. CONTRATOS DE TRANSFERENCIA DE KNOW-HOW

El concepto de "know-how" es muy amplio. La Cámara de Comercio Internacional lo ha definido como "La totalidad de los conocimientos, del saber especializado y de la experiencia volcados en el procedimiento y en la realización técnica de la fabricación de un producto..."⁹ Como bien señala Herbert Stumpf, "el know-how no debe limitarse a los campos de la técnica y la industria, también hay un know-how comercial."¹⁰ Y la Asociación Internacional de Protección Jurídica Industrial dice que "el Know-How consiste en conocimientos y experiencias de naturaleza técnica, comercial, administrativa, financiera o de otra naturaleza, aplicables en la práctica en la explotación de una empresa o en el ejercicio de una profesión."¹¹

Los contratos de transferencia de estos conocimientos y experiencias, llamados *know-how*, tienen una importancia decisiva para un país que como el nuestro requiere entrar en un proceso acelerado de modernización, actualización y optimización no sólo de procesos productivos sino de prácticamente todo: empaques, medios de transporte, atención a los clientes, organización administrativa, etc. La necesidad de competitividad lleva a que los empresarios adquieran tecnología de punta y *know-how* moderno en el mercado internacional. En la mayor parte de sectores la creciente competencia presiona sobre

los precios y, ante la imposibilidad de continuar reduciendo costos, la salida está únicamente en mejorar la calidad de los productos y procesos. Un instrumento básico en la búsqueda de este objetivo es el *know-how*.

Básicamente, existen dos tipos de contratos de *know-how*: aquéllos en los que se adquiere el derecho de usar el *know-how* por un cierto plazo o para una cierta finalidad y aquéllos en los que se adquiere el *know-how* con carácter definitivo.

A los primeros se les denomina normalmente contratos de licencia y entre las principales modalidades de éstos están los de :

- a) **Licencia de Fabricación.**- El Licenciatario cede al Licenciatario por un cierto plazo el derecho de utilizar las fórmulas o recetas para fabricar un producto. En ocasiones se le confunde con el contrato de licencia de marca. Aunque a menudo van juntos, puede haber una licencia de fábrica sin autorización para el uso de la marca, en cuyo caso el fabricante debe usar su propia marca.
- b) Similares al anterior son los contratos de **licencia de formulación, de envasado, de embotellamiento y de secretos industriales.**
- c) **Licencia de Marca.**- El Licenciatario cede al Licenciatario el derecho de usar su marca, nombre comercial, lema, modelos de utilidad, diseños industriales, signos distintivos o cualquier elemento de propiedad industrial, durante un cierto plazo. La licencia de marca va generalmente asociada a contratos de licencia de fabricación, de distribución, de *franchising*, etc. Por ejemplo, Coca-Cola permite a sus embotelladores usar sus marcas pero como parte de un paquete contenido en el contrato de franquicia.

Podría ocurrir, sin embargo, que exista un contrato de licencia de marca pura. En estos casos el licenciatario cede la marca pero se reserva el derecho de verificar que el producto con el cual se está identificando la marca mantenga un nivel mínimo de calidad y se mantenga dentro de ciertos estándares. Esto es muy frecuente en el negocio de manufacturas. Conocidas marcas de ropa suelen

⁷ RIES, Al y TROUT, Jack "Posicionamiento" pag. 3.

⁸ PRODEW y FERRELO, C. "Marketing, Decisiones y Conceptos Básicos" pg. 229

⁹ STUMPF, Herbert "El Contrato de Know-How" pag. 5.

¹⁰ IBIDEM pag. 11.

¹¹ IBIDEM pag. 12.

licenciar sus marcas a confeccionistas peruanos, luego de verificar que la ropa a confeccionarse tiene una buena calidad y es compatible con el posicionamiento de la marca. En nuestro país se viene cobrando consciencia creciente de los enormes beneficios que se pueden obtener de la comercialización de las marcas, el llamado "merchandising". Un ejemplo reciente es el de los clubs de fútbol, imitando la enorme industria creada por la NBA, la NFL, la NHL y las demás ligas deportivas norteamericanas.

d) **Licencia de Software.**- El Licenciante permite al Licenciatario usar un sistema o paquete de sistema informáticos durante un tiempo a cambio de un precio.

En el segundo tipo de contratos, el usuario no necesita de tecnología por cierto tiempo sino que lo que se quiere a cambio es adquirir el *know how*, por ejemplo, obtener una patente, un diseño industrial, un plano arquitectónico, una idea publicitaria, etc. el mecanismo adecuado lo constituyen los contratos de transferencia de tecnología, los contratos de transferencia de marcas o de propiedad industrial, los contratos de asistencia técnica, etc. Estos últimos si bien son contratos de servicio, contienen un factor importante de transferencia de tecnología. Situación similar es la de los contratos de capacitación y entrenamiento, que permiten al comitente formar técnicamente a su personal, y los contratos de consultoría que le permiten al usuario el acceso a información y consejo calificado, pero al mismo tiempo le dan la posibilidad de aprender cómo utilizar técnicas o herramientas de manejo empresarial.

La principales características de los contratos de *know how*, en cualquiera de sus modalidades son:

- a) El *know how* consiste normalmente en conocimientos de carácter secreto, por lo tanto, el que adquiere el *know how* se obliga, normalmente, a mantener en secreto el mismo y a mantenerlo bajo su uso y no permitir que terceros lo usen.
- b) Cuando el contrato es temporal, el licenciatario se obliga, al término del plazo, a devolver el *know how* y a abstenerse de usarlo, destruyendo o devolviendo los medios en los que éste se encuentra recogido (diskettes, manuales, planos, dibujos, etc.).
- c) Tanto el adquirente del *know how* o tecnología como el licenciatario deben pagar una contra-

prestación. La del licenciatario consiste normalmente en una regalía ("*royalty*"), a menudo porcentual sobre los ingresos del licenciatario, aunque también podría tratarse de una cantidad fija. El adquirente normalmente paga una prima única, aunque a veces se pacta adicionalmente una regalía por un cierto plazo.

- d) El adquirente solo puede usar el *know how* para el fin pactado. Si he adquirido *know how* para aplicar técnicamente el producto X, no puedo pretender usar ese *know how* en el producto Z.
- e) El licenciatario tiene obligación de mantener informado al licenciante sobre los productos fabricados, debe enviarle muestras, y el licenciante tiene el derecho de inspeccionar y controlar los productos en los cuales se está utilizando su *know how*.
- f) El adquirente o licenciatario del *know how* podría tener obligaciones adicionales en relación a efectuar mejoras en el *know how*, conservación del mismo, venta de los productos, obligación de no competir con el transferente o licenciante, etc.
- g) Los contratos de licencia pueden ser exclusivos o no exclusivos.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto Legislativo 662, Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera, los contratos de licencia de uso de tecnología, marcas, patentes u otros derechos de propiedad industrial de origen extranjero, así como de asistencia técnica, ingeniería básica y de detalle, gerencia y franquicia que estipulen el pago de regalías calculadas sobre porcentajes de las ventas netas de un producto determinado u otro sistema de cálculo, están sujetos a registro automático ante INDECOPI, siempre que se cumpla con identificar a las partes, las modalidades de transferencia de tecnología, valor contractual y plazo de vigencia y siempre que no se incluyan cláusulas que prohíban o limiten la exportación de productos elaborados en base a la tecnología respectiva (salvo casos excepcionales con autorización de INDECOPI).

La cesión, gravámen, transferencia o licencia de derechos de propiedad industrial (marcas, patentes, etc.) debe efectuarse por escrito y está sujeta a registro en la Oficina de Signos Distintivos de INDECOPI, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Ley 26017.

IV. CONTRATOS DE ABASTECIMIENTO DE BIENES Y SERVICIOS

El ingenio y la creatividad de los empresarios ha dado origen a una multitud de contratos que tienen por objeto garantizar el adecuado y oportuno abastecimiento de bienes y servicios, reduciendo costos y ganando en eficiencia:

1) La Subcontratación Empresarial

En los años 70, los empresarios peruanos realizaron importantes inversiones en infraestructura industrial. Eran los tiempos del modelo de sustitución de importaciones de la CEPAL. En los años 90, la caída de las barreras arancelarias, el fin de los proteccionismos, la integración de los mercados subregionales en mercados regionales y los avances en las comunicaciones han traído consigo el fenómeno de la globalización. Hoy es posible tener a disposición productos de cualquier parte del mundo a precios competitivos.

Los empresarios peruanos y extranjeros han venido utilizando desde hace años un método que les permite reducir sus costos fijos y aumentar su eficiencia: compartir capacidad productiva instalada a través de la subcontratación empresarial. Los sectores farmacéutico, cosmético, químico y de productos de limpieza fueron de los primeros que, alarmados por los efectos que el tener capacidad instalada ociosa producía sobre el costo de sus productos, empezaron a utilizar los contratos de servicios de fabricación.

Mediante este contrato, conocido también como fabricación por encargo, una de las partes encarga a la otra que le fabrique, por cuenta de la primera, productos, según instrucciones que le dará la primera.

Repasemos las características de este contrato:

- a) Es un contrato de servicios atípico, que se rige por las reglas que le fueren aplicables del Código Civil en relación a la prestación de servicios.
- b) El comitente le entrega al fabricante las fórmulas, recetas, diseños, indicaciones y métodos de fabricación necesarios y el fabricante se obliga a guardar secreto de los mismos y a utilizarlos únicamente para la fabricación de los productos que le han sido encargados. El fabricante no podrá usar dicho *know how* ni en su provecho ni en beneficio de terceros.

- c) El comitente entregará al fabricante las materias primas, insumos y productos intermedios necesarios, así como los envases, empaques, etiquetas, etc. Cuando el servicio contratado es uno de pura transformación, al contrato se le llama contrato de maquila (por ejemplo, transformar alambre de cobre en alambro de cobre). En ocasiones, el fabricante suministra alguno de los insumos o recibe instrucciones para adquirirlos de terceros. En otras ocasiones el íntegro de los insumos son proporcionados por el fabricante o por terceros.
- d) El comitente debe pagar por el servicio según los lotes fabricados. El precio puede fijarse en función de una cantidad por unidad o de un porcentaje sobre el valor de los productos fabricados.
- e) El fabricante se obliga a fabricar los productos utilizando su propia infraestructura y recursos, maquinaria, personal, energía, etc. La fabricación debe hacerse siguiendo estrictamente las fórmulas e instrucciones del comitente. Las partes pueden acordar igualmente que se sigan medidas de seguridad, control de emisiones, control de calidad, etc.
- f) El fabricante debe entregar el producto en las fechas acordadas bien sea al comitente o a quien éste designe (un almacén, el distribuidor, comprador del producto ...).
- g) Fabricante y comitente son independientes. Los trabajadores del fabricante no tienen ninguna relación laboral con el comitente y viceversa.

Utilidad.- La celebración de este contrato parte de una relación de gran confianza entre las partes. Las partes tienen generalmente actividades similares y compatibles y un estilo de conducta empresarial similar. Como ya hemos dicho, la sub-contratación permite a ambas partes reducir sus costos fijos de fabricación y operar con mayor eficiencia. Para aquél que encarga a otro la fabricación, este contrato permite entregar la actividad productiva a un tercero, con lo cual el comitente podría cerrar su planta industrial o toda una línea de producción, dar de baja la maquinaria y reducir el impacto del costo de fabricación sobre sus precios, mejorando sus márgenes.

Modalidades similares son las del contrato por el que se encarga a terceros el envasado o re-ensado de productos, el fraccionamiento de los mismos, la formulación, mezcla o ensamblado de productos,

etc. Un buen ejemplo de las ventajas de este contrato es cuando se encarga la fabricación a un tercero que tiene costos más baratos que los del comitente, por ejemplo, porque tiene salarios más bajos. Esto ha ocurrido con las empresas americanas que encargan servicios de maquila a empresas mejicanas ubicadas a lo largo de la frontera entre México y Estados Unidos, la llamada "zona de la maquila", zona donde los productores gozan de un régimen tributario especial y donde los jornales de los obreros mexicanos son apenas un 10% del de los americanos.

2) El Contrato de *Outsourcing*

Otro de los descubrimientos notables de los gerentes modernos es que una empresa eficiente no es la que hace todo ella misma. Según los principios clásicos de la Administración, toda organización empresarial debería contar con ciertos órganos de línea, aquéllos que cumplieran con funciones vinculadas directamente al negocio de la empresa y consideradas irrenunciables: Producción, Ventas, *Marketing*, Operaciones, y con órganos de apoyo, encargados de facilitar el cumplimiento de sus funciones por parte de los órganos de línea y aportarles los recursos, Finanzas, Sistemas, Logística, Contabilidad, etc. Cuando llegaron los tiempos de las grandes crisis, los empresarios empezaron a preguntarse, entonces, si no sería conveniente que algunas funciones auxiliares o secundarias pudieran ser cumplidas por terceros.

Empezó así la revolución del "*outsourcing*": le empresa entrega una actividad que le es propia a un tercero para que la cumpla de acuerdo a ciertas indicaciones y a cambio de una retribución. Una de las primeras áreas en abanderar el "*outsourcing*" fue sistemas informáticos. IBM tomó el liderazgo: ofreció un producto nuevo al mercado, algo así como "denos su centro de cómputo y nosotros lo haremos por usted." IBM ofrecía, bajo la garantía de su nombre, el manejo del centro de cómputo de sus clientes en forma integral, es decir, procesar la información rápidamente y con certeza, innovación continua, tecnología de punta, confidencialidad, archivos de seguridad, trabajo sin horario, servicio de emergencia "*on line*" las 24 horas del día, etc. El ejemplo fue rápidamente imitado por sus competidores.

La revolución del "*outsourcing*" derribó varios mitos. El primero fue aquél de que ciertas funciones debían mantenerse necesariamente dentro de la empresa. Cuando funciones como llevar la contabilidad, administrar las planillas de remuneraciones o la asesoría legal completa fueron encargadas a ter-

ceros, la confidencialidad, lejos de verse afectada, se vió incluso mejorada.

Otro mito que fue desbaratado fue aquél de que cuando uno mismo hace las cosas las hace mejor porque mantiene todo bajo control. Lejos de mantener todo bajo control, las empresas que hacen "todo" ellas mismas tienden a perder de vista lo más importante de su negocio: los clientes. El *outsourcing* permite a las empresas concentrarse en aquéllo que saben hacer: vender, atender a los clientes, definir estrategias, etc. y dejarle los detalles a los "especialistas". Es así como surgen empresas especializadas en mantenimiento industrial, vigilancia, limpieza, mensajería, etc.

Por último, está el mito de que hay funciones estratégicas y sensibles de la empresa, de las cuales ésta nunca podrá abdicar. Hoy casi todo es posible de contratar por *outsourcing*: servicios de almacenaje, cobranzas, instalación y cableado, soporte técnico. Hay casos extremos de empresas que han incluso delegado la función de ventas en terceros.

Algunas de las características básicas de este contrato son:

- a) Es un contrato de servicios atípico, que se rige por las reglas que le fueren aplicables del Código Civil en relación a la prestación de servicios.
- b) El comitente se obliga a proporcionar al locador la información necesaria para cumplir con el encargo. El locador debe guardar confidencialidad sobre esta información.
- c) El locador debe, de acuerdo a las instrucciones del comitente, cumplir oportunamente y exactamente con el encargo.
- d) A cambio del servicio el locador recibe una remuneración periódica. Si bien normalmente se trata de una remuneración fija, en ciertos casos (por ejemplo, ventas, cobranzas,...) se acostumbra pagar una comisión porcentual.
- e) El locador debe mantener adecuadamente informado al comitente sobre el desarrollo de su función.
- f) Locador y comitente son independientes. Los trabajadores del locador no tienen ninguna relación laboral con el comitente y viceversa.

3) El Contrato de *Management*

Mediante este contrato se confía la dirección y gerenciamiento de una empresa o negocio a un tercero, experto en administración de negocios, durante un cierto tiempo y a cambio de una remuneración. Los comentarios efectuados a propósito del "*outsourcing*" se aplican a esta novísima figura

contractual que ya se viene usando con éxito en nuestro país. Por supuesto, en el "Management" la responsabilidad es mucho mayor, lo cual se ve reflejado en las cláusulas de garantía que se suelen incorporar.

4) El Suministro

El artículo 1604 del Código Civil Peruano define al Suministro de la siguiente manera:

"Artículo 1604.- Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes."

Son características de este contrato:

- a) Por el suministro el suministrante se obliga a proveer de bienes al suministrado. Los bienes a suministrar son bienes inciertos, normalmente mercadería, aunque también podría tratarse de bienes intangibles (por ejemplo, energía eléctrica) y de bienes inmuebles inciertos (por ejemplo, terrenos, barcos).
- b) La ejecución de la prestación de entregar estos bienes puede ser de ejecución periódica o continuada. A menudo, el momento de la ejecución, el número de entregas, las cantidades y otros detalles dependen de la costumbre o de los requerimientos del suministrado.
- c) La contraprestación consiste en un precio. Deliberadamente el legislador no ha incluido este elemento en la definición del 1604, dejando a la decisión de las partes determinar si el suministro será oneroso o gratuito. Lo que el legislador no ha tenido en cuenta es que el suministro es un contrato netamente mercantil y por tanto oneroso. De otra manera no se podría explicar la función de abastecimiento que el suministro busca asegurar. Un suministro gratuito no sería antijurídico, pero si se trataría en cambio de un contrato atípico.
- d) El plazo de este contrato puede ser determinado o indeterminado. Como en el caso de la distribución, las partes suelen acordar la posibilidad de terminar el contrato con un preaviso y causales de resolución por incumplimiento.
- e) El suministro puede incluir un pacto de exclusividad a favor de ambas partes o de una sola de ellas.

Utilidad.- El suministro cumple una función básica en el ordenamiento económico: a través del suministro las empresas buscan asegurarse la provisión de bienes necesarios para el desarrollo de su actividad. Los empresarios en el Perú vienen tratando hoy en día que sus suministros funcionen con sujeción al método de control de inventarios conocido como JIT o "Just in Time". Este sistema, conocido también como el método Toyota, por ser esta empresa la primera en aplicarlo, ha tenido un gran éxito en Japón. Los japoneses descubrieron que podían reducir notablemente los altísimos costos debidos a elevados stocks de partes, piezas, materias primas e insumos si podían llegar a acuerdos con sus proveedores para que los materiales fueran entregados "justo a tiempo", es decir, justo en el día y momento señalado o previsto para la utilización del material. Los ahorros producidos permitieron a la industria automotriz japonesa ofrecer autos mucho más baratos que los de sus competidores, sin reducir la calidad de los mismos. La experiencia japonesa ha sido imitada en todo el mundo. En nuestro país, los empresarios están decididos a que a través de relaciones prolongadas, estables y de mutua colaboración en torno a un fin común, proveedor y cliente puedan lograr que el cliente produzca un producto cada vez mejor. Para ello, el suministro, contrato eminentemente comercial, práctico y pensado en función de las necesidades del suministrado, debe convertirse en un vehículo idóneo y flexible, apartado de las rigideces que nuestro Código a menudo le ha introducido y que en otro lugar hemos comentado.¹²

5) Los Contratos de Servicios

Así como el suministro busca garantizar que el empresario disponga oportunamente de los bienes necesarios para su actividad, los contratos de prestación de servicios, regulados por el artículo 1755 y siguientes del Código Civil, buscan lo propio en relación a servicios profesionales, servicios corporativos, servicios de consultoría empresarial, servicios de publicidad, etc.

Hemos intentado en esta apretada síntesis presentar un panorama general de las múltiples aplicaciones y soluciones que el derecho contractual ofrece ante el juego de intereses de los agentes económicos, particularmente en las relaciones de inversión extranjera. No hemos tocado deliberadamente a los contratos financieros, de los cuales nos ocuparemos en un artículo posterior, pues es en este sector y en el de los contratos de colocación de valores y capita-

¹² BENAVIDES, Eduardo "La Contratación Moderna y el Código Civil Peruano", EN: Ius et Veritas No. 12

les, en los que quizás se han producido mayores innovaciones.

Al Derecho peruano, particularmente ahora que en el mayor de los secretos se prepara una reforma del Código Civil y que se reclama una reforma del Código de Comercio, le corresponde tomar posición frente al desafío de los inversionistas extranje-

ros, que a menudo encuentran nuestras normas demasiado rígidas, poco prácticas y alejadas de la realidad. De no reaccionar rápidamente, a nuestro Derecho podría pasarle lo mismo que le pasa a aquéllas empresas que no reaccionan a tiempo frente al cambio: morir lentamente viendo como inversionistas y socios peruanos crean sus propias reglas o aplican leyes extranjeras más flexibles.

DUANY & KRESALJA

ESTUDIO DE ABOGADOS

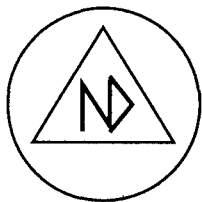
Tiene el agrado de informar a sus clientes y amigos que sus nuevas oficinas se encuentran ubicadas en:

Av. Reducto N° 1534

Miraflores

Teléfonos 241.4545 - 241.4555

Facsímil: 445.1677



NOTARIA DANNON

Luis Dannon Brender

Abogado - Notario de Lima

Lunes a Viernes
9:00 am. - 1:15 pm.
2:30 pm. - 6:00 pm.

Av. Javier Prado Oeste 770
Magdalena - Lima 17 - Perú
Central Telefónica: 461.2332/261.0009
Fax: 460.2011

LA REFORMA LABORAL Y SUS EFECTOS

Alfonso de los Heros P.A.
Abogado
Profesor de Derecho Laboral
Universidad de Lima

INTRODUCCION

Vivimos en un mundo de cambios acelerados que nos llevan a nuevas formas de vida y que han provocado lo que se ha dado en llamar la crisis política o institucional, coetánea de una crisis económica, propia del paso de la inflación al ajuste económico.

El Perú no es ajeno a esta situación y podemos observar cómo vivimos una grave crisis social que para algunos puso en peligro la integridad nacional; una crisis recesiva como producto del ajuste económico; y una crisis institucional, en la que los partidos políticos, las instituciones sociales y los grupos representativos de la sociedad parecen haber agotado sus posibilidades y sus ideas sin que se vislumbre una salida clara y sin que se pueda satisfacer, en un plazo relativamente razonable, las justas aspiraciones de la población para acceder a una vida mejor a través del trabajo, la educación y la salud, para construir una sociedad sana y viable.

El Derecho del Trabajo no escapa tampoco a estas realidades. Hay autores que sugieren una disgregación del Derecho del Trabajo, o un Derecho del Trabajo de la crisis o una crisis del concepto clásico del Derecho del Trabajo, postulando un Derecho de la Emergencia, así como la necesidad de cambios fundamentales en esta disciplina, a fin de resolver los problemas de la sociedad en la cual actúa este Derecho.

Los cambios tecnológicos y sociales influyen decididamente en el Derecho del Trabajo. Los primeros,

El presente artículo pretende ofrecer una visión global y de conjunto de uno de los procesos más importantes por los que ha atravesado el Perú en los últimos años: la Reforma Laboral. En efecto, el autor busca introducirnos a la lógica que subyace a dicho fenómeno, que sin duda ha revolucionado las relaciones económicas de nuestro país, puesto que - como sabemos- en un mercado moderno y sano es el trabajo el pilar principal sobre el que se asienta la creación de riqueza. Por tanto entender el fundamento de la opción política legislativa que en materia laboral ha tomado recientemente nuestra sociedad, resulta harto ilustrativo. Por tal razón consideremos este trabajo de obligatoria lectura para los profesionales y estudiantes de Derecho en general, y no sólo para quienes directamente tienen que ver con asuntos laborales. De esta manera podrán conocer en palabras del autor -una de las personalidades involucradas en esta reforma- los aciertos y desaciertos del resultado obtenido en este proceso.

desnudan nuestras carencias educativas y de capacitación. Los segundos, manifiestan la orfandad de las opciones de política laboral que reflejaba nuestra legislación positiva.

Todo esto hizo necesario un cambio cualitativo con objetivos claros de empleo y capacitación a mediano y a largo plazo y que resolvieran, a corto plazo, la crisis resultante de nuestra débil recuperación económica, dentro de una emergencia social que debía ser manejada con gran eficiencia por el Estado.

Ello no implicaba, desde luego, renunciar a los aspectos sustanciales del Derecho del Trabajo, cuyo contenido ético y social es indiscutible y cuya función tuitiva es permanente.

Lo que ocurre es que tenemos que comprender cómo se ha formado este Derecho en la historia y cómo ha respondido ante la crisis.

Desde la lejana época del industrialismo, a mediados del siglo XVIII, desde las primeras huelgas en la Plaza de la Greve en París, hasta la tuitión perfecta de las sociedades desarrolladas de la década de 1970, el Derecho del Trabajo ha ido evolucionando y también ha sabido adaptarse a las crisis.

Hoy, al borde del siglo XXI y del inicio del tercer milenio, nuevamente el Derecho del Trabajo se pone a prueba en el Perú para afrontar la crisis del desarrollo, del empleo y de la capacitación tecnológica ante un mundo que sigue cambiando, a pesar de los dogmas, las ideologías y de todos aquéllos que consideran que la norma modifica la realidad cuando ocurre absolutamente lo contrario.

El cambio, si bien implica desorientación y desconfianza y oculta peligros evidentes, no nos puede sorprender inermes y sin soluciones a la mano.

Conservando entonces el sentido ético-social de nuestra disciplina, al que aludía anteriormente, es necesario apreciar cuáles son los instrumentos que nos pueden servir de base para iniciar éste nuevo proceso de adaptación del derecho laboral a una realidad nueva y cambiante.

FLEXIBILIZACION LABORAL

La flexibilización en las relaciones de trabajo, en la contratación, en la ejecución de la prestación laboral, en el *ius variandi*, en la fijación de salarios y en la rotación del empleo; el fortalecimiento técnico de la organización sindical, el ejercicio democrático de la huelga y las formas más dinámicas de la negocia-

ción colectiva, han venido a ser las soluciones que se han adoptado para resolver este problema.

La flexibilización no es el desconocimiento o el derrumbe de la tuitión, sino es un proceso de adaptación de las relaciones que implican ajustes en el comportamiento individual o grupal a los cambios que se presentan en la realidad en la que actúa el Derecho del Trabajo.

Flexibilizar implica adaptarse a las nuevas condiciones de trabajo y del costo de la mano de obra, ampliando las posibilidades de contrataciones atípicas, reduciendo la exposición a los riesgos que implican los cambios bruscos del mercado; ampliando el ejercicio del *ius variandi* y facilitando la rotación laboral a cambio de una adecuada prestación en el desempleo.

Implica también una mayor flexibilidad en los rígidos esquemas de las jornadas laborales, de los turnos, de la utilización del *part-time job*, del trabajo en el domicilio, del fomento de la pequeña empresa, del empleo temporal, de la tercerización de servicios en un mundo en que ya asomó la empresa virtual.

Supone además, preparar a los jóvenes y a los desempleados para el trabajo, a través del sistema de formación laboral juvenil y de prácticas pre-profesionales, pues si el avance tecnológico continúa progresando a la misma velocidad que lo ha venido haciendo, deprimirá el empleo en la medida que tanto el trabajador eventual o estable, como los ciudadanos que se incorporan al mercado laboral, no puedan a través de la educación y la capacitación, salvar la brecha tecnológica que en este momento no logramos aún remontar.

No hay que olvidar que nuestra generación en los años que tiene de vida, ha sido contemporánea de todos los avances tecnológicos que conocemos, desde el uso de la energía atómica al rayo laser; de la televisión hasta el satélite; de la observación del universo a la conquista del espacio; desde la producción manual hasta la robótica; del camión de correos al facsímil. A todos estos cambios, hemos tenido que adaptarnos socialmente, pero recién al asumirlos y comprenderlos, hemos podido apreciar las ventajas que la tecnología introduce en nuestras vidas.

Como consecuencia de lo manifestado, es imperativo que la normativa laboral vaya de la mano con los cambios. Por ello, debe fijar alternativas que hagan posible la adaptación a dicho cambio, como por ejemplo, los mecanismos de recalificación profesio-

nal, como la amplitud de la negociación colectiva, los auxilios del desempleo, no solamente a través de la Seguridad Social sino también de las indemnizaciones al cese, sin que ello signifique entrar a un nuevo Derecho, pues la sustancia no se altera, sino se adapta y moderniza para poder afrontar con éxito las nuevas circunstancias. Un Derecho de emergencia social en que la autonomía de las partes da rienda suelta a su creatividad para inventar las alternativas que sean convenientes.

Paralelamente a ello, desde luego, el Estado tiene que garantizar a la sociedad medidas macroeconómicas que lleven a un verdadero equilibrio económico y social.

Es conveniente advertir que las soluciones propuestas no pasan por la absoluta desregulación de la relación laboral, de tal manera que impere la ley del más fuerte, aún cuando la flexibilización trae consigo cierto grado de desregulación.

Se trata más bien que la autonomía colectiva juegue un rol más importante en esas relaciones laborales.

Tenemos pues que alejarnos de toda utopía que pretenda una inmutabilidad jurídica para acercarnos a un modelo de adaptación, sin sacrificar los aspectos sustanciales de los derechos del trabajador.

Si tenemos en cuenta que el trabajo es un medio para satisfacer legítimas aspiraciones de vida, educación, alimentación, ahorro y seguridad, entre otras, a efectos de construir el mundo que nos rodea y realizarnos como personas, debemos superar el concepto clásico de la relación laboral estable y privilegiada, para acercarnos a la solidaridad laboral, a la Seguridad Social y a formas que permitan que cada vez más personas tengan acceso a lo que hoy en día en nuestra patria constituye un privilegio: tener un puesto de trabajo.

LA REFORMA LABORAL

Dentro del marco conceptual expuesto, se ha movido lo que se ha dado en llamar la Reforma Laboral, es decir, el conjunto de normas que se han expedido entre agosto de 1990 y diciembre de 1991.

Por un lado, se han unificado en la legislación los derechos de empleados y obreros, lo cual constituye un avance importante en materia de consolidación de beneficios y de igualdad de derechos. Se inscriben en este concepto, normas como el descanso semanal, derogándose el salario dominical y otorgando al trabajador obrero el derecho al pago

del día de descanso, privilegiando la asistencia puntual al trabajo a través de bonos o incentivos a la asistencia.

Se han racionalizado los feriados con derecho a la remuneración correspondiente, sin distinción por el tipo de trabajo realizado.

Los horarios de trabajo se han flexibilizado, uniformando las normas del derecho vacacional y se han consolidado los beneficios sociales en materia de seguros de vida y bonificación por tiempo de servicios, desapareciendo toda diferencia entre trabajadores empleados y obreros a ese respecto.

Se ha consolidado un sistema único de compensación por tiempo de servicios -que es el beneficio social más caracterizado de la Ley Laboral Peruana-, en un régimen único que garantiza su pago oportuno al cese, pues no se corre el riesgo de la falencia económica que viene con la crisis vigente; convierte a los trabajadores en sujetos de crédito, hace posible la mejora de sus remuneraciones, integra en el fondo compensatorio la totalidad de las remuneraciones, y permite el acceso a beneficios colaterales como consecuencia de la libre competencia entre las entidades depositarias. De acuerdo a estadísticas vigentes, los depósitos de la compensación por tiempo de servicios al 15 de diciembre de 1995, ascendían a S/. 2,121'688,000.00, alrededor de US\$. 902'000,000.00.

LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO

Dentro del panorama normativo reseñado, merece especial consideración referirnos a una norma cuyo carácter general para la relación individual de trabajo, reviste la mayor importancia: la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Legislativo 728. Este dispositivo se inscribe claramente dentro de la tendencia doctrinaria dominante en el derecho laboral contemporáneo que, salvo el caso del Perú, había empezado a surgir en la mayor parte de países en los últimos años.

A inicios de la década del 80, el pensamiento económico atribuye al mercado un rol fundamental en la asignación eficiente de recursos, constituyendo el mercado laboral un ámbito importante dentro de esta corriente. Es así que gobiernos socialistas como los de España y Francia han potenciado estas tendencias, dictando medidas que faciliten el encuentro entre la oferta y la demanda en el mercado laboral, en especial las denominadas "Franjas Débiles del Mercado", como pueden ser los jóvenes y las mujeres.

Panamá, México, Brasil, Colombia y recientemente Argentina, han iniciado este camino. La Ley de Fomento del Empleo recoge estas iniciativas a efectos de regular una política nacional de empleo. Dentro del área andina, Venezuela, Colombia y Ecuador han modificado drásticamente sus legislaciones laborales entre 1990 y 1991, eliminando incluso, los dos últimos, las normas sobre estabilidad laboral.

El objeto central del Decreto Legislativo 728 es regular un régimen de igualdad de opciones para acceder al mercado de trabajo, a través de tres ideas fundamentales: estimular el empleo, como consecuencia de la formación productiva en el sector privado; estimular la capacitación laboral e introducir con toda claridad el tema de la productividad laboral, tanto en la relación individual como colectiva de trabajo.

Para ello, la ley prevé un mecanismo de coordinación ministerial para el fomento del empleo y establece mecanismos previos al contrato de trabajo, para capacitar técnica y laboralmente a quienes luego se incorporarán al mercado de trabajo con mayores opciones.

Se regula el contrato de trabajo fijando la regla fundamental de presunción en favor de la duración indeterminada del empleo, pero al mismo tiempo desarrollando un sistema ágil y flexible que impulse la movilidad laboral, regulándose la hipótesis de suspensión del contrato de trabajo, la terminación individual y colectiva por causas objetivas y señalando la normativa de salida con precisión en el tema del despido y la estabilidad laboral que conforme al artículo 27 de la Constitución de 1993 y la Ley 26753, ha quedado definida. Esta ley regula los contratos temporales en toda su gama y amplitud, los contratos de naturaleza accidental, los contratos de obra o servicios y también los casos de inobservancia o fraude a la ley, dentro de esta tipología.

Mención especial merece la posibilidad de establecer convenios de productividad para promover los incentivos, y la innovación tecnológica, la cual es además un deber social y constitucional de la empresa.

Se crean programas especiales de empleo dirigidos fundamentalmente a categorías laborales con dificultad para acceder al mercado de trabajo, como el caso de mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores mayores de 45 años y trabajadores discapacitados, creándose también un mecanismo

de reconversión productiva dirigido a empresas ubicadas en el sector informal urbano.

Finalmente, esta ley regula de manera amplia a las empresas de servicios temporales y a las suministradoras de servicios complementarios, así como la promoción del empleo autónomo a través de formas asociativas decididas por sus propios trabajadores, como son las pequeñas y micro empresas, los programas de accionariado difundido regulados por la Ley de Privatización y las cooperativas de trabajadores, sin perjuicio de cualquier otra modalidad empresarial o societaria, contemplada en la Ley General de Sociedades y en la legislación mercantil vigente

En lo que se refiere a las empresas de servicios temporales y complementarios y a las cooperativas de trabajadores, la Ley 26513 ha establecido normas que limitan su utilización a un 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria y establecen para los trabajadores de este tipo de empresas ingresos y condiciones de trabajo no inferiores a las que corresponden a los trabajadores pertenecientes a la empresa usuaria que realizan labores análogas.

El Decreto Legislativo 728 constituye pues un instrumento completo en materia de relaciones individuales de trabajo.

LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Acompaña a la Ley de Fomento del Empleo, que se refiere a la relación individual, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Ley 25593, completando el cuadro de la Reforma Laboral.

Ella trata de manera integral las relaciones colectivas, mediante la regulación de sus instituciones esenciales que son: la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga.

Al sindicato se le asigna, de acuerdo a su naturaleza, la representación y la mejora de los beneficios sociales de los trabajadores a través de una negociación colectiva amplia y transparente, sin la agobiante intervención que el Estado ejercía anteriormente en este proceso negocial.

Asimismo, otorga a la huelga un sentido más amplio, que incluye la negociación colectiva como forma de solución del conflicto, democratizando además la decisión de recurrir a este procedimiento.

Históricamente, trabajadores y empleadores recusaron la excesiva intervención del Estado, en temas

propios de la autonomía colectiva y en el año 1982 se inició a través del Instituto de Estudios del Trabajo que forma parte del Ministerio de Trabajo, el montaje de un proyecto de ley de relaciones colectivas del trabajo que resolviera los vacíos e inconvenientes del sistema reinante.

El Instituto inició una encuesta a nivel nacional entre trabajadores y empleadores, a fin de establecer el marco conceptual que debía regir la ley.

Lo curioso es que como parte del diálogo que dio lugar al proyecto, en el año 1983 trabajadores y empleadores deseaban un Estado menos intervencionista, pues desconfiaban de sus resoluciones, por lo que postulaban una mayor libertad sindical.

Es así como quedó listo un proyecto de ley de relaciones colectivas de trabajo que se presentó al Parlamento en 1984, pero que tanto el Gobierno de ese entonces, como el siguiente, no convirtieron en ley.

En el año 1991 el Ministerio de Trabajo, entonces a mi cargo, recogió el proyecto citado, concordándolo con los aportes de la nueva normativa existente y formuló un nuevo proyecto que fue presentado al Congreso de la República el 26 de marzo de 1991 y pre-publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de abril del mismo año.

El 8 de junio de dicho año se pre-publicó un anteproyecto de ley de relaciones colectivas de trabajo que se convirtió en el Decreto Ley 25593, publicado el 2 de julio de 1992.

Si bien este anteproyecto y el Decreto Ley, reproducen en términos generales el marco normativo del proyecto presentado al Parlamento de la República el 26 de marzo de 1991, no constituye el mismo cuerpo legal, pues introduce modificaciones de forma y de fondo que modifican dicho proyecto original, como veremos más adelante.

Entrando al análisis de la ley, la libertad sindical es la base o paradigma de los derechos colectivos. Los Convenios 87, 98 y 151 de la OIT la consagran, así como el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución de 1993.

A la libertad sindical se le reconocen dos dimensiones: una individual, que se traduce en el derecho de coalición para formar un sindicato sin autorización previa; y en los derechos positivo de afiliación y negativo de no afiliación, o desafiliación sin restricción alguna.

La otra dimensión es colectiva, pues los sindicatos gozan también de los mismos derechos respecto a las organizaciones de grado superior.

El pluralismo sindical, factor implícito en la libertad sindical y además consagrado también por las normas de OIT es un aspecto fundamental de la ley, terminando con la unicidad sindical, no en el sentido de prohibirla, sino haciéndola voluntaria, porque precisamente dentro de la libertad sindical está también permitida la concentración, siempre y cuando provenga de la voluntad de los trabajadores.

Este pluralismo ya tenía un preámbulo muy claro en el Decreto Supremo 076-90-TR que eliminó el requisito de mayoría absoluta de los trabajadores de un ámbito determinado para formar un sindicato de primer grado, exigiendo tan sólo el número mínimo de miembros de veinte trabajadores, de acuerdo a la tradición existente en el país. Este pluralismo sindical, a despecho de los vaticinios de algunos críticos del decreto aludido, no ha generado hasta ahora una atomización sindical ni ha alterado la unicidad en aquellos casos en que los trabajadores la vienen practicando libremente como fruto de una decisión voluntaria.

El proyecto hace también un distinguo claro e inequívoco entre la personería jurídica y la gremial del sindicato, por lo cual el registro no tiene carácter constitutivo, produciendo tan sólo efectos gremiales y permitiendo al mismo tiempo su inscripción automática en los Registros Públicos para adquirir la personalidad jurídica plena que tiene toda asociación y que le permite realizar cualquier acto jurídico no gremial.

La ley consagra también el criterio de las mayorías en cuanto a la representación y preserva al sindicato de la politización y el sectarismo al impedir que se dedique institucionalmente a fines políticos, religiosos o lucrativos.

Si bien no es una novedad, sobre todo desde que se generalizó la estabilidad laboral, la ley también legisla adecuadamente el fuero sindical, como una garantía en beneficio de aquéllos que tienen que ejercer cargos de representación en la organización sindical.

Es importante señalar también que al no tener el registro un carácter constitutivo, su cancelación por razones de disolución, fusión o absorción, o por falta de requisitos para su subsistencia no está sujeta a decisión administrativa, sino a la sola cancelación registral para efectos gremiales.

En cuanto a la negociación colectiva, se ha superado el intervencionismo del Estado que se consagró y exageró en la década del 70. Este intervencionismo desvirtuó la negociación, limitó la autonomía colectiva de las partes e introdujo elementos de politización en las relaciones de trabajo.

El inciso 2 del artículo 28 de la Constitución de 1993 consagra este derecho como un derecho que fomenta la solución pacífica de los conflictos y el Decreto Ley 25593 desarrolla este instituto favoreciendo la solución autónoma del conflicto.

En lo que se refiere a la negociación propiamente dicha, se define el concepto de convención colectiva de trabajo, se precisa sus alcances y efectos, y cuáles pueden ser sus ámbitos e interlocutores.

La empresa, la rama de actividad, el gremio, el oficio, el lugar geográfico, son los ámbitos de negociación.

También se trata el tema de la articulación entre convenios de diferente ámbito; si no existe previamente una convención colectiva en alguno de tales niveles, las partes deciden autónomamente a qué nivel entablan la primera convención. Si ya existe convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, ello puede darse por acuerdo de partes, definiéndose al mismo tiempo las materias que serán tratadas en cada nivel. En caso de conflicto se aplica el principio de la norma más favorable, comparando integralmente los convenios.

La convención se puede hacer extensiva a toda una rama de actividad en dos supuestos: primero, cuando quienes la celebran representan a la mayoría de las empresas y de los trabajadores de la actividad o gremio (requisito copulativo para evitar distorsiones) y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas.

La ley confiere a la negociación gran flexibilidad, liberándola de formalidades innecesarias, como el requisito de aprobación administrativa, por tratarse de un convenio entre partes.

Se consagran variadas formas de solución pacífica del conflicto: acuerdo directo, conciliación, mediación, arbitraje privado y aún la propia Autoridad de Trabajo, si las partes voluntariamente se someten a su pronunciamiento. La solución por el Estado se

convierte en una opción más que las partes pueden considerar junto con otras, sin perjuicio de su obligatoriedad en los casos de la declaración de interrupción de la huelga por Resolución Suprema o de la intervención arbitral del Estado en los servicios esenciales.

La alternativa al arbitraje es la huelga. La opción se ofrecía en el Proyecto de 26 de marzo de 1991, solamente a los trabajadores a fin de evitar cualquier manipulación del empleador para empujar al trabajador a una huelga no deseada, o para impedir-la. Sin embargo, el Decreto Ley 25593 ha otorgado la facultad de pedir arbitraje a ambas partes, distorsionando así la capacidad sindical para elegir la vía más conveniente a sus intereses.

La intervención del Estado cuando se produce una huelga excesivamente prolongada o que cause estragos desproporcionados o resulte en actos de violencia contra personas o bienes, constituye un acto de decisión política que emana de la más elevada instancia gubernativa: la Presidencia de la República, por lo cual tiene un carácter excepcional.

La huelga es un tema difícil y controvertido y en doce años de vigencia de la Constitución de 1979 no había sido posible el consenso para su adecuada regulación. La Constitución de 1993 la consagra señalando en el inciso 3 de su artículo 28 que este derecho se debe ejercer en armonía con el interés social.

Los problemas fundamentales de la huelga son tres: quiénes y cómo deben declararla, a quiénes afecta y como manejar el caso de los servicios esenciales.

Respecto de la decisión, la ley establece que ésta sea tomada mediante asamblea y votación universal, directa y secreta por el conjunto de los trabajadores y no sólo por los miembros de la organización sindical; opción democrática que nos parece la adecuada, pues la decisión afecta a todos los trabajadores, desestimándose las llamadas formas de amarillaje.

En materia de servicios esenciales, se habían expedido las normas del Decreto Supremo 070-90-TR, de 16 de noviembre de 1990, que la ley ha incorporado. Sin embargo, por las críticas recogidas respecto al decreto antes mencionado, la enumeración que hacen de los servicios esenciales, tanto el proyecto como la ley, es más escueta y coincide

básicamente con la enumeración del Comité de Libertad Sindical de OIT.

Finalmente, se excluyen del concepto de huelga las modalidades irregulares, tales como el paro intempestivo, el trabajo a ritmo lento o a reglamento, los paros escalonados y otras similares, así como los actos de violencia.

Entonces, la huelga, según nuestro ordenamiento vigente, es aquella que se ajusta a la normatividad legal, es decir, la adoptada en forma democrática, de carácter pacífico y con abandono del centro de trabajo.

Las disposiciones finales de la ley, que no figuraban en el Proyecto, sí son desde mi punto de vista cuestionables.

En efecto, la modificación unilateral del nivel de negociación, la revisión total de los convenios vigentes y la inclusión retroactiva de las negociaciones en trámite, no tienen justificación clara ni congruencia jurídica.

La ley implica un cambio sustantivo, fundamental, que habrá de renovar las relaciones laborales en el Perú, anteriormente asfixiadas por el intervencionismo estatal; se puede apreciar, sin embargo, que los interlocutores sociales se han venido adaptando bastante bien al mismo, sin aumentar la conflictividad. Con toda seguridad, el panorama de las relaciones colectivas de trabajo ha recuperado la autonomía de la que nunca debió ser despojado, y trabajadores y empleadores pueden sentirse y saberse nuevamente artífices de su propio destino común.

LA REFORMA LABORAL COMO ELEMENTO CLAVE DE LA POLITICA ECONOMICA

A nadie puede escapar la importancia que tiene una legislación laboral moderna y flexible, para la inversión y el desarrollo.

La mayor flexibilidad en el empleo, otorga seguridad a la inversión, ayuda a dinamizar la economía y es condición para el desarrollo.

Las fluctuaciones en el empleo y el desempleo en los últimos años, son propios del ajuste económico, de la privatización, del cambio tecnológico y de la reestructuración de las empresas, que varían de un régimen estatista y populista, que dio el traste con nuestra economía, a un régimen económico libre y abierto que ha estabilizado al país.

En adelante, la dinamización de la economía permitirá revertir las cifras negativas, sobre todo en la medida en que una política laboral moderna y flexible permita también disminuir la informalidad existente.

Puede afirmarse que los resultados de la reforma laboral se verán en el tiempo como acertados y benéficos y en términos de comercio internacional, positivos, pues nos otorgarán importantes ventajas comparativas, al haber permitido que nuestra legislación laboral y nuestros costos laborales sean similares a los países del área, convirtiéndolos en competitivos.

La dinamización de la economía irá de la mano con la del trabajo, en un proceso que, en realidad, está recién comenzando.

RICARDO FERNANDINI BARREDA

NOTARIO - ABOGADO

Las Begonias 441 Of. 401 - San Isidro

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

ESTUDIO ██████████
AGUIRRE CHUMBIMUNI
██████████ **ABOGADOS**

Javier A. Aguirre Chumbimuni
Alcides M. Chinchay Castillo

Especialistas en:

Derecho Penal

Estudio Aguirre Chumbimuni, Abogados

☎ Av. Carlos Villarán N° 351 2do. Piso. Urb. Santa Catalina. Lima 13

☎ (0051) 471-2982 y (0051) 472-6270 Facsimil: (0051) 471-2982

ENTREVISTA A JAVIER TOVAR: PARTICIPACION CIUDADANA, SINTOMA DE LA CREDIBILIDAD DEL PERU*

La apertura de nuestra economía y la asunción de los postulados liberales han revolucionado la vida social y política del país. Este aserto -al margen de los juicios de valor- parece congrega unanimidad en todos los sectores. Sin embargo, pocas veces se advierte que las reformas económicas han tenido además una determinante influencia sobre la vida cotidiana de las personas. La libertad económica ha permitido, por ejemplo, que las clases medias logren acceso a la propiedad de las grandes empresas, generando así nuevas formas de ahorro y financiación. La presente entrevista con el doctor Javier Tovar, Presidente de CEPRI de Participación Ciudadana busca aproximar a los lectores a este novedoso programa que lentamente conduce a la tan ansiada por muchos redistribución de la riqueza de nuestro país (canalizándola hacia los sectores medios) y que además logra que los sectores productivos obtengan interesantes fuentes de financiamiento.

Ante todo, ¿En qué consiste el Programa de Participación Ciudadana y cómo se inscribe en el proceso de privatización que está llevando a cabo el Estado peruano?

Ciertamente, no se trata de un invento extraordinario de quienes ahora trabajamos en este programa. Es un concepto que proviene, si deseamos encontrar su fuente, del sistema de privatización británico.

El componente más relevante de la privatización británica fue la oferta al público en general. Si uno hace un repaso de todas las operaciones hechas por el gobierno de Margaret Thatcher, con unas empresas inmensas -de hecho, las más grandes que ha habido hasta hoy-, el objetivo fundamental era crear una cultura de accionariado; una cultura empresarial y de mercado entre la población.

Antes de dicho proceso, los ingleses tenían alrededor de dos millones de accionistas, es decir, personas titulares de acciones. Actualmente, y aunque no se puede decir que el proceso haya terminado, porque nunca termina, existen alrededor de diez millones de accionistas. Se trata, pues, de difundir el proceso empresarial entre el mayor número posible de ciudadanos, consolidando, además, el modelo de privatización, de desregulación y de liberalización.

Ahora bien, el caso nuestro es, a mi entender, algo distinto a la situación de los británicos. Las empresas de servicios públicos que por lo general son las

* La presente entrevista fue realizada y editada por Gonzalo Zegarra Mulanovich y Fernando Vega Sánchez, miembros del Comité Directivo de THEMIS-Revista de Derecho.

que se someten a estos procesos de participación ciudadana, en el caso británico funcionaban. En el Perú era necesario dividir el proceso en dos etapas. La primera etapa es la etapa en la que se trata de resolver el problema central, es decir, el problema de la mejora y expansión de los servicios mediante el ingreso de un operador estratégico experto en ese servicio, sea electricidad, telecomunicaciones, o banca. Un operador que garantice que esa entidad se va a expandir, se va a refinanciar y va a poder invertir en su sector.

Para lograr la primera etapa no es necesario venderlo todo. Perfectamente se puede lograr esa primera etapa reteniendo un número de acciones. La segunda etapa del proceso general de privatización consiste en la consolidación del mismo mediante la adecuación de los mecanismos que los ingleses denominan "*Massive Privatization Program*". Nosotros llamamos a tales mecanismos, sin haber inventado el nombre, "Participación Ciudadana en la Privatización". Con ellos, lo que se persigue es consolidar el proceso de privatización, crear una cultura de economía de mercado y de empresa. Este objetivo, por cierto, puede resultar algo difícil de medir, pero es muy relevante, del mismo modo que lo es nuestra intención de compartir los beneficios de la privatización con el mayor número posible de personas.

Una de las cosas que nos gustaría saber es hasta qué punto este programa busca trasladar -además de la propiedad- los mecanismos de control sobre las grandes empresas del Estado a los pequeños inversionistas...

Evidentemente es importante que los accionistas minoritarios tengan la oportunidad de ejercer cierto tipo de control sobre la empresa de la cual son propietarios. En Estados Unidos se llama empresas públicas a las sociedades que cotizan en bolsa. Estas compañías una vez registradas tienen que revelar al mercado todos sus hechos relevantes, porque son responsables frente al mercado. Si no cumplen con dicho mandato, se les aplica sanciones importantes, y la peor sanción es la del propio mercado, que consiste en la baja del precio de la acción de esa empresa, con lo cual se reduce también su valor, y todo ello porque la gente considera que la gestión es inadecuada.

Ello sin perjuicio de que existen entidades encargadas de fiscalizar la transparencia de la información de las empresas. El inversionista puede acudir a dichas entidades que, como ustedes comprenderán, son altamente eficientes y eficaces.

Ahora bien, en el Perú la CONASEV todavía no tiene los medios de control o de estudio de análisis adecuados y las sanciones pueden no ser del todo efectivas. No podemos pues, como sí pueden los norteamericanos, garantizar al accionista minoritario que va a tener una información perfecta de lo que viene ocurriendo. Por ello hay que poner en práctica un conjunto de normas y mecanismos, que podríamos llamar de mercado, y que servirán para que el pequeño inversionista tenga una idea bastante clara de lo que pasa en su empresa.

¿Podría decirse acaso que la participación ciudadana funciona como una suerte de medio para evitar los monopolios privados?

Yo no diría tal cosa. No creo que la participación ciudadana sea, *per se*, un remedio o un mecanismo contra los monopolios privados, por lo menos no directamente. Creo, en cambio, que más bien funciona -o busca funcionar, en vista de que el proceso es aún incipiente- como una garantía contra políticas económicas equivocadas, demagógicas o populistas. En efecto, en un país en el que un porcentaje relevante de la población es accionista -sin pretender tener un grado de accionariado difundido como el de Estados Unidos o Inglaterra-, las decisiones económicas equivocadas van a repercutir en el valor de las acciones y por tanto en la economía de la gente.

Las personas van a tener un termómetro muy claro que les indicará cuándo se están tomando decisiones artificiales o decisiones que no son compatibles con una proyección razonable o una economía sana. Sencillamente lo van a sentir en el bolsillo. En una reciente conferencia, uno de los ponentes comentó que el día que algún gobierno perpetre una barbaridad económica, gracias al accionariado difundido el ama de casa de Breña (perteneciente a un sector social medio o medio-bajo) sentirá las repercusiones de tal política en su bolsillo; cuando vea que su acción bajó en 20% adoptará una actitud de disconformidad.

Entonces, ¿Cuáles serían las razones por las que una economía sana requiere un accionariado difundido? ¿Por qué es mejor tener un accionariado difundido que tener uno concentrado?

Bueno, evidentemente razones las hay de sobra. Yo podría responder a su pregunta diciendo que es mejor el accionariado difundido porque es una fórmula que ha demostrado su idoneidad en los países desarrollados. Sin embargo considero que esa no es una respuesta del todo correcta.

El accionariado difundido da lugar a una cultura de participación en el mercado de capitales. Permite a las compañías acceder a los fondos existentes en ese mercado, para financiarse.

Vamos a poner un ejemplo. En el caso de Cementos Norte Pacasmayo se obtuvo a través del programa de participación ciudadana una inversión del orden de los 35 millones de dólares. ¿Creen ustedes que dicha empresa hubiera podido eventualmente hacer una emisión para obtener dinero y alcanzar un monto de 35 millones de dólares? Para que eso realmente ocurra hace falta crear un mercado de capitales que no existe, porque no existe una cultura tendiente a su desarrollo.

En otras palabras, el accionariado difundido permite por un lado, que las empresas puedan acceder a nuevos capitales; pero por otro lado brinda a las personas una posibilidad de ahorrar nueva y diferente. Sin embargo, no por ello queremos que la gente ahorre sólo a través de la adquisición de acciones, porque sería un error. Habría más bien que propugnar una diversificación del ahorro de las clases medias. Permitir el ahorro directo, tradicional o bancario, el ahorro a través de la afiliación a una AFP, y acaso para más adelante el auge masivo de los fondos mutuos, en los cuales usted ya no tiene que decidir qué acciones comprar, sino que se inscribe en un portafolio, que puede ser de empresas eléctricas o de servicios públicos en general, y en lugar de preocuparse de comprar o vender acciones, simplemente deja que una empresa especializada administre sus inversiones.

A través del desarrollo de estas instituciones y mecanismos lo que se va a lograr es un mercado de capitales mucho más dinámico. Tener un mercado de capitales dinámico y local es una ventaja competitiva real para el país a nivel internacional. Por ello, las ventajas del accionariado difundido son, desde todo punto de vista, indiscutibles. Las empresas pueden encontrar en el mercado de capitales una fuente interesante de financiamiento, las personas pueden encontrar en el mercado de capitales una alternativa de ahorro e inversión, diferente y complementaria de otras como la banca; finalmente el país logrará poseer un mercado de capitales local que significará y supondrá una gran ventaja competitiva. En fin, existen muchas otras ventajas más, entre las que podemos mencionar el fomento a la cultura empresarial y de mercado.

Por último, el accionariado difundido genera una redistribución real de las utilidades. Estas empresas generan utilidades y son redistribuidas entre mu-

chas personas, y eso tiene un efecto positivo en lo que podríamos denominar redistribución del ingreso nacional.

Todo proceso de reformas supone enfrentar una serie de obstáculos de todo tipo, políticos, éticos, sociales... En el programa de participación ciudadana, ¿qué obstáculos ha encontrado usted?

Los obstáculos son un presupuesto de nuestro trabajo. Quienes llevamos a cabo este programa hemos asumido su existencia, y muchas veces sucede que se duplican tanto la cantidad como la intensidad de los obstáculos previstos.

De acuerdo con mi personal experiencia, diría que hay obstáculos de varios tipos. El primer problema es que nunca ha habido participación ciudadana en el Perú; no hay estadísticas, no hay historia de presidentes, personas con experiencia a quienes consultar, etc. Técnicamente, ello genera una serie de dificultades operativas.

No tenemos datos siquiera de cómo se comporta la demanda para pedir información por teléfono, ni de cuánta gente lo hace; tampoco acerca de los picos o puntos más altos, ni a qué hora se producen. Hay multitud de detalles, pero hay que solucionar cada problema que se presenta por más pequeño que sea. Si bien la experiencia obtenida con esa suerte de experimento que fue la venta por teléfono fue interesante, también es cierto que en los países desarrollados, en la víspera los responsables de la operación tienen en sus manos estudios sobre cómo se comporta la demanda a tal hora y saben cuánta gente colocar para atender al público. Es así porque se ha hecho 27 veces en el último año, pero aquí las cosas son muy distintas. Tampoco tenemos, por ejemplo, empresas que brinden ese servicio, empresas especializadas en el asunto.

Hemos aprendido que hay que trabajar muy fuertemente el sistema operativo, la parte técnica, por eso ahora estamos usando sindicato de bancos, ya no un banco solamente sino un conjunto de bancos con un líder, en este caso es el Banco de Crédito, que en la próxima operación será el encargado de coordinar con todo el sindicato de manera que tengamos el mayor número posible de servicios para las personas.

Lo que pretendemos es usar la informática para hacer un proceso de prorrateo proporcional aunque dando preferencia a las órdenes más pequeñas. De tal manera que si la demanda supera a la oferta, haya un mecanismo automático y justo de asignación.

¿A través de qué mecanismos de participación ciudadana, es decir, de procedimientos, se logra que el accionariado sea difundido y no concentrado?

Los voy a explicar *grosso modo*, es decir, en términos muy generales porque existe una limitación legal de hablar acerca de la próxima operación (Telefónica del Perú).

En estas operaciones se hace una distinción entre lo que denominamos "accionista institucional" y los accionistas locales minoristas, que se califican en función de un límite máximo de inversión (que primero fue de diez mil soles y después de cinco mil). A estos últimos se les da una serie de incentivos que se han utilizado internacionalmente, como puede ser el pago a plazos o un pequeño descuento sobre el precio institucional, o acciones de fidelidad a cierta fecha, o sea que si el accionista mantiene sus acciones a lo largo de un plazo determinado de tiempo, se le da una más por cada diez o cada veinte que ha tenido. Con esto se pretende desincentivar la especulación.

En las operaciones inglesas, por ejemplo, se utilizó un *voucher* para descuentos en los servicios públicos, con lo cual los pequeños inversionistas gastaban menos en teléfono, agua o luz eléctrica; otra manera es ofrecer un descuento en las ventas a plazos, pero no inmediatamente sino en la sexta cuota, por decir un número, de tal manera que el que vendió antes no obtiene el descuento.

Hay un conjunto de posibilidades, lo importante es que los incentivos no distorsionen el mercado. De tener incentivos demasiado irracionales lograríamos el efecto contrario al que buscamos, la acción bajaría por efecto de los incentivos y estos no servirían de nada.

Si lo que se busca es que los pequeños inversionistas accedan a la propiedad de las empresas, ¿cómo se articula en todo este proceso la colocación institucional, donde los límites deberían ser previsiblemente mucho mayores?

En el caso de la colocación institucional técnicamente no habría límites de inversión. Lo que sucede es que esta colocación también favorece al minorista, es indispensable para él, porque el inversionista institucional le garantiza que hay un análisis adecuado de la compañía, que el precio es bueno - ya que se trata de expertos en esta materia- y que va a haber un mercado para su acción. En un mercado exclusivamente de minoristas, los pequeños inversionistas estarían en desventaja porque un

institucional les tumbaría el mercado secundario al piso. Resulta entonces fundamental para el minorista que su acción actúe en un mercado líquido y en un mercado grande, que no es otra cosa que la conjunción de muchos vendedores y muchos compradores para que esa acción tenga salida, tenga valor.

Esperamos que las AFPs participen en este subtramo local institucional, aunque lamentablemente todavía no puede ser una participación protagónica porque no hay un fondo suficientemente alto para que ello ocurra. En unos años esta situación irá cambiando y tal vez nos aproximemos a lo que en Chile ocurre en las AFPs: tienen una participación muy relevante en los mercados de capitales.

Usted decía hace un momento que el sistema de participación ciudadana es una alternativa frente a otras formas de ahorro e inversión. La gente común que ahorra en un banco, disfruta de un alto grado de seguridad porque su dinero no corre mayores riesgos en un banco sólido. Quien invierte en acciones se expone a las fluctuaciones del mercado. ¿De qué manera la gente puede sentir que su inversión es estable en el programa si éste implica un riesgo más alto que formas tradicionales de ahorro?

El programa prevé diferentes fórmulas que otorgan un margen de seguridad a la inversión de la gente. Se trata, por cierto, de mecanismos muy importantes particularmente al inicio de estos programas. Conforme se desarrolle y arraigue el sistema, estas fórmulas irán reduciéndose porque la gente aprenderá a comportarse adecuadamente en el mercado de valores y capitales.

Sabrán que hay un riesgo más alto pero que a cambio de ello, el retorno es más alto también. A mayor riesgo, mayor retorno. Esta es la fórmula más elemental de las finanzas. Nosotros, por nuestra parte, estamos ofreciendo empresas que son lo más seguras que se puede prever: telecomunicaciones y electricidad. Para que estos rubros tengan una caída considerable, la economía tendría que haber sufrido previamente un serio revés.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, existen diversas maneras de asegurar las inversiones en participación ciudadana. En la operación anterior, por ejemplo, vendimos las acciones a plazos, y sobre el saldo no entregado que es sobre el que los compradores no tenían disposición y el que estaba en garantía sobre el saldo del precio, hicimos un promedio de la cotización de la acción, y si ese promedio era menor al precio pagado, le aplicába-

mos esa diferencia a la cuota que le tocaba pagar, de manera que aseguramos la operación, porque resultaría eventualmente más económico ir a comprar un número de acciones a la bolsa, que pagar la cuota correspondiente.

Existen otros mecanismos que un financista podría explicar mejor que yo. La idea es garantizar, por ejemplo, que en ningún caso se pierda el equivalente al principal que aportó. El problema es que le correspondería al Estado asumir la diferencia, lo cual resulta inconveniente en una situación como la nuestra. Podría en todo caso garantizarse un porcentaje de hasta diez por ciento de caída mediante una serie de mecanismos que no interesa explicar ahora; estamos a la búsqueda del mecanismo más adecuado para nosotros.

Sabemos que para la colocación en el exterior de la próxima operación se está pensando en el mercado americano, en el europeo e inclusive el asiático. ¿Cuáles han sido los criterios para establecer el porcentaje de los montos de las acciones que se van a colocar en el país y en el exterior?

Eso es algo que aún no se ha decidido. En realidad es el mercado el que dice cómo hacer la asignación. No se trata de una decisión anticipada, es una decisión que se produce en un momento dado cuando ya ha habido una etapa de mercadeo inicial, de *premarketing*, cuando ya se tiene un grado de certeza de cómo vienen los mercados. En ese momento hay reuniones con los coordinadores globales y se analizan las proyecciones sobre la demanda en Europa, Estados Unidos, Canadá y demás mercados involucrados. Asimismo, se estudia el mercado interno, que en este tramo tiene preferencia, y se decide consecuentemente tratando de cubrir todo lo posible en el tramo interno.

Una meta muy importante que anhelamos alcanzar es que exista un margen de demanda insatisfecha.

Esperamos que por cada acción asignada, una o dos personas interesadas no logren obtener la acción que querían. No es conveniente, por cierto, ofrecer la misma cantidad de acciones que el público demanda. De esta manera se genera un mercado secundario importante; tenemos que generar una operación que sea exitosa en el tiempo.

¿Se aplicará el mismo principio en la colocación internacional?

Así es. Y además ello producirá un doble efecto. Robustecerá el mercado secundario exterior y a la vez influirá para crear seguridad y una favorable expectativa en el mercado interno.

Finalmente, ¿cuál es la importancia -a nivel de economía global- de la colocación internacional de acciones, con estos mecanismos, para efectos de atraer inversiones extranjeras?

Bueno, el Perú es un gran ausente en el mercado internacional de acciones. El Banco Wiese hizo una colocación y obtuvo capitales, lo cual fue interesante, pero el "gran debut" en ese escenario no se ha hecho. La consecuencia más importante de una colocación internacional es que si tiene éxito resulta siendo un verdadero espaldarazo para el país de parte de la comunidad de inversionistas. Influye de esa manera sobre la viabilidad a mediano y largo plazo del Perú como lugar para invertir. Ese espaldarazo tiene un efecto multiplicador, pues significa que la comunidad internacional de inversionistas cree que la historia nuestra de la balanza de pagos, es una historia creíble, es una historia que tiene solución, porque si no, no invertiría. A modo de anécdota relataré que en la lista de accionistas de Telefónica del Perú, hay accionistas de lo más curiosos, está por ejemplo el Fondo de Pensiones de los Maestros de Oregón. Ese tipo de inversionistas le está diciendo al Perú: Yo te creo.

MANUEL NOYA DE LA PIEDRA

**ABOGADO
NOTARIO DE LIMA**

JIRON OCOÑA 180 - 2º PISO
LIMA 1, PERU

TELEFOS.: 427-3921 427-9622 427-8768
427-9438 FAX: 428-8304

JORGE E. ORIHUELA IBERICO

NOTARIO - ABOGADO

Av. Camino Real N° 111 2º Piso - San Isidro
Telefax: 440.5422 442.6339 442.8907 442.8897 442.2574

PERFILES COMPARATIVOS: LA ACTIVIDAD CREDITICIA DE LA BANCA COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Juan Espinoza Espinoza
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

1. ACTIVIDAD BANCARIA: ¿SERVICIO PÚBLICO O EMPRESA?

Punto de partida ineludible para determinar la responsabilidad civil de la banca por la actividad crediticia es el encuadramiento de los principios rectores del ordenamiento jurídico referentes a la naturaleza de la actividad bancaria.

En doctrina, la corriente publicista considera que la finalidad de la intermediación financiera es el bienestar común, motor del desarrollo económico, siendo extraña a ésta cualquier intención lucrativa, o la preocupación por la obtención de una utilidad económica. Bajo este aspecto, la actividad bancaria puede ser ofrecida sólo por el Estado, a través de órganos creados por éste o mediante instituciones en las cuales él mismo participa, o por medio de privados a los cuales el Estado permite desarrollar sólo temporalmente y en vez de éste, dicha función por vía de la concesión administrativa.

En sentido opuesto, para el sector privatístico de la doctrina, la actividad bancaria es una simple actividad mercantil de libre acceso, con requisitos legales de constitución de empresa predeterminados por la legislación común, independientemente del hecho que los operadores de crédito sean públicos o privados. Si se acepta esta posición, el ejercicio de la actividad bancaria no es prerrogativa exclusiva del Estado y ésta puede ser prestada libremente por los privados, los cuales, sin embargo, deben observar las diversas normas que la regulan así como dotarse de la prescrita autorización. .

Desde el punto de vista teórico, existe notable diferencia entre **concesión** y **autorización**. En el

El autor realiza un análisis de la disyuntiva doctrinaria acerca de la naturaleza de la actividad bancaria. Tema de especial importancia para determinar la responsabilidad civil que las empresas bancarias deberán prever. En ese sentido analiza las tendencias existentes, señalando por un lado al sector privatístico y por el otro, al sector publicístico. Asimismo, nos muestra las posturas adoptadas por países como Italia, Francia y Argentina sobre este tema y la consiguiente responsabilidad civil de los bancos por la concesión o la denegación abusiva del crédito.

Finalmente se propone en base a la legislación peruana vigente, la tendencia dentro de la que debemos ubicar a la actividad bancaria nacional y su consecuente régimen de responsabilidad.

caso de la concesión, no pre-existe al procedimiento administrativo ningún derecho del concesionario de ejercitar la actividad conferida, ya que el derecho nace con el acto administrativo. En cambio, la autorización consiste en el asentimiento de la administración a que el privado ejercite un derecho propio que pre-existe al procedimiento. Esta es expedida siempre y cuando se cumplan, por parte del privado, los requisitos exigidos por ley al fin de salvaguardar el interés, la seguridad y el orden público¹.

En Italia, el art. 28 del R.D.L., 12.03.36, n. 375, denominado, **Disposiciones para la defensa del ahorro y para la disciplina de la función crediticia**, (l.b.)², hace referencia a la doble "autorización" (una para la constitución del ente y la otra para el inicio de las operaciones) concedida por la *Banca d'Italia* a las haciendas de crédito³. La actividad bancaria es calificada como **empresa** (el artículo 2195, párrafo 4, confirma ello) y su desenvolvimiento debe entenderse como objeto de un derecho de los privados, pre-existente al acto administrativo y no como exclusivo del Estado.⁴ Por ello el régimen de la autorización en Italia "mira sobre todo a resaltar que la finalidad del procedimiento también en el Derecho previgente (al D.P.R. n. 350, 27.06.85) era aquél de establecer límites y condiciones al ejercicio de una actividad de empresa, en línea del principio libre y reconducible al derecho de iniciativa económica constitucionalmente protegido"⁵.

Este mismo sistema ha sido adoptado en el Perú, con la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, D.Leg. No. 770. En efecto, la Superintendencia de Banca y Seguros debe emitir tanto una autorización de organización (artículos 33 al 40) como una de funcionamiento (artículos 41 al 45) para que las empresas bancarias puedan iniciar

sus operaciones. Asimismo, el art. 3 del referido texto legal utiliza la expresión "empresa bancaria". Dichos dispositivos deben de ser interpretados a la luz del principio constitucional de la libertad en la iniciativa económica (artículo 58 de la Constitución).

Si la actividad bancaria fuese considerada un servicio público, la concesión o denegación del crédito sería abusiva en todos los casos en los cuales ésta resulte incompatible con la función social que debería caracterizarla. Si la actividad bancaria, en cambio, fuese considerada como una actividad de empresa que se desarrolla dentro del ámbito de la libertad de la iniciativa económica (artículo 41 Constitución italiana), ésta, aligerada de la "carga ideológica" de la concepción publicista, estaría sujeta a las reglas del mercado. En esta perspectiva, la eventual responsabilidad civil que resultase, por la concesión o la denegación abusiva del crédito, sería valorizada a la luz de otros principios.

2. LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL FRANCESA Y LA DISCUSION DOCTRINARIA SOBRE LA CONFIGURABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONCESION ABUSIVA DEL CREDITO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ITALIANO

En Italia, el debate relativo a la concesión abusiva de crédito, ha permanecido sólo en un nivel doctrinario. En cambio, en Francia y en Bélgica la jurisprudencia ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse.⁶ En el primero de estos países se afirma que el banquero es responsable con respecto a los terceros, ex artículo 1382 c.c., cuando el ejercicio de su actividad cause daño, a título de responsabilidad extracontractual. El *status* del banquero es asimilable a aquel del productor (*fabricant*) con respecto a la cosa que ha

¹ COZ, *Actividad bancaria: ¿Servicio público o empresa?*, en *Advocatus*, año I, 2, Lima, 1990, 55.

² Esta ley ha tenido diversas modificaciones, la última ha sido hecha por el D.L. vo n. 481, del 14.12.92, Actuación de la directiva 89/646/CEE, relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de los entes crediticios y su ejercicio y referente a la modificación de la directiva 77/780/CEE.

³ Así, COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, 1986, 188.

⁴ En esta perspectiva se puede afirmar que "el acceso a la actividad bancaria permanece condicionado a un régimen de autorización cautamente discrecional" (PORZIO, *Ordinamento Bancario Italiano*, en *Digesto*, UTET, Torino, 1994, 406).

⁵ COSTI, *op. cit.*, 191. En este sentido, también PORZIO: "esta específica iniciativa económica privada permanece libre en el sentido que es expresión de un derecho subjetivo (y no es función), sino la necesaria presencia de una actividad de dirección, coordinación y control por parte de la República (y de la República ordenamiento y no aparato) (MERUSI), hace a este derecho particularmente limitado (o débil)" (*Funzione bancaria e responsabilità della banca*, in *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Giuffrè, 1986, 331).

⁶ En Francia, CAS. COM., 02.05.72, 05.01.73, 19.03.74, 07.01.76, 09.05.78, 09.07.79; CAS. CIV., 16.10.79; AP. PARIS, 06.01.77; AP. ROUEN, 08.04.75; AP. AIX-EN PROVENCE, 23.02.79. En Bélgica, CAS, 19.03.76, TRIB. COM. BRUXELLES, 16.06.76. Estos datos han sido tomados de la reseña de BORGIOGLI, *Responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito?*, en *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, a cura de MACCARONE y NIGRO, Giuffrè, Milano, 1981, 198, nota 5.

“producido”, es decir, el “dinero”, que debería estar calificado entre las cosas peligrosas, es más, entre *les choses explosives*⁷. En Francia, en lo que se refiere al crédito, el banquero es considerado responsable en los siguientes casos:

a. por interrupción inmotivada y prematura de la línea de crédito concedida. No obstante que el cliente no tiene el derecho al crédito, porque éste presupone confianza, la Corte de París, con sentencia del 07.05.79, ha considerado responsable al banco que ha rechazado pagar un cheque de 100.000 francos de una empresa-cliente a la cual le había concedido un crédito. La Corte, haciendo una media de los saldos deudores de la cuenta corriente en los días precedentes, ha constatado que el cliente no hubiera superado tal media, aunque el banco hubiese honrado el cheque⁸;

b. por prolongación “artificial” de la vida de la empresa. El banco es responsable si financia a una empresa cuando ésta se encuentra jurídicamente en estado de cese de pagos. Sin embargo, la Corte de Casación, con sentencia de fecha 09.05.78, ha considerado que el banco no es responsable por haber concedido crédito a una empresa cuyos dirigentes durante siete años habían alterado los balances, haciendo aparecer un activo inexistente, mientras cada año las pérdidas eran considerables⁹. La Corte de Casación, con sentencia del 07.01.76, ha puesto fin a la orientación jurisprudencial que, en este tipo de casos, consideraba legitimados sólo a los acreedores para iniciar este tipo de acciones, admitiendo a accionar también al curador falimentario en representación de éstos y

c. cuando el banquero es considerado dirigente de la empresa. El artículo 99 de la Ley del 13.07.67, relativa a la quiebra, establece que cuando una persona jurídica (*personne morale*) tiene el activo insuficiente, el tribunal puede decidir que las deudas sean asumidas, total o parcialmente, por todos

los dirigentes sociales, sean de derecho o de *hecho*. Este artículo puede constituir un obstáculo para el ejercicio de la actividad bancaria, no obstante que la Corte de París, con sentencia del 17.03.78, haya establecido que para ser considerado dirigente de hecho y por consiguiente, estar sometido a la norma en cuestión, se debe ejercitar una actividad positiva de gestión y de dirección.¹⁰

En el caso de la concesión abusiva de crédito se pueden lesionar los intereses de los acreedores del insolvente en dos hipótesis¹¹:

a. con respecto a los acreedores anteriores (al financiamiento abusivo), por el retraso en el inicio del procedimiento concursal o de quiebra, que determina un aumento del pasivo del deudor y

b. con respecto a los acreedores posteriores (al financiamiento abusivo), porque el crédito concedido por el banco ocasiona una aparente solvencia que lleva al engaño, creando inmotivada confianza.

En Italia, cuya jurisprudencia y legislación no se han pronunciado al respecto, se contraponen dos corrientes de la doctrina, la primera -minoritaria- que admite la configurabilidad de la concesión abusiva de crédito y la otra que, dando al problema un diverso planteamiento, se alinea en una dirección opuesta. Así, en el primer caso, se considera que el banco es responsable con respecto a los terceros, en vía extracontractual, por concesión abusiva de crédito, no obstante encontrarse en una de aquellas “zonas grises”¹² de la responsabilidad civil en la cual se debe proceder con cautela. En esta perspectiva la responsabilidad civil del banco debe considerarse en función del concepto de **injusticia** que se debe asumir en el cuadro de la sistematización general del ilícito. En efecto, si nos adherimos a una concepción “rígida” de éste, se tendrá responsabilidad donde exista una obligación específica para los

⁷ VASSEUR, *La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France*, en *Funzione bancaria*, cit., 62. El A. está en desacuerdo con esta orientación, y afirma que el banquero es un vendedor de crédito (Intervento, en *Funzione bancaria*, cit., 254) y que es necesario establecer los confines del concepto de “función bancaria”, agregando “que el legislador intevenga, está bien, pero que la jurisprudencia de propia iniciativa imponga tal obligación (de vigilancia) a cargo del banquero, creo que sea ir más de aquello que es agurable” (cit., 255).

⁸ VASSEUR, op. cit., 66, el cual afirma que no es la menor paradoja que el banquero sea reprochado si corta los créditos y también, si los mantiene (cit., 67).

⁹ VASSEUR, op. cit., 72.

¹⁰ VASSEUR, op. cit., 76.

¹¹ NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione “abusiva” di credito*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1978, I, 223.

¹² NIGRO, op. cit., 234.

bancos de no conceder crédito a los empresarios en dificultades económicas, que haya sido violada. Si, en cambio, se acoge una posición más “elástica”, es imperativo proceder a una atenta y cuidadosa evaluación de los deberes de corrección y de solidaridad del banquero, que deben ser recogidos y precisados, en vía interpretativa, por las normas que regulan la materia *de qua*.¹³

Del art. 218 R.D. n. 267, del 16.03.42, (Ley de quiebras), que considera delito el **recurso abusivo al crédito**, entendido como el hecho del empresario que ejerce una actividad económica “que recurre o continúa a recurrir al crédito, disimulando la propia insolvencia”, se puede recabar “un hecho típico de **concurso**” en la violación de una obligación de comportamiento puesto a tutela de la generalidad de los acreedores”, por parte del banco.¹⁴ Se afirma, consiguientemente, como principio el deber de correcta erogación del crédito¹⁵ a efectos de tutelar a los terceros acreedores del insolvente y también a los ahorristas-depositantes (tutela de la empresa bancaria en la asunción de riesgos).¹⁶

A efectos del resarcimiento del daño, se necesita evaluar cuánto hubiera percibido cada acreedor anterior (respecto al financiamiento abusivo) si no hubiese sido retrasado el procedimiento concursal y en el caso de acreedor posterior (respecto al financiamiento abusivo) se debe tener en cuenta que

éste, probablemente no hubiese asumido tal situación¹⁷. Al mismo tiempo no puede soslayarse que la insolvencia y la consiguiente quiebra de una empresa son el resultado de múltiples factores. Será pues, tarea del operador jurídico determinar si la concesión abusiva de crédito haya sido causa eficiente, o no, de tal insolvencia.¹⁸

Dentro del sector de la doctrina que podemos llamar **negativo**, hay quien critica la posición **positiva** calificándola de “simplista”.¹⁹ Se considera, dentro de esta óptica, que la insolvencia antes de la declaración de la quiebra, sea una situación que puede venir a menos por efecto de un proceso de resaneamiento y que depende de los acreedores la elección de conferir su confianza al deudor o de solicitar la declaración de quiebra. Puede además agregarse que: “no se comprende cómo un acreedor, que no haya considerado solicitar la declaración de quiebra y con ello, implícitamente, continuado a conferir confianza al propio deudor, pueda reprochar al banco un comportamiento análogo, a evitar lo cual él hubiese tempestivamente podido ejercitar con el derecho atribuido por el art. 6 de la Ley de quiebras”.²⁰ Por otro lado, esta posición es contestada, afirmándose que la revocatoria falimentaria “no es (...) instrumento idóneo para hacer conseguir a los acreedores del insolvente un resarcimiento del daño que, con la concesión abusiva de crédito, se les ha causado”.²¹

¹³ NIGRO, op. cit., 236-237.

¹⁴ NIGRO, op. cit., 239.

¹⁵ NIGRO, op. cit., 243.

¹⁶ NIGRO, op. cit., 244. Al respecto, el art. 37 del D.Lvo. n. 481/92 establece que “1. Está penado con la reclusión hasta un año y con la multa hasta diez millones de liras, salvo la aplicación de mayores penas dispuestas por el código penal y por otras leyes, quien, con el fin de obtener concesiones de crédito para sí o para las haciendas que administra, o para cambiar las condiciones a las cuales el crédito fué ya concedido, proporciona dolosamente a entes crediticios noticias o datos falsos sobre la constitución o sobre la situación económica, patrimonial y financiera de las haciendas interesadas a la concesión del crédito. 2. Salvo que el hecho constituya más grave delito, quien deservuelve funciones de administración o de dirección y sean dependientes de entidades crediticias que, a efectos de conceder crédito o de evitar la revocación del crédito concedido, intencionalmente omitan señalar datos o noticias de las cuales tienen conocimiento o utilizan en la fase instructiva noticias o datos falsos sobre la constitución o sobre la situación económica, patrimonial y financiera del solicitante del préstamo, están penados con el arresto de seis meses a tres años y con multa hasta de veinte millones de liras”.

¹⁷ NIGRO, op. cit., 250.

¹⁸ NIGRO, op. cit., 251.

¹⁹ CASTRONUOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. Responsabilità civile e impresa bancaria*, en *Ius*, II, 1981, 164 y en *Funzione Bancaria*, cit., 281.

²⁰ CASTRONUOVO, op. cit., 167-168. También en este sentido BIBOLINI quien, sin embargo, distingue: “el caso en el cual el financiamiento bancario incida sobre la vida de la empresa de manera tal de ocultar su situación de grave insolvencia como para no hacerla conocida a los otros acreedores, no obstante la normal diligencia” (*Responsabilità della banca per finanziamento ad imprenditore insolvente*, en *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Giuffrè, Milano, 1986, 57). También, PRINCIPE admite que la revocatoria puede constituir una eficaz sanción y el recurso a los arts. 2043-2049 c.c. (de responsabilidad civil) podría rebelarse útil en los casos en los cuales la concesión sea efectuada de manera irregular (*Concessione abusiva di credito e problemi di responsabilità della banca*, *ivi*, 360).

²¹ LOCUCO, *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, en *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, cit., 216.

Dentro de la misma línea de pensamiento se coloca quien duda de la existencia de una relación de causalidad entre el financiamiento del banco y el daño a los acreedores, "en cuanto entre tales elementos se incluye el comportamiento voluntario del empresario, que se refiere a la fase de utilización del financiamiento mismo".²² Tomando como punto de partida una doctrina francesa, se podría, entonces, proponer en este tipo de casos, la acción revocatoria falimentaria, considerando que el daño sufrido no incida sobre el derecho de crédito, sino sobre la garantía patrimonial.²³ Una autorizada doctrina, es de la opinión que el banco no pueda ser considerado responsable de las operaciones de crédito, en cuanto "simple instrumento de la actividad administrativa"²⁴, dado que el Estado determina el contenido de dichas operaciones y, como consecuencia de ello, éste debería ser el sujeto civilmente responsable. Quienes se adhieren a esta corriente, consideran que la concesión del crédito no sea una actividad meramente potestativa de los bancos.²⁵ En efecto, el artículo 35, II apartado, letra c, de la Ley de bancos, prevé la facultad de la Banca d'Italia "de emanar normas relativas a las declaraciones que los solicitantes de préstamos deben presentar sobre sus condiciones patrimoniales y económicas para que los préstamos sean concedidos". En el Perú, esta facul-

tad le corresponde a la Superintendencia de Banca y Seguros. Sin embargo el derecho de otorgar créditos es de atribución discrecional de los propios bancos.

3. PERFILES COMPARATIVOS CON LA EXPERIENCIA JURIDICA ARGENTINA²⁶

A partir de los estudios hechos por Borgiogli²⁷ y sucesivamente de Vasseur,²⁸ también la doctrina argentina se ha preocupado de la temática en examen. En primer lugar, ésta se ha interesado por la naturaleza de la actividad financiera: hay quien considera que se trata de una actividad privada de interés público,²⁹ otros la definen como un servicio público impropio³⁰ y no falta quien identifica la noción de banca con aquella de la empresa *tout court*.³¹

La jurisprudencia, en un caso ha afirmado la responsabilidad por interrupción de un crédito ya concedido, en cuanto el cliente-empresa tenía un contrato de crédito con un banco, el cual, con el receso intempestivo del contrato, había ocasionado su quiebra.³² En doctrina, en lo que se refiere a las condiciones que el banco debe observar en el caso de revocación unilateral del contrato de crédito, se ha hecho una distinción, según el plazo previsto en el mismo. En efecto, si el contrato es a plazo incierto, la banca debe dar un

²² BORGIOGLI, op. cit., 204.

²³ BORGIOGLI, op. cit., 207.

²⁴ G. FERRI, *Intervento, en Funzione bancaria*, cit., 247.

²⁵ LOCUCOCO, op. cit., 220. No obstante, el mismo autor afirma que si se prueba que el banco tenía conocimiento del estado de insolvencia del deudor (cese de pagos, protestos, procedimientos ejecutivos, entre otros), ninguna duda puede existir acerca de la subsistencia de su responsabilidad (cit., 226).

²⁶ Agradezco vivamente a los Profesores Julio César Rivera y Graciela Medina por haberme proporcionado el valioso material hemerográfico sobre el cual se basa esta reseña.

²⁷ La versión en español de La responsabilidad del banco por concesión "abusiva" de crédito, ha sido traducida por BONFANTI, en RDCO, 15-89, Buenos Aires, 1982, 621.

²⁸ La versión en español de La responsabilidad contractual y extracontractual de la banca en Francia, con notas de derecho privado argentino de ALBERTI y de derecho penal argentino de HENDLER, ha sido publicada en RDCO, 17-97/98, Buenos Aires, 1984, 193.

²⁹ BENELBAZ, La responsabilidad de los bancos por el otorgamiento de créditos, en RDCO, 16-91, Buenos Aires, 25. Esta tesis ha sido también adoptada por el Segundo Congreso Nacional sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, La Cumbre (Córdoba), 1981, (cit., 27).

³⁰ LLOVERAS DE RESK, La responsabilidad civil de las entidades financieras, en Diario jurídico de Fallos y Doctrina, Córdoba, 05.09.83, 4; PEREIRO, La responsabilidad civil de las entidades financieras por el otorgamiento abusivo de créditos, en La Ley, T. 1984-C, 1113.

³¹ BONFANTI, Nuevamente sobre la responsabilidad civil del banquero dador de crédito, en El Derecho, Buenos Aires, T. 132, 1989, 843.

³² La C.N.Com., Sala A, con fecha 15.04.80, (La Ley, 21.11.80), falla que: "la notificación telegráfica sin causa de la voluntad de discontinuar el servicio, aparece, claramente, como un abuso de la facultad de extinción del contrato... en atención a que los mismos se pactan para ser cumplidos (art. 218, inc. 3, Cód. de Comercio arg.)", (reportada por BENELBAZ, op. cit., 31). TRIGO REPRESAS, comentando la sentencia, califica a la conducta de qua como "abusiva" y contraria al principio de la buena fe (art. 1198 c.c. arg.)" (Responsabilidad civil de las entidades bancarias y financieras, en La Ley, T. 1983-D, Buenos Aires, 904).

pre-aviso y ejercer de manera regular su derecho de extinguir el contrato de crédito (artículo 1071, referente al denominado abuso de derecho). Si el contrato es a plazo cierto debe haber una justa causa y se requiere también del pre-aviso.³³

En un encuentro de juristas y magistrados argentinos, denominado **Primeras Jornadas de Derecho Civil**, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (24-26.08.83), se discutió sobre el argumento, llegando a una serie de conclusiones,³⁴ entre las cuales enunciamos las siguientes:

1. La responsabilidad de las instituciones financiera está regulada por los principios generales contenidos en el Código Civil, el cual es Derecho supletorio, de acuerdo al art. I del título preliminar y 207 del Código de Comercio Argentino.

2. Sobre la naturaleza jurídica de la actividad de los institutos financieros se puede sostener:

a) que prestan un servicio público denominado impropio;

b) que ejercitan una actividad privada de interés público y

c) que en el ejercicio de la intermediación en el crédito desenvuelven una "función social" y de interés público.

3. La concesión abusiva de crédito se manifiesta a través de la creación de una apariencia de solvencia, en realidad, inexistente, en el deudor.

4. Entre los presupuestos de este tipo de responsabilidad hacia los terceros dañados pueden recordarse aquellos que enunciamos seguidamente:

a) debe ser apreciada con particular atención la relación causal en los casos de responsabilidad bancaria por la concesión abusiva de crédito;

b) en cuanto a las características del daño, se considera que éste afecta a la generalidad de los acreedores, por ello puede ser considerado colectivo, en cadena, persistente;

c) se admite la posibilidad que sea el síndico de quiebras o los acreedores del beneficiario del crédito abusivamente concedido, los legitimados activamente a iniciar la acción y

d) la connivencia en la concesión de crédito entre el instituto financiero y el beneficiario, configura un ilícito civil que los hace responsables solidarios.

5. La actividad crediticia realizada por las instituciones financieras en Argentina, tiene necesidad de una tarea permanente de moralización.

A nivel legislativo, para resolver el problema de los "grupos económicos", especialmente en el caso que el banco y la empresa insolvente pertenezcan a uno de éstos, se prevé el remedio de la inoponibilidad del límite de la personalidad jurídica.³⁵

En efecto, dado que tanto la empresa insolvente como el banco forman parte de una sola unidad económica, se desconoce su autonomía jurídica y se responsabiliza también al banco por los daños causados a los terceros. Se considera que la responsabilidad de las instituciones financieras en el caso de la concesión abusiva de crédito es subjetiva, estando exento de responsabilidad el banquero si está en grado de presentar la prueba de falta de culpa.³⁶

La Cámara Nacional Comercial, Sección C, con sentencia del 29.11.84, ha confirmado una sentencia de

³³ A. A. ALTERINI, Responsabilidad civil de la entidad financiera por cancelación del crédito otorgado al cliente, en *La Ley*, T. 1989-A, 1070 y ss. y también del mismo A, La responsabilidad civil del banquero dador de crédito: precisiones conceptuales, en *El Derecho*, T. 132, Buenos Aires, 1989, 966 y ss.

³⁴ El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991, 179-180.

³⁵ En efecto, el art. 54 de la ley 22.903 (ADLA, XLIII-D, 3673), del 09.09.83, publicada en el Boletín Oficial el 15.09.83, introduce un párrafo al art. 54 de la ley 19.550 (AADLA, XXXII-B, 1836, en el cual se establece que: "la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, o el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieren posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados" (tomado de PEREIRO, op. cit., 1117). En doctrina, cfr. DOBSON, El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado), De Palma, Buenos Aires, 1985, que desarrolla esta teoría inspirado en la obra de SERIK, Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica, Trad. por PUIG BRUTAU, Ariel, Barcelona, 1958. Cfr. también ESPINOZA ESPINOZA, Estudios de derecho de las personas, CIDDE-CONCYTEC, Lima, 1990, 258-260 y Una aplicación de los "abusos de derecho" en la experiencia jurídica: el problema del abuso de la personalidad jurídica, en *Gaceta Jurídica*, Tomo 17, mayo, Lima, 1995, 55-A y ss.

³⁶ PEREIRO, op. cit., 1118. En este sentido, BENELBAZ, op. cit.; N. A. DUHALDE, Evaluación de la culpa de la entidad financiera en el otorgamiento de un crédito, en *La Ley*, Buenos Aires, 27.01.94, 1.

primera instancia, que había revocado los privilegios pignoraticios e hipotecarios de un banco el cual había concedido un crédito a una empresa en **período de sospecha**, en el cual, ésta se encontraba en un estado de impotencia financiera. La Cámara Nacional Comercial ha establecido que: “la convicción que un banquero puede tener acerca de la conveniencia del otorgamiento de un préstamo para que su cliente pueda superar las dificultades derivadas del corto plazo y las elevadas tasas de interés, en modo alguno incide para excluir las consecuencias derivadas del conocimiento de la cesación de pagos” y por consiguiente, de su responsabilidad.³⁷ Sin embargo, no se había reclamado resarcimiento por los daños ocasionados a los terceros por la concesión abusiva de créditos. Como su homólogo italiano, el jurista argentino distingue entre la revocatoria concursal, que garantiza la integridad del patrimonio del deudor evitando que este disminuya y la acción por concesión abusiva de crédito, en cuanto el nuevo crédito, en efecto, incrementa temporalmente el patrimonio del deudor.³⁸ Se pone de manifiesto, además, la preocupación por la tarea del operador jurídico llamado a examinar también la concurrencia de otros factores que pueden asumir relevancia entre la concesión del crédito y la producción del daño ocasionado a los terceros acreedores.³⁹

Hay quien resalta la importancia del análisis por parte del banco de la documentación presentada por los clientes. El banco no debería limitarse al estudio del activo y del pasivo del balance, sino también debería estudiar las actas del consejo de administración, del directorio o de la asamblea general, según fuere el caso, para tener una visión más completa de la situación del posible beneficiario del crédito.⁴⁰ En efecto, observamos que un aspecto, a veces descuidado, es el rol que debe desenvolver el funcionario del banco en la concesión del crédito. En cualquier institución de crédito existe una normativa interna en la cual se indican cuáles son los criterios que se deben tener en cuenta para conceder un crédito. El estudio que realiza el sectorista no se

limita a un análisis económico de la solvencia del cliente, sino que llega también a evaluar los informes legales correspondientes a la documentación concerniente a los bienes que se pretenden ofrecer en garantía. Visto que ordenamientos jurídicos como el italiano, el argentino o el peruano no consienten la configuración de un principio de obligación de la banca a conceder los créditos a las empresas insolventes, debemos entender a la función crediticia del banco como un negocio, en el cual éste trata de obtener un beneficio económico sin -obviamente- ocasionar daños a terceros.

4. NOTA CONCLUSIVA: POSIBLE APLICACION DE LA CONCESION ABUSIVA DEL CREDITO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL

La libertad de la iniciativa económica privada está constitucionalmente garantizada en el ordenamiento jurídico italiano (artículo 41 Constitución), dentro de los límites de la utilidad social, de la seguridad, de la libertad y de la dignidad humana y por ley se determinan los programas y los controles para dirigir y coordinar los fines sociales de la misma. El principio de autonomía contractual, previsto por el artículo 1322 del Código Civil Italiano confirma ello. La banca, entre los servicios que ofrece a la clientela, proporciona el de la concesión de crédito, el cual está regulado por las normas emanadas por la *Banca d'Italia*. ¿En qué medida es responsable el banco que ha observado las directivas de la *Banca d'Italia*; cuyo funcionario ha sido negligente en la concesión de un crédito a tal punto de ocasionar daños a terceros? Se responderá que el banco, de todas maneras, estará obligado a resarcir a los daños *ex* artículo 2049 Código Civil, según el modelo, diseñado por el legislador italiano, de responsabilidad por el hecho de un tercero. El banco se podrá liberar sólo si demuestra que el funcionario de crédito no ha actuado “en el ejercicio de las funciones” que le habían sido conferidas.⁴¹ Esta última

³⁷ En El Derecho, No. 6361, Buenos Aires, 12.11.85, 1, con nota de BOLLINI, Responsabilidad de los bancos por la concesión de créditos a entidades insolventes.

³⁸ BOLLINI, op. cit., 4, el cual disiente de la opinión predominante en doctrina sosteniendo que el daño por concesión abusiva de crédito no configura un daño a la masa de acreedores como tal, sino a algunos acreedores, frente a los cuales, el daño debe valorizarse caso por caso (cit., 5).

³⁹ BOLLINI, op. cit., 6.

⁴⁰ N.A. DUHALDE, op. cit., 2.

⁴¹ Así, CORTECAS, n. 4562: “la responsabilidad del comitente por la actividad del dependiente subsiste no sólo cuando sea configurable una dependencia causal directa entre el acto ilícito y las funciones confiadas al autor del mismo, sino también cuando entre los dos elementos subsista una relación ocasional necesaria, firme de todas formas, también en el segundo caso, la necesidad de una conexión funcional o instrumental entre el desenvolvimiento del encargo y el evento lesivo, **debiendo excluirse la responsabilidad del comitente**”

hipótesis se presentaría cuando se configure el delito de **falso interno**, previsto en el artículo 37.2 del D.L.vo n. 481/92.⁴²

Si los terceros dañados, acreedores anteriores o posteriores a la concesión de crédito, que pretenden que esta última sea declarada abusiva, logran probar el daño ocasionado, el banco podrá eximirse de responsabilidad si demuestra haber hecho una evaluación de crédito con la diligencia de un agudo banquero (o de un *bonus argentarius*) (art. 1176, párrafo 2 c.c.it.). El juez, deberá estar particularmente atento a la eventual ruptura del nexo de causalidad entre la concesión de crédito y el daño a los terceros acreedores que se verifica, por ejemplo, en el caso que el deudor no haya empleado el crédito obtenido, según los cánones de una buena administración. Es por ello necesario distinguir entre causa, condición y ocasión, de donde “la **causa** produce el efecto, la **condición** -que no lo produce por sí- de alguna manera lo permite o descarta un obstáculo; la **ocasión** se limita a favorecer la operatividad de la causa eficiente”.⁴³

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, no contamos con una precisa disposición legal al respecto. En efecto, ni la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley 26116, del 24.12.92, ni el Código Penal, en la parte que regula las conductas punibles referidas a la quiebra de las empresas (capítulo I del título VI del libro segundo) se refieren a este tipo de conducta, tanto con respecto al insolvente que aparenta solvencia como con el banco (o funcionario) que concede abusivamente el crédito. Dentro del Código Penal, para el caso del representante legal que solicite créditos, aparentando una situación financiera positiva, los tipos regulados en el artículo 196 (estafa) y en el artículo 198.5 (fraude en la administración de la persona jurídica, a través de la acción

de fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes), son insuficientes para penalizar esta actividad.

Siendo conscientes que determinar la responsabilidad de los bancos en este tipo de casos, parte del presupuesto de qué es lo que se debe entender por **actividad bancaria**, vale decir, si ésta es entendida como servicio público o como empresa privada, lo cual queda aclarado en esta última acepción, por lo previsto en la Constitución, en sus artículos 58 (libertad de la iniciativa privada que, a su vez, se manifiesta en el principio de libertad contractual, regulado en el artículo 1354 Código Civil), 60 (el Estado sólo por ley expresa puede realizar subsidiariamente actividad empresarial) y 87 (la Ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público), creemos que el caso de la concesión abusiva de crédito debe ser incluido dentro de la “provincia” de la responsabilidad civil. La experiencia jurídica comparada ha comprobado que, en esta hipótesis, se configura, entre otros aspectos, una violación de los principios de corrección y buena fe objetiva. El hecho que la jurisprudencia francesa ha aplicado el artículo 1382 del *Code*, nos debe mover a reflexionar sobre la posibilidad de emplear, en este tipo de supuestos, entre otros, el artículo 1969 (principio general de la responsabilidad civil subjetiva) y el artículo 1981 de nuestro Código Civil, que prescribe la responsabilidad solidaria del autor directo-subordinado e indirecto-superior por los daños causados y, eventualmente, a efectos de exonerar de responsabilidad civil al banco, la aplicación *a sensu contrario* del artículo 160, que adscribe los efectos del acto jurídico realizado por el representante, en la persona del representado, “dentro de los límites de las facultades que se le hubiere conferido”.

cuando el daño sea imputable a la actividad privada del autor del ilícito, cometido en el ejercicio de su autonomía personal; el accertamiento cumplido al respecto por el juez de mérito constituye una investigación de hecho, que es incontestable en sede de legitimidad, si es correctamente motivada” (en Rep. Foro it., Bologna, 1980, 112, 2346). En doctrina, ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Il Mulino, 1991, 314. En sentido contrario CORTE CAS., 09.04.82, en Foro it., 1983, I, 161.

⁴² Cfr. nota 16.

⁴³ A.A. ALTERINI, *Responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 3a. ed., 1987, 139.

LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES COMO FORMA DE INVERSIÓN EXTRANJERA: Su concepto y tratamiento en los principales modelos internacionales de convenios para evitar la doble imposición

Alfredo Gildemeister Ruiz Huidobro
Abogado-Doctor en Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Comercial
Universidad del Pacífico

I. IMPORTANCIA DE LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

Lo primero que pregunta un inversionista extranjero interesado en invertir en el Perú es cuál es la forma más conveniente para sus intereses de realizar dicha inversión y, si el Perú tiene firmado convenio para evitar la doble imposición con su país. Como es lógico suponer, la respuesta a lo primero dependerá de diversos factores, tales como por ejemplo, el rubro en el cual se piensa invertir, monto de la inversión, riesgo que se desea asumir, conocimiento del mercado, etc. La respuesta a lo segundo será de seguro, lamentablemente, que a la fecha no existe convenio firmado con su país. Sin embargo, uno de los factores fundamentales que lleva al inversionista extranjero a definir la modalidad de inversión es el régimen tributario bajo el cual estaría sujeto. Del mismo modo, el régimen tributario bajo el cual se encontraría afectada la inversión dependerá, a su vez, de los factores ya mencionados anteriormente; esto es, el sector en el cual se desea invertir, el monto a invertir, etc. En este trabajo vamos a referirnos a una de las modalidades bajo las cuales el inversionista extranjero puede invertir en el Perú, es decir, mediante un establecimiento permanente, en adelante EP.

En medio de los esfuerzos que actualmente se realizan para incentivar y atraer la inversión extranjera, llama la atención el poco interés que se ha brindado a la negociación de convenios para evitar la doble imposición con diversos países, y de esta manera hacer atractiva y segura la inversión en el país desde el punto de vista tributario. Dentro de estos convenios, el concepto de establecimiento permanente es fundamental, dado que permite establecer los criterios en base a los cuales se gravará o no a las empresas extranjeras. En su estudio sobre los establecimientos permanentes, el autor recurre fundamentalmente a los conceptos adoptados en los modelos de convenios internacionales, ya que son los más utilizados por los estados en sus negociaciones; es así que analiza los modelos de la O.C.D.E., las Naciones Unidas y el Pacto Andino para demostrar la importancia de incorporar en nuestra legislación un concepto moderno de establecimiento permanente, que sea beneficioso tanto para el Perú como para los inversionistas extranjeros.

Antes de comenzar a tratar el tema en sí, debemos mencionar que el EP juega un papel muy importante a nivel internacional. Comenzando por los modelos internacionales de convenios para evitar la doble imposición, como el de la O.C.D.E. o el de las Naciones Unidas, se puede apreciar que el EP constituye la excepción al criterio de la residencia, que es el criterio principal por el que se rige no sólo el Modelo de la O.C.D.E. sino la mayoría de convenios para

evitar la doble imposición. En el caso de la O.C.D.E. por ejemplo, el EP constituye el eje donde se mueve y apoya todo el sistema que determina cuál es el Estado con derecho a gravar las rentas empresariales obtenidas por la entidad no residente que opera mediante dicho establecimiento. La O.C.D.E. opta por el criterio de la residencia otorgándole al criterio de la fuente un papel secundario. Sin embargo, tratándose de beneficios empresariales, así como en otras clases de rentas (dividendos, intereses, ganancias de capital, regalías, etc.), la O.C.D.E. establece que sólo se gravarán en la fuente; vale decir, en el país de origen, si son obtenidas por medio de EP y sólo en la medida en que pueda atribuirse a los mismos.

No podemos dejar pues de destacar el importante rol que desempeñan los EP a nivel de convenios para evitar la doble imposición. Para ello vamos a analizar brevemente a continuación el concepto de EP en los principales modelos internacionales para evitar la doble imposición.

II. ¿QUE SON LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES?

Existen dos posiciones distintas o contrapuestas en cuanto al concepto de EP en el ámbito de la doble imposición internacional. La primera concepción es la que establece el derecho a gravar la totalidad de las rentas, correspondientes a una persona natural o jurídica del Estado en donde domicilie el sujeto pasivo. Es el denominado criterio de la residencia. La segunda concepción establece el derecho a gra-

var la totalidad de las rentas del Estado en donde dichas rentas se produzcan. Se trata del criterio de la fuente. La opción por uno u otro criterio dependerá de muchos aspectos aunque principalmente se deba a criterios políticos y económicos.¹

Teniendo en cuenta los dos criterios de conexión mencionados, serán los países en vías de desarrollo los que optarán por el criterio de la fuente y los países desarrollados los que optarán por el criterio de la residencia.² Estas posturas se verán reflejadas en los diversos Modelos de Convenios y recomendaciones elaborados por los diversos organismos internacionales, así como en los variados convenios bilaterales firmados entre los respectivos Estados. De igual modo, de las mencionadas posturas dependerá el concepto de establecimiento permanente que se adopte tanto en la legislación interna de cada Estado como a nivel de convenio internacional.³

Los países desarrollados inversores de capital, por lo general, buscarán gravar los rendimientos en el lugar de la sede social de la empresa. En cambio, los países en vías de desarrollo perseguirán mantener los beneficios obtenidos por las empresas extranjeras, dentro de su soberanía. De allí que al establecerse el concepto de EP en los diversos convenios modelos para evitar la doble imposición, exista en algunos modelos elaborados por países en vías de desarrollo, un concepto de EP muchísimo más amplio que aquel concepto plasmado en los convenios modelos elaborados por organismos internacionales, cuya mayoría la conforman países desarrolla-

¹ Véase: SKAAR, Arvid A.: *Permanent establishment - Erosion of a Tax Treaty Principle*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1991, págs.33-37; y CARBAJO VASCO, Domingo: El concepto de establecimiento permanente en el modelo de la OCDE: consideraciones y críticas, *Crónica Tributaria* No.52, 1985, pág.43.

² Al respecto Fernández Pérez señala lo siguiente: "Desde la perspectiva económica, las corrientes de rentas fluyen fundamentalmente desde los países en vías de desarrollo -generalmente adeptos a la territorialidad- hacia los países industrializados (de donde proceden las inversiones), con lo que los sacrificios recaudatorios de los primeros -aún en el supuesto de seguir el criterio personal- serían proporcionalmente mayores que los de los segundos en el caso de evitarse la doble imposición sobre la base del principio de residencia" (FERNANDEZ PEREZ, José R.: Criterios de reparto de la potestad tributaria según los distintos modelos de convenios y recomendaciones existentes, *Estudios de doble imposición internacional*, Instituto de Estudios Fiscales - Ministerio de Hacienda, Madrid, 1979, pag. 112).

³ "Los convenios para evitar la doble imposición presentan distinta finalidad para los países en vías de desarrollo y para los países industrializados; para los primeros, no parece deba tener mucho sentido evitar la doble imposición internacional de sus residentes, siendo así que posean escasas o nulas inversiones en el exterior y que además en su gran mayoría siguen un criterio puramente territorial de imposición. Para ellos el convenio para evitar la doble imposición representa un instrumento apto para atraer inversiones (capital y tecnología) del exterior, inversiones necesarias para su desarrollo tecnológico; para los segundos, evitar la doble imposición cobra todo su valor, se trata de aliviar un gravamen excesivo sobre las rentas de sus inversiones en el exterior, y al extremo conseguir una no discriminación respecto de sus inversiones domésticas (dependiendo ello de los tipos de gravamen de ambos países y del método elegido para evitar la doble imposición -exención o imputación)". (FERNANDEZ PEREZ, José R.: Criterios de reparto..., op. cit., pág. 112). Sobre lo mismo señala Carbajo Vasco que "los países desarrollados carentes de capital propio e invadidos por la financiación extranjera, optan por el segundo camino como forma de mantener en el interior de sus fronteras unos ingresos obtenidos por la explotación de sus recursos naturales, mientras que los países desarrollados donde tienen su domicilio las empresas que invierten capital en el resto del mundo, están interesados en gravar todos los rendimientos en el lugar de su sede social" (CARBAJO VASCO, Domingo: El concepto de establecimiento permanente en el modelo de la OCDE: consideraciones y críticas, *Crónica Tributaria* No.52, 1985, pág.43).

dos. Tal es el caso, por ejemplo, del Convenio Modelo de la O.C.D.E. que utiliza el criterio de la residencia. Otros modelos de convenios utilizan el criterio de la fuente como es el caso del Modelo de las Naciones Unidas, el de la Junta del Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino), también en las Recomendaciones del Grupo de Expertos de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (A.L.A.L.C.), etc.

Para tener una aproximación al concepto de EP, es necesario que revisemos brevemente, el concepto que dicha institución tiene en los principales modelos internacionales de convenios para evitar la doble imposición. Es necesario indicar que, al margen del concepto de EP plasmado en los diversos modelos, la legislación fiscal interna de cada país posee su propio concepto de EP. Inclusive, existen conceptos de EP en los diversos convenios para evitar la doble imposición firmados por los Estados, que difieren no sólo del concepto establecido en los modelos sino, inclusive, del concepto de EP acogido en la legislación fiscal interna del país firmante del convenio. De allí que podamos hablar hasta de cuatro niveles para clasificar el concepto de EP:

- a) Concepto de EP adoptado por los diversos Modelos de convenios internacionales para evitar la doble imposición elaborados por organismos internacionales. Tal es el caso del Modelo de la OCDE, ONU, Pacto Andino, etc.
- b) Concepto de EP adoptado en los convenios internacionales para evitar la doble imposición suscritos entre los diferentes Estados.
- c) Concepto de EP adoptado en Modelos de convenios internacionales para evitar la doble imposición elaborados por algunos Estados para su propio uso. Tal es el caso del Modelo elabo-

rado por los Estados Unidos de Norteamérica o el Modelo elaborado por los Países Bajos.

- d) Concepto de EP adoptado por la legislación fiscal interna de cada Estado.

En el presente trabajo nos referiremos exclusivamente a la primera clasificación de concepto de EP, es decir, la adoptada en los Modelos de convenios internacionales, por ser el concepto más utilizado por los Estados en sus negociaciones internacionales.

A) Concepto de EP en el Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio elaborado por la O.C.D.E., en 1977 y 1992

El Modelo de la O.C.D.E. de 1977 y 1992, en adelante "el Modelo", es el Modelo que goza de más importancia de entre todos los modelos que se han elaborado. Ambos modelos son similares y prácticamente no ha habido modificaciones en cuanto al concepto de EP. De allí que nos refiramos a ambos como al "Modelo". De otro lado, podemos afirmar que la totalidad de países desarrollados que gozan de convenios para evitar la doble imposición con otros países lo han utilizado. La razón es obvia ya que dicho Modelo utiliza un concepto de EP mucho más restrictivo que el empleado por otros modelos y de otro lado, aplica fundamentalmente el principio de residencia. Sin embargo, como indicaremos más adelante, los demás modelos, en especial el de la O.N.U., van gozando cada vez más de mayor influencia en las negociaciones de convenios. Pasemos a analizar el concepto de EP en el Modelo de la O.C.D.E.⁴

1) Definición genérica

El artículo 5 del Modelo se refiere al EP y lo define como "un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza todo o parte de su actividad".⁵

⁴ Véase: ORGANIZACION PARA LA COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICO (O.C.D.E.): Modelo de convenio de doble imposición sobre la renta y el patrimonio, Informe 1977 del Comité Fiscal de la O.C.D.E., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978; y la versión francesa del Modelo de 1992: ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES (O.C.D.E.): *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Comité des affaires de l'OCDE, Organisation de Cooperation et de Développement Economiques, Paris, septembre, 1992.

⁵ Cabe mencionar que la definición señalada es básicamente la misma que la establecida en el Proyecto de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio de la O.C.D.E. de 1963. Sobre el concepto de EP en el Modelo de la O.C.D.E., véase el excelente trabajo, desde el punto de vista del sistema del *common law* y además de una abundante jurisprudencia internacional, de: BAKER, Philip: *Double Taxation Agreements and International Tax Law - A Manual of the OCDE Model Double Taxation Convention of 1977*, Sweet and Maxwell, London, 1991. También véanse: SKAAR, Arvid A.: *Permanent establishment - Erosion of a Tax Treaty Principle*, op. cit., págs.103 y ss.; GOUTHIERE, Bruno: *Les impôts dans les affaires internationales - Trente études pratiques*, Edition Francis Lefebvre, Paris, 1989, págs. 161-197; SANTINI, André: *Le régime fiscal des sociétés étrangères en droit comparé*, Editions A. Pedone, Paris, 1985, págs.30 y ss. Así mismo, son interesantes las apreciaciones de Max Beat Ludwig en relación a los EP (BEAT LUDWING, M.: La tributación de empresas con establecimientos permanentes en el extranjero, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Volumen LVIIIa. *International Fiscal Association*, Kluwer, Deventer, 1973, págs.1/81 y ss.) así como la ponencia del profesor Narciso Amorós Borda en dicho Congreso.

De esta sencilla pero exacta definición se desprenden las siguientes características:

a) La existencia de una instalación de negocios. Este concepto hace referencia a un espacio físico, a una instalación, locales o emplazamientos desde los cuales la empresa no residente realiza una determinada actividad. Es verdad que esto no se da en todos los casos ya que puede haber situaciones en que bastará la instalación de una maquinaria o utillaje, por ejemplo. Existe pues una vinculación entre un elemento material (lugar fijo) y otro elemento económico (desarrollo de una actividad económica). Como muy bien señala Fernández Pérez, "el establecimiento permanente constituye la materialización de esas relaciones o contactos económicos de una empresa de un Estado en el otro Estado, que determinan la sujeción a la jurisdicción del segundo Estado como Estado de la fuente..." y añade que "generalmente pueden distinguirse dos formas principales de conceptualización de establecimiento permanente: o bien entendiendo que sólo lo constituyen aquellas instalaciones que realizan directamente un beneficio, o bien considerando que lo forma cualquier instalación permanente en que la empresa realiza todo o parte de su actividad y que, en consecuencia, está integrada en la vida económica del país. El artículo 5 del Convenio Modelo, sigue las últimas de las direcciones apuntadas..."⁶

De otro lado, De la Villa observa acertadamente lo siguiente: "El lugar de negocios hace referen-

cia a un elemento físico, substrato de la actividad empresarial (vínculo material). La amplitud de la fórmula permite, no obstante, prescindir del título jurídico de utilización del citado elemento e, incluso, considerar como establecimiento la actividad desarrollada en los locales de otra empresa"⁷.

- b) El lugar de negocios ha de ser "fijo". Esto quiere decir que la instalación debe estar en un lugar determinado, sin que esto signifique estar materialmente unido al suelo. Además se requiere cierto grado de permanencia, es decir, que no sea meramente temporal. Estos dos requisitos son, en nuestra opinión, fundamentales, especialmente la permanencia.⁸
- c) Las actividades de la empresa deben de efectuarse en esa instalación fija de negocios. Esta tercera característica hace referencia a la existencia de personal de la empresa en la instalación, ya sea el propio empresario o las personas que tienen con la empresa relaciones de asalariado a empleador (personal). Por personal asalariado, el Modelo entiende a los empleados y todas las demás personas que reciben instrucciones de la empresa. Son indiferentes las relaciones que puedan tener con terceros.
- d) La actividad a desarrollar por la instalación fija de negocios no tiene por qué ser necesariamente productiva, es decir, que contribuya a la obtención de beneficios para la empresa.⁹ Así lo señalan los Comentarios al Modelo alegando

⁶ FERNANDEZ PEREZ, José R.: Criterios de reparto..., op. cit. pág.131. El citado autor está haciendo referencia a las denominadas "teoría de la realización económica" y la "teoría de la pertenencia económica", las cuales mencionaremos más adelante.

⁷ DE LA VILLA, José María: Convenios fiscales de doble imposición, Tomo XIV, Vol.1, Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras, Editorial de Derecho Financiero- Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, pág.102. Al respecto, Eguinoa señala que "el término 'instalación de negocio' cubre cualquier local, material o instalación que se utilice para el ejercicio de las actividades de la empresa. Es indiferente que la empresa sea propietaria o arrendataria de la instalación. Incluso se puede afirmar que es irrelevante el título en virtud del cual la empresa puede utilizar la instalación, ya que sólo interesa el hecho de que la esté utilizando de facto" (EGUINOVA, María: Las actividades empresariales de los no residentes, Impuestos No.13, 1991, pág.9).

⁸ Sobre el elemento de fijeza del lugar de negocios, Skaar indica lo siguiente: "The place of business is the 'home' of a foreigner's unincorporate business activity. Contrary to the requirement under the principle of mere source-state taxation, the enterprise's presence has to be 'visible' through an establishment in the other country. The 'fixed place of business test' therefore qualifies the objective presence of the enterprise in the other country" (Skaar, Arvid: Permanent establishment - Erosion of a Tax Treaty Principle, op. cit., pág.111). Este mismo autor define el criterio de "permanencia" como un criterio relativo: "The existing material establishes that 'permanence' in terms of the PE clause is a relative concept, where the location of the activity and the number of clients are other important aspects. Long duration, 18 to 24 months, will always comply with the 'permanent test'. Shorter duration will not necessarily be sufficient to deny a PE. However, a duration shorter than 6 months cannot be considered sufficient. The time period required will depend on which country the business activity is performed in. Coastal states seem to distinguish between business performed offshore and onshore, and other circumstances such as climate and weather conditions. A trend of PE fictions which accepts shorter and shorter duration as PE-constituting 'permanence' has developed, and the basic rule 'permanence test' seems to be under interpretative influence from his trend. Nevertheless, under the basic rule it must be required that the use of the place of business lasts for some time" (Ibid., pág.226).

⁹ Sin embargo, las cortes Belgas y los expertos en la materia han aceptado que un EP debe tener tres características: estabilidad, productividad y dependencia (Baker, Philip: op. cit. pág.90). Sobre el concepto de EP en la legislación belga véase el trabajo de DENYS, L.: The concept of permanent establishment, European Taxation, 1975, págs.292 y ss.

que en una empresa comercial bien administrada, cada elemento de la empresa contribuye a la productividad del conjunto. Pero esto no quiere decir que, por el simple hecho de formar parte de la organización general de la empresa, dicha instalación fija de negocios tenga carácter productivo y por lo tanto se le atribuya una parte de los beneficios de la empresa a efectos de imponerle un gravamen.

Pérez Rodilla observa que aquí el Modelo no ha seguido el criterio basado en la llamada "teoría de la realización". De acuerdo con esta teoría, solamente existirá un EP cuando la instalación que se ha creado en el otro Estado contribuye a los beneficios de la empresa al tener un carácter netamente productivo. Tan sólo aquellas que efectúen un ciclo mercantil completo se considera que tienen este carácter, ya que contribuyen a la rentabilidad de la empresa.¹⁰ En cambio, el Modelo ha seguido la llamada "teoría de la pertenencia económica". Según esta teoría, bastará la mera existencia de una estructura económica desde la cual se desarrolle una determinada actividad, para que se considere que existe un EP aunque éste no contribuya de manera directa en los beneficios de la empresa. Estamos de acuerdo con esta segunda teoría por ser más objetiva y clara. Veremos, sin embargo, que el Modelo es contradictorio respecto a la aplicación de las mencionadas teorías.

Por último, respecto a esta definición genérica que da el Modelo, baste indicar que un EP comenzará a existir, de acuerdo con los Comentarios del Modelo, en el momento en que la empresa inicia sus actividades por medio de una instalación fija de negocios. No deberá tenerse en cuenta el período durante el cual la propia instalación fija de negocios está siendo montada por la empresa. Esto siempre y cuando esta actividad difiera absolutamente de aquella a la cual se dedicará el EP. Así mismo, desparecerá el EP con la instalación fija de negocios o

con la cesación de toda actividad realizada por medio de ella. Esta cesación, consideran los Comentarios, se efectúa cuando finalizan todas las operaciones y actividades vinculadas a las anteriores actividades del EP como, por ejemplo, liquidación de todas las operaciones mercantiles corrientes, mantenimiento y reparación de las instalaciones, etc.¹¹

2) Diversos supuestos de EP

El segundo párrafo del artículo 5 del Modelo enuncia, a modo ejemplificador, diversos supuestos de EP sin pretender agotar todos los supuestos que en la realidad pudieran surgir. Estos supuestos indican como EP "en especial" a las sedes de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, las minas, pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales. Estos son los ejemplos clásicos, si los podemos denominar así, de EP; cosa que no agota otras nuevas formas que pudieran surgir de la vida práctica.¹² Cabe mencionar que los ejemplos mencionados siempre deben ser considerados teniéndose en cuenta los presupuestos de la definición genérica del primer párrafo del artículo 5 en cuestión.

3) Las obras de construcción, instalación o montaje

El tercer párrafo del artículo 5 del Modelo establece que una obra de construcción, instalación o montaje sólo constituye EP si su duración excede de doce meses. Este caso constituye una excepción a toda la estructura conceptual plasmada en el Modelo ya que se trata, en realidad, de actividades ocasionales, las cuales serán consideradas como EP si exceden los doce meses. Debemos tener en cuenta que el criterio de los doce meses se aplica a cada obra. Una obra de construcción deberá contarse como una unidad, incluso si se basa en diversos contratos, a condición de que constituya un todo coherente en el plano comercial y geográfico. Así mismo, se considera que una obra existe desde la fecha en que el

¹⁰ PEREZ RODILLA, Gerardo: *Fiscalidad de las inversiones extranjeras en España*, Ediciones Deustuo, Bilbao, 1990, pág.70.

¹¹ Para un estudio más profundo del tema puede verse el segundo capítulo de mi trabajo en: GILDEMEISTER RUIZ HUIDOBRO, Alfredo: *Derecho Tributario Internacional: Los establecimientos permanentes*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, págs. 191 y ss.

¹² Un ejemplo claro de estas nuevas formas de "establecimientos" que surgen actualmente está dado por el caso de la flota arrastrera pesquera de la ex-Unión Soviética cuando hace unos años operó en el mar territorial peruano. Dicha flota "estaba obligada al pago del impuesto por el hecho de tener, precisamente, un 'establecimiento permanente' en el país porque contaban con lugares de extracción de recursos naturales y con instalación para explotar recursos naturales de nuestro mar" (MEDRANO, Humberto: *Los criterios de vinculación en el Impuesto a la Renta*, Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario No.20, junio de 1991, pág.23). Cabe mencionar que el Modelo del Pacto Andino considera como EP al barco pesquero que, con cierta permanencia, extrae o explota recursos naturales (artículo 7.d).

empresario comienza su actividad, incluidos los trabajos preparatorios ejecutados en el país donde la construcción debe edificarse. La obra continuará existiendo hasta que los trabajos se terminen o abandonen definitivamente.¹³

4) Los agentes con estatuto dependiente

Un último caso en el cual el Modelo considera que existe EP es el indicado en el párrafo quinto del mencionado artículo 5 del Modelo. Se trata del caso en que la empresa extranjera, no disponiendo de un lugar fijo de negocios o aún disponiendo de él, actúe por medio de un agente dependiente. Por ejemplo, una empresa puede tener en un determinado Estado varios EPs de los cuales, algunos de ellos pueden estar conformados por agentes dependientes y otros por lugares fijos de negocios.¹⁴ El Modelo considera que existe EP cuando una empresa no domiciliada en un Estado tiene agentes; es decir, personas, empleadas o no, facultadas para concluir contratos, lo que quiere decir que estas personas disponen de poderes suficientes para vincular a la empresa en las actividades comerciales en que intervienen en el Estado considerado. Estas personas pueden ser personas naturales o jurídicas y deberán utilizar sus poderes habitualmente y no de manera aislada. Así mismo, los poderes que facultan a concluir contratos a nombre de la empresa deben estar dirigidos a las operaciones que constituyen las actividades propias de la empresa y no tan sólo hacia aspectos tangenciales. Existe pues un vínculo jurídico de la empresa no domiciliada con una persona determinada, exista o no un establecimiento material en sí. Deberá tratarse entonces de un agente con estatuto dependiente de la empresa, de acuerdo a poderes efectivamente otorgados.

5) Excepciones a la definición genérica

El Modelo considera algunos supuestos que no son considerados EP. Estos supuestos son los siguientes:

a) Actividades con carácter auxiliar o preparatorio: Diversos casos son mencionados en el párrafo cuarto del artículo 5 del Modelo como no

supuestos de EP por constituir casos en que, a pesar de constituir instalaciones fijas de negocios, se exceptúan al considerarse que no persiguen de manera directa una rentabilidad determinada en el sentido de obtener unos beneficios económicos concretos. Son pues actividades que constituyen operaciones de naturaleza preparatorio o auxiliar. El Modelo menciona las siguientes situaciones:

- La utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa;
- El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas, o de que sean transformadas por otra empresa;
- El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías, o de recoger información para la empresa, o de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatoria;
- El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con la finalidad de ejercer la combinación de cualquiera de las situaciones anteriores a condición de que el conjunto de las actividades del lugar fijo de negocios conserve su carácter auxiliar o preparatorio.¹⁵

Como ejemplos podemos mencionar aquellas instalaciones utilizadas únicamente para hacer publicidad, suministrar información, efectuar investigaciones científicas o vigilar la ejecución de un contrato relativo a una patente o un "know-how".

b) Agentes con estatuto independiente: El Modelo considera en el párrafo seis del artículo 5 en cuestión que no existirá EP cuando la empresa de un Estado contratante actúe en otro Estado contratante por medio de un agente con estatuto independiente. Esta independencia se comprobará en función de la amplitud de las obligaciones que afecten al agente frente a la empresa. El

¹³ No se consideran concluidos si dichos trabajos han sido interrumpidos momentáneamente por razones estacionales (invierno) o por el estado del tiempo como en el caso de lluvias o inundaciones, por ejemplo, (GILDEMEISTER RUIZ HUIDOBRO, Alfredo: El establecimiento permanente y las obras de construcción, instalación y montaje, Jurisprudencia Tributaria Aranzadi No.31, Ed. Aranzadi, Pamplona - España, 1994, Págs. 17 y ss.).

¹⁴ Al respecto, véase el excelente trabajo de ROBERTS, Sidney I.: *The Agency Element of Permanent Establishment: The OECD Commentaries from the Civil Law View*, Intertax Nos.9 y 10, 1993, págs.396 y 488 respectivamente.

¹⁵ Cabe observar que aquí se está aplicando la "teoría o criterio de la realización", a pesar que el Modelo oficialmente y de acuerdo con sus Comentarios, opta por la "teoría o criterio de la pertenencia económica" como ya se mencionó anteriormente. Véase: PEREZ RODILLA, Gerardo: *Fiscalidad de las inversiones extranjeras en España*, op. cit., pág.71.

agente debe ser independiente de la empresa jurídica y económicamente. Así mismo, dicho agente deberá actuar en el marco ordinario de su actividad cuando obra por cuenta de la empresa. El marco ordinario de su actividad significará para el agente que actúe como profesional intermediario. Deberá mantenerse al margen de las actividades propias de la empresa. Caso, por ejemplo, de un comisionista que se limita a vender bienes o mercancías en nombre de la empresa; o también el caso de un agente el cual representa a diversas empresas no domiciliadas sin depender exclusivamente de una de ellas tanto económicamente como jurídicamente, esto es, con un contrato de representación exclusivo, etc.

- c) **El caso de las filiales:** Aquí el Modelo más que señalar si son o no son EP, establece la diferencia entre las figuras de la filial y el EP en sí. El Modelo señala que el hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante, o que realice actividades en este otro Estado (ya sea por medio de EP o de otra manera), no convierte por sí sólo a cualquiera de estas sociedades en EP de la otra. Desde el punto de vista fiscal, la filial constituye una entidad jurídica independiente, es decir, que se caracteriza por su personalidad jurídica propia e independencia. La sola existencia de una filial no significa que exista un EP. Solamente se considerará que existe EP cuando a la filial le sean aplicables las reglas establecidas para los agentes con estatuto dependiente. Ello significa que, si nos encontramos ante una filial que no puede considerarse como agente independiente de la sociedad matriz y dispone de poderes que ejerce habitualmente facultándola para concluir contratos en su nombre, nos encontraremos ante un EP, de acuerdo con las reglas del Modelo.

B) Concepto de EP en la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo (1980)

En primer lugar, la Convención representa o al menos intentó ser una especie de transacción entre

el principio de la fuente y el de residencia, concediendo más importancia al primero que el Modelo de la O.C.D.E. En segundo lugar, como consecuencia del principio de la tributación en la fuente, los artículos de la Convención se fundamentan en el reconocimiento por el país de la fuente de tres premisas: a) en la imposición de la renta del capital extranjero se tendrá en cuenta los gastos atribuibles a la obtención de esa renta, de forma tal, que dicha renta será gravada sobre una base neta; b) la imposición no será tan elevada como para desalentar las inversiones; y c) se tendrá en cuenta la conveniencia de repartir los ingresos con el país que aporte el capital. En tercer lugar, la Convención incorpora la idea de la conveniencia que el país de la residencia aplique alguna medida para evitar la doble imposición, mediante el descuento del impuesto extranjero o mediante exenciones, como en el Modelo de la O.C.D.E.¹⁶

La Convención, en su artículo 5, incorpora al Modelo de la O.C.D.E., tanto en su articulado como en sus Comentarios. Sin embargo, a dicho articulado le agregará o suprimirá lo que juzgue conveniente de acuerdo con sus objetivos. Entre los cambios que caben destacar tenemos los siguientes:

1) Se considera como EP a “unas obras”, proyectos de instalación o montaje o unas actividades de inspección relacionadas con ellos, pero sólo cuando tales obras, construcción o actividades continúen durante un período superior a seis meses. El paso del singular “obra” al plural “obras” es importante en el momento de analizar un conjunto de obras a efectos del cómputo de los seis meses. La reducción del plazo además, beneficia a los países en desarrollo.

2) Se considera como EP a las empresas de servicios y consultoras ya que se comprende la prestación de servicios por una empresa, incluidos los servicios de consultores, por intermedio de sus empleados o de otro personal contratado por la empresa para ese fin, pero sólo en el caso de que las actividades de esa naturaleza prosigan (en relación con el mismo proyecto o con un proyecto conexo) en el país durante un período o períodos que en total no excedan de seis meses, dentro de un período cualquiera de 12

¹⁶ Véase al respecto: Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la Doble Tributación entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales Internacionales, Naciones Unidas, Nueva York, 1980. Así mismo, véase también: *International Income Taxation and Developing Countries. United Nations on Transnational Corporations*, Doc. No.ST/CTC/56, United Nations, New York, 1988; NEVES DORNELLES, Francisco: *The tax treaty needs of developing countries with special reference to the UN Draft Model, U.N. Draft Model Taxation Convention: proceedings of a seminar held in Copenhagen in 1979 during the 33rd Congress of the International Fiscal Association*, Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1979; y Directrices para los acuerdos fiscales entre los países desarrollados y países en desarrollo, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (Doc. No.ST/ESA/14), Naciones Unidas, Nueva York, 1975.

meses. La Convención incluyó los servicios administrativos y consultores porque la prestación de esos servicios en los países en desarrollo por sociedades de países industrializados implicaba a menudo grandes sumas de dinero. Las utilidades derivadas de esos servicios deberían gravarse por los países en desarrollo cuando concurrieran determinadas circunstancias.

3) Se considera EP al **agente que sin tener poderes de la empresa no domiciliada, mantiene habitualmente en otro Estado existencias de bienes o mercancías** que utiliza para entregar regularmente por cuenta de la empresa.

4) Una interesante novedad de la Convención es la de considerar que una **empresa aseguradora** de un Estado contratante tiene, salvo por lo que respecta a los reaseguros, un EP en el otro Estado contratante, si recauda primas en el territorio de ese Estado o si asegura contra riesgos situados en él por medio de una persona que no sea un representante independiente.

5) La Convención añade al caso de los agentes independientes, los cuales no son considerados EP, el caso de que un **representante realice todas o casi todas sus actividades en nombre de una empresa no domiciliada**. En dicho caso no será considerado representante o agente independiente sino que, por el contrario, será considerado agente con estatuto dependiente y por lo tanto un EP. Se requiere, de acuerdo con los Comentarios de la Convención, que dicho agente "habitualmente obtenga pedidos exclusiva o casi exclusivamente para una empresa del otro Estado contratante o para una empresa afiliada". Sin embargo, los Comentarios no especifican los alcances de los términos "exclusiva o casi exclusivamente"¹⁷.

Como se ha podido apreciar, la Convención definitivamente señala un concepto más amplio de EP que el formulado por el Modelo de la O.C.D.E. Sin embargo, se trata de un concepto que todavía no establece un equilibrio lo suficientemente justo entre ambos grupos de países ya que, a pesar que se da un mayor derecho de imposición al Estado fuente, significando ello una mejora del Modelo, aún no refleja todos los requerimientos y necesidades fiscales especiales de los países en desarrollo.

C) Concepto de EP en los Convenios del Pacto Andino (1971)

La Junta del Acuerdo de Cartagena propuso a la Comisión del Acuerdo de Cartagena una propuesta

definitiva de modelo de convenio para evitar la doble imposición y ésta fue aprobada. Nace así la Decisión No.40 del 16 de noviembre de 1971 la cual contiene dos anexos: el primero, conteniendo un "Convenio para evitar la doble tributación entre los Países Miembros" respecto de los impuestos sobre la renta y el patrimonio; y un segundo anexo, que contiene el "Convenio Tipo para la celebración de acuerdos sobre la doble tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la Subregión" en materia de impuestos sobre la renta, el capital y el patrimonio. Como casi no hay ninguna diferencia entre el contenido de ambos convenios, inclusive el articulado es casi el mismo, nos referiremos a estos convenios simplemente como el "Modelo del Pacto Andino" o "los Convenios".

Estos Convenios se encuentran esencialmente fundamentados en el principio de la fuente de la renta, es decir, el Estado en cuyo territorio se origina o genera la renta, es el que tiene la potestad tributaria de gravarla. De allí que cada país debe gravar solamente las rentas que se generen en su jurisdicción y abstenerse de gravar las que se generen fuera de ella.

Por lo tanto, de acuerdo con el principio arriba expresado, debemos indicar que en los Convenios del Pacto Andino no existe una definición genérica de EP como sí la hay tanto en el Modelo de la O.C.D.E. como en el de la Convención de las Naciones Unidas. En los Convenios ni siquiera se menciona el término "establecimiento permanente". El artículo 7 de los Convenios, sobre los beneficios de las empresas, establece que los beneficios resultantes de las actividades empresariales sólo serán gravables por el Estado contratante donde éstas se hubieren efectuado. Para los Convenios dará igual la manera en que una empresa no domiciliada realice actividades en el territorio de un Estado. Lo importante consiste en que los beneficios que obtenga dicha empresa sólo se graven en el Estado en donde haya realizado ésta sus actividades, prescindiendo de la forma empleada.

Lo que sí es interesante resaltar es que si bien los Convenios no definen ni hacen referencia al EP, el mencionado artículo 7, a modo de ejemplo, establece diversas clases de organizaciones o instituciones, que para nosotros constituyen EP, mediante los cuales los Convenios consideran que una empresa puede realizar sus actividades en el territorio de un Estado. Tales supuestos son los siguientes: una oficina o lugar de administración o dirección de nego-

¹⁷ Convención Modelo de las Naciones Unidas..., op. cit., pág.73.

cios; una fábrica, planta o taller industrial o de montaje; una obra de construcción (no se señala ningún plazo); un lugar o instalación donde se extraen o explotan recursos naturales, tales como una mina, pozo, cantera, plantación o barco pesquero (estos últimos constituyen toda una novedad); una agencia o local de ventas; una agencia o local de compras; un depósito, almacén, bodega o establecimiento similar destinado a la recepción, almacenamiento o entrega de productos; en general cualquier otro local, oficina o instalación cuyo objeto sea preparatorio o auxiliar de las actividades de la empresa (como se puede apreciar se incluyen conceptos totalmente opuestos a los señalados en el Modelo de la O.C.D.E. y en la Convención de las Naciones Unidas); y un agente o representante (no se especifica si es con estatuto dependiente o independiente).

Cabe destacar en estos casos la generalidad o amplitud de los mismos, es decir, que al no tomarse en cuenta la noción de EP para la determinación de la potestad tributaria de uno de los dos Estados contratantes, pierde importancia el especificar detalladamente en qué casos nos encontramos ante un EP y cuando no sucede esto. Las diferencias pues, de los Convenios con el Modelo de la O.C.D.E. y la Convención, -esta última inspirada en la primera como se recuerda-, son casi abismales, porque se trata de dos filosofías completamente diferentes las que dirigen a ambos grupos de modelos, en especial el de la O.C.D.E. y los Convenios del Pacto Andino, ya que, la Convención intenta ser una especie de punto medio, sin llegar a lograrlo del todo.

III. ¿COMO CONSIDERAN LOS PRINCIPALES MODELOS QUE DEBEN SER GRAVADOS LOS BENEFICIOS OBTENIDOS POR UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE?

A) El Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio elaborado por la O.C.D.E., en 1977 y 1992

En este modelo se aplica en el artículo 7 el denominado principio del EP. El mencionado principio se compone de dos criterios. El primero, según el cual solamente se puede gravar al no residente, cuando éste opere en un Estado por medio de un EP. El

segundo criterio, complementario del anterior, indica que en el caso de existencia de otras rentas que no provengan de la propia actividad del EP, de acuerdo con las normas del Modelo, no deberán ser gravadas por el Estado contratante en el cual reside el EP. Como puede apreciarse, este principio es completamente opuesto al criterio de la fuente.¹⁸ El segundo criterio ha sido causa de muchas discusiones entre los países de la O.C.D.E. ya que establece que cuando una empresa ejerce una actividad industrial o comercial por medio de un EP situado en el otro Estado, este Estado puede gravar los beneficios de la empresa, y aquí viene lo interesante, sólo en la medida en que sean imputables al EP; por lo que el derecho de imposición del Estado en el cual reside el EP, no se extiende a los beneficios que la empresa pueda obtener en ese Estado por cauces distintos a los de su EP.

Se reconoce pues la potestad tributaria del Estado de la fuente, es decir, el Estado contratante en donde se encuentra ubicado el EP, pero limita dicha potestad sólo en la medida en que los beneficios sean imputables al EP. ¿Cómo se logra esto? Bajo el sistema de contabilidad separada, existen en la doctrina tres modalidades o maneras de solucionar el problema de la atribución de rentas al EP:

1) **Criterio de la “vinculación efectiva”** el cual es seguido por el Modelo, consiste en atribuir al EP aquellos ingresos que obtenga exclusivamente por el ejercicio de su actividad así como los producidos por los capitales que se encuentren efectivamente vinculados al mismo. Este criterio nos lleva además a someter rentas que de otra manera caerían fuera de la soberanía fiscal del Estado de situación del establecimiento (caso de los dividendos, intereses o cánones por ejemplo).

2) **Criterio de la “vis atractiva” (o fuerza de atracción)**, el cual atribuye al EP todas las rentas o beneficios obtenidos en el territorio en donde se encuentre ubicado, tanto si proceden de él como si proceden de cualquier otra actividad ejercida en el territorio, aunque el EP no haya intervenido en su obtención. Esto último es muy importante ya que el EP, de acuerdo con este criterio, se convierte en una especie de ente que absorbe todos los tipos de rentas que va obteniendo en el territorio en donde está ubicado.

¹⁸ Como argumento a favor del principio del EP los Comentarios al Modelo hacen referencia al ámbito de las relaciones fiscales internacionales en el cual “se admite actualmente que una empresa de un Estado sólo puede estimarse que participa verdaderamente en la vida económica del otro Estado, con vinculación bastante para estar sometida a su jurisdicción fiscal, si tiene en él un establecimiento permanente” (ORGANIZACION PARA LA COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICO - O.C.D.E.: Modelo de Convenio..., op. cit., pág.96). Sobre el principio del EP véase: BIERLAAGH, Hubert M.M.: *Permanent establishments, the separate enterprise fiction: it is a fact?*, Intertax No.3 1992, págs.156-160.

3) Criterio de la "similaridad" (similitud), también llamado de la "vis atractiva moderada", imputa al EP las rentas obtenidas por la central en el país de situación del EP, por el ejercicio de actividades similares, de allí el nombre, a las desarrolladas por aquél.

El Modelo pues adopta el criterio de la "vinculación efectiva" lo que nos lleva a determinar la base de las utilidades por el método de la "contabilidad separada".

Pero, ¿En qué consiste el método de contabilidad separada? En general, existen en la doctrina dos sistemas o métodos para la determinación de las utilidades obtenidas por un EP: uno es el sistema mencionado de contabilidad separada y el otro es el sistema de "cifra relativa" también llamado "método español". El sistema de contabilidad separada consiste en calcular o estimar los beneficios del EP como si se tratase de una empresa independiente o separada de la casa central, es decir, se parte de la ficción de considerar al EP como una empresa independiente por lo que sus beneficios deberán de calcularse al margen de la sede central de la empresa. En cambio, el sistema de cifra relativa de negocios o de balance consolidado, es el que distribuye los beneficios mundiales de la empresa entre la central y el propio EP de acuerdo a determinados índices (cifra de negocios, capital asignado a uno y otro, etc.). El Modelo de la O.C.D.E. opta por el sistema de contabilidad separada. Excepcionalmente se permite utilizar el sistema de cifra relativa mientras sea usual en un Estado contratante determinar los beneficios imputables a los EP sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes. Sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido esté de acuerdo con lo principios de la contabilidad separada.

De otro lado, el Modelo permite la deducción de los gastos en los que se haya incurrido para la realización de los fines del EP, comprendiendo los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el EP como en otra parte. Tampoco se atribuirá ningún beneficio al EP por el mero hecho de que éste compre bienes o mercancías para su central. Los beneficios imputables al EP se calcularán cada año por el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.

B) La Convención Modelo de las Naciones Unidas

Establece en su artículo 7 como novedad importante, el ampliar para determinados casos el criterio de vinculación efectiva ("principio de atribución" para la Convención), aplicando el criterio de la vis atractiva o "fuerza de atracción". Esta combinación de criterios es lo que ha dado como resultado la denominada "tesis de la similitud" ya referida anteriormente. En virtud de dicho criterio se establece que los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente podrán someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa efectúe operaciones en el otro Estado por medio de un EP situado en él. En tal caso, dichos beneficios podrán ser gravados en el otro Estado, pero solamente en la parte atribuible a ese EP en el caso de "ventas en ese otro Estado de bienes o mercancías de tipo idéntico o similar" al de las vendidas por medio de ese EP o en caso de "otras actividades comerciales de naturaleza idéntica o similar" a la de las efectuadas por medio del referido EP. La Convención aplica pues tanto el principio de vinculación efectiva así como el criterio de la fuerza de atracción, dando como resultado la llamada tesis de la similitud.

La incorporación para determinados casos del criterio de la "fuerza de atracción" dió lugar a diversas discusiones en el seno del Grupo de Expertos que preparaba el texto final de la Convención, ya que varios miembros de países en desarrollo querían la incorporación del principio de la "fuerza de atracción" mientras que diversos miembros de países desarrollados deseaban lo contrario. Se puede apreciar como las diferentes filosofías (fuente y residencia) sostenidas por los dos grupos de países seguían luchando por ver cuál predomina sobre la otra.¹⁹

C) Los Convenios del Pacto Andino

Establecen que los beneficios resultantes de las actividades empresariales sólo serán gravables por el Estado contratante "donde éstas se hubieren efectuado". Se establece que cuando una empresa efectuare actividades en dos Estados contratantes, cada uno de ellos podrá gravar las rentas que se generen en su territorio. Se añade que si las actividades se realizaren por medio de representantes o utilizando algunas de las instalaciones indicadas en su listado, se atribuirán a dichas personas o instalaciones los beneficios que hubiesen obtenido si fueren

¹⁹ Otra novedad de la Convención es la de permitir la deducción de los gastos realizados para los fines de las "transacciones" del EP, siempre y cuando estén "debidamente demostrados". Sin embargo, no se consideran deducibles, entre otros, los pagos que efectúe el EP a la casa central por conceptos tales como regalías, honorarios o pagos análogos.

totalmente independientes de la empresa. Con esta última mención se está haciendo referencia al principio de contabilidad independiente.

De lo anterior se puede concluir que los beneficios de las empresas se gravan de acuerdo con el principio de la fuente, es decir, en el Estado en donde se hubieren efectuado las actividades empresariales generadoras de dichas rentas. Además tenemos una diferencia importante con el Modelo de la O.C.D.E. y la Convención de las Naciones Unidas: desaparece la noción de EP. Los países del pacto Andino han dejado de lado el concepto de EP ya que no se quiere depender del cumplimiento de unos requisitos que determinen la existencia o no de un EP en su territorio y, por lo tanto, que dependiendo de ello se grave o no la renta que éste origine. Estos países no necesitan la noción de EP porque, como bien señala Atchabahian, "las bases técnicas en las que fundan su potestad tributaria son las de considerar que en

tanto y en cuanto se genere una renta dentro de su dominio territorial, al amparo de sus leyes y de su ordenamiento institucional, encargado de la prestación de los servicios por el Estado, coadyuvantes a la percepción de esa renta, el hecho objetivo implícito en ello es premisa necesaria y suficiente para legitimar el derecho de imposición".²⁰

IV. EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL PERU

En el Perú, el Decreto Supremo 122-94-EF, Reglamento de la Ley de Impuesto a la Renta, en adelante RIR, constituye la única norma en donde aparece un concepto de EP el cual es adoptado por la legislación tributaria peruana, ya que la Ley del Impuesto a la Renta, en adelante LIR, aprobada por Decreto Legislativo 774, si bien hace referencia en diversos artículos al EP, no llega sin embargo a establecer un concepto del mismo.²¹

²⁰ ATACHABAHIAN, Adolfo: El Grupo Andino y su enfoque de la doble tributación internacional, Hacienda Pública Española No.32, 1975, pág.137.

²¹ Efectivamente, el artículo 3 del RIR establece lo siguiente:

"Son de aplicación las siguientes normas para la determinación de la existencia de establecimientos permanentes:

- a) Constituye establecimiento permanente distinto de las sucursales y agencias:
 1. Cualquier lugar fijo de negocios en el que se desarrolle, total o parcialmente, la actividad de una empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior. En tanto se desarrolle la actividad con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, constituyen establecimientos permanentes los centros administrativos, las oficinas, las fábricas, los talleres, los lugares de extracción de recursos naturales y cualquier instalación o estructura, fija o móvil, utilizada para la exploración o explotación de recursos naturales.
 2. Cuando una persona actúa en el país a nombre de una empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior, si dicha persona tiene, y habitualmente ejerce en el país, poderes para concertar contratos en nombre de las mismas.
 3. Cuando la persona que actúa a nombre de una empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior, mantiene habitualmente en el país existencias de bienes o mercancías para ser negociadas en el país por cuenta de las mismas.
- b) No constituye establecimiento permanente:
 1. El uso de instalaciones destinadas exclusivamente a almacenar o exponer bienes o mercancías pertenecientes a la empresa.
 2. El mantenimiento de existencias de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con fines exclusivos de almacenaje o exposición.
 3. El mantenimiento de un lugar fijo dedicado exclusivamente a la compra de bienes o mercancías para abastecimiento de la empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior, o la obtención de información para la misma.
 4. El mantenimiento de un lugar fijo dedicado exclusivamente a realizar, por cuenta de empresas unipersonales, sociedades o entidades de cualquier naturaleza constituida en el exterior, cualquier otra actividad de carácter preparatorio o auxiliar.
 5. Cuando una empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior, realiza en el país operaciones comerciales por intermedio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro representante independiente, siempre que el corredor, comisionista general o representante independiente actúe como tal en el desempeño habitual de sus actividades. No obstante, cuando ese representante realice más del 80% de sus actividades en nombre de tal empresa, no será considerado como representante independiente en el sentido del presente numeral.
 6. La sola obtención de rentas netas de fuente peruana a que se refiere el artículo 48 de la Ley.
 7. Los contratistas y subcontratistas a que se refiere el primer párrafo del inciso e) del artículo 48 de la Ley.
- c) Establecimiento permanente en el caso de empresas vinculadas:

El hecho que una empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior, controle a una sociedad domiciliada o realice operaciones comerciales en el país, no bastará por sí solo para que se configure la existencia de un establecimiento permanente, debiendo juzgarse dicha situación con arreglo a lo establecido en los incisos a) y b) del presente artículo.
- d) Establecimiento permanente en el caso de agencia:

Cuando medie un contrato de agencia que implica la existencia de un establecimiento permanente calificado con arreglo de este artículo".

No ha sido el objetivo del presente artículo el realizar un análisis del concepto de EP en la legislación tributaria peruana ya que ello será materia de otro trabajo.²² Sin embargo, podemos hacer unos comentarios breves resepecto al concepto de EP en el Perú en comparación con los conceptos de EP plasmados en los principales Modelos de convenios analizados en páginas anteriores.

En general, podemos afirmar que nos encontramos ante un concepto muy restrictivo de EP. A un país en vías de desarrollo como el Perú, en donde la inversión extranjera es necesaria y por tanto beneficiosa, no le es conveniente un concepto restrictivo de EP. Al contrario, siendo el Perú un país que aplica el criterio del domicilio y siendo los EP considerados por la LIR como domiciliados, gravándose la renta que obtengan de fuente peruana (artículo 7.e LIR), le es más conveniente al Perú tener un concepto amplio de EP para así poder gravar en territorio peruano las rentas que obtengan dichos establecimientos.

Sin embargo, el RIR no incluye diversas modalidades consideradas por los Modelos como EP; como por ejemplo, las obras de construcción, instalación o montaje, proyectos de instalación así como las operaciones temporales de montaje o inclusive las actividades de inspección o supervisión en relación a unas obras de construcción o proyectos de instalación o montaje, todas con plazo mayor a los seis meses; las minas, pozos de petróleo o de gas, servicios o instalaciones en relación con la prospección petrolífera y las canteras; bolicheras o embarcaciones de pesca en general; empresas aseguradoras, empresas de servicios, etc.

Por último, es nuestra opinión que sería conveniente para el Perú que, tanto el Ministerio de Economía y Finanzas - MEF así como la Administración

Tributaria - SUNAT, tuviesen entre sus objetivos la pronta negociación de convenios para evitar la doble imposición con diversos países que, al igual que en estos momentos lo vienen haciendo países como Chile, Argentina o Brasil, hiciese **atractiva y segura** la inversión en el país desde el punto de vista tributario.²³

En estos convenios, como se ha podido apreciar en el presente trabajo, el concepto de EP juega un rol fundamental constituyéndose en el eje de dichos convenios. Al Perú, al igual que a otros países en desarrollo, no le conviene aislarse de los demás países encerrándose en una aplicación tajante de la teoría de la fuente en materia tributaria. Al igual que otros países en vías de desarrollo, caso de Filipinas, India, etc. el Perú debe empezar a negociar convenios en donde se beneficie a ambas partes, con un concepto de EP ni tan restrictivo, que beneficie casi exclusivamente a los países desarrollados, ni tan amplio que desanime al inversor extranjero a invertir en el Perú. Si el Perú logra negociar convenios para evitar la doble imposición incorporando un concepto moderno de EP, saldrá beneficiado debido a que la inversión extranjera se incrementará, lo cual significará una gran ayuda para que el Perú pueda salir económicamente adelante.

No se olvide que, como indicáramos al principio de este trabajo, una de las primeras preguntas que realiza el inversionista extranjero cuando llega al Perú, es la de conocer si el Perú tiene o no convenio para evitar la doble imposición firmado con su país. Una respuesta negativa a esta pregunta suele complicar su decisión en relación a sus proyectos de inversión en Perú o, peor aún, decidirle a encaminar su inversión hacia otro país en desarrollo el cual sí tiene convenio con el país de origen de dicho inversionista. De nosotros depende que se quede.

²² Cabe mencionar que, entre otros temas a tratar sobre los EP, estamos avocados en la preparación de un trabajo sobre el tratamiento de los EP en la legislación fiscal comparada de la Unión Europea que incluiría un estudio sobre el tratamiento de los EP en relación a las fusiones y escisiones de empresas en la legislación peruana, comparándola con la nueva legislación española al respecto, así como un análisis del papel de los EP en las Agrupaciones de Interés Económico.

²³ Actualmente, existe en el Perú una comisión compuesta por representantes de Aduanas y de los Ministerios de Economía, Relaciones Exteriores e Industrias, que estudia la temática de la doble imposición así como la elaboración de un convenio sobre doble tributación a efectos de negociar con otros Estados. Es de esperar que dicha comisión siga trabajando y dé frutos prontamente ya que negociar un convenio es un proceso que requiere meses y a veces hasta años. Pero a pesar del tiempo que conllevan los preparativos para llevar a cabo estas negociaciones, no se pueden dejar de lado ya que ello significaría dejar al Perú atrás en relación con otros países en vías de desarrollo. Es imperativo que el Perú comience a negociar convenios a la brevedad posible si quiere seguir atrayendo inversión extranjera.

EL ARBITRAJE Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Gonzalo García Calderón Moreyra
Profesor de Arbitraje Nacional e Internacional
Universidad de Lima
Vocal de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

El arbitraje es uno de los mecanismos que garantiza al inversionista la celeridad y correcta solución de los conflictos, siempre previsible en las relaciones comerciales.

Ello reduce los costos de invertir en un determinado país, pues la incertidumbre acerca del plazo y la manera de resolver desacuerdos implica un costo muy elevado para los empresarios. Cuando una economía es abierta a los capitales foráneos -y más aún, busca expresamente atraerlos- debe prever la incidencia de conflictos de tipo internacional, razón por la cual los mecanismos arbitrales deben poder resolver este tipo de diferencias. En ello radica la principal importancia del arbitraje internacional, tema central del presente artículo. En él se hacen importantes precisiones e interesantes comentarios acerca de las diversas implicancias del arbitraje internacional.

El arbitraje internacional tiene constante aplicación en las relaciones económicas. A diferencia del arbitraje nacional en donde todos los elementos de una relación jurídica tales como el domicilio de las partes y de los árbitros, el lugar del arbitraje, la ley aplicable y el fondo del asunto están vinculados a un estado en particular, en el arbitraje internacional algún o algunos de los elementos materiales o adjetivos de litigio tienen relación con un país distinto de aquel al que están conectados los demás. Situaciones de este tipo son muy frecuentes en el campo del comercio internacional.¹

Es importante precisar que hablar de arbitraje internacional no supone admitir una auténtica internacionalidad que lo coloque al margen de todo sistema jurídico nacional, es por ello que algunos autores prefieren hablar de arbitraje extranjero en lugar de arbitraje internacional.²

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, la expresión arbitraje internacional tiene plena vigencia tanto en el uso corriente como en el plano de la legislación nacional vigente.

¹ El criterio para considerar un arbitraje como internacional varía en los diversos tratados y legislaciones. A saber, véase Montoya Alberti, Ulises. *El Arbitraje Comercial*, pág. 139 y siguientes, Cultural Cuzco, 1988, Lima. La Ley General de Arbitraje (Ley 26572), señala en su artículo 91 que un arbitraje será internacional si: "1. Las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en Estados diferentes; o 2. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:

a) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral; b) El lugar del cumplimiento de una parte substancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha".

² Véase Revoredo, Delia. Selección de las leyes aplicables a la validez del acuerdo arbitral y al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. Ante-Proyecto de Ponencia para el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Págs. 1-32. Lima 1982.

Como sabemos la institución arbitral es un medio privado de solución de conflictos en virtud del cual, las partes de una determinada relación jurídica (sea contractual o extracontractual) acuerdan someter sus diferencias, ya vencidas o futuras, al juicio de terceros imparciales denominados árbitros y cuyo fallo puede ser irrecurrible.³

El principal problema del arbitraje, tanto nacional como internacional, consiste en que los árbitros carecen de dos facultades jurisdiccionales importantes como son la *Coertio* y la *Executio*, (poseen la *Notio*, la *Vocatio* y la *Juditium*) por lo que deben recurrir al Poder Judicial para que sea éste el que ordene a un tercero a comparecer ante el Tribunal o recurrir a los jueces comunes para que cumplan con la sentencia arbitral denominada laudo.

Creemos que estos inconvenientes prácticos del arbitraje deberán resolverse en un futuro no muy lejano otorgándoles, o delegando el Estado, facultades coercitivas a instituciones o centros arbitrales, para de este modo evitar que las partes recurran al juez común cuando su voluntad indubitable fue sustraerse de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, no sólo existe el problema de los atributos jurisdiccionales de los cuales carecen los árbitros, sino que también existe, en el derecho arbitral internacional, el problema del establecimiento de la Ley aplicable a diversas etapas del arbitraje, siendo éste el tema que desarrollaremos.

En todo arbitraje internacional deberán aplicarse necesariamente las reglas de conflicto nacionales que señale el derecho internacional privado interno de cada país, para cada categoría jurídica involucrada en un arbitraje de naturaleza extranacional.

Así por ejemplo, deberá recurrirse al derecho internacional privado para establecer entre otros: la ley aplicable para establecer la capacidad de las partes; la arbitrabilidad de una materia; la nulidad o invalidez del acuerdo arbitral; si el objeto de la controversia es susceptible de solución arbitral; el procedimiento a seguir; la ley que se aplicará al fondo de la controversia; así como la legislación que regulará el reconocimiento y ejecución de un laudo expe-

dido en un país distinto al cual se quiere hacer valer.

Lo anteriormente expuesto, hace que el arbitraje internacional tenga una complejidad aún mayor que los conflictos internacionales que son derivados a un Poder Judicial nacional, en la medida que los árbitros privados deberán resolver en mérito a un derecho extranjero el cual luego será ejecutado por jueces de otra nacionalidad bajo un procedimiento nacional (*exequatur*).

Por otro lado, la existencia del Derecho Internacional Privado se explica por la diversidad de leyes nacionales, debido a las peculiares condiciones de cada país y a su independencia legislativa, así como al desplazamiento de las personas y al tráfico internacional que generan relaciones jurídicas en los más diversos campos de la actividad humana.

De allí que esta institución jurídica regule todo tipo de relaciones o actos personales en los que existan estos elementos que las vinculen a dos o más ordenamientos jurídicos, produciéndose una concurrencia de leyes o de jurisdicciones.

El sistema de Derecho Internacional Privado comprende, atendiendo a su naturaleza y al objeto que persigue, un conjunto de principios generales o normas rectoras que le son propios; de normas sobre competencia legislativa aplicables en caso de conflictos; de normas de competencia jurisdiccional para la determinación de los jueces o tribunales a los que corresponderá su conocimiento; de normas sobre el valor extraterritorial de las sentencias y fallos arbitrales extranjeros; de la nacionalidad de las personas; de la condición de los extranjeros y de las personas jurídicas extranjeras.⁴

El Código Civil peruano de 1852 en materia de Derecho Internacional Privado sólo contenía algunas disposiciones dispersas a lo largo de su articulado. En el Título Preliminar se limitó a consignar que las leyes de policía y seguridad obligaban a todos los habitantes del Perú (principio de orden público) y que estaban sujetos a las leyes de la República los bienes inmuebles, cualesquiera que fuese la naturaleza y condición del poseedor (apli-

³ García Calderón Moreyra, Gonzalo. Revista El Mercurio Peruano. El Arbitraje como medio alternativo de administración de justicia. Págs. 47-51. Ene-Dic 1992, Lima.

⁴ Sobre la concepción y naturaleza del Derecho Internacional Privado puede leerse entre otros a Manuel García Calderón Koechlin, Derecho Internacional Privado, Ed. U.N.M.S.M. Lima 1969. Martín Wolff, Derecho Internacional Privado, Barcelona 1936. Adolfo Miaja de la Muela, Derecho Internacional Privado, Madrid 1962-63. Werner Goldschmidt, Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado, Barcelona 1948-49.

cación de la *Lex Rei Sitae* para los inmuebles). Otros artículos del Código se referían al goce de los derechos civiles por los extranjeros, al cumplimiento de contratos celebrados u obligaciones contraídas en país extranjero, a la comparecencia ante los tribunales peruanos, a los matrimonios celebrados en el extranjero y al derecho sucesorio (forma del testamento, derecho hereditario de los extranjeros y capacidad para otorgar testamentos).

El Código Civil de 1936, siguiendo el modelo de modernas leyes civiles extranjeras, agrupó las principales normas de Derecho Internacional Privado en el Título Preliminar. Declaraba que era aplicable la ley del domicilio para regular el estado y capacidad civil, los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges así como el régimen de los bienes de estos, y la ley peruana cuando se tratase de peruanos (artículo V); que los bienes, cualquiera que fuese su clase estarían regulados por la ley de su situación (artículo VI); que la naturaleza y efectos de la obligación, se regían por la ley del lugar donde fue contraída (artículo VII); que la sucesión, en lo concerniente a los derechos de los herederos y a la validez intrínseca del testamento, se regía por la ley personal del causante, salvo las disposiciones de la ley peruana que se aplicarían a los nacionales y a los extranjeros domiciliados (artículo VIII); que la existencia y capacidad civil de las personas jurídicas extranjeras de derecho privado se regían por la ley del país en el cual se habían constituido (artículo IX); que las leyes extranjeras no serían aplicables cuando fuesen contrarias al orden público o a las buenas costumbres (artículo X); y que la forma de los actos y de los instrumentos se regularían por la ley del lugar en que se otorgaran o por la ley que regulara la relación jurídica objeto del acto (artículo XX).

Además de las normas que determinaban la competencia legislativa, señaladas en el párrafo anterior, el Título Preliminar del Código Civil de 1936 contenía otras sobre prueba de la existencia de la ley extranjera y su sentido, (artículos XI y XIII); sobre sometimiento a las obligaciones contraídas en la República (artículo XIV); sobre igualdad de derechos civiles (artículo XVI); y sobre competencia jurisdiccional (artículos XVII, XVIII y XIX). Remitía a la Constitución la designación de quienes eran peruanos y quienes extranjeros.

Complementaban el sistema peruano de Derecho Internacional Privado las normas del Código de

Procedimientos Civiles de 1912 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones expedidas en el extranjero, contenidas en los artículos 1155 al 1168 y algunas normas aisladas sobre notificación a persona residente en el extranjero, sobre actuación de prueba confesional y testimonial en el extranjero y sobre instrumentos públicos otorgados en país extranjero.

El Código Civil de 1984 ha sistematizado en el Libro X, la normatividad propia del Derecho Internacional Privado. Nuestra legislación contiene, por primera vez, un conjunto coherente y orgánico de normas a las que corresponde un tratamiento legislativo propio y autónomo, distinto del que reciben las normas de derecho privado material o sustantivo.

La materia jusprivatista ha sido agrupada en cuatro títulos que corresponden: a las disposiciones generales, a la competencia jurisdiccional, a la ley aplicable (competencia legislativa) y al reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros respectivamente.⁵

Las fuentes nacionales que sirvieron al legislador fueron el Código Civil de 1936, el Código de Procedimientos Civiles de 1912, los proyectos de la comisión reformadora de 1974 y 1981, la propuesta sustitutoria presentada ante la comisión reformadora en 1980 por la Dra. Delia Revoredo y el proyecto de la comisión revisora de 1984. Entre las fuentes internacionales que orientaron la labor reformadora o le sirvieron de sustento deben mencionarse, entre otras, los tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889 y 1940, el Código de Bustamante de 1928 y las Convenciones aprobadas en las conferencias interamericanas especializadas sobre derecho internacional privado (CIDIP).

Entre las fuentes extranjeras cabe mencionar al Código Portugués de 1967, el proyecto de ley Venezolano de 1965, el proyecto Suizo de derecho internacional privado de 1978, el Código Civil Italiano de 1942 y el proyecto Brasileiro de Código Civil de aplicación de las normas jurídicas de 1971.

En cuanto a la evolución histórica del arbitraje en nuestro país debe señalarse la existencia de esta institución desde el siglo pasado, recogida por el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851, promulgado durante el Gobierno del Presidente Echenique; trataba en títulos diferentes, en forma poco sistemática lo relativo a los jueces árbitros y la sustanciación

⁵ La Ley General de Arbitraje en sus disposiciones modificatorias ha establecido que la ejecución de los laudos arbitrales provenientes del extranjero serán resueltos por la Ley General de Arbitraje y no por el Código Civil, el cual se aplicará sólo para las sentencias judiciales extranjeras.

del juicio arbitral. Reconocía la jurisdicción arbitral y la facultad de los particulares para nombrar árbitros al declarar en su artículo segundo "Ejercen también jurisdicción, las personas que los interesados nombren conforme a este Código, para que como árbitros, conozcan en algún negocio particular". En cuanto a las causas arbitrales, podían decidirse por medio de jueces árbitros todas las controversias de los litigantes que la ley no excluyera expresamente. (artículo 57)^{6,7}

El Código de Procedimientos Civiles vigente desde el 28 de julio de 1912 regulaba el denominado juicio arbitral, en sus artículos 548 al 582, comprendidos en el Título V de la sección segunda, el cual unificó la materia arbitral al fundir en un sólo título los dos que el anterior contenía.

Este Código en su artículo 560 señalaba que "Si el compromiso no contiene estipulaciones sobre el procedimiento, los árbitros, al abrir el juicio, establecerán los términos y modo de proceder. En lo que no esté establecido, se observarán las reglas del juicio ordinario". Conceptualmente era muy claro y acertado; sin embargo en la práctica no tuvo el desarrollo esperado por los legisladores.

En mi opinión, el arbitraje adquiere relevancia jurídica a partir de su incorporación en la Constitución de 1979 y su tratamiento legislativo en el Código Civil de 1984.^{8,9} El despegue de la institución arbitral en el Perú empieza con esas normas, incorporándose incluso al currículo de estudios de las universidades.¹⁰ Es en ese contexto de desarrollo que se promulga la Ley General de Arbitraje, (Decreto Ley 25936 de 10 de diciembre de 1992) y la

actual Ley General de Arbitraje, (Ley 26572, promulgada el 5 de enero de 1996) que procura adecuar la institución arbitral a las tendencias más modernas sobre la materia.

Creemos importante señalar que las etapas en la estructura y desarrollo del arbitraje nacional son similares a las del arbitraje internacional, es decir, se requiere necesariamente para la existencia de un proceso arbitral, de un acuerdo de voluntades denominado Convenio Arbitral que permita a las partes sustraerse de la jurisdicción ordinaria cuando el conflicto surja. Este pacto puede darse, no sólo en forma anticipada al problema, (cláusula compromisoria) sino cuando ya surgió este, lo que nuestra legislación designaba como Compromiso Arbitral.

El arbitraje pactado mediante el Convenio Arbitral puede ser resuelto mediante un Tribunal *Ad Hoc*, designado por las partes específicamente para resolver ese caso en particular o puede derivarse a una institución de reconocido prestigio para que sea ésta la que resuelva la controversia de acuerdo al proceso establecido en el reglamento de la institución arbitral, y/o a la legislación acordada por las partes, o en su defecto por las normas de Derecho Internacional Privado del país sede del Tribunal Arbitral.

En todo acto de pactar un arbitraje internacional es necesario tener en cuenta que el tribunal arbitral (arbitraje *ad Hoc* o institucional) debe aplicar una ley determinada para solucionar el conflicto, al igual que deberán regularse por una ley para determinar el procedimiento a seguir, así como será una ley la que regirá la ejecución del laudo o sentencia que puso fin al proceso.

⁶ El Artículo 57 del Código de Enjuiciamientos Civiles señalaba que no podían someterse a juicio de árbitros los pleitos de menores; de las personas sujetas a interdicción y de los incapaces, sino con autorización judicial expedida con conocimiento de causa, y con audiencia del consejo de familia; las causas pertenecientes a la hacienda nacional; las de la beneficencia y establecimientos públicos; las de matrimonio; las causas sobre capellanías eclesiásticas; las que tenían por objeto la libertad y esclavitud; y las demás en que se tratase del estado de las personas.

⁷ Francisco García Calderón Landa, en su Diccionario de la Legislación Peruana editado en Lima en 1860 definía:
Arbitrable: Lo que puede ponerse en manos de árbitros.
Arbitraje: La acción o facultad de arbitrar.
Arbitral: Lo que pertenece a los árbitros y arbitadores, o a sus juicios y sentencias.
Se designa con el nombre general de arbitración, la sentencia expedida en juicio de compromiso; pero si proviene de arbitadores, se llama arbitramento, más comunmente laudo; y si ha sido expedido por árbitros juris, suele llamarse arbitrio.

⁸ Constitución de 1979. "Artículo 233: Son garantías de la administración de justicia:
1) La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar".

⁹ Libro VII, Sección Segunda, Título XI del Código Civil. Arts. 1906 - 1908 (Contrato de Cláusula Compromisoria) Arts. 1909 - 1922 (Contrato de Compromiso Arbitral). Hoy derogados por la Ley General de Arbitraje.

¹⁰ En el año de 1986, la facultad de Derecho de la Universidad Católica (teniendo como Decano al Dr. Fernando de Trazagnies) incluye como curso electivo el denominado arbitraje comercial internacional, convirtiéndose en la pionera en este tema. Hoy en día el arbitraje se incluye en casi todas las facultades de Derecho, en algunas universidades como curso obligatorio.

La importancia de pactar un arbitraje en un contrato de carácter internacional y obtener resultados positivos está basada fundamentalmente, en el conocimiento que de esta técnica moderna de solución de conflictos se tenga, en armonía con el derecho internacional del contratante.

Hay un ejemplo que grafica claramente lo que estamos tratando de explicar.¹¹

"Una firma japonesa vende determinado producto a una firma peruana. Por descuido, excesiva confianza, por prisa, por recargo de trabajo, las especificaciones en el contrato no contenían todo el detalle técnico que era necesario para el tipo de producto de que se trataba. Sin embargo, la firma vendedora japonesa, que era de reconocida autoridad mundial en el ramo, sabía perfectamente para qué se requería el producto que vendía y cuál era el uso al que el industrial peruano lo iba a dedicar. Pero ocurrió que, al quinto o al sexto embarque, el producto vino de una calidad que no contrariaba el contrato, pero que era ostensiblemente inadecuado para el fin industrial que se perseguía.

Entonces, el industrial peruano se encontró con un producto que era inadecuado, era inservible para tal fin, pero reconoció que, con sus técnicos y sus ingenieros, había cometido un error, quizás, al no ser lo suficientemente específico.

Bueno, ésta es una situación en la cual ninguna de las legislaciones latinoamericanas tiene remedio para el comprador peruano. Sin embargo, las principales legislaciones mundiales relativas a la compra-venta internacional, por ejemplo, el Convenio de Uncitral, el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos, la Ley de Compra-Venta de Mercaderías de Inglaterra, todas tienen un dispositivo que dice que, cuando el vendedor tiene autoridad suficiente para saber qué clase de producto es bueno para el destino específico que se vende, así no esté estipulado en el contrato, existe la obligación implícita del vendedor de suministrar la mercadería adecuada para el fin de que se trata y, por consiguiente, la responsabilidad legal de indemnizar o suministrar un material adecuado, es decir, que se ha producido una unificación en la práctica o hay la tendencia hacia una marcada unificación en la práctica del comercio, y

se llega a logros tan importantes como los *Incoterms* o Usos y Prácticas de Créditos Documentarios."

El desnivel existente en las legislaciones nacionales es tan grande, que produce resultados como el que se acaba de citar. De acuerdo al Derecho Peruano, el comprador peruano no tiene absolutamente esperanza alguna, mientras que las legislaciones representativas del comercio internacional le dan una solución a su reclamo.

Existen diversas categorías jurídicas, en donde interviene el derecho internacional privado dentro de un convenio arbitral, éstas van desde la capacidad que tienen las partes para sustraerse de la jurisdicción ordinaria y pactar la arbitral, hasta la forma en que debe adoptar el convenio de arbitraje, la arbitrabilidad de la materia en disputa o la nulidad del acuerdo, o qué legislación regulará el proceso arbitral. Sin embargo dada la complejidad de cada uno de estos temas, no nos es posible desarrollarlos en este trabajo, por lo que nos detendremos en lo relativo a la ley aplicable al fondo de la controversia, haciendo un breve comentario sobre el acuerdo arbitral.

En efecto, " La importancia de precisar con acierto el régimen jurídico regulador de la validez del acuerdo arbitral es obvia: si conforme a dicho régimen jurídico resulta válida y eficaz, queda excluida la competencia jurisdiccional estatal, procede el funcionamiento del mecanismo arbitral (...), la ley aplicable al fondo de la controversia "condiciona" en buena medida el resultado de la decisión arbitral".¹²

Habiendo pactado las partes un convenio arbitral, en un conflicto de naturaleza internacional, éstas se han sustraído de la jurisdicción ordinaria de los estados involucrados en la disputa, por lo que sólo cabe definir la ley aplicable a las diversas categorías jurídicas (validez del acuerdo, fondo del asunto etc.) de tres maneras o métodos:

" a) Basándolo exclusivamente en la voluntad de las partes y en la confianza que éstas depositen en los árbitros, con prescindencia de todo sistema legal determinado.

¹¹ Mac Lean Ugarteche, Roberto. Arbitraje Comercial Internacional, Revista de la Cámara de Comercio de Lima, N° 540, Diciembre 1983, Págs 21-26.

¹² Cremades, Bernardo María. Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional. Pág. 18, Centros de Estudios Comerciales, Madrid 1978, citado por Dra. Revoredo, Delia. Op cit. Pág. 2.

b) Asignando la validez del acuerdo arbitral y al fondo de la controversia un sistema jurídico nacional para que lo regule.

c) Asignando la validez del acuerdo arbitral y al fondo de la controversia un sistema jurídico internacional o extranacional que ofrezca dispositivos concretos de solución”.¹³

Como vemos resulta esencial definir en casos de naturaleza internacional, si la materia es arbitrable o no, ya que dependiendo de la ley aplicable al acuerdo o convenio contractual, se definirá si cabe someter dicha controversia a arbitraje. Muchos países que han ratificado la Convención de Nueva York de 1958, relativa al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, han efectuado reservas a la Convención, manifestando que se aplicará sólo a cuestiones de naturaleza comercial y no de otra índole. Beatriz Boza,¹⁴ se pregunta “pero, ¿qué ley gobierna la arbitrabilidad de la disputa, la noción de orden público, la capacidad de las partes, y en general, la validez del acuerdo arbitral? ¿Será la ley escogida por las partes, la ley del lugar de celebración del acuerdo o la ley del foro ante el cual se pretende litigar la controversia?”

En nuestro país la limitación para pactar un arbitraje está dada por la propia Ley General de Arbitraje, en su artículo primero,¹⁵ por lo que cabe concluir con respecto a la materia arbitrable que será posible someter a proceso arbitral cualquier cuestión de naturaleza patrimonial que no vulnere el orden público, o como lo dice el Dr. Lohmann “procede afirmar en líneas generales que sí son arbitrables todos los asuntos de derecho privado sobre los cuales tienen las partes derecho de libre disposición, reconocido por el ordenamiento, en tanto no han sido excluidos de la autonomía de su voluntad o sobre lo que pueden transferir”.¹⁶

En lo que se refiere a la ley aplicable por los árbitros al fondo de la controversia, cabe que las partes, de acuerdo al Código Civil Peruano, Libro X relativo al derecho internacional Privado pacten una ley extranjera, aún cuando no exista ningún factor de conexión entre ésta, las partes y la materia a resolver. Los artículos 2095 y 2096 del Código Civil aluden a la ley aplicable en las obligaciones contractuales, asignando gran amplitud a la autonomía de la voluntad de las partes.

Manifiesta la normatividad nacional que “Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración”.

El Código de 1936 hablaba de la ley del lugar de la celebración, mientras que el artículo 33 del tratado de Montevideo de 1889 y el artículo 37 del tratado de 1940 someten a la ley del lugar del cumplimiento, su existencia, validez, efectos, ejecución y todo cuanto concierna a los contratos.¹⁷

El Código Civil permite pactar en un contrato, (compra-venta; transporte; mutuo; societario; alquiler etc) una ley extranjera sin limitación alguna, salvo la derivada del orden público y las buenas costumbres, en los casos que surga una controversia entre las partes suscribientes del convenio arbitral. Esto es, que un tribunal arbitral deberá resolver la disputa, de conformidad con la ley libremente convenida por las partes, aún cuando no exista ninguna vinculación o conexión entre las partes o el contenido del contrato y la legislación extranjera.¹⁸

Si una empresa peruana y una panameña celebran un contrato en la feria de Guayaquil con relación a

¹³ Revoredo Delia. Op cit. Pág. 2.

¹⁴ Ver Boza Dibós, Beatriz. Reconocimiento y Ejecución en el Perú de Laudos Arbitrales Extranjeros. Pág. 61-68. En: THĒMIS Revista de Derecho, Segunda época, 1990. N° 16.

¹⁵ No pueden someterse a arbitraje: 1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin previa autorización judicial. 2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso. 3. Las que interesen al orden público o que versan sobre delitos o faltas. 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

¹⁶ Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena. En: Para leer el Código Civil V. El arbitraje. Fondo Editorial PUCP 1987 Lima.

¹⁷ Sobre los tratados de Montevideo. Véase Berta Kaller de Orchansky. Manual de Derecho Internacional Privado. Pág 24-28. Ed. Plus Ultra. Buenos Aires 1979.

¹⁸ Ver Fraude a la ley. En: Manuel García Calderón Koechlin. Derecho Internacional Privado. Editorial San Marcos. Págs. 110-114. Lima 1969.

la compra-venta de arroz proveniente de China, las partes podrán pactar (de acuerdo a la ley peruana) que cualquier controversia que surja entre ellas será resuelta por arbitraje de conformidad a las leyes del Estado de California de los Estados Unidos, aún cuando no exista ninguna relación entre las partes vinculantes del contrato, o el conflicto, con la ley extranjera pactada.

El doctor Manuel de la Puente señala que “La autonomía importa dos clases de libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual (...) la libertad contractual sólo existe dentro del contrato, pues se refiere a la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí la forma y el contenido del contrato”.¹⁹

El artículo 117 de la Ley General de Arbitraje²⁰ mantiene el principio doctrinario nacional, señalado en el Derecho Internacional Privado, de la autonomía de la voluntad como el eje rector de la ley aplicable, sin embargo comete un error al establecer que en caso las partes no hayan pactado la ley aplicable, será el propio tribunal arbitral el que decidirá la más conveniente, debiendo tener en cuenta -si se trata de un asunto de naturaleza comercial- los usos mercantiles aplicables al caso.

Sostengo que se han cometido dos errores en lo que respecta al contenido de este artículo. El primero consiste en no haber indicado que los árbitros deberán elegir una ley con fuerza vinculante con el contrato y las partes en conflicto, es decir, que deberían elegir una legislación que tenga relevancia jurídica con el asunto materia de la controversia y no cualquier ley, como es la letra y el espíritu de la ley arbitral. El antecedente legislativo del artículo 117 lo encontramos en la ley francesa (artículo 1496 del Código de Procedimientos Civiles. Decreto Ley 81-500 de mayo de 1981), el cual señala que en caso

las partes no hayan acordado las leyes, los árbitros elegirán la que consideren apropiada.

El razonamiento de este criterio lo dan Alan Redfern y Martín Hunter²¹ cuando señalan que si las partes confiaron en un tribunal arbitral para que resuelva su controversia, presumiblemente también confiarán en la determinación que aquéllos realicen de la ley aplicable, la cual guiará su decisión. Sin embargo existen otros autores que discrepan con esta posición²² prefiriendo la aplicación de la ley que tenga relevancia con el contrato, de acuerdo a las circunstancias especiales del caso, criterio que compartimos.

La segunda dificultad se da en el sentido de exigirle a los árbitros que elijan una ley determinada y que además apliquen los usos, (la ley señala la palabra “tendrá”, con lo cual le da un carácter imperativo y obligatorio) mercantiles aplicables al caso. No hay coincidencia entre ambos conceptos jurídicos, es decir en la aplicación de una ley y de los usos aceptados comercialmente en esa plaza.

Esta exigencia se presta a que la parte vencida en el procedimiento arbitral pueda deducir la nulidad del laudo, manifestando que los árbitros, no han aplicado la normatividad vigente (ley sustantiva del país) cuando se basaron en los usos comerciales reconocidos en esa plaza, o viceversa, pedir la nulidad cuando los árbitros laudaron en base a la ley sustantiva y no en base a los usos comerciales de esa plaza.

Creemos que la propia normatividad, en esta materia de elección de la ley aplicable al caso arbitral genera, innecesariamente, conflictos que debería evitar, al permitir a la parte vencida interponer el recurso de anulación, dilatando el proceso y permitiendo el conocimiento de dicho conflicto al Poder Judicial; perdiendo las ventajas originales de todo arbitraje como son la celeridad, confidencialidad, privacidad y especialización.²³

¹⁹ De la Puente, Manuel. Estudios del Contrato Privado, Tomo I, Pág. 52 y 53, Cultural Cuzco, Lima 1983.

²⁰ “Artículo 117: El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado, se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican la Ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime conveniente. El tribunal arbitral decidirá en conciencia y equidad sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta, de tratarse de un asunto de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso”.

²¹ Alan Redfern and Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Pág. 128. Second Edition. Sweet and Maxwell, London 1991. “If an arbitral tribunal can be trusted to decide a dispute, it can be presumably be trusted to determine the set of legal rules by which it will be guided in reaching its decision”.

²² Dicey and Morris, *The conflict of laws* (11th ed. 1987) y Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration* (1978) citados ambos por Alan Redfern and Martin Hunter. Op cit.

²³ Con respecto al recurso de anulación en los arbitrajes internacionales véase F. Cantuarias y M. Aramburú, “El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras”. Pág. 387-393. Fundación Bustamante. Lima 1994.



23 Maestrías para el más alto grado de perfeccionamiento

**Escuela de Graduados
de la Pontificia
Universidad
Católica del Perú**

Ofrece la oportunidad de especialización en variados dominios del conocimiento.

Más de dos décadas formando profesionales capacitados para asumir responsabilidades de alto nivel en las actividades económicas, sociales, científicas y tecnológicas del país.

Todo ello con un programa de cursos, seminarios y prácticas con participación de destacados especialistas y un selecto grupo de profesores peruanos y extranjeros.

Director: Dr. José Tola Pasquel

MAESTRÍAS EN

- Administración de Negocios • Antropología • Comunicaciones • Derecho con mención en:
Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Internacional Económico • Economía
 - Educación con mención en Gestión de la Educación • Enseñanza de la Física
- Enseñanza de la Matemática • Enseñanza de la Química • Filosofía • Física • Física Aplicada
- Historia • Informática • Ingeniería • Ingeniería Mecánica • Lengua y Literatura Hispánicas
 - Matemáticas • Psicología • Química • Sociología



Pontificia Universidad Católica del Perú

Toda la vida adelante.

RAZONES PARA REGULAR EL MERCADO DE VALORES

José Antonio Payet
Master en Derecho
Universidad de Harvard
Profesor de Derecho Mercantil
Pontificia Universidad Católica del Perú

I. ESTRUCTURA DEL MERCADO DE VALORES

Se designa mercado financiero al conjunto de canales de interrelación entre oferta y demanda de fondos.¹ En el mercado financiero se intercambia dinero hoy, por una promesa de dinero futuro. A estas promesas se les denomina, en general, activos financieros. Los activos financieros representan derechos respecto del emisor o promitente. Por ello se los contraponen a los activos reales, que son los bienes de los emisores respecto de los cuales se ejercen los derechos representados por los activos financieros.

Dentro del mercado financiero se distingue, por el plazo, el mercado monetario (donde las promesas son a corto plazo, normalmente no mayores de un año) y el mercado de capitales (referido a los fondos colocados a plazos medianos o largos). Asimismo, tomando en cuenta la forma como se instrumentan las promesas de dinero futuro, se distingue entre el mercado de créditos y el mercado de valores. El primero es un mercado entre entidades de crédito e inversionistas, en el que aquellos utilizan los recursos depositados por particulares y empresas.² Señala Nieto que este es un mercado de negociación directa, cerrada al público y con una posición privilegiada de una de las partes.³ En el mercado de valores se negocian promesas de dinero futuro representadas mediante valores, que son instrumentos jurídicos con carácter transferible, representati-

La legislación del Mercado de Valores -originada en Estados Unidos a consecuencia del crack de la Bolsa de 1929- está destinada a garantizar un adecuado funcionamiento de este mercado, al proporcionar a los inversionistas la información necesaria para una adecuada toma de decisiones. La legislación norteamericana incluye entre las disposiciones tendientes a dar seguridad a los inversionistas, la obligación para las empresas emisoras de divulgar toda la información relevante para la adquisición del valor. Esta obligación se fundamenta en la asimetría informativa entre oferentes y demandantes, propia de un mercado complejo y con un creciente grado de sofisticación. El autor, destacado especialista en temas vinculados al mercado de valores, defiende la necesidad de cierta intervención estatal que obligue a los emisores poseedores de información relevante a ponerla a disposición de los inversionistas que la requieran, dado que de esta manera se garantiza la transparencia y estabilidad del Mercado de Valores.

¹ Nieto Carol, Ubaldo, El Mercado de Valores Organización y Funcionamiento, Civitas, Madrid, 1993, pag. 32.

² Ibid.

³ Ibid.

vos de derechos. Este es un mercado de negociación abierto al público y fundamentalmente organizado más que negociado.

Mercado Primario y Mercado Secundario

La venta inicial de valores de la sociedad o entidad emisora al inversionista, sea en forma pública o privada, se llama una oferta primaria. El emisor usa los fondos recaudados por la venta para expandir su producción, realizar actividades de investigación y desarrollo, construir puentes o cualquier otra actividad.⁴ El mercado donde se ofrecen estos valores recién emitidos es llamado, pues, mercado primario.

Ahora bien, dado que pocos inversionistas estarían dispuestos a dejar sus fondos atados indefinidamente, la mayoría de los valores son negociables y el comprador inicial puede ofrecerlos a cualquier interesado al precio que resulte mutuamente satisfactorio. Cualquier transferencia de un valor subsiguiente a su colocación primaria es denominada una transacción secundaria. Por ello, todas las operaciones en bolsa son transacciones secundarias. Cuando un inversionista compra 100 acciones de *General Motors* en la Bolsa de Valores de Nueva York el precio pagado no va a *General Motors* sino al inversionista que vendió las acciones.⁵

Ambos mercados, sin embargo, están estrechamente relacionados pues el mercado primario no podría existir sin la liquidez ofrecida por el mercado secundario. Señala Robert C. Clark que los individuos desean mantener activos líquidos porque no pueden predecir con exactitud las contingencias futuras que pueden afectar su necesidad de efectivo, mientras que los usuarios del capital, tales como las empresas, con frecuencia desean mantener el capital por largos periodos de tiempo.⁶ Son los mercados secundarios los que permiten resolver la aparente contradicción entre los intereses de las empresas (de obtener recursos a largo plazo) y los de los inversionistas (de tener la facultad de recuperar rápidamente lo invertido).⁷

Ofertas Públicas y Ofertas Privadas

Tanto las distribuciones primarias como las negociaciones secundarias pueden realizarse en forma

privada o de manera pública. En la oferta pública primaria, los valores son ofrecidos al público en general en forma masiva. Generalmente, estas ofertas se realizan bajo la conducción de un intermediario, llamado *underwriter*. De acuerdo con el volumen de la oferta puede contarse también con la colaboración de otros agentes colocadores. En la oferta primaria privada, la invitación se hace a personas determinadas, con frecuencia en términos negociados a nivel individual.

La negociación pública en mercados secundarios es la que se realiza en las bolsas de valores. Allí, las ofertas de compra o de venta se dirigen al público (o, como se dice habitualmente, al mercado); las transacciones son anónimas y el precio se forma por la interacción de numerosos compradores y vendedores. Existen también otros mecanismos públicos de negociación fuera de la bolsa de valores. En las transacciones privadas, en cambio, se trata de ofertas dirigidas a personas determinadas, en términos que se negocian a nivel individual.

Todas estas son transacciones en el Mercado de Valores, pero el mayor interés público (y, por tanto, el énfasis de la regulación) se encuentra en las transacciones públicas.

Principales Tendencias

El mercado de valores viene experimentando profundos cambios. Estas tendencias deben tenerse presentes al evaluar la necesidad de regular el mercado y el sentido que debe tener la legislación. Las normas deben responder a una realidad concreta; ello es especialmente cierto en el mercado de valores, cuyo dinamismo puede ser fácilmente obstruido por una legislación rígida u obsoleta.

Cambio en el Rol de los Intermediarios Financieros

El desarrollo del mercado de valores implica un cambio en el rol de los intermediarios financieros. A medida que el mercado se desarrolla, cada vez más empresas y entidades acuden directamente a los inversionistas para obtener el capital necesario para sus actividades, en lugar de a los bancos, que son las fuentes tradicionales de financiamiento. Igualmente, cada vez más inversionistas utilizan sistemas de

⁴ Teweles Richard J., Bradley, Edward S., y Teweles, Ted M., *The Stock Market*, John Wiley and Sons, New York, 1992, pag. 3.

⁵ Teweles, op. cit. pag. 4.

⁶ Clark, Robert C., *The Federal Income Taxation of Financial Intermediaries*, 84 Yale L. J. 1603 (1975).

⁷ de Trazegines, Prólogo, en Tola, José, *El Mercado de Valores y la Bolsa en el Perú*, Lima, 1994, pag. 10.

ahorro alternativos al sistema bancario. Ello ha obligado a los bancos a emprender nuevas actividades relacionadas con el mercado de valores (banca de inversión), así como a dar una mayor importancia a segmentos antes menos importantes dentro de la banca tradicional (banca de consumo, banca de personas, pequeña y mediana empresa).

En este proceso, adquieren una importancia creciente intermediarios financieros que realizan la misma función de intermediación pero de una forma distinta a la banca comercial tradicional, tales como los fondos de inversión y los fondos de pensiones. Estas instituciones, a las que se ha denominado bancos no-bancos (*non-bank banks*) reciben fondos del público captados a través del mercado, y los dirigen hacia el financiamiento empresarial también a través del mercado. Hoy representan una gigantesca fuerza que está cambiando el panorama de las finanzas

El siguiente cuadro presenta un ejemplo ilustrativo:

Citibank	Fidelity Investments
Banco global con oficinas en 92 países	Empresa Administradora de fondos mutuos con más de 50 fondos de inversiones.
Activos totales: US\$ 225 mil millones	Activos totales: US\$ 225 mil millones
Empleados: 81,000	Empleados: 8,000

(fuente: *Seminarium y University of California, Berkeley, Update in Finance*, Lima, 1993)

Una empresa administradora de fondos puede manejar diez veces más dinero por empleado que un banco global. La administradora recurre directamente al mercado de valores para levantar y para colocar fondos, mientras que el banco se ve obligado a utilizar fuentes de fondeo menos dinámicas como los depósitos bancarios, y a colocar directamente a prestatarios individuales.

La distinta importancia de los intermediarios financieros en el nivel de financiamiento total se puede ver en el siguiente cuadro, que mide la participación de mercado en la industria financiera norteamericana en 1960 y en 1992.

Participación de Mercado de Instituciones Financieras - EEUU

Institución	1960	1992
Bancos Comerciales	34.2%	24.0%
Compañías de Seguros	21.8	15.0
Otras Instituciones de Depósito	17.0	0.0
Fondos de Pensiones y Retiro	8.8	21.4
Fondos Mutuos	2.6	10.4
Agencias Gubernamentales y Pools de Hipotecas	1.7	12.2
otros	13.9	8.0
	100%	100%

Fuente: *Gart, Regulation, Deregulation, Reregulation, The Future of the Banking, Insurance and Securities Industry*, John Wiley & Sons, New York, 1994, pag. 5.

Esta tendencia tiene mucho que ver con la securitización, que permite a las empresas transferir sus cuentas por cobrar directamente al mercado, a través de su incorporación en valores, facilitando su fondeo directo sin recurrir a la banca comercial.

Institucionalización

Los mercados de valores son cada vez más mercados donde la demanda por instrumentos, es dominada por inversionistas institucionales. En este sentido, Robert C. Clark ha argumentado que la creciente importancia de los inversionistas institucionales es la característica fundamental del capitalismo contemporáneo. La creciente separación entre la decisión sobre cómo invertir y la decisión de proporcionar capital para la inversión, es uno de los desarrollos institucionales más asombrosos de nuestro siglo. Desde 1900, la proporción de los ahorros canalizada a través de intermediarios financieros ha crecido sostenidamente y alrededor de ochenta centavos de cada dolar ahorrado se canaliza a través de algún intermediario.⁹ En el Perú, por ejemplo, a menos de 3 años del inicio de operaciones de las AFP, éstas son ya el demandante más importante de instrumentos de renta fija.

Los inversionistas institucionales se caracterizan por tener un alto grado de sofisticación en materia financiera. Estas empresas cuentan con equipos de profesionales con gran conocimiento y experiencia respecto de los mercados de valores. Por ello, no puede asimilarse los inversionistas institucionales a los inversionistas individuales desde el punto de vista de la legislación sobre el mercado. Los bancos, fondos de pensiones, compañías de seguros y otros

⁸ Ver, generalmente, Pavel, Christine A., *Securitization, The Analysis and Development of the Loan Based/Asset Backed Securities Market*, Probus Publishing, Chicago, 1989.

⁹ Clark, *The Four Stages of Capitalism*, 94 Harv. L. Rev 561 (1981).

intermediarios similares no requieren el mismo nivel de protección legal que el común de los inversionistas individuales.

Desregulación

En los últimos años se ha producido una tendencia a desregular los mercados de valores, a fin de incrementar la libertad de acción de los inversionistas, emisores e intermediarios. Una manifestación de ello fue, por ejemplo, el denominado *big bang* del Reino Unido en 1986, cuando entró en vigencia el régimen de libertad de comisiones y de acceso al mercado de los diversos intermediarios financieros.¹⁰

En el mismo sentido, en los Estados Unidos se viene efectuando un progresivo, aunque lento, desmantelamiento de las limitaciones establecidas por la *Glass-Steagall Act* para la actuación de los bancos comerciales en el mercado de valores¹¹, así como la flexibilización de disposiciones para el registro de ofertas de valores o la ampliación de excepciones a la obligación de efectuar tal registro.

Internacionalización

Como resultado de la eliminación a las restricciones a las transferencias de capital en numerosos países y de los avances en la tecnología de las comunicaciones, el proceso de internacionalización de los mercados financieros es cada vez más acentuado, hasta el punto que ya podría hablarse de un mercado global de 24 horas en los principales valores.

La internacionalización ha creado nuevas alternativas de financiamiento para los emisores, y de inversión para las personas e instituciones, abriendo la posibilidad de lograr una efectiva diversificación internacional. A la misma vez, sin embargo, ha hecho que cualquier crisis importante en un mercado tenga efectos directos e inmediatos en los demás, introduciendo el peligro de una crisis sistémica.

Diversidad

Otra tendencia en los mercados de valores modernos es la creciente diversidad de los valores ofrecidos, producto de un permanente proceso de inno-

vación financiera. Nuevos tipos de instrumentos aparecen continuamente, destinados a satisfacer las necesidades y expectativas de inversionistas cada vez más sofisticados.

II. RAZONES PARA REGULAR

¿Por qué es necesaria una legislación especial sobre el mercado de valores? ¿Qué distingue a este mercado de otros, de forma tal que no baste con las disposiciones comunes en materia contractual y de protección de los consumidores?

La necesidad de una legislación especial en materia de mercado de valores deriva de las especiales características de los bienes que se negocian en este mercado. Estas características determinan la existencia de necesidades excepcionales de información por parte de los consumidores o usuarios (inversionistas), en un contexto en el que existe una pronunciada asimetría entre el acceso a la información de éstos y el que tienen los proveedores (emisores, banqueros de inversión).

En este sentido, Cox, Hillman y Langevoort afirman que "La legislación del mercado de valores existe debido a las necesidades únicas de información que tienen los inversionistas. A diferencia de los automóviles y otros bienes tangibles, los valores mobiliarios no son inherentemente valiosos. Su valor proviene sólo de los derechos que otorgan a su titular sobre los activos y los ingresos del emisor, o del poder de voto que acompaña dichos derechos. Por tanto, decidir comprar o vender un valor mobiliario requiere información confiable sobre asuntos tales como la condición financiera del emisor, sus productos y mercados, su administración y el ambiente regulatorio y de la competencia. Con esta información, los inversionistas pueden intentar hacer un estimado razonable del valor presente del paquete de derechos que la propiedad de un valor mobiliario confiere".¹²

Evidentemente, existe una gran diferencia entre el nivel de información que la propia empresa (y, en particular, sus administradores) tienen respecto a su situación económica y financiera y la que tienen los actuales o potenciales inversionistas. Esta realidad es, en parte, una consecuencia de la separación

¹⁰ Chapman, Colin, *How the Stock Market Works*, Century, London, 1994.

¹¹ Ver, por ejemplo, Kaufman, George G. y Kormendi, Roger C., *Deregulating Financial Services*, Ballinger Publishing Company, Cambridge, Massachusetts, 1986.

¹² Cox, James D., Hillman, Robert W. y Langevoort, Donald C., *Securities Regulation, Cases and Materials*, Little Brown & Co., Boston, Toronto and London, 1991, pag. 1.

entre la propiedad y el control, típica de las grandes sociedades anónimas. En estas, la dirección y en general el control de la empresa está en manos de los administradores, mientras que la propiedad se encuentra difundida entre miles de accionistas cuyas participaciones individuales son insuficientes para motivar algún tipo de acción directa de control o supervisión sobre los actos de los administradores.¹³ En este contexto, los administradores de una sociedad ostentan una especie de monopolio sobre la información respecto de la empresa.¹⁴ Ante la ausencia de incentivos que lleven a los administradores a divulgar el nivel óptimo de información, esta situación determina una gran asimetría informativa entre demandantes y oferentes en el mercado de valores. En consecuencia, en ausencia de un marco institucional que promueva el acceso a la información, el funcionamiento libre del mercado no llevará al resultado óptimo desde el punto de vista de la asignación de los recursos.

Dada la importancia del mercado de valores como mecanismo de asignación del capital, es indispensable garantizar su adecuado funcionamiento. Si el mercado de valores está distorsionado, toda la economía se trastoca, ya que este mercado es el centro nervioso de la economía, el mecanismo para que, a través de los precios, los inversionistas dirijan el capital hacia sus usos más productivos. En este sentido, Joseph E. Stiglitz ha escrito que "Los mercados financieros esencialmente involucran la asignación de recursos. Pueden ser concebidos como el cerebro del sistema económico, el lugar central de decisión... Si ellos fallan, no sólo se afectan las utilidades del sector, sino que puede dañarse el desempeño general del sistema económico en su conjunto".¹⁵

III. LA EFICIENCIA DEL MERCADO DE VALORES

Un mercado eficiente es aquél en el que la interacción de un gran número de compradores y de vendedores da como resultado precios que reflejan toda la

información disponible públicamente sobre los bienes que se negocian y que reaccionan de manera virtualmente instantánea para reflejar la nueva información tan pronto como ésta se hace disponible. Por ejemplo, nueva información que lleve a compradores y vendedores de un determinado bien a suponer que la oferta del mismo es menor que la que previamente suponían, probablemente resultará en un incremento del precio de ese bien.

Si el mercado es ineficiente y la nueva información se refleja sólo gradualmente en los precios, el cambio de precios resultante se produce sólo gradualmente, los cambios sucesivos de precios no son independientes uno de otro y el tamaño y la dirección de cada uno indica algo respecto del siguiente. En consecuencia, algunos compradores y vendedores pueden usar esa información en su propio provecho. En cambio, en un mercado eficiente, la información se refleja en los precios con tanta rapidez, que su posesión no da ventaja alguna a compradores y vendedores.¹⁶

El hecho de que los mercados de valores fueran eficientes fue descubierto por un investigador llamado Maurice Kendall, un estadístico que en 1953 presentó una investigación realizada para descubrir secuencias en los precios de ciertos productos de los valores. La sorpresa fue que no se descubrió ciclo alguno. Los precios de los valores se movían aleatoriamente (*random walk*), de forma tal, que el movimiento en los precios en un día no tenía relación alguna con el movimiento de los precios el día anterior.¹⁷ Esa realidad sólo era explicable si los precios en todo momento incorporaban toda la información sobre el movimiento futuro de los precios contenida en los precios pasados.¹⁸

Versiones Débil, Semifuerte y Fuerte

Dentro de la hipótesis de los mercados de valores eficientes se distingue tres versiones, la versión débil, la semifuerte y la fuerte.

¹³ Ver, Clark, Robert E., *Corporate Law*, pag. 21 - 24 y 141 a 158.

¹⁴ Cox, op. cit. pag. 53.

¹⁵ Stiglitz, Joseph E., *The Role of the State in Financial Markets, Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics* 1993, Washington, D.C., 1994, pag. 23.

¹⁶ FASB, *The Efficient Market Hypothesis: Tentative Conclusions of Objectives of Financial Statements of Business Enterprises*, N° 122 - 130 (1976) citado por Cox, op. cit. pag. 33 - 37.

¹⁷ Brealy, Richard. A. y Myers, Stewart C., *Principios de Finanzas Corporativas*, Cuarta Edición, Mc Graw Hill, Madrid, 1993, pag. 347 - 348.

¹⁸ El hecho que los precios reflejen toda la información disponible no implica, sin embargo, que correspondan al verdadero valor, pues ese es el valor futuro final el cual, por definición, no puede predecirse. Por ello, los precios cambiarán, pero sólo cuando llegue nueva información. Brealy y Myers, op. cit. pag. 351.

De acuerdo con la versión débil de la hipótesis, los precios reflejan toda la información incorporada en los precios pasados de los valores. Ello implica que toda la información contenida en los precios pasados de un valor sobre los precios futuros del mismo ya se han reflejado en el precio actual. En consecuencia, no se puede predecir los precios futuros sobre la base de los precios pasados. El estudio de Kendall que hemos mencionado, así como numerosos otros estudios realizados en mercados desarrollados, demuestran que el mercado de valores es eficiente en el sentido débil del término.¹⁹

La versión semifuerte de la hipótesis de los mercados de capitales eficientes afirma que los precios no sólo incorporan los precios pasados, sino también toda la demás información disponible públicamente.²⁰ La evidencia disponible en mercados desarrollados indica que estos son también eficientes en el sentido semifuerte. Esta evidencia está relacionada con la forma prácticamente inmediata en que se modifican los precios de un valor ante un anuncio o la aparición de nueva información.²¹

La versión fuerte de la hipótesis de los mercados de capitales eficientes señala que toda la información existente - sea pública o no pública - está reflejada en los precios de los valores.²² La evidencia respecto de la eficiencia de los mercados de valores bajo esta forma no es clara. Sin embargo, existen ciertos indicadores en el sentido de que los mercados más sofisticados podrían en algún grado tener eficiencia de este tipo. La evidencia disponible respecto de las inversiones realizadas por administradores profesionales, con cuantiosos recursos disponibles para investigación, son un ejemplo. Si el mercado no fuera eficiente en el sentido fuerte, entonces estos administradores sistemáticamente obtendrían rendimientos por encima del promedio en virtud a su superior información, obtenida de sus investigaciones. Sin embargo, la evidencia indica que ningún administrador de fondos puede obtener rendimientos sobre el promedio del mercado de manera sistemática.²³ De otro lado, sin embargo, los estudios

respecto de las negociaciones en valores de una empresa por parte de personas vinculadas a ésta demuestran que los poseedores de información privilegiada sí obtienen rendimientos por encima del promedio del mercado.²⁴

Mecanismos

Evidentemente, no todos los mercados tienen el mismo grado de eficiencia. Aún dentro de los países más sofisticados, existen segmentos del mercado con menor grado de eficiencia. En los EEUU, por ejemplo, las acciones de las empresas más pequeñas tienen menor grado de eficiencia que el mercado de las acciones de las más grandes corporaciones.²⁵

Gilson y Kraakman han destacado que los niveles de eficiencia de un mercado están relacionados con los sistemas de difusión y análisis de la información, de manera que los menores costos de acceder y procesar la información están asociados con mayores niveles de eficiencia del mercado.²⁶ Estos autores destacan dos mecanismos en particular:

- a. Un primer aspecto tiene que ver con el costo del acceso a la información. Señalan Gilson y Kraakman que los mercados no son eficientes en el sentido fuerte del término porque el acceso a información no pública es elevado (requeriría actividades de espionaje industrial, por ejemplo). En cambio, son muchos los mercados eficientes en el sentido semifuerte pues la información pública es accesible a un costo reducido. Finalmente, aún los mercados en los que no existe mayor divulgación de información son eficientes en el sentido débil del término pues todos tienen acceso a la información sobre precios pasados a un costo muy bajo.
- b. Un segundo aspecto se relaciona con la presencia de agentes con incentivos y capacidad para procesar la información. La sofisticación y profesionalidad de la industria financiera y, en particular, la presencia de inversionistas institucionales, está estrechamente ligada a la eficiencia del mercado. Son estos

¹⁹ Brealy y Myers, op. cit. pag. 353.

²⁰ ibid.

²¹ Cox, op. cit., pag.37.

²² Brealy y Myers, loc. cit.

²³ ibid.

²⁴ Cox, *Insider Trading Regulation and the Production of Information, Theory and Evidence*, 64 Wash. U. L. Q. 475 (1986).

²⁵ Cox, op. cit. pag. 40.

²⁶ Gilson y Kraakman, *The Mechanisms of Market Efficiency*, 70 Va. L. Rev 549 (1984).

agentes los que rápidamente descubren la nueva información y la llevan a los precios a través de sus actividades de negociación.

La hipótesis de la eficiencia de los mercados de valores, sus tres versiones, y el estudio de los mecanismos para su operación, nos permiten descubrir la importancia de reducir los costos de transacción en el mercado. En particular parece indicar que, dada la asimetría existente en la información disponible para los distintos agentes, reducir los costos de transacción implica facilitar dicho acceso por parte de los inversionistas.

IV. UN EJEMPLO: EL DERECHO NORTEAMERICANO

La Legislación del Mercado de Valores se origina en los Estados Unidos, donde luego del *crash* del mercado de valores de los treinta, se dictaron importantes leyes destinadas a garantizar un adecuado funcionamiento de estos mercados. Estas leyes constituyen el primer intento por garantizar la transparencia del mercado obligando a los emisores de valores a proporcionar información a los inversionistas.

Un informe de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos respecto al proyecto de la *Securities Act* de 1933 señalaba: Durante la década de la postguerra alrededor de 50 billones de nuevos valores fueron distribuidos en los Estados Unidos. La mitad, o el equivalente a \$ 25,000'000,000 en valores emitidos durante este período, han demostrado no tener valor alguno. Estas frías cifras significan una tragedia en la vida de miles de individuos que invirtieron sus ahorros de toda una vida, acumulados después de años de esfuerzo, en estos valores inservibles. La distribución de tal masa de valores esencialmente fraudulentos fue posible debido al completo abandono por parte de muchos *underwriters* y negociantes en valores de aquellos principios de justicia, honestidad y prudencia en los negocios que deben ser básicos en la promoción de la inversión privada en cualquier empresa. Atractivas promesas de riquezas fáciles fueron realizadas fácilmente, con poco o ningún intento de llamar la atención de los inversionistas sobre aquellos hechos esenciales para estimar el valor de una inversión. Una intensa presión de ventas en lugar de un consejo cuidadoso fue la regla en esta actividad tan peligrosa.²⁷

Con respecto al mercado secundario, las prácticas de manipulación descubiertas a raíz del *crash* de los 30 eran igualmente generalizadas. Loss describe la operación de un *pool* de manipuladores de la siguiente manera²⁸:

"El primer grupo obtiene una opción para comprar un bloque importante de acciones con un cierto potencial de atractivo y con poca liquidez, a un precio más alto que la cotización vigente en ese momento. Es la labor del administrador del *pool* subir el precio y, para ello, se requiere incrementar la demanda. La manera más efectiva de inducir a otros a comprar es tener un *record* de precios que demuestra que estos se están elevando. Para ello, el administrador abre una serie de cuentas ficticias y comienza a realizar transacciones entre éstas a precios cada vez más elevados. Mientras el precio sube, se desarrolla una serie de actividades promocionales. Los directores de la empresa enfatizan públicamente las buenas perspectivas del negocio. Los *brokers* y *dealers* recomiendan la adquisición a sus clientes. Se contrata a agentes para que diseminen rumores de un incremento en las utilidades o de una inminente fusión.

Una vez que se ha desatado la fiebre compradora y la cotización ha sobrepasado el precio de ejercicio de la opción, los manipuladores la ejercitan y luego, cuidadosamente, comienzan a vender sus acciones a la cotización del mercado, obteniendo una cuantiosa utilidad. Poco a poco se comienza a desinflar la burbuja y cuando ello sucede, los manipuladores, conscientes de que el precio va a bajar, venden a futuro acciones (que ya no poseen). Una vez que el precio ha terminado de caer, compran las acciones que deben entregar al comprador a futuro y realizan una nueva utilidad en esta operación".

Como reacción contra estas prácticas, entre 1933 y 1940 se dictaron en los Estados Unidos una serie de leyes destinadas a garantizar la transparencia del mercado y proteger a los inversionistas. La filosofía básica de estas normas es la de transparencia total (*full disclosure*). De acuerdo con esta orientación, en lugar de controlar los aspectos sustanciales de las emisiones de valores corresponde al Estado asegurar que los emisores pongan a disposición del público toda la información relevante para la toma de una decisión de inversión adecuadamente informada. Louis Bradeis, el inspirador de esta legislación resumió esta filosofía con la siguiente frase: "La publicidad es justamente encomiada como un remedio

²⁷ H.R. Rep. N° 85, 73d Cong., 1st Sess (1933), citado por Cox, op. cit, pag. 14.

²⁸ Loss, Louis, *Fundamentals of Securities Regulation*, Little Brown and Company, Boston and Toronto, 1988, pag. 844 - 845.

para enfermedades sociales e industriales. Se dice que el sol es el mejor desinfectante, la luz eléctrica el policía más eficiente".²⁹

En este contexto, la *Securities Act* de 1933 reglamentó la oferta pública de valores haciendo ilegal la oferta de acciones sin que se haya previamente presentado ante la *Securities and Exchange Commission* (SEC) una solicitud de registro conteniendo toda la información relevante sobre el emisor y el valor (*registration statement*), prohibiendo la venta de valores hasta que el registro se haya obtenido y exigiendo que toda oferta se efectúe mediante la entrega al posible inversionista de un prospecto informativo (*prospectus*) conteniendo toda la información relevante para la adquisición.³⁰ Estas disposiciones son aplicables a las ofertas y ventas realizadas por emisores (*issuers*), *underwriters* y agentes de colocación (*dealers*).³¹ La ley define como *underwriter* a toda persona que ha adquirido de un emisor (o de una persona que controle a un emisor) con el objeto de realizar, u ofrece o vende por un emisor en relación con, la distribución de un valor mobiliario, o participa o tiene una participación directa o indirecta en dicha actividad... salvo las personas cuyo interés está limitado a una comisión pagada por un *underwriter* o *dealer* que no exceda las comisiones acostumbradas de los distribuidores o los *dealers*.³² La prohibición se aplica únicamente a ofertas primarias o a ofertas secundarias realizadas por una persona que controla a un emisor.³³ La legislación contempla excepciones para ofertas privadas³⁴, ofertas por montos limitados³⁵, así como para las transacciones como resultado de ciertas reorganizaciones de sociedades.³⁶

La *Securities Exchange Act* de 1934 trata sobre los valores que se negocian en los mercados secundarios. Inicialmente, las normas eran de aplicación sólo a los valores transados en alguna Bolsa de Valores Nacional, pero en 1964 la ley fue modificada para abarcar también los valores de negociación

extrabursátil en la medida que los emisores tuvieran más de \$ 5,000'000,000 en activos y más de 500 accionistas. Estas empresas están obligadas a registrar sus valores ante la SEC y a entregar a esta misma entidad información en forma periódica sobre su situación financiera y otros hechos de importancia. La *Securities Exchange Act* de 1934 regula también la solicitud de poderes para ejercer el derecho a voto respecto de acciones registradas, estableciendo la obligación de incluir toda la información relevante para ejercer el voto en esas solicitudes y de dar oportunidad a los tenedores de ejercer libremente el voto.

Una modificación a esta ley efectuada en 1968, denominada la *Williams Act* incluyó ciertas disposiciones en materias de ofertas de adquisición, estableciendo la obligación de informar de quienes pretendan adquirir más del 5% de acciones de una empresa registrada o soliciten votos para aceptar o rechazar una oferta de adquisición. De otra parte, la *Securities Exchange Act* de 1934 prohíbe el uso de la información privilegiada (*insider trading*), obliga a los funcionarios de las empresas a revelar las compras y ventas de valores de su empresa que realizan y a restituir cualquier utilidad que obtengan por operaciones con dichos valores en plazos de seis meses (*short swing profits*). Finalmente, la *Securities Exchange Act* de 1934 regula la actividad de los operadores del mercado y el registro de las Bolsas de Valores Nacionales.³⁷

La violación de las disposiciones de la *Securities Act* de 1933 y de la *Securities Exchange Act* de 1934 puede dar lugar a distintos tipos de consecuencias, que van desde la responsabilidad civil frente a los inversionistas por los daños causados, hasta multas, inhabilitaciones para ejercer actividades profesionales en los mercados de valores, o prisión. En este marco, la *Securities and Exchange Commission* cuenta con amplias facultades de investigación, reglamentación y sanción.³⁸

²⁹ Brandeis, Louis, *Other People's Money and How the Bankers Use It*, St. Martin's Press, Boston, 1995, pag. 89 y 95.

³⁰ Loss, op. cit. pag. 88-90.

³¹ *Securities Act* de 1933, Section 4 (1)

³² *Securities Act* de 1933, Section 2 (11)

³³ Loss, op. cit. pag. 90.

³⁴ Loss, op. cit. pag. 317-350.

³⁵ Loss, op. cit. pag. 305-317.

³⁶ Loss, op. cit. pag. 276-395.

³⁷ *Securities and Exchange Commission, The Work of the SEC* (October, 1986), citado por Jennings, Richard W y Marsh, Harold, *Securities Regulation, Cases and Materials*, The Foundation Press, New York, 1987, pag. 40 - 44.

³⁸ Cox, op. cit. pag. 18 - 19.

La legislación federal del mercado de valores de los Estados Unidos comprende también leyes especializadas de ámbito más limitado que las anteriormente mencionadas. La *Public Utility Holding Company Act* de 1935 contiene disposiciones especiales en materia de información y de transacciones corporativas aplicables a las empresas tenedoras de acciones de empresas generadoras, transmisoras o distribuidoras de electricidad a nivel interestatal. El estándar de control público en este caso es mayor que en el de las demás empresas y la SEC tiene la potestad de aprobar o desaprobar la oferta al público de valores por estas empresas.³⁹ La *Trust Indenture Act* de 1939 regula el contenido de la escritura de emisión de obligaciones en el caso de ofertas por montos mayores a U.S.\$ 1,000'000,000. En particular, las disposiciones de esta ley están destinadas a garantizar la independencia del fideicomisario (*trustee*) y a establecer sus obligaciones respecto de los obligacionistas.⁴⁰ La *Investment Company Act* de 1940 regula las actividades de las empresas cuyo giro principal es la inversión y negociación en valores. La ley establece obligaciones de presentación de información especiales para estas empresas. También contiene ciertas disposiciones de carácter sustantivo destinadas a garantizar una adecuada administración de estas sociedades, incluyendo la prohibición de que personas que hayan sido sancionadas por prácticas fraudulentas en el mercado sean funcionarios de estas empresas y la prohibición de transacciones entre estas empresas y personas afiliadas salvo con previa aprobación de la SEC.⁴¹ Por último, la *Investment Advisors Act* de 1940 regula las actividades de los agentes de intermediación, estableciendo la obligación de registrarse ante la SEC, así como ciertas normas de conducta tales como evitar todo tipo de conducta fraudulenta y de informar a sus clientes todo tipo de conflictos de interés.⁴²

La legislación norteamericana en materia de mercado de valores ha servido de modelo a distintos ordenamientos jurídicos en este campo a nivel nacional y supranacional hasta el punto que ciertamente puede afirmarse que se trata de la legislación más influyente en este campo. Esta es también la

legislación que ha tenido mayor aplicación práctica y la que ha sido objeto de más debate.

V. CRITICAS AL SISTEMA DE DIVULGACION OBLIGATORIA

El sistema de divulgación obligatoria ha recibido numerosas críticas. Los críticos tradicionales han argumentando que una política de transparencia es insuficiente, en la medida que la información financiera contenida en el prospecto informativo y presentada con la solicitud de registro es ininteligible para el común de los inversionistas, por lo que se requiere un grado mayor de protección. Más recientemente, las críticas vienen desde la otra orilla, donde, sobre la base de la teoría económica, se argumenta que la SEC ha sobrerregulado áreas tales como la política de divulgación, con un enfoque excesivo y paternalista en la protección de los inversionistas, excluyendo nociones igualmente justificadas de justificación de costos y eficiencia en la asignación de recursos.⁴³

a. La divulgación obligatoria es insuficiente, pues los inversionistas no entienden la información financiera.

Esta posición tuvo una gran importancia en el debate que precedió a la aprobación de la *Securities Act* de 1933. El principal defensor de esta tesis fue William Douglas, quien después fue Presidente de la SEC y luego Vocal de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En un artículo publicado unos meses después de la promulgación de la *Securities Act* de 1933,⁴⁴ Douglas señaló que una política de transparencia es insuficiente porque la mayoría de los inversionistas no están en condiciones de entender la información necesaria para una adecuada decisión de inversión. Aquellos que necesitan consejo sobre sus inversiones encontrarán poco consuelo en los balances, contratos y la compilación de otro tipo de información que se revela en el *registration statement*. O carecen del entrenamiento o la inteligencia necesarios para asimilar esa información, o están tan ansiosos por

³⁹ *Securities and Exchange Commission*, op.cit. pag. 44.

⁴⁰ *Securities and Exchange Commission*, op.cit. pag. 45.

⁴¹ *Securities and Exchange Commission*, op.cit. pag. 45 - 46.

⁴² *Securities and Exchange Commission*, op.cit. pag. 46 - 47.

⁴³ Cox, op. cit. pag.

⁴⁴ Douglas, William O., *Protecting the Investor*, 23 Yale Rev (N.S.) 521 (1934).

obtener una ganancia especulativa que considerarán esa información irrelevante. Para Douglas, la *Securities Act* era una ley obsoleta desde su nacimiento, pues no tenía en cuenta la complejidad de los negocios contemporáneos. Ello explica, entre otras cosas, su énfasis en la verdad sobre los valores mobiliarios, como si la verdad pudiera ser dicha a personas que la entenderán; una suposición que podría ser justificada si se tratase de pequeñas unidades de negocios buscando fondos y de personas comprando acciones con la misma inteligencia con la que compran ropa o caballos.⁴⁵

La posición de Douglas era acorde con una tradición legislativa en ciertos estados y en algunas actividades económicas, en las que el Gobierno tenía la potestad de autorizar las emisiones de valores si cumplían con ciertos requisitos de orden sustancial. Aún hoy, la legislación estatal de California, por ejemplo, permite al *Commissioner of Corporations* en ciertos casos negar una autorización para la emisión de valores a no ser que determine que el plan de negocios propuesto por el solicitante y la emisión propuesta son adecuados, justos y equitativos y que el solicitante se propone conducir su negocio con honestidad y justicia.⁴⁶ La *Public Utility Holding Company Act* de 1935, vigente hasta la fecha establece que la SEC debe analizar y aprobar toda emisión de valores de estas empresas para asegurar, entre otros aspectos, que el valor mobiliario esté razonablemente adaptado a la estructura financiera del emisor y de otras empresas vinculadas, que el valor mobiliario esté razonablemente adaptado al flujo de ingresos de la empresa, que la emisión propuesta sea necesaria para la eficiente operación de las actividades de la empresa, que los cargos, comisiones y otras retribuciones pagadas con relación a la emisión sean justos y razonables y que los términos y condiciones de la emisión o venta del valor mobiliario no sean perjudiciales a los intereses del público o de los inversionistas.⁴⁷

b. La divulgación obligatoria no es necesaria, pues los administradores tienen incentivos para revelar la información relevante voluntariamente.

El establecimiento de una obligación legal para que los emisores de valores divulguen al mercado la información relevante sobre sus valores tiene sustento en el hecho de que, producto de la separación entre la propiedad y el control en las empresas modernas, los administradores no tienen incentivos para divulgar rápidamente información que influiría en el precio del valor, sino más bien para utilizar esa información en provecho propio antes de revelarla al mercado.⁴⁸

Se ha argumentado, sin embargo, que es posible que, a través del diseño de relaciones contractuales entre los dueños de una empresa y sus administradores, se logre alinear los intereses de estos últimos con los de aquellos, de manera que los actos de los administradores destinados a maximizar su propio bienestar redunden también en la maximización del bienestar de los accionistas.⁴⁹ En este marco, es factible que, a través de pactos tales como el otorgamiento a los administradores de participaciones en las utilidades o de derechos de opción respecto de las acciones de la sociedad, se logre que estos tengan un incentivo para obtener la maximización del valor de las acciones de la empresa. Si este objetivo se logra, entonces los administradores de una empresa divulgarán al mercado la información relevante sobre la empresa y sus valores, dado que esa divulgación reducirá el riesgo inherente al valor mobiliario tal como éste es percibido en el mercado y ello redundará en un mejor precio para tales valores. Por ello, se argumenta, si los administradores tienen incentivos para maximizar el valor de las acciones de una empresa, el sistema de divulgación obligatoria de información carece de sentido pues la empresa voluntariamente divulgará la información relevante.⁵⁰

⁴⁵ Loss, op. cit. pag. 29 - 31.

⁴⁶ Cal. Corp. Code, Section 25140, citado por Loss, op. cit. pag. 13, en nota 21.

⁴⁷ *Securities and Exchange Commission*, op.cit. pag. 44.

⁴⁸ Cox, op. cit., pag. 52 - 53.

⁴⁹ Jensen y Meckling han descrito la empresa como un complejo de contratos entre propietarios, empleados, proveedores, clientes, etc. La corporación privada o firma es simplemente una ficción legal que sirve como un nexo para relaciones contractuales y que se caracteriza también por la existencia de derechos divisibles sobre los activos y los flujos de efectivo de la organización que generalmente pueden venderse sin autorización de las otras partes contratantes. (...) En un sentido muy real sólo existe una multitud de relaciones complejas (es decir, contratos) entre la ficción legal (la firma) y los dueños del trabajo, los insumos físicos y de capital y los consumidores de la producción. Jensen y Meckling, *Theory of the Firm, Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. of Fin. Econ. 305 (1976).

⁵⁰ Cox, op. cit. pag. 54.

Easterbrook y Fischel ilustran la operación de este mecanismo: Una empresa quiere emitir nuevos valores. La empresa tiene un proyecto (por ejemplo, la fabricación de una nueva computadora) que espera será rentable. Si la empresa simplemente solicita fondos sin divulgar la naturaleza del proyecto y la identidad de las personas encargadas de administrarlo, entonces no obtendría nada. Los inversionistas asumirían lo peor, porque pensarían que si la empresa tuviera algo bueno que decir sobre el proyecto entonces lo diría. El silencio será interpretado como malas noticias. Por ello, una empresa con un buen proyecto, buscando distinguirse de las empresas con proyectos mediocres ... divulgaría la cantidad óptima de información. Esto es, divulgaría más y más información hasta el punto donde el costo de divulgación (tanto los costos directos de diseminación como los costos de dar información a la competencia) compensaran los beneficios obtenidos por la generalidad de los inversionistas... El proceso funciona tanto para las buenas noticias como para las malas. Una vez que la firma comienza a divulgar información, no puede dejar de hacer cualquier revelación crítica porque los inversionistas siempre asumirán lo peor. Deberá revelar lo bueno con lo malo, pues de lo contrario los inversionistas pensarán que lo malo es aún peor de lo que es. Y la empresa no puede emplear únicamente su propia palabra ... Por ello, utiliza mecanismos de verificación y de certificación. Dados estos mecanismos, una regla que obliga a divulgar información parece redundante.⁵¹

c. La divulgación obligatoria es un invento de los burócratas para maximizar su poder y de los abogados para aumentar sus ingresos.

De acuerdo con la teoría del *public choice* los funcionarios públicos actúan, como todo agente económico, con el objeto de maximizar su bienestar. En este sentido, sus acciones no están motivadas por un concepto independiente del bien público o el bien común. Más bien, los reguladores actúan racionalmente para maximizar su propio nivel de apoyo político. Para ello utilizan los medios que están a su alcance para recompensar (en la forma de subsidios regulatorios y/o limitaciones a la competencia) a aquellos grupos que más ofrecen en términos de tal apoyo. Ello implica que muchas veces las regulaciones favorecen a un segmento de la industria que la agencia se supone debe controlar (la denominada hipótesis de captura), dado que el titular de

ese interés especial probablemente es el rentista mejor organizado y más efectivo.⁵²

Dos economistas que antes trabajaron para la SEC han escrito: La teoría del *public choice* sugiere que las regulaciones tenderán a favorecer (subsidiar) a grupos relativamente pequeños y bien organizados que tienen per cápita mucho que ganar o perder por la regulación, en perjuicio de grupos relativamente grandes y poco organizados con menos que ganar o perder per cápita con la regulación. Este patrón parece ser consistente con el más importante programa regulatorio de la SEC, que obliga a más de 10,000 empresas a preparar diversos formularios periódicamente y cuando se obtiene nuevo capital. Los principales soportes de este programa fuera de la SEC son los abogados especializados en mercado de valores, los contadores y otros que se ganan la vida preparando estos documentos, y los analistas financieros, administradores de fondos y otros profesionales del mercado, que obtienen los frutos de ese trabajo a muy poco costo. Los costos son soportados por las empresas listadas las cuales, a su vez, los trasladan a sus clientes, trabajadores, propietarios y proveedores en proporciones desconocidas. Los programas de divulgación corporativa pueden también satisfacer el interés público si proveen información que mejora el funcionamiento del mecanismo de precios respecto de los valores y, en ese proceso, reducen la manipulación de precios, el fraude y el engaño. Estas son todavía las principales razones expuestas para sostener el programa de divulgación obligatoria. Sin embargo, la evidencia sugiere que se ha tenido poco impacto en lograr estas metas. Estimamos que, en cambio, han redirigido recursos por más de \$ 1 billón por año, aparentemente del público en general en pequeñas sumas per cápita, a varios grupos relativamente pequeños en grandes cantidades per cápita.⁵³

VI. CONCLUSIONES

Las críticas al sistema de divulgación obligatoria resaltan ciertas debilidades del sistema, pero no implican que el mismo deba descartarse o modificarse sustancialmente.

Respecto de las críticas tradicionales basadas en la insuficiencia de una política de simple divulgación se debe observar que, sin duda, la forma de presentación de la información financiera y, en general, la complejidad inherente a esta información hacen

⁵¹ Easterbrook y Fischel, *Mandatory Disclosure and the Protection of Investors*, 70 Va. L. Rev. 669, 682-684 (1984).

⁵² Cox, op. cit. pag. 24 - 25.

⁵³ Phillips y Zecher, *The SEC and the Public Interest* (1981), pag. 21 -23, citado por Cox, op. cit. pag. 25.

difícil que el inversionista común acceda directamente a ella. Sin embargo, como se ha visto al examinar la hipótesis de la eficiencia de los mercados de capitales los mecanismos del mercado hacen que esa información se refleje rápidamente en los precios en la medida que sea hecha pública. En este sentido, no interesa tanto que todos los inversionistas entiendan lo que implica la información divulgada; ni si esa información está al alcance de los inversionistas con un nivel de sofisticación promedio. Basta que la información llegue y sea entendida por los inversionistas más sofisticados pues la actuación de éstos generará precios que reflejen todos los datos disponibles sobre el valor. Por tanto, existiendo un mercado eficiente para los valores mobiliarios carece de sentido pretender un esquema legislativo que permita al gobierno controlar la oferta o los precios. Adicionalmente, la alternativa ofrecida por los partidarios de la regulación sustantiva, basada en la asignación de capital a través de un mecanismo de planificación centralizada, ha demostrado históricamente no ser la más conveniente.

La crítica basada en la posibilidad de crear incentivos para que los administradores de la empresa voluntariamente divulguen la información relevante no enfatiza suficientemente la naturaleza de bien público de la información. Joseph E. Stiglitz ha resaltado que la información es, en un sentido fundamental, un bien público. Dos características esenciales de un bien público son ... que el consumo del bien por un individuo no disminuye el consumo del mismo bien por los demás y ... que es imposible o al menos muy costoso impedir que alguien disfrute el bien. Como se sabe, añade Stiglitz, los mercados competitivos proveen una cantidad insuficiente de cualquier bien público - incluyendo la información. Debido a las dificultades en apropiarse de los retornos sobre la información, existen frecuentemente externalidades relacionadas con su adquisición. Otros se benefician de la información adquirida por un individuo.⁵⁴

En este sentido, aún cuando fuera posible alinear los intereses de los administradores con los de los tenedores de valores mobiliarios en general, de todas maneras se proveería una cantidad insuficiente de información. Esta insuficiencia significa que la información proporcionada por los emisores no sería verificada suficientemente y que se efectuarían esfuerzos insuficientes para obtener información de fuentes distintas a los emisores. Se ha señalado, por ello, que un sistema de divulgación obligatoria puede ser visto como una estrategia deseable de

reducción de costos a través de la cual la sociedad, en efecto, subsidia los costos de adquirir información con la finalidad de asegurar tanto una mayor cantidad de información como una mayor verificación de su exactitud.... (lo cual) mejora la eficiencia del mercado de valores como mecanismo de asignación de capital y de esa manera genera una economía más productiva.⁵⁵

Por último, las críticas provenientes de la escuela del *public choice* ciertamente llaman la atención sobre un aspecto poco estudiado pero extremadamente importante y real de las estructuras burocráticas. Si embargo, el hecho de que los funcionarios públicos puedan utilizar el poder público para lograr finalidades personales y que los agentes económicos busquen aprovechar esa debilidad en beneficio propio - realidades que se dan en forma general en todos los tipos de regulación gubernamental de la economía - no constituye una debilidad propia del sistema de divulgación obligatorio. El sistema de divulgación obligatorio reduce la discrecionalidad administrativa, al reemplazar la decisión del funcionario público sobre la procedencia de una emisión de valores por una decisión de mercado. El sistema busca únicamente garantizar información suficiente y adecuada para el funcionamiento del mercado. Por tanto, en gran parte se trata de un sistema que reduce la posibilidad de utilización del poder público en beneficio personal y el rentismo.

En conclusión, el mercado de valores presenta características fundamentales en cuanto a la complejidad de los bienes materia de negociación y a las asimetrías informativas existentes entre oferentes y demandantes. Dada la naturaleza de bien público de la información, no debe esperarse que los agentes económicos la produzcan espontáneamente en la cantidad y calidad óptimas. Este problema se acentúa por los conflictos de interés entre quienes controlan la información y quienes la requieren, en un contexto de elevados costos de transacción. Por ello, se requiere un grado de intervención estatal que obligue a los emisores poseedores de la información relevante a ponerla a disposición de los inversionistas que la requieren. Dada la presencia de agentes sofisticados, esta información se reflejará rápidamente en los precios de los valores incrementando la eficiencia del mercado de valores como mecanismo de asignación de capital. En este contexto, es preciso tener en cuenta además la creciente sofisticación de los principales inversionistas en el mercado, evitando que el exceso de regulación protectora signifique, en la práctica, un costo de transacción que trabe el funcionamiento del mercado.

⁵⁴ Stiglitz, op. cit. pag. 24.

⁵⁵ Coffee, *Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System*, 70 Va. L. Rev. 717 (1984).

FONDOS MUTUOS, INFORMACION ASIMETRICA Y REGULACION DE MERCADOS: UN ENFOQUE DE COSTOS DE TRANSACCION

Sergio Salinas Rivas*
Master en Derecho por la Universidad de Yale
Master en Economía por la Universidad del Pacífico
Profesor de Derecho Mercantil
Pontificia Universidad Católica del Perú

Los fondos mutuos son instituciones de reciente aparición en el Perú -pero muy difundidas en otros países- que pueden convertirse en una alternativa de financiamiento para numerosos sectores de la población al permitirles acceder a las ventajas de la inversión bursátil. Efectivamente, por medio de los fondos mutuos, pequeños inversionistas pueden intervenir en los mercados de capitales, a través de portafolios diversificados y bajo administración profesional, reduciendo los excesivos costos de transacción en los que cada uno de ellos incurriría si tuviera que hacerlo individualmente. Sin embargo, no todas son ventajas, la especial situación de la sociedad administradora de fondos mutuos le permite en ocasiones actuar en beneficio propio y en perjuicio de los inversionistas, aprovechando las ventajas que tiene en información y conocimiento del mercado. En tal sentido, el doctor Sergio Salinas analiza, valiéndose del análisis económico del Derecho, las características de los fondos mutuos, así como sus ventajas y desventajas, además de incidir en la necesidad de una adecuada regulación que evite irregularidades en el mercado de los fondos.

INTRODUCCION

El mercado de fondos mutuos está todavía en nacimiento en el Perú, pero puede tener un impacto sustancial en el proceso de consolidación del mercado de capitales. Los inversionistas institucionales permiten ampliar la base de inversionistas locales, reduciendo la volatilidad de la bolsa y, al mismo tiempo, posibilitan una mejor formación de los precios en el mercado financiero, en la medida que tienen equipos de analistas profesionales evaluando y procesando permanentemente información sobre el comportamiento de las empresas y sectores productivos.

Los fondos mutuos son organizaciones que, adecuadamente reguladas y supervisadas, pueden permitir el acceso a vastos sectores de la población a las ventajas de una inversión bursátil. Sin embargo, la regulación existente parece ser todavía inadecuada, a pesar de los innegables avances logrados hasta la fecha en este sentido. La función de supervisión de CONASEV es aun muy limitada, sobretodo considerando los problemas de información asimétrica presentes en este mercado.

El presente trabajo tiene dos objetivos: el primero, proponer una explicación de la aparición de este tipo de organizaciones colectivas y, segundo, plantear recomendaciones de política legal, a partir del entendimiento de las características particulares de la estructura transaccional implícita en un fondo

* John M. Olin Fellow del Center for Law, Economics and Public Policy de la Escuela de Leyes de la Universidad de Yale, durante el verano de 1995. El autor desea agradecer a dicha institución por el financiamiento otorgado para hacer posible la preparación de este artículo.

mutuo. El enfoque utilizado combina desarrollos recientes en la economía de los costos de transacción con una teoría agente-principal que entendemos provee un adecuado marco teórico para visualizar la naturaleza de las relaciones envueltas en una organización colectiva como un fondo mutuo. Estimamos que la data evaluada y el análisis de experiencias de otros países parecen confirmar esta hipótesis.

La sección 1 del trabajo presenta una teoría básica de costos de transacción a partir de la cual puede explicarse la aparición de estas organizaciones y los elementos centrales de su estructura transaccional. Esta tesis tiene alcance general y podría ser aplicada a otros mercados, probablemente con algunas puntualizaciones que recojan las particularidades de cada uno de ellos. En la sección 2 se desarrolla un análisis del esquema de remuneración de las sociedades administradoras, explicando su formulación como un compromiso creíble planteado a los inversionistas de realizar su mejor esfuerzo para maximizar el valor del fondo y, por lo tanto, para satisfacer los intereses de los inversionistas. La sección 3 detalla los costos de agencia que pueden presentarse en fondos mutuos, incluyendo un análisis comparativo de las experiencias ocurridas en otros mercados. La sección 4 discute las principales implicancias que este análisis supone para el diseño de políticas regulatorias específicas del mercado de fondos mutuos, especialmente en el caso de un país como el Perú, cuyas instituciones son todavía débiles y donde no existe un adecuado sistema de administración de justicia. Finalmente, en la sección 5 se presenta una reflexión final sobre los alcances del rol de la CONASEV para mejorar la calidad de la actual performance del mercado y permitir un mayor desarrollo de una institución que indudablemente ofrece grandes ventajas para el público ahorrista.

1. UNA TEORÍA DE COSTOS DE TRANSACCION SOBRE FONDOS MUTUOS

La teoría de costos de transacción explica las organizaciones económicas como mecanismos diseñados por los individuos para economizar los costos asociados a la provisión de los bienes y servicios demandados por una sociedad¹. Bajo este enfoque, una estructura transaccional eficiente es aquella que permite a los individuos obtener los beneficios derivados de un intercambio voluntario en el mercado, al menor costo posible. El planteamiento desarrollado en este trabajo sugiere que la aparición del fondo mutuo es consistente con un enfoque de costos de transacción: puede entenderse como un vehículo para la consecución de los fines específicos que cada una de las partes persigue a través del intercambio voluntario de mercado², minimizando los costos de transacción involucrados en ello.

Un fondo mutuo es una organización económica de naturaleza colectiva, que envuelve un gran número de transacciones individuales de mercado entre dos partes, cada una con objetivos específicos a alcanzar a través de su relación contractual³: por un lado, el pequeño inversionista busca maximizar su riqueza, a través de la inversión bursátil, sujeto a su propio nivel de tolerancia al riesgo (diversificación); y, por otro, la sociedad administradora busca maximizar los beneficios derivados de la venta a terceros de su conocimiento profesional de los mercados de capitales⁴. Las ganancias de la transacción para las partes son también claros: los pequeños inversionistas pueden participar colectivamente en los mercados de capitales, a través de portafolios diversificados y bajo administración profesional, reduciendo los excesivos costos de transacción en los que cada uno de ellos incurriría si tuviera que hacerlo individualmente (que, finalmente, les impediría acceder a los

¹ Ver WILLIAMSON, Oliver. "The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting". The Free Press, 1985. Cap.1.

² El intercambio voluntario incrementa el bienestar social, al permitir reasignar los recursos a los agentes que más lo valoran dentro de la sociedad. Este es un concepto fundamental del análisis económico del derecho. Ver PEJOVICH, Svetozar. "Fundamentos de Economía: Un enfoque de Derechos de Propiedad"; COASE, Ronald. "El Problema del Costo Social"; COOTER, Robert y ULEN, Thomas. "Law and Economics" Ch.4.

³ Esta afirmación no es universal. En Estados Unidos, por ejemplo, los fondos mutuos son incorporados -esto es, se constituyen como sociedades anónimas y están regulados por la Ley de Compañías de Inversión de 1940-, siendo sus accionistas los inversionistas del fondo. La elección de una estructura organizativa determinada para desarrollar una actividad económica específica depende de una serie de factores, tales como características de la industria, tamaño de la firma, marco regulatorio, etc. Presumiblemente, el marco regulatorio que ofrece la legislación societaria americana es más propicia para reducir los costos de transacción asociados con una actividad como la de intermediación financiera, que su similar peruana (por ejemplo, los deberes de diligencia y lealtad, la posibilidad de demandar en nombre de la propia sociedad, etc.).

⁴ El activo principal que explotan los vendedores de este servicio es su capital humano. Presumiblemente, cada miembro del equipo de analistas de la sociedad administradora ha realizado una importante inversión en adquirir conocimientos especializados sobre el funcionamiento de los mercados financieros, sea a través de estudios universitarios o a través de su propia experiencia laboral ("job training").

beneficios del ahorro financiero), mientras que la sociedad administradora puede expandir el mercado para sus servicios, al permitir el acceso al mercado de capitales de individuos que de otra manera no podrían hacerlo.

1.1. Caracterización de las Partes

Para comprender la aparición, naturaleza y estructura de las diversas organizaciones económicas desarrolladas al interior de cualquier comunidad de individuos, es necesario analizar con detenimiento las razones y los intereses que, en última instancia, mueven a las personas a transar unas con otras en un determinado momento y bajo determinadas condiciones, más o menos complejas⁵. A continuación desarrollamos un análisis de los fines que persiguen cada una de las partes que participan en una relación típica de fondos mutuos.

a. El Análisis del Pequeño Inversionista

Un supuesto crucial de este análisis es que el inversionista típico de un fondo mutuo es un pequeño inversionista⁶, que aquí formalmente caracterizamos como un individuo que satisface 3 condiciones: 1) tiene una limitada cantidad de dinero disponible para invertir en activos riesgosos; 2) tiene poca o ninguna experiencia respecto de cómo operan los mercados de capitales; y, 3) no tiene tiempo suficiente para dedicarse directa y rentablemente al análisis y búsqueda de oportunidades de inversión bursátil⁷.

Estos supuestos son consistentes con las prácticas que se observan en el mercado: el rango del valor

nominal de una participación en un fondo mutuo en el Perú fluctúa entre US\$10 y US\$20, lo que sugiere que los inversionistas de fondos mutuos son pequeños, como se observa en el cuadro adjunto.

MONTOS MINIMOS DE INVERSION
(En Nuevos Soles)

	Valor de la Cuenta	Suscripción Mínima
INVERSIONES PERU	20	1,000
INTERFONDO	100	1,000
CREDIFONDO	1,000	1,000

Fuente: CONASEV
Elaboración: propia

Una cantidad mínima de inversión es usualmente requerida para entrar a un fondo mutuo, presumiblemente para facilitar la recuperación de los costos iniciales de constitución del fondo -asumidos íntegramente por la sociedad administradora-, pero en todo caso, esta suma tampoco es significativa. Los fondos mutuos Inversiones Perú y Wiese⁸, por ejemplo, exigen una inversión mínima de US\$1,000, siendo el valor nominal de cada participación de US\$10⁹. Por encima de la cantidad mínima, cualquier inversionista puede adquirir el número de participaciones que desee, hasta un tope máximo del 10% del valor neto del fondo¹⁰, según establecen los respectivos reglamentos internos¹¹.

Este pequeño inversionista típico de un fondo mutuo busca dos objetivos básicos a través de su incor-

⁵ Williamson formula un esquema de análisis contractual en el cual explica los diferentes patrones de organización económica -entendida como un mecanismo para economizar los costos de transacción asociados a la provisión de bienes y servicios- en función de las características de cada tipo de transacción a desarrollar. Ver WILLIAMSON, Oliver. "The Governance of Contractual Relations: A Transaction Cost Approach". *Journal of Law and Economics*, 1987.

⁶ Este concepto es similar a lo que algunos denominan "inversionistas no sofisticados", siguiendo la literatura norteamericana.

⁷ Esta caracterización parece consistente con los resultados de encuestas realizadas en los sectores B y C de la población de Lima, que sugiere que entre estos inversionistas, estos problemas son severos limitantes: la mayoría de ellos señala que para invertir en bolsa hay que tener conocimiento de ello, realizar un seguimiento permanente y que no tienen ni el tiempo ni el conocimiento necesario para ello. Ver sección 4.2 del presente artículo.

⁸ Este último todavía no en operaciones.

⁹ Artículos 8 y 10 de los Reglamentos Internos de los fondos mutuos Peruval y Wiese, respectivamente.

¹⁰ Artículos 30 y 12 de los Reglamentos Internos de los fondos mutuos Peruval y Wiese, respectivamente.

¹¹ Esta racionalidad puede también aplicarse a la organización de otros intermediarios bursátiles. Por ejemplo, este análisis sugiere que los usuarios típicos de una SAB son inversionistas de mayores ingresos, como inversionistas extranjeros, grandes o medianas empresas locales, o individuos y/o familias acomodadas. Una SAB puede diseñar un portafolio individual que encaja con las necesidades y preferencias específicas de sus clientes pero, típicamente, el precio cargado a ellos por el servicio que les brindan es no-trivial en estos casos y, por lo tanto, la cantidad invertida es usualmente sustancial -o, por lo menos, sustancialmente mayor que la participación típica de un fondo mutuo- para hacer rentable la inversión. Más aún, para la mayor parte de estos individuos no resulta rentable mantener

poración a un fondo mutuo: un portafolio de inversiones diversificado y un manejo profesional de sus fondos.

Diversificación:

Un pequeño inversionista coloca su dinero en los mercados financieros como una alternativa a los ahorros bancarios tradicionales. Están dispuestos a asumir un mayor nivel de riesgo a cambio de una expectativa de obtener mayores retornos¹² pero -particularmente considerando que, dado su bajo nivel de ingresos, son más bien aversos al riesgo¹³-, buscan una estrategia que les permita minimizar su exposición a las fluctuaciones propias del mercado financiero. Sin embargo, la construcción de un portafolio diversificado requiere conocimientos especializados e información oportuna y confiable para aprovechar buenas oportunidades de inversión y evitar incurrir en riesgos innecesarios, de los cuales estos inversionistas precisamente carecen¹⁴. Un fondo mutuo puede brindar el vehículo que requieren para invertir en bolsa: juntando su dinero en un único portafolio, un número de pequeños inversionistas puede alcanzar la diversificación deseada, que de otro modo sería imposible dados los altos costos de transacción que implicaría para ellos diversificar individualmente sus portafolios.

En efecto, el costo de diseñar un portafolio específico que un especialista (una SAB) le cobraría a cada inversionista individual es tan considerablemente alto relativo a la cantidad invertida -o incluso mayor- que típicamente no valdría la pena hacerlo, con lo cual la transacción no se efectuaría, como explica Coase¹⁵. El costo sería, simplemente, mayor a los beneficios que podrían obtener de la misma. La

limitada cantidad de dinero de la que disponen les impide participar individualmente en el mercado, aún contratando los servicios de un asesor especializado. Esta es, probablemente, una buena razón para explicar la participación más bien escasa del público en general en el mercado bursátil, y la actual tendencia al aumento de la participación de inversionistas institucionales como los fondos de pensiones y/o los fondos mutuos¹⁶.

Consideremos el siguiente ejemplo: supongamos que un potencial inversionista está evaluando cómo invertir en activos financieros mil dólares de ahorros que posee, minimizando, al mismo tiempo, el riesgo de perder su dinero. Recordemos que este pequeño inversionista no sabe cómo evaluar correctamente el riesgo y el retorno involucrados en cada activo, y menos aún la *performance* relativa de diferentes activos, por lo que necesita contratar los servicios de un especialista en administración de inversiones financieras para que le diseñe un portafolio adecuadamente diversificado. Supongamos también que el retorno esperado del portafolio que el especialista diseñe para él es de 10%, dado un nivel de riesgo determinado por el inversionista, de acuerdo a sus propias preferencias. El retorno anual de su *stock* es entonces de US\$100 (1000×0.10), pero sólo la tarifa inicial que tendría que pagar al especialista es probablemente mucho mayor a US\$100 y, adicionalmente, tendría que pagar una comisión de administración durante el tiempo que mantenga su portafolio. Las comisiones que tendría que pagar a la SAB serían claramente mayores a las ganancias esperadas de su inversión. Por supuesto, en estas circunstancias, sería absolutamente imposible para los inversionistas comprar estos portafolios, aún cuando pueda haber ganancias en la transacción: los

su propio departamento de inversiones financieras dentro de cada compañía para realizar estas actividades, pues el costo de mantener un equipo de analistas bien preparado y de obtener información oportuna y confiable respecto de los cambios en los diferentes mercados es probablemente muy alto, particularmente en el caso de las inversionistas extranjeros. Presumiblemente, los costos para cada uno de estos inversionistas son mayores que para compañías de asesoría especializadas como las SAB's, que pueden repartir sus costos de información y análisis entre un número grande de clientes, logrando así un grado de economías de escala. Más aún, desde un punto de vista social, si cada empresa desarrolla su propio *staff* de analistas, el costo social de proveer el servicio sería considerablemente mayor que en el caso de que compañías especializadas actúen como intermediarios para todas ellas, pues se duplicarían costos, generando desperdicio de recursos sociales.

¹² Esta es una aplicación directa de un principio fundamental de las finanzas modernas: a mayor riesgo, mayor retorno. Ver ROSS, WESTERFIELD & JORDAN. "Fundamentals of Corporate Finance". Irwin, 1995.

¹³ La ley de los rendimientos decrecientes explica que el valor para un individuo de cada unidad adicional de un bien determinado es cada vez menor, sugiriendo que la utilidad marginal del dinero para individuos de escasos ingresos es bastante alta, por lo cual podría esperarse que no esté dispuesto a "jugarlo" en la bolsa. Sin embargo, pueden existir personas amantes del riesgo, independientemente de su nivel de ingresos. Ver MILLER, Le Roy. "Microeconomía Moderna". Harla, Mexico. 1986.

¹⁴ En aplicación de las condiciones segunda y tercera de nuestra definición de este tipo de inversionistas.

¹⁵ Ver COASE, Ronald. Op.cit.

¹⁶ De hecho, esto viene ocurriendo marcadamente en el mercado norteamericano, por ejemplo.

altos costos de transacción involucrados en el pago de tarifas y comisiones efectivamente impiden a nuestro inversionista entrar en tal transacción¹⁷, a pesar de que estaría interesado en hacerlo y capturar los beneficios derivados de ello¹⁸.

Por otra parte, es también improbable que un portafolio bien diversificado pueda ser obtenido por debajo de cierta cantidad mínima de inversión. Continuando con el mismo ejemplo, supongamos por un momento que nuestro inversionista puede diversificar por su propia cuenta el riesgo de su inversión. Teoría financiera moderna¹⁹ sugiere que el 95% del máximo de diversificación posible puede alcanzarse con sólo 20 activos financieros adecuadamente seleccionados. Ello significa que nuestro inversionista debería comprar, aproximadamente, US\$50 de cada uno (1000/20)²⁰. Pero, probablemente, las comisiones de cada operación -broker, Bolsa y CONASEV- que tendría que pagar serían muy altas relativas a los US\$50 invertidos, haciendo inviable esta diversificación.

Un número de pequeños inversionistas, con más o menos las mismas preferencias de riesgo-retorno, pueden juntar su dinero en una sola canasta, de tal manera que la necesidad de portafolios individuales es eliminada. Además, de esta manera, el costo financiero de contratar a un especialista que se encargue de diseñar y administrar un portafolio es dividido entre todos ellos, reduciendo considera-

blemente los costos y el riesgo que cada inversionista debe asumir en la transacción. El fondo mutuo cumple precisamente esta función.

Administración Profesional

El segundo objetivo perseguido por los pequeños inversionistas es una administración profesional de sus fondos, dado su escaso conocimiento del funcionamiento del mercado²¹ y los costos sustanciales asociados con obtener oportuna y confiable información sobre la *performance* de los diferentes activos. De hecho, el artículo 84 de la Resolución CONASEV 543-92-EF/94.10 requiere que cada sociedad administradora tenga necesariamente un departamento de inversiones encargado del análisis de la estrategia de inversiones del fondo, incluyendo una evaluación del riesgo de los activos que componen la cartera y su liquidez²².

Vargas Piña²³ menciona que mediante su inversión en un fondo mutuo el inversionista se ahorra los problemas y costos asociados con invertir directamente en el mercado. El inversionista no tiene que preocuparse por recoger información sobre precios relativos de los activos en un esfuerzo por "comprar barato" y "vender caro", ni por mantener un detallado registro de cada una de estas transacciones. Además, se ahorra el problema de evaluar permanentemente el riesgo de su portafolio, para evitar un desalineamiento con respecto al nivel de riesgo

¹⁷ Se trata de una derivación del análisis coasiano. Ver COASE, R. Op.cit.

¹⁸ Los beneficios de la transacción son iguales a:

$$B_c = V - P$$

$$B_v = P - C$$

$$B_s = B_v + B_c = V - P + P - C = V - C.$$

donde:

B_v = Beneficio del vendedor (sociedad administradora)

B_c = Beneficio del comprador (inversionista)

B_s = Beneficio social

P = precio del intercambio = remuneración de la sociedad administradora

C = costo de producción del bien intercambiado

V = valoración del inversionista de tener un portafolio diversificado

Deben satisfacerse dos condiciones para el intercambio:

1. $V > C$

2. $B_s > \text{Costo de transacción}$

¹⁹ Ver ROSS, WESTERFIELD & JORDAN. Op.cit.

²⁰ La proporción exacta puede ser diferente, pero ello no altera el argumento. Más aún, si el portafolio óptimo requiere más de un activo que de otro, entonces el inversionista debe comprar menos de 50 dólares en algunos de ellos, lo cual hace aun más inviable la diversificación.

²¹ Conforme VARGAS PIÑA, Julio. "Fondos Mutuos y sus Sociedades Administradoras". Lima, 1994.

²² Ver artículo 84 de la Resolución CONASEV 543-92-EF/94.10

²³ VARGAS PIÑA, J. Op.cit.

deseado. Invertir en un fondo -sostiene Vargas - permite a los inversionistas pasar todas estas preocupaciones a un especialista, a cambio del pago de una retribución.

Un pequeño inversionista racional busca maximizar el retorno de sus inversiones dado un nivel de riesgo determinado. Su elección racional es, entonces, escoger el fondo mutuo que le ofrezca la mejor tasa de retorno, dado el nivel de riesgo que está dispuesto a asumir.

b. El Análisis de la Sociedad Administradora

La sociedad administradora es usualmente una sociedad anónima cerrada creada específicamente para realizar este tipo de actividades, cuyo principal activo es su capital humano²⁴. Su experiencia y conocimiento de los mercados de capitales, unido a su capacidad para obtener información confiable, y para procesarla rápida y eficazmente de manera que pueda tomar ventaja de información productiva y reducir el impacto de información que reduzca la utilidad de los inversionistas, constituyen el servicio principal que estas sociedades venden a sus clientes. En una palabra, las sociedades administradoras venden "expertise" al pequeño y limitadamente informado inversionista.

Ello implica una relación del tipo agente-principal²⁵: la sociedad administradora es el agente que es contratado por los inversionistas -el principal- para diseñar y administrar un portafolio de inversiones determinado. Bajo este enfoque, la utilidad de las sociedades administradoras²⁶ se deriva de dos fuentes: beneficios formales expresamente pactados con el principal en el contrato de administración -como el esquema de compensación por sus servicios- y beneficios informales²⁷ no pactados con los inversionistas -como las comodidades de la oficina, o la posibilidad de obtener información privada que les permita realizar ganancias no descubiertas mediante transacciones de mercado- que incrementan el atractivo del trabajo.

Jensen y Meckling²⁸ plantean -siguiendo desarrollos previos de Alchian y Demsetz²⁹- la más refinada versión de los costos derivados de una relación de agencia: si el agente no recibe el 100% de los resultados de la firma, tendrá un incentivo para sobreconsumir beneficios informales, porque sólo asume una porción de los costos derivados de ello para la firma -equivalente al porcentaje de su participación sobre sus resultados-, pero recibe todos o la mayor parte de los beneficios. Consideremos el siguiente ejemplo: supongamos que el agente, que es a su vez titular del 5% de las acciones de la firma,

²⁴ Para una presentación formal del análisis económico de la inversión en capital humano, consultar BECKER, Gary. "Human Capital".

²⁵ Una relación agente-principal es aquella bajo la cual una o más personas (el principal) contratan a otra persona (agente) para la realización de alguna actividad a su favor, envolviendo la delegación de facultades de decisión en ciertos aspectos al agente. Dado que la relación entre agentes y principales es típicamente una entre dos partes que buscan maximizar su propia utilidad -con funciones de utilidad diferentes- el agente no siempre actuará en el mejor interés del principal, sino en el suyo propio, particularmente cuando dificultades de monitoreo impiden al principal identificar certeramente la conducta del agente. El principal no puede determinar con precisión cuándo el agente persigue sus propios fines en lugar de aquellos del principal.

²⁶ La función de utilidad de las sociedades administradoras sería igual a:

$$\text{Usa} = f(B_i, B_f), \text{ donde:} \\ dU/dB_i > 0, dU/dB_f > 0.$$

Por lo tanto, las sociedades administradoras tendrán un incentivo a destinar esfuerzos a obtener B_i , lo que implica un perjuicio para los inversionistas.

²⁷ La presentación expuesta aquí es una versión ligeramente diferente de la de JENSEN & MECKLING, debido a la introducción de la diferencia entre beneficios formales e informales, dependiendo de si han sido autorizados o no por el principal.

²⁸ JENSEN, Michael & MECKLING, William. "Agency Costs and the Theory of the Firm".

²⁹ Alchian & Demsetz fueron los primeros en desarrollar una teoría económica que se centraba en los problemas derivados de la dificultad que implica el medir exactamente la contribución de cada individuo en el producto final de una organización basada en la producción en equipo. La producción en equipo significa que el producto de la empresa es mayor a la suma de la producción de cada agente -probablemente por las ganancias derivadas de la especialización cooperativa- y que se organiza bajo una dirección centralizada. La imposibilidad de determinar exactamente la contribución de cada uno de los miembros del equipo impide también el mecanismo de recompensa para incentivar el nivel óptimo de esfuerzo por parte de ellos. Más aun, debido a que en la producción en equipo es oneroso para cualquiera de sus miembros -o para la gerencia- el determinar cuál de estos miembros está rindiendo menos y por ende ajustar la recompensa debida, los miembros se ven incentivados a rendir menos. El costo de este bajo rendimiento será externalizado y soportado por todos los miembros y no solo por aquellos que "flojean", conducta que beneficiará solamente a los que rinden menos. La estructura contractual de la empresa aparece como un medio para mejorar la organización eficiente de una producción en equipo: una organización económica será creada para organizar la producción, en lugar de celebrar una multitud de intercambios bilaterales de los diversos insumos requeridos, si ello genera una ganancia neta de productividad, luego de descontados los problemas de medición asociados con la producción en equipo.

está considerando si comprar o no un equipo nuevo de aire acondicionado para la oficina a un costo de US\$1000, que incrementaría la productividad de la firma en US\$600³⁰. La firma perdería US\$400 si la compra es realizada, pero el agente asumiría sólo una fracción de ello, igual a US\$20 (0.05 x 400). Si el agente valora el aire acondicionado más de US\$20, la compra sería rentable para él aún cuando no lo es para la firma y, por lo tanto, tendría un incentivo para realizarla, sobretodo si son difíciles de percibir para el resto de los accionistas³¹. El agente tiene incentivos para realizar inversiones ineficientes desde el punto de vista del principal, aunque eficientes desde el punto de vista del agente. Este enfoque explica, asimismo, la tendencia de los ejecutivos de las grandes corporaciones a reinvertir utilidades, construyendo conglomerados empresariales, a pesar de que, probablemente, los propios accionistas podrían asignar los recursos a actividades más rentables³².

Jensen y Meckling concluyen que si el agente no recibe el 100% de los resultados de su gestión tendrá un incentivo a usar sus facultades decisorias para maximizar sus beneficios informales, pues solo asu-

mirá una fracción de los costos totales asociados a dicha conducta³³.

En consecuencia, si la sociedad administradora actúa racionalmente, tenderá a desarrollar un comportamiento oportunista³⁴, utilizando en provecho propio la información a la cual tienen acceso en virtud de la posición que ocupan, en desmedro de los inversionistas, dado el reducido grado de control que éstos pueden ejercer³⁵. En particular, la sociedad administradora tenderá a destinar sus esfuerzos a obtener beneficios informales hasta el punto en el cual iguallen los beneficios derivados de promover los intereses del principal, esto es, de maximizar el valor del fondo³⁶.

La propia función que ejercen los administradores les brinda oportunidades de acceder a información privada que les permite realizar ganancias sustanciales, por lo general no descubiertas por el inversionista. "Inside transactions"³⁷ u otras formas de tomar ventaja de su mejor información y del poder de decisión que poseen sobre los activos del fondo, constituyen oportunidades que pueden ser aprovechadas para promover sus propios objetivos³⁸. Más

³⁰ Debido, por ejemplo, a que la mejora en el ambiente de trabajo incentiva un mayor esfuerzo por parte del equipo de trabajo.

³¹ Economías de información explican el tradicional desinterés de los accionistas por la gestión social en las sociedades anónimas abiertas, tema que ha sido tratado por diversos autores desde distintas ópticas. Ver, por ejemplo, NGO BA THAN, "La Sociedad Anonima Familiar". Barcelona, 1981; BLACK, Bernard. "Shareholder Passivity Reexamined".

³² Esta tendencia se expresa normalmente en la política de los dividendos suficientes, mediante la cual, la administración de la corporación únicamente reparte dividendos suficientes para mantener satisfechos a los accionistas desorganizados (y no para maximizar sus rendimientos), y reinvierte o, simplemente, mantiene en reservas, una fuerte cantidad de utilidades. Ver JENSEN, Michael. "Hostile Takeovers: Their Causes and Consequences".

³³ La condición de equilibrio para el agente es igualar la tasa marginal de sustitución entre los diferentes tipos de beneficios informales y entre los beneficios formales e informales:

$$UMg(ei)/Ei = Umg(ef)/Ef$$

donde:

Ei = esfuerzo destinado por el administrador a obtener beneficios informales

Ef = esfuerzo destinado por el administrador a obtener beneficios formales

³⁴ Williamson define el comportamiento oportunista como la maximización culpable de beneficios. Para un análisis detallado de este supuesto, ver: WILLIAMSON, Oliver. "The Governance of Contractual Relations. A Transaction Cost Approach".

³⁵ Ver BLACK, Bernard. "The Promise of Institutional Voice: Agents watching Agents".

³⁶ En realidad, esto implica un precio-sombra del esfuerzo del agente:

$$Ps = Bi * E'i = Bf * E'f$$

E'n = productividad del esfuerzo del agente en la actividad n

El precio-sombra representa el costo de oportunidad de un recurso, si existiera competencia perfecta. El precio-sombra del esfuerzo del administrador es aquel en el cual cada unidad de esfuerzo que realice le produce el mismo beneficio, no importa a cual actividad lo destine.

³⁷ Inside transactions son aquellas transacciones realizadas por funcionarios o personas cercanas a la administración de la firma, referidas a la propia firma, sobre la base de información privilegiada a la cual han tenido acceso por razón del uso de sus funciones. Por ejemplo, salir a comprar acciones de una empresa a sabiendas de que va a ser objeto de una oferta pública de adquisición, con el objeto de beneficiarse del "premium" que normalmente paga el adquirente.

³⁸ Ver sección 3 de este artículo.

aún, los fondos mutuos usualmente están económicamente vinculados con firmas de intermediación financiera (SAB's), probablemente aprovechando economías de enfoque³⁹, lo que genera espacio para el desarrollo de prácticas oportunistas que incrementen los beneficios conjuntos de ambas compañías, en perjuicio del inversionista, probablemente aprovechando las economías de enfoque que les permiten reducir sus costos operacionales, en tanto una buena cantidad de análisis financiero es común para estas actividades.

Este análisis sugiere que las prácticas oportunistas más difíciles de descubrir -o más fáciles de ocultar- son las más atractivas para los administradores. A pesar del impacto positivo que el "efecto reputación" (perdida de prestigio en el mercado) puede tener sobre el comportamiento de los administradores, este mecanismo por sí solo es un sistema imperfecto de control. El impacto disuasivo de este mecanismo requiere un flujo permanente de información respecto de la conducta de las sociedades administradoras, que permita a las actuales y potenciales partes contratantes enterarse rápidamente de cualquier actitud oportunista y reaccionar adversamente. Pero los inversionistas típicos de un fondo mutuo son desorganizados y tienen sólo una información limitada, por lo cual es improbable que perciban y respondan adecuadamente al oportunismo de los administradores. Incluso, el efecto reputación puede no aparecer del todo, dado que los incentivos de estos inversionistas para monitorear a la sociedad administradora son insuficientes para evaluar con precisión su conducta. Información imperfecta reduce la probabilidad de que el impacto reputacional sea efectivo para disuadir a los administradores de realizar conductas oportunistas.

La razón de la aparición de fondos mutuos es, pues, directa: es un vehículo diseñado para permitir a los pequeños inversionistas participar en los mercados de capitales, reduciendo los costos de transacción envueltos en transacciones individuales. A la vez, los fondos mutuos permiten a las sociedades administradoras ampliar su espectro de actividades. Sin embargo, la propia estructura transaccional desarrollada para aprovechar esta oportunidad de intercambio impone ciertos costos: la relación de agencia

que se genera entre las partes, unida a severos problemas de información asimétrica y un fuerte grado de atadura dan espacio para la aparición de prácticas oportunistas que pueden afectar el normal desarrollo del mercado.

1.2. Información Asimétrica: Costos de Monitoreo y el Problema del Polizonte

El problema de información asimétrica en fondos mutuos es sustancial⁴⁰. El inversionista típico de un fondo mutuo tiene poca experiencia, tiempo e información respecto del funcionamiento de los mercados financieros, y de los probables efectos de cambios en las condiciones generales de la economía sobre la performance del fondo. Un individuo de bajos o medianos ingresos usualmente pasa la mayor parte de su tiempo trabajando, y monitorear permanentemente la performance del fondo mutuo requeriría destinar algunas horas a la semana, cuando menos, que tendría que ser distraída de su tiempo libre que, muchos de ellos preferirían destinar a otras actividades presumiblemente más valiosas, como salir con la familia, por ejemplo. Además, este inversionista no está familiarizado con teoría financiera moderna, necesaria para analizar estados financieros y, en general, cualquier tipo de reportes sobre los resultados del fondo.

Una evaluación de la performance relativa de un fondo implica el análisis de fondos alternativos e, incluso, de otras opciones disponibles para el inversionista, como depósitos bancarios. Más aún, comparar únicamente rentabilidades relativas es un indicador imperfecto de la calidad de la administración del fondo, pues se requiere una medida del riesgo relativo de cada portafolio, tarea que puede ser muy complicada para estos inversionistas no sofisticados, haciendo su análisis, peor aún, poco confiable. Un entendimiento claro de la información relevante respecto de la *performance* del mercado de fondos mutuos es una tarea demasiado costosa en términos de tiempo y complicación, relativa al monto usualmente invertido. Precisamente por estas razones han confiado la administración del fondo a profesionales: los inversionistas no desean perder tiempo y esfuerzo en obtener solamente un conocimiento limitado del mercado. En estas condi-

³⁹ En buena parte de los casos, la sociedad administradora es subsidiaria de bancos u otras instituciones financieras, que también administran SAB's. Presumiblemente, esto se debe a la presencia de economías de enfoque que permite a estas empresas reducir sus costos operacionales, en tanto una buena parte del levantamiento y procesamiento de información es común a ambas. En la medida que dichas economías pueden resultar, por presión de la competencia, en menores costos de administración para los inversionistas, es conveniente que la CONASEV tome en cuenta esto al momento de decidir sobre la separación de ambas actividades.

⁴⁰ Información asimétrica se refiere a la diferencia en el flujo relativo de información entre las partes contratantes, respecto de los elementos centrales de la relación contractual. Ver HANSMANN, Henry. "Ownership of Enterprise". Cap.2. Libro no publicado, en archivo del autor.

ciones, es muy complicado para estos inversionistas determinar el nivel real de esfuerzo dedicado por la sociedad administradora al cumplimiento de sus tareas; no es posible discriminar cuánto esfuerzo es destinado por la sociedad administradora a maximizar el valor del fondo (y, de esta manera, maximizar los beneficios del inversionista) y cuánto a maximizar sus propios beneficios. Los pequeños inversionistas desconocen cuáles son los objetivos perseguidos por la sociedad en cada una de sus acciones, y tampoco pueden controlar eficazmente sus resultados dado que no discriminan correctamente las causas de los mismos.

Presumiblemente, este análisis explica el sistema de reglas de información establecido por la legislación financiera: las reglas de información están diseñadas para reducir el costo de obtener información para estos inversionistas⁴¹. La legislación impone a las sociedades administradoras el deber de suministrar toda la información relevante, entendiendo como tal toda aquella que pudiera afectar la decisión de inversión del inversionista, de la manera más simple posible, respecto de la *performance* del fondo. Por ejemplo, CONASEV recibe información respecto del cambio en el valor relativo de una cuota del fondo, diariamente. Sin embargo, es discutible que esta reducción en el costo de la información sea suficiente para contrarrestar la pasividad racional de los inversionistas. Las desventajas informacionales de los inversionistas incrementan el costo de controlar a la sociedad administradora, generando espacio para un comportamiento oportunista⁴² y, en consecuencia, para resultados ineficientes, donde el bienestar de la sociedad administradora es maximizada a expensas de los intereses de los inversionistas.

El problema es aún más severo. Debido a su naturaleza colectiva, un fondo mutuo usualmente envuelve un gran número de inversionistas. El fondo mutuo más grande de USA, por ejemplo, tiene más de

medio millón de accionistas⁴³. En el Perú, los dos fondos mutuos más grandes tienen, actualmente, 636 y 196 participantes, respectivamente⁴⁴. Esta característica crea severos problemas de gobernación que explican gran parte de la estructura organizativa de un fondo mutuo.

En primer lugar, esto explica porqué los fondos mutuos son organizados bajo la iniciativa de las sociedades administradoras. Debido al gran número de inversionistas requerido para hacer rentable la creación de un fondo mutuo, los costos de transacción involucrados en su organización son significativos, especialmente para los pequeños inversionistas: juntar a cientos de ellos y alcanzar un acuerdo sobre las características básicas del fondo, como políticas de inversión, estructura de gobernación y política de distribución de ganancias, puede ser muy engorroso, haciendo improbable que un fondo pueda ser organizado por los propios inversionistas⁴⁵. Típicamente, es la propia sociedad administradora la que asume el costo de organizar el fondo mutuo y el riesgo de fracaso en este período inicial.

Segundo, la naturaleza colectiva del fondo incrementa el costo de monitorear el comportamiento de la sociedad administradora: un incremento marginal del gasto en monitoreo puede conducir a un incremento marginal del valor del fondo⁴⁶ -en tanto reduce la conducta oportunista del administrador-, pero dada la naturaleza colectiva del mismo, los beneficios serán repartidos entre todos los participantes, en proporción a sus participaciones y no sólo a aquellos que asumen el costo de la actividad de monitoreo que dio origen al incremento en las ganancias. La naturaleza de bien público de las actividades de control implica, en consecuencia, un problema de polizonte. Ningún inversionista individual deseará efectuar estas actividades costosas si va a recibir solamente una pequeña proporción de las ganancias que genere, aun si estas actividades son socialmente eficientes. El

⁴¹ Pueden distinguirse hasta tres tipos de reglas en la actual regulación de fondos mutuos: reglas de información (orientadas a proveer de información confiable, veraz y oportuna al mercado), reglas de diversificación (orientadas a distribuir el portafolio entre diversos activos a fin de minimizar el riesgo) y reglas de inversión (orientadas a limitar el tipo de activos en los cuales puede invertirse el dinero del fondo).

⁴² Esta es, precisamente, la tesis expuesta por Williamson. WILLIAMSON, Oliver. *The Governance Of Contractual Relations: A Transaction Cost Approach*.

⁴³ Ver *Institutional Investor*, 1995.

⁴⁴ Credifondo e Interfondo (información a diciembre de 1995).

⁴⁵ A mayor número de contratantes, mayor costo de llegar a un entendimiento entre todos ellos.

⁴⁶ El nivel de monitoreo eficiente desde el punto de vista social, es aquel en el cual el costo marginal de incrementar el nivel de monitoreo iguala el ingreso marginal del accionista debido a una mayor eficiencia en la gestión.

nivel real de monitoreo es, entonces, menor al socialmente óptimo. Un ejemplo puede ilustrar el punto: supongamos que un inversionista posee el 2% de las participaciones de un fondo y que gastando US\$5000 puede generar un incremento de 10% en el valor del fondo. Asumamos también que el valor actual del fondo es US\$1,000,000, de modo que si el gasto es realizado las ganancias serían de US\$100,000. Realizar tal control es claramente beneficioso para el grupo de inversionistas del fondo, pues los costos totales son bastante menores que las ganancias: US\$95,000 de beneficios netos pueden obtenerse. Sin embargo, dado que el inversionista que asuma el gasto recibiría únicamente US\$2,000 ($100,000 \times 0.2$), decidirá racionalmente no gastar en realizar tal actividad. Como resultado, actividades de monitoreo eficientes no se ejecutarían, cayendo el nivel real de control por debajo del óptimo social.

1.3. Efecto Atadura

La pasividad racional de los pequeños inversionistas implica su incapacidad para reaccionar rápidamente a cambios en la performance del agente, lo que se traduce en un importante efecto atadura a la transacción.

La posibilidad de “salirse” de la transacción es un mecanismo que permite a las partes protegerse del comportamiento oportunista de la otra, en la medida que constituye una respuesta rápida y efectiva frente a cualquier incumplimiento contractual⁴⁷. Más importante aún, la salida funciona como un poderoso mecanismo para desincentivar la realización de estas prácticas, pues impone sobre la contraparte el riesgo de perder no solo las ganancias derivadas de la transacción sino, inclusive, su reputación comercial, afectando el flujo de ingresos provenientes de futuras relaciones contractuales de este tipo⁴⁸.

Sin embargo, existen casos en los cuales no es posible -o económicamente rentable- para alguna de las partes desistirse de continuar una relación contractual en el caso de que la otra parte se desvíe significativamente de sus obligaciones. Por ejemplo, la especificidad de las inversiones involucradas en una determinada transacción es una fuente *ex-post* tradicional de explotación -tal como explica

Williamson⁴⁹ -, pues una vez realizada la inversión el costo de terminar la transacción y reasignar el activo a un uso sustancialmente menos valioso es excesivamente alto para el contratante, exponiéndolo a un comportamiento abusivo de la otra parte. Es el caso, por ejemplo, de la inversión en una planta de generación de energía para una mina alejada. Una vez que el fabricante ha realizado un gasto sustancial en la construcción de dicha planta, el minero puede presionar oportunistamente al fabricante a reducir el precio (argumentando un cambio en las proyecciones de la mina, por ejemplo), porque el fabricante no tiene cómo recuperar su inversión: fuera del minero, nadie más estaría interesado en comprar tal planta o -dicho de otra manera- el valor de la planta en su mejor uso alternativo es considerablemente menor. En previsión a este tipo de comportamiento, el fabricante probablemente exigirá algún tipo de salvaguarda contractual que eleva sustancialmente el costo de transacción.

Pero esta no es la única fuente de explotación: el planteamiento esbozado aquí muestra que deficiencias informacionales pueden también generar el mismo efecto⁵⁰. La efectividad del mecanismo de “salirse” de la transacción requiere un flujo de información significativo y permanente sobre el desempeño de las partes respecto de la relación contractual creada, que les permita modificar su actitud oportunamente frente a cualquier estrategia oportunista de la otra. Si la práctica oportunista es rápida y certeramente detectada, la alternativa de la salida permite a la parte injuriada reducir el daño poniendo fin inmediatamente a la relación contractual. Si, por el contrario, la parte dañada no se percata del daño causado o si no puede determinar con precisión su causa o extensión, la posibilidad de salirse de la transacción no produce ningún efecto significativo sobre la conducta de la contraparte.

Por ejemplo, si un proveedor disminuye unilateralmente la calidad de los productos vendidos, el comprador puede eliminar el daño a un costo relativamente bajo, simplemente cambiando de proveedor, tan pronto como perciba la diferencia en la calidad del producto. En el caso de los pequeños inversionistas de un fondo mutuo, sin embargo, los elevados costos envueltos en obtener la informa-

⁴⁷ Conforme HIRSCHMANN, Albert. *Exit, Voice and Loyalty*. Harvard University Press. 1970.

⁴⁸ El efecto disuasivo proviene precisamente de la posibilidad de perder el flujo futuro de ingresos, sobre todo cuando ésta es la fuente principal de ingresos del agente.

⁴⁹ WILLIAMSON, Oliver. Op.cit.

⁵⁰ Como el propio Williamson sugiere. WILLIAMSON, Oliver. Op.cit

ción necesaria les impide trasladar oportunamente sus inversiones de un fondo a otro, a menos que el costo impuesto por la mala administración del fondo sea tal que justifique incurrir en los costos de reasignación.

La reasignación de la inversión a otra alternativa supone una serie de gastos que debe asumir el inversionista, que podemos definir como la suma de: 1) el costo de obtener información sobre la *performance* del fondo y sobre oportunidades de inversión alternativas; 2) el costo impuesto por el hecho de que la nueva alternativa no es un perfecto sustituto para la primera en términos de las preferencias riesgo-retorno de cada inversionista y; 3) el costo de transacción envuelto en salir de una transacción -pago de una comisión de redención, por ejemplo- y entrar en otra. El análisis aquí desarrollado sugiere que los pequeños inversionistas cambiarán de fondo mutuo únicamente si las ganancias derivadas de ello son mayores a estos costos de reasignación.

a. Costo de Obtener Información

Obtener información es una actividad costosa. Un inversionista debe adquirir continuamente información sobre la *performance* del fondo para reaccionar oportunamente frente a cambios significativos en el comportamiento de la sociedad administradora. Ello requiere 2 cosas: primero, destinar una buena cantidad de tiempo a seguir de cerca la evolución del fondo (solicitar información financiera, juntas especiales, auditorías externas, etc.); segundo, un grado de conocimiento en materia financiera suficiente para realizar un análisis confiable de los estados financieros del fondo. Claramente, ambas condiciones están ausentes en el caso de los pequeños inversionistas. Más aún, contratar los servicios profesionales de especialistas es una opción extremadamente costosa para ellos. Su elección racional es, entonces, permanecer desinformados o, en el mejor caso, informarse limitadamente⁵¹.

Pero eso no es todo. Comparar portafolios alternativos es fundamental para decidir la reasignación de

una inversión financiera; sin embargo, ello es aún más dramáticamente difícil para estos inversionistas. La evaluación del riesgo involucrado en cualquier portafolio no es tarea fácil, ni siquiera para profesionales⁵².

Ello supone un análisis de correlación entre diferentes activos, lo que usualmente requiere el uso de herramientas matemáticas⁵³. Una comparación adecuada entre portafolios alternativos requiere tomar en cuenta el riesgo implícito en cada uno de ellos. El hecho de que un portafolio A tenga un retorno mayor que un portafolio B no necesariamente implica que esté mejor administrado. Si el portafolio A tiene asociado un nivel de riesgo mayor al de B, el retorno esperado de A debe ser mayor a B independientemente de la calidad de la administración⁵⁴. Una simple comparación directa entre tasas de retorno de los diferentes fondos mutuos no es suficiente para obtener conclusiones definitivas respecto de su calidad y, más aún, puede dar señales equivocadas al mercado. Cada fondo puede tener políticas de inversión diferentes, en función de las preferencias de los inversionistas: algunos pueden ser conservadores y otros más agresivos. Precisamente, este debería ser uno de los criterios diferenciadores y de sana competencia entre los fondos, respecto de los cuales el inversionista debería informarse adecuadamente al momento de decidir dónde invertir. Sin duda, la introducción de reglas de información sobre riesgo de cartera (*risk-disclosure rules*) en el sistema regulatorio podría facilitar el flujo de información relevante al inversionista, pero aun así es cuestionable que estos inversionistas puedan aprovechar adecuadamente esta información.

b. Costo de Oportunidad

El razonamiento recién expuesto impone otro costo para los inversionistas que deseen trasladarse a otro fondo mutuo: asumiendo un comportamiento racional maximizador de los agentes, cada inversionista considera su fondo mutuo como la mejor alternativa para su dinero, en términos de sus pre-

⁵¹ Este concepto es consistente con el supuesto conductista del hombre contractual, propuesto por Williamson, que sostiene que los individuos toman decisiones sobre la base de información limitada, tanto porque ella no está disponible en el mercado o porque no puede ser procesada inteligentemente por cada uno de ellos. WILLIAMSON, O. Op.cit.

⁵² De hecho, la industria de la banca de inversión descansa en gran medida sobre la confianza que genere entre los clientes las evaluaciones financieras realizadas por su equipo de analistas, respecto de activos, empresas y países.

⁵³ Actualmente existen programas computacionales que pueden realizar estas operaciones directamente y con gran rapidez, reduciendo significativamente el tiempo y el tedio asociado con tales actividades. Aun así, es necesario un manejo conceptual importante para analizar las cifras y resultados que arroja la computadora.

⁵⁴ Este es un concepto fundamental de finanzas, a pesar de lo cual el regulador parece considerar suficiente la posibilidad de salir de la transacción como un suficiente mecanismo de mercado para resolver este tipo de problemas.

ferencias riesgo-retorno. Si esto es cierto, un traslado de este fondo a cualquier otro fondo implica una pérdida de bienestar para el inversionista, igual a la diferencia en la valoración del inversionista de cada alternativa, multiplicada por la cantidad de dinero trasladado⁵⁵

c. Costos de Acceso y Salida

Adicionalmente, cambiar de fondo mutuo impone también costos directos para el inversionista: la mayor parte de los fondos mutuos cobran una comisión de redención fijada como un porcentaje del valor de las participaciones redimidas (Ver Cuadro) -salvo que pueda transferir su participación directamente a terceros en el mercado, en cuyo caso sólo tendría que pagar las comisiones bursátiles usuales-, y una comisión de ingreso al nuevo fondo mutuo, igualmente fijada como un porcentaje de la inversión.

CONCEPTO	CREDI FONDO	INTER FONDO	INVERS. PERU
Comisión de Suscripción 1/	1.0%	1.0%	2.0%
Remuneración Administradora 2/	1.5%	4.8%	2.0%
Comisión de Rescate 1/	*1.0%	1.0%	2.0%
Custodia del banco 2/	0.3%	0.0%	0.0%

1/ Sobre el valor de la cuota más impuestos.

2/ Anual sobre el patrimonio.

* A 90 días de la incorporación al fondo.

Fuente : CONASEV

Elaboración : Propia

La suma de estos costos es, probablemente, bastante significativa para los pequeños inversionistas, como puede apreciarse en el cuadro adjunto. Una vez que los inversionistas han escogido dónde invertir su dinero es improbable que, individualmente, incu-

rran en costosas actividades de monitoreo y búsqueda de oportunidades alternativas, dados los beneficios potenciales que ello les significaría. El "efecto atadura" es, pues, sustancial, con lo cual la posibilidad de retirarse del fondo, como un mecanismo de represión del comportamiento oportunista de las sociedades administradoras, no resulta realmente efectiva, contrariamente a lo que es típicamente asumido por analistas y reguladores. El inversionista va a retirarse del fondo mutuo únicamente cuando la mala administración es de tal magnitud que se ha convertido en información pública. En estas circunstancias, la probabilidad de reasignación es sustancial, debido a dos factores: primero, mientras más negativa es la *performance* de la inversión, mayores son las ganancias derivadas de la reasignación y; segundo, mientras más pública es la información sobre la mala *performance* del agente, menores son los costos de monitoreo asumidos directamente por el inversionista. Sin embargo, en estos casos extremos, el daño asumido por los inversionistas ya es, probablemente, significativo y el valor de sus inversiones se ha deteriorado considerablemente. Considérese, por ejemplo, experiencias típicas de quiebras irregulares de entidades financieras como CLAE o Refisa⁵⁶. Un común denominador de todos estos casos es que los pequeños inversionistas no estaban al tanto del manejo de las inversiones que realizaba el intermediario financiero. Únicamente intentaron retirar su dinero cuando los periódicos y los medios de comunicación informaron respecto de la mala gestión que estaba ocurriendo. A esas alturas, sin embargo, era poco probable que pudieran conseguir su objetivo⁵⁷. Economías de información sugieren, pues, un importante efecto atadura.⁵⁸

2. UN COMPROMISO CREIBLE: EL ESQUEMA DE COMPENSACION

El marco teórico desarrollado hasta aquí nos sugiere que la más severa limitación de los fondos mutuos

⁵⁵ La desutilidad sería:
 $(V1 - V2) \times \text{Monto trasladado}$

donde:

V1 = Valoración del inversionista opción fondo mutuo 1

V2 = Valoración del inversionista opción fondo mutuo 2

V1 > V2.

⁵⁶ Si bien estas entidades no son fondos mutuos, encierran una relación del tipo agente-principal como la envuelta en un fondo mutuo y tiene los mismos problemas informacionales.

⁵⁷ Este problema es especialmente severo para el caso de los fondos mutuos de capital cerrado, donde la alternativa de la redención de la participación en el fondo no existe.

⁵⁸ Hansmann, sin embargo, no considera este problema como una potencial fuente de explotación. Ver HANSMANN, Henry. Op.cit.

es la posibilidad de un comportamiento oportunista por parte de la sociedad administradora. Sin embargo, el propio desarrollo de estas organizaciones implica que cualquiera sea el costo que este problema signifique, los beneficios derivados para las partes contratantes son aun mayores⁵⁹.

Tres condiciones deben cumplirse para que puedan presentarse prácticas oportunistas: primero, debe haber una potencial divergencia de intereses entre individuos; segundo, deben existir bases para un intercambio beneficioso u otro tipo de cooperación entre éstos -alguna razón para llegar a un acuerdo y transar- que pueda activar estos intereses divergentes y; tercero, deben existir dificultades para determinar efectivamente si se han cumplido los términos del arreglo contractual o para ejecutar los mismos.⁶⁰

Estas condiciones están presentes en el mercado de fondos mutuos. Las actividades de monitoreo son costosas o imposibles de llevar adelante, lo que unido a la inhabilidad de los inversionistas para "salirse" de la transacción puede inducir a los inversionistas individuales a no invertir en fondos mutuos⁶¹, sobretodo considerando la relativa ineficiencia del sistema regulatorio actual⁶².

El temor *ex-ante* de los inversionistas de un comportamiento oportunista de la sociedad administradora puede disuadirlos de invertir en un fondo. Mecanismos contractuales deben diseñarse para estimular la confianza de los inversionistas en la sociedad administradora, de modo que la transacción sea viable. La sociedad administradora debe asegurar a los inversionistas que no va a tomar ventaja, *ex-post*, de la posición ventajosa que obtiene una vez establecida la relación contractual y un grado de atadu-

ra es efectivamente obtenido. En un fondo mutuo, el esquema de compensación puede cumplir esta función.

Es posible definir *ex-ante* determinados arreglos contractuales entre las partes que pueden ayudar a reducir los incentivos para desarrollar prácticas oportunistas⁶³. Aunque observar el comportamiento real de los administradores sea simplemente muy oneroso para los inversionistas de un fondo mutuo, puede ser, sin embargo, relativamente sencillo observar los resultados de la gestión y proveer incentivos adecuados en función a ello. Cuando no es posible determinar con precisión el nivel de esfuerzo realizado por el agente para satisfacer los fines del principal, pero los resultados son fácilmente verificables, un sistema de compensación bien diseñado puede servir para alinear los intereses del agente con los del principal. Una vez definidos claramente los fines del principal -qué es lo que espera concretamente del agente-, puede ser especificado un sistema para recompensar el logro de los resultados buscados⁶⁴.

La regulación local⁶⁵ establece que el contrato entre la sociedad administradora y el inversionista debe contener una especificación del sistema usado para determinar la remuneración a percibir por la sociedad, incluyendo una comisión por inscripción y una detallada explicación de los costos que serán cargados al fondo. Usualmente, la compensación de la sociedad administradora tiene tres partes, como se observa del cuadro adjunto: una comisión de entrada al fondo pagada al momento de la firma del contrato de administración (entre 3 y 5%) de la cantidad invertida; una comisión de redención, a pagar cuando el inversionista decida retirarse del fondo (otro 3 a 5% del valor de la

⁵⁹ Esta es una aplicación directa del "test de la supervivencia", que sugiere un proceso de selección que ocurre en el propio mercado: formas de organización más eficientes predominan sobre aquellas más costosas.

⁶⁰ Ver MILGROM & ROBERTS. "Economics, Organization & Management". Prentice Hall 1994.

⁶¹ Presumiblemente, parte de esta racionalidad está detrás de la regulación americana sobre fondos mutuos. Como explica el juez Friendly: "mientras que la administración y los inversionistas de un fondo mutuo tienen ciertos intereses paralelos (...) existen importantes áreas en las cuales sus intereses pueden entrar en conflicto. El Congreso americano ha tratado de minimizar las posibilidades de abuso de su posición por parte de los administradores de los fondos mutuos mediante la dación de la Ley de Compañías de Inversión de 1940".

⁶² Este tema es abordado más adelante, en la sección 3 de este título.

⁶³ Ver MILGROM & ROBERTS. Op.cit.

⁶⁴ Por ejemplo, aún si fuera imposible calcular exactamente el nivel de esfuerzo y cuidado del personal de mantenimiento de la maquinaria de una empresa, puede ser posible medir el porcentaje de desperfectos de las máquinas por unidad de tiempo. De hecho, si la tasa de desperfectos de las máquinas dependiera exclusivamente de la performance de los trabajadores de mantenimiento, basar la remuneración en dicha tasa sería un perfecto sustituto de basarlo en el nivel de esfuerzo y cuidado.

⁶⁵ Resolución CONASEV 543-92-EF/94.10.0

participación) y; una comisión anual de administración, fijada como un porcentaje del valor del fondo (entre 2 y 4.5%)⁶⁶.

La remuneración que percibe la sociedad administradora está atada al valor del patrimonio del fondo (es un porcentaje del valor del fondo), lo que actúa como una "garantía" para el inversionista de que la sociedad administradora va a actuar en su interés: un aumento en el valor del fondo beneficia al inversionista y también a la sociedad administradora vía un incremento en su remuneración. A mayor valor del fondo, mayor compensación percibe la sociedad administradora. Así, al ligar *ex-ante* la compensación al valor del portafolio bajo administración, la sociedad administradora asegura al inversionista su compromiso para maximizar el valor de las inversiones.

Este esquema de compensación opera como un compromiso creíble por parte de la sociedad administradora de que no va a explotar a los pequeños inversionistas para perseguir sus propios intereses, aprovechando la mejor información a la que tienen acceso. Sin embargo, en la práctica este esquema constituye un mecanismo imperfecto para alinear los intereses de los inversionistas y de la sociedad administradora: la remuneración no está directamente atada al incremento (o disminución) del valor del fondo, sino al valor neto total del fondo. El valor inicial del fondo es equivalente al monto invertido por los inversionistas, lo que no depende en modo alguno de la gestión de la administración del fondo. Atar la compensación al valor total del fondo, en lugar de atarlo únicamente a cambios en el valor del mismo, genera sólo un débil incentivo a la eficiencia sobre la sociedad administradora: cuando los beneficios esperados representan sólo una pequeña fracción del ingreso total de la sociedad administradora, el incentivo para destinar esfuerzos a incrementar el valor del fondo es débil. Más aún, este esquema de compensación funciona en la práctica como un mecanismo de protección de la sociedad administradora contra riesgos de disminución del valor del fondo: sólo una pequeña fracción de las pérdidas se verán reflejados en sus ingresos. Mien-

tras las pérdidas no sean dramáticas, no afectarán significativamente el flujo de ingresos de la sociedad administradora.

El esquema de compensación diseñado es un mecanismo imperfecto para limitar el comportamiento oportunista de las sociedades administradoras de fondos mutuos. Los incentivos previstos, basados en la *performance* del fondo, son débiles o, al menos, no tan fuertes como pudiera pensarse a primera vista. Debido a que el mecanismo no produce un vínculo fuerte entre la remuneración y la gestión por el lado de las pérdidas y sólo una participación limitada por el lado de las ganancias, no es un incentivo poderoso para incrementar los esfuerzos de la sociedad administradora.

3. COSTOS DE AGENCIA

Hasta este punto, hemos propuesto una explicación para la aparición de los fondos mutuos y luego hemos pasado a analizar las características principales de la estructura transaccional implícita, destacando la relación de agencia que se genera. Pasamos ahora a estudiar formas concretas en las que se pueden presentar los costos de agencia en este tipo de organizaciones.

Existen diversas formas bajo las cuales la sociedad administradora puede obtener beneficios adicionales a su remuneración.

3.1. *Frontrunning*

Esta práctica, también conocida como "*trading ahead*"⁶⁷, consiste en la acción del administrador de ejecutar sus propias órdenes por delante (o antes) de las órdenes de sus clientes, para beneficiarse de las oportunidades de inversión que ofrezca el mercado -arbitraje, por ejemplo⁶⁸- en lugar de actuar en representación de sus inversionistas. Por ejemplo, supongamos que una acción de IBM se cotiza a US\$10 en Nueva York y a US\$10.5 en Tokio. Asumiendo que el fondo tiene disponible US\$1,000,000 para invertir, las ganancias sin riesgo que el fondo

⁶⁶ El artículo 38 del Reglamento Interno de Peruval Fondo Mutuo establece que "la compensación de Peruval por la administración, asesoría y custodia (...de las inversiones...) será un máximo de 4.5% anual del valor neto del fondo". Igualmente, el artículo 27 del Reglamento Interno del Wiese Fondo Mutuo especifica que "la compensación que Wiese SAFM (la sociedad administradora) recibirá por la administración, asesoría y custodia de las inversiones del fondo será de un máximo de 5% del valor neto del fondo".

⁶⁷ Ver POSNER, Richard. *U.S. v. Dial*. Corte de Apelaciones del 7o Circuito de los Estados Unidos de Norteamérica. 1992

⁶⁸ El arbitraje es el aprovechamiento, sin riesgo, del diferencial de precio que puede presentarse temporalmente en mercados distintos, respecto de un título. El inversionista puede simplemente comprar el título en el mercado en el cual la cotización sea menor y venderlo inmediatamente en el mercado en el cual el precio sea mayor, beneficiándose directamente con el diferencial de precio. Estas mismas transacciones eliminan rápidamente el diferencial, con lo cual el precio del título vuelve a ser único en ambos mercados.

podría realizar serían equivalentes a US\$50,000 (1,000,000/10 x 0.50) si la sociedad administradora aprovecha plenamente esta oportunidad de inversión en favor del fondo. Las ganancias para la sociedad administradora serían equivalentes a su remuneración: 2% del incremento en el valor del fondo, equivalente a US\$2,500. Ahora consideremos el caso en el que la sociedad administradora decidiera aprovechar la oportunidad en su propio beneficio, transando en su propia cuenta US\$200,000: en este caso, los beneficios de la sociedad administradora son US\$10,000 (200,000/10 x 0.50) más el 2% del incremento en el valor del fondo, menos el costo de oportunidad de los US\$200,000 invertidos⁶⁹. En consecuencia, una sociedad administradora maximizadora de beneficios tendrá un incentivo para entrar en este tipo de transacciones sin riesgo por su propia cuenta antes que hacerlo en interés de los inversionistas que representa, causándoles perjuicios de dos maneras: primero, su compra inicial puede haber ocasionado un incremento de la cotización de la acción de IBM en Nueva York, justo antes de entrar la orden de compra del fondo, por lo cual el precio a pagar por el fondo es mayor; segundo, la venta de las acciones por la sociedad administradora puede generar una disminución de la cotización de las acciones de IBM en Tokio, reduciendo igualmente las ganancias del fondo.

Adicionalmente, el mismo análisis puede aplicarse al caso de que la sociedad administradora, conociendo de antemano la futura transacción que ella misma efectuará con el patrimonio del fondo, decida transar por delante del fondo, obteniendo así beneficios del conocimiento previo que ha tenido por razón de sus obligaciones contractuales. Supongamos que la sociedad administradora haya decidido invertir una sustancial suma de dinero del fondo en acciones de la IBM, de modo que el administrador sabe que habrá un incremento del precio de las acciones. Si, con el objeto de beneficiarse de este conocimiento, la sociedad administradora o terceros por su encargo, compran *stock* de IBM antes de la transacción del fondo y luego lo venden al precio mayor generado por la orden del fondo, podrá hacer sustanciales y seguras ganancias, en desmedro de los inversionistas, como hemos visto.

Existen casos de este tipo en otros mercados, que vale la pena reseñar. En el *leading case* U.S. v Dial, el juez Richard Posner⁷⁰ explica claramente el problema: un *broker* en el mercado de valores desarrolló una estrategia intencional para generar una orden de compra "en bloque" de una acción específica entre un *pool* de sus clientes. Después de construir dicha orden, *el broker* decidió comprar primero un número de acciones del *stock* seleccionado. Cuando la orden "en bloque" fue finalmente hecha, el precio de la acción subió significativamente y el *broker* realizó ganancias sustanciales vendiendo sus propias acciones al mayor precio. Posner⁷¹ concluye que el mayor riesgo del acceso preferencial a información proviene de los *brokers* o administradores de cartera, quienes pueden transar por su propia cuenta y/o por cuenta de sus clientes y disponen de mayor información que cualquiera de ellos porque conocen las órdenes de todos sus clientes.

En otro caso más reciente, *SEC v. The Cooper Companies*⁷², resuelto en diciembre de 1994, la *Securities Exchange Commission* (SEC) acusó al administrador de la cartera del *Keystone Fund Group, Inc.* -un señor Albert Griggs- y a dos directivos de *The Cooper Companies* (Gary y Steven Singer), así como a la propia compañía, de diseñar y ejecutar un esquema de *frontrunning* mediante el cual realizaron importantes ganancias a expensas de los inversionistas en el mercado de bonos de alta rentabilidad (*High Yield Bonds market- HYB*). Bajo este esquema, el señor Griggs impropriadamente informó a Gary Singer los HYB's que estaba recomendando comprar a ciertos fondos *Keystone*. Gary Singer compró entonces a través de diversas entidades de control familiar tales HYB's. Cuando Griggs finalmente hizo sus recomendaciones a *Keystone*, Singer ordenó vender tales activos a *Keystone*, obteniendo ganancias ilícitas por más de US\$3,000,000.

3.2. Relaciones con el Intermediario Financiero

La vinculación típica entre una sociedad administradora de fondos mutuos y un intermediario financiero, como una SAB, genera oportunidades para obtener beneficios irregulares.

⁶⁹ Dada la simultaneidad de la operación, este costo es presumiblemente trivial.

⁷⁰ POSNER, R. Op.cit.

⁷¹ Op.Cit.

⁷² *Securities and Exchange Commission v. The Cooper Companies, Inc. Litigation release No.14351. Diciembre 12, 1994.*

a. Sobretransacción

Este término denota un esquema a través del cual un administrador de carteras puede generar beneficios para sí o para firmas de *brokers* relacionadas, realizando transacciones excesivas con el propósito de generar comisiones de intermediación, en perjuicio de los inversionistas. En el caso del mercado de fondos mutuos, la sociedad administradora usualmente está relacionada con una SAB a través de la cual, por lo general, ejecutan sus transacciones. A consecuencia de ello, existen incentivos y oportunidades para sobretransar la cartera, incrementando los costos de transacción de gestionar la cartera, reduciendo los beneficios que finalmente reciben los inversionistas. En el caso peruano, los contratos de administración usualmente establecen que las sociedades administradoras pueden utilizar sus propias SAB's, limitando las tarifas máximas que los fondos pueden pagar por estos servicios⁷³, pero nada se dice respecto del volumen de transacciones que los fondos realizan. Un gran número de transacciones, dadas las políticas de inversión del fondo, reducen los beneficios de los inversionistas en una cantidad igual al incremento en las comisiones a pagar a los intermediarios.

Dos elementos se requieren para que exista sobretransacción: control de los administradores sobre la cartera de inversiones, y un número de transacciones excesivo a la luz de la política de inversiones del fondo. Para determinar el patrón de transacción del fondo pueden usarse diferentes mecanismos: la tasa de cambio de cartera⁷⁴, el patrón de transacciones de entrada y salida⁷⁵, transacciones cruzadas⁷⁶, e incluso la negativa a seguir patrones de inversiones previamente pactadas puede ser un indicio. La SEC aborda el tema en el caso de *First Multifund Advisory Corp., Milton Mound*⁷⁷, iniciado en 1980. FMAC era la sociedad administradora de los fondos *First Multifund for Daily Income (FMDI)* y *First Multifund of America (FMA)* y actuaba, a la vez, como *broker-dealer*. Los

actuados reflejaban claramente que FMAC tenía la responsabilidad de seleccionar, supervisar y administrar la cartera del fondo. Todas las decisiones concernientes a qué activos debían comprarse y cuándo correspondían a Mound y FMAC. Los actuados también revelaban una "estrategia de administración del portafolio que resultó en una tasa de cambio de la cartera de los fondos que excedió, durante 4 años consecutivos, la de cualquier otro fondo en el mercado". Esta práctica generó sustanciales ganancias para FMAC y Mound, en detrimento de los fondos y sus inversionistas.

b. Compras Inducidas

Esta práctica es también conocida como *kickback*. Se trata de un acuerdo entre un *broker* deseoso de ejecutar una orden prioritaria de un cliente importante, y un administrador de carteras, por el cual éste es inducido a comprar un activo específico, a cambio de ciertos beneficios. El efecto dañoso para los inversionistas proviene del hecho de que estas compras de activos no responden a un criterio técnico de mercado, por lo cual la probabilidad de que tales activos no encajen en la estrategia de portafolio del fondo es mayor. El activo puede ser muy riesgoso o muy poco rentable, en comparación con otras alternativas existentes en el mercado. En *U.S. v. Brodsky*⁷⁸, Brodsky fue acusado de ayudar y promover un esquema en el cual se otorgó una compensación ilegal de US\$25,000 al administrador del fondo mutuo *All American Fund Inc.* en conexión con la adquisición de las acciones de *Allied Management and Systems* y *Cassette Sciences Corporation* por dicho fondo mutuo.

c. Descuento por Volumen

El costo de ejecutar una orden no varía en función con el tamaño de la orden, de modo que órdenes grandes generadas por los fondos mutuos son particularmente atractivas. La presencia de economías

⁷³ Ver Contrato de Administración del Wiesefondo.

⁷⁴ La tasa de cambio de cartera es la ratio del costo total de las compras realizadas por el fondo durante un determinado periodo de tiempo y la suma invertida, y puede ser computada de diversas maneras. La determinación de si la tasa es o no excesiva depende de las condiciones del mercado y de los objetivos del fondo.

⁷⁵ El patrón de transacciones de entrada y salida se refiere a la venta de todo o una parte de los activos del fondo, para reinvertir el dinero inmediatamente en otros títulos, que son luego otra vez revendidos.

⁷⁶ Las transacciones cruzadas son aquellas realizadas entre fondos administrados por una misma sociedad administradora. Es una practica muy sospechosa a menos que la sociedad administradora pueda demostrar que los fondos tienen estrategias diferentes y que los títulos eran convenientes para un fondo pero no para el otro.

⁷⁷ Admin. Proc. File No. 3-5881.

⁷⁸ *U.S. v. Brodsky* (Central District of California 77-246). *Securities and Exchange Commission, Litigation Release 8197*. Noviembre 18, 1977.

de escala en las transacciones generadas por el poder de compra masivo de los fondos mutuos sugiere que los *brokers* en un mercado competitivo estarían dispuestos a reducir las comisiones a cobrar a los fondos -un descuento por volumen- para lograr las cuentas. Sin embargo, la mayor parte de los fondos mutuos realizan sus transacciones a través de *brokers* relacionados, y no en el mercado abierto, en el cual podrían negociar el mejor precio con cualquier *broker*. En consecuencia, estos beneficios son recogidos principalmente por las sociedades administradoras y las firmas de intermediación financiera con la cual están vinculados y no por los inversionistas del fondo. La reducción de las comisiones reduciría los costos operacionales del fondo y, por lo tanto, permitiría una mayor rentabilidad de sus inversiones.

Existe jurisprudencia norteamericana que presentan estos hechos. En *Fogel v. Chestnutt*⁷⁹, un inversionista del fondo mutuo *American Investors* demandó a la administración del fondo por incumplimiento de su obligación contractual de negociar un descuento por volumen ante el *broker*, para así reducir el costo de administración del fondo y maximizar el retorno de los inversionistas. La Corte encontró responsable al administrador y ordenó se determine el monto de indemnización a pagar al inversionista.

4. LA REGULACION DEL MERCADO: ALGUNAS CONSIDERACIONES DE POLITICA LEGAL

El análisis desarrollado sugiere que tres tipos de reglas son beneficiosas para el funcionamiento del mercado: reglas que tienden a reducir el costo de obtener información en el mercado, tales como reglas sobre hechos de relevancia y transparencia del mercado; reglas que tienden a facilitar la libertad de contratación, tales como remoción de barreras de la entrada y salida del fondo, que reducen los costos de contratación⁸⁰ y; reglas que incrementan el costo de prácticas oportunistas, tales como la regulación contra *insider trading*, *frontrunning* y otras.

4.1. Reglas de Reducción de los Costos de Información en el mercado

El costo social de la provisión de un bien o servicio se minimiza si se asigna a la parte que puede hacerlo

al menor costo de información. Dado que es menos costoso para la sociedad administradora acceder a información confiable respecto de la *performance* del fondo, es socialmente eficiente obligar a tales empresas a proporcionar información al mercado, en lugar de que cada inversionista indague por su propia cuenta en ejercicio de su derecho de información. La sociedad administradora posee información precisa sobre aspectos claves del manejo del fondo, como cartera de inversiones, políticas de inversiones, nivel de riesgo, estrategia de desarrollo de corto y largo plazo, entre otros, a los cuales sería muy difícil de acceder para los pequeños inversionistas: los inversionistas no podrían involucrarse en las actividades de monitoreo requeridas para obtener dicha información porque sencillamente, no les resulta rentable hacerlo.

En este sentido, la actual regulación del mercado de valores, que incluye disposiciones sobre transparencia y oportunidad en la información a suministrar por las sociedades administradoras, es conveniente. Sin embargo, existe información importante que no es suministrada al mercado en la actualidad, y cuya introducción convendría analizar: información periódica (mensualmente, por ejemplo) sobre el riesgo de la cartera de cada fondo (beta), a fin de que se pueda determinar con mayor precisión la política de inversiones de cada fondo y los cambios en ella. Actualmente no se mide este beta, sino que se controla que la sociedad no invierta el dinero de sus inversionistas en activos de alto riesgo⁸¹, olvidando que el riesgo del portafolio no es igual a la suma de los riesgos de cada activo en particular, sino un índice de correlación entre todos ellos.

No obstante, es discutible que el suministro de información al mercado sea suficiente para asegurar la eliminación de problemas de información asimétrica, pues dada su escasa inversión en un fondo es reducido el interés de cada uno de estos inversionistas por obtener, en forma individual, permanente y confiable, información que le permita evaluar adecuadamente la *performance* relativa del fondo donde ha invertido su dinero. La pasividad racional de los pequeños inversionistas sugiere que aún cuando exista información disponible en el mercado no existe un incentivo suficiente para procesar toda esa información y reaccionar oportunamente a ello⁸². De hecho, esto puede explicar la

⁷⁹ *Fogel v. Chestnutt* y otros. Docket No. 74-2582, No.39. Setiembre, 1975.

⁸⁰ También podría incluirse en esta categoría reglas destinadas para prevenir tácticas defensivas de las administraciones de empresas de accionariado difundido, por ejemplo.

⁸¹ Deben tener una clasificación de riesgo mínima, realizada por una empresa clasificadora de riesgo autorizada.

⁸² Esto es equivalente al concepto de racionalidad limitada desarrollado por Williamson.

ineficacia del mecanismo de "salida" de la transacción para reducir los costos de agencia⁸³. En realidad, el mecanismo de información al mercado opera de manera diferente. Los inversionistas institucionales mantienen equipos especializados encargados de realizar investigaciones exhaustivas y permanentes (*research*) sobre la valuación de los activos bursátiles, y transfieren dicha información al mercado a través de su conducta (compra o venta de activos), que se refleja inmediatamente en el precio del activo, según sugiere la Teoría de los Mercados de Capitales Eficientes⁸⁴. Por ejemplo, es probable que los inversionistas institucionales reaccionen frente a cambios en la regulación que afecten negativamente el flujo de ingresos futuros de una empresa y, por lo tanto, el valor de sus acciones, reacomodando su portafolio: venden activos, con lo cual el precio disminuye, dando al mercado la señal de que ha ocurrido un cambio que ha disminuido el valor del activo. Por el contrario, si el efecto de la regulación es positivo, los inversionistas institucionales tenderán a comprar tales activos, subiendo el precio, informando al mercado que la empresa está atravesando un buen momento. De acuerdo con esta teoría, piedra angular de cualquier política regulatoria de mercados financieros basada en el mercado como mecanismo de asignación de recursos, el precio de

mercado condensa toda la información relevante sobre la empresa, de modo que los pequeños inversionistas no requieren realizar investigaciones por cuenta propia, sino que se basan en el precio de mercado de la acción y en base a él toman sus decisiones de inversión.

Aunque los pequeños inversionistas no están dispuestos a gastar sustanciales cantidades de dinero en monitorear a las sociedades administradoras de sus fondos, tienen un incentivo para reasignar sus inversiones tan pronto como información confiable muestre la mala gestión de la actual administración⁸⁵. Sin embargo, esta resignación *ex-post* no evita los perjuicios causados al inversionista por los costos de agencia. Precisamente la teoría de los mercados de capitales eficientes sugiere que la mala administración de un fondo es información disponible que los inversionistas tomarán en cuenta al momento decidir si comprar o no una participación del fondo. El descuento en el precio que se requeriría para inducir a un individuo a adquirir dicha participación reflejaría los costos de agencia que tendrían que ser asumidos por el inversionista vendedor. Por ello, si bien es una tarea fundamental de CONASEV reducir el costo de obtener información en el mercado sobre la *performance* de los fondos

⁸³ El desarrollo de un marco analítico básico para entender la mecánica de reducción de costos de agencia como una racionalidad para el diseño de una adecuada estructura de gobernanza de organizaciones colectivas, puede ser materia de un estudio aparte. Sin embargo, adelantamos dos conceptos centrales para definir los lineamientos de una tesis a explorar: el acceso a información al menor costo y la libertad de contratación. El primer concepto implica que aquellos individuos que pueden acceder a información relevante a un menor costo están en mejor capacidad para monitorear el comportamiento de los agentes y, por lo tanto, para reducir los costos de agencia. El segundo concepto implica la posibilidad de reasignación de recursos a usos alternativos, una vez que el principal descubra la presencia de costos de agencia significativos. Esta tesis parece ser consistente con la aparición del mercado de fusiones y adquisiciones de empresas (adquisición de derechos de control sobre los activos de la empresa, definido como mayoría de votos en el directorio), mecanismo típico para prevenir el comportamiento oportunista de los administradores de las grandes corporaciones en economías de mercado más desarrolladas: una administración competitiva posee ciertas economías de información, en la medida que parte del costo de monitorear la *performance* de firmas rivales debe incurrirse de todas maneras como parte de la estrategia general de la empresa (por ejemplo, información sobre políticas de expansión, fortalezas y debilidades operativas, situación financiera, etc.). Siempre que los beneficios netos de la adquisición sean mayores al costo de identificar potenciales empresas a adquirir y exista una sustancial libertad de contratación de los inversionistas, el mecanismo puede operar fácilmente para producir el desplazamiento de la administración ineficiente y la reasignación de los activos a sus usos más valiosos. El costo de información es reducido en este caso para el inversionista, pues es el competidor quien le suministra información sobre la calidad de la actual administración -vía premio sobre el precio de mercado de la acción que típicamente ofrece el adquirente en un *takeover*- y, por lo tanto, las ganancias de la reasignación de la inversión son inversamente mayores. La libertad de contratación del inversionista asegura que el proceso de reasignación será efectivo, en tanto sólo se requiera su consentimiento. En este esquema, las tácticas defensivas son fácilmente incorporadas al análisis: constituyen barreras a la libertad de contratación de los inversionistas en tanto transfieren poder discrecional desde los inversionistas hacia la administración respecto de la decisión de vender la compañía. La teoría parece también consistente con los casos de contratos relacionales bajo información asimétrica: esto es lo que viene ocurriendo, por ejemplo, en el mercado de telecomunicaciones norteamericano. Las compañías rivales permanentemente informan a los usuarios de la compañía competidora respecto de sus deficiencias, en un esfuerzo por ganar nuevos clientes. La movilidad de los usuarios en este mercado está probablemente mucho más relacionado con estas actividades que con un esfuerzo de monitores propio de los usuarios. La explicación parece directa: los competidores enfrentan menores costos de información.

⁸⁴ La Teoría de los Mercados de Capitales Eficientes, en su versión semi-fuerte, sostiene que cualquier información relevante sobre la empresa, que esté disponible en el mercado se refleja inmediatamente en el precio de sus acciones representativas. Ver ROSS, WESTERFIELD & JORDAN. Op.cit.

⁸⁵ La decisión de monitorear del inversionista depende del costo de obtener información sobre el comportamiento de la administración del fondo, y del beneficio neto esperado de mejorar la *performance* del fondo. Mientras menores sean los costos en los que debe incurrir un inversionista para informarse sobre la administración del fondo, mayores los beneficios de reasignar la inversión y, por lo tanto, la tasa de movilidad de los inversionistas es mayor.

mutuos, ello no es suficiente para proteger adecuadamente a los inversionistas. Se requiere un control de las prácticas oportunistas.

4.2. Reglas para Incrementar el Costo de las Prácticas Oportunistas

En fondos mutuos, como en cualquier relación agente-principal, existe un incentivo del agente de maximizar su propio interés en el desmedro del interés del principal. Sin embargo, en estas organizaciones se presenta un mayor espacio para un comportamiento oportunista del agente, en la medida que problemas de información asimétrica y la naturaleza colectiva de la inversión reducen el grado de control de los inversionistas respecto de las actividades de la sociedad administradora.

El impacto de este problema se ve ampliado por la ineficiencia del organismo regulador del mercado para prevenir y sancionar adecuadamente estas prácticas. El público inversionista siente una gran desconfianza de invertir en bolsa, lo que, a su vez, es un indicador de su percepción de la calidad de la regulación del mercado. Los inversionistas sienten temor de invertir en bolsa, pues estiman que pueden ser estafados o engañados por los intermediarios bursátiles. Ejemplos recientes como el caso de CLAE, Refisa y otros, probablemente asociados a otros casos de quiebras bancarias irregulares están aun frescos en la memoria de los inversionistas, a pesar de que no se tratan de experiencias bursátiles directas, pero que engloban, de hecho, relaciones de agencia.

De acuerdo a una encuesta de opinión pública realizada por la firma Apoyo en octubre de 1995, a una muestra de 508 entrevistados de los niveles socioeconómicos B y C, la capacidad de ahorro/inversión de la gente se estima en un 55%. Sin embargo, de ese 55% solo un 5% está invertido en acciones. La encuesta sugiere que una de las principales razones para ello es el desconocimiento que tienen los inversionistas del mercado de valores, además de la falta de capital. Un 37% no invierte en acciones porque no conoce cómo acceder al mercado o porque no sabe que puede acceder al mismo. Por otro lado, la desconfianza es otro factor que

entorpece el acceso al mercado de capitales, ya que un 28% no compra acciones porque considera que esta compra implica mucho riesgo o porque piensa que experiencias tipo CLAE pueden surgir. Es importante señalar, además, que un 9% manifestó que no compra acciones porque no tiene tiempo para dedicarlo al seguimiento de las acciones.

Esto exige un mayor grado de control del mercado por parte de CONASEV. La CONASEV tiene algunas atribuciones legales diseñadas fundamentalmente para prevenir a las sociedades administradoras de un comportamiento oportunista. Por ejemplo, la regulación contempla la posibilidad de que CONASEV intervenga un fondo mutuo y declare su reorganización e, incluso, su extinción, en caso de que exista alto riesgo de daño a los inversionistas.⁸⁶

Sin embargo, tales facultades no parecen tener un efecto disuasivo importante sobre los agentes, a pesar del riesgo que conllevan. Los agentes no perciben una dedicación del órgano regulador para descubrir y sancionar drásticamente estas prácticas. Polinsky⁸⁷ muestra que los efectos preventivos de una norma legal dependen positivamente tanto de la magnitud de la sanción como de la probabilidad de detección y/o captura. El nivel eficiente de prevención⁸⁸ requiere una combinación de estos dos factores que iguale el costo esperado de la actividad dañosa para el causante, con los daños causados a otros. Si el sistema de control de estas actividades no es óptimo, la probabilidad de captura es baja y el costo enfrentado por el causante al momento de tomar la decisión sobre si realizar o no la acción dañosa, será menor al daño causado. Por lo tanto, parte de los costos que genera su acción será externalizada y la tasa de violación de las leyes será mayor al óptimo social.

El mercado de capitales peruano parece ser un claro ejemplo de esto: en los últimos años ha habido quiebras irregulares de instituciones financieras, cuyos causantes no han sido procesados y, peor aún, los inversionistas o ahorristas nunca recibieron la devolución de su dinero. El efecto de este problema es una disminución de la confianza en las instituciones financieras y, consecuentemente, una disminución de la *ratio* de intermediación financiera en el país.

⁸⁶ Ver artículo 51 de la Resolución CONASEV 543-92-EF/94.10

⁸⁷ Ver POLINSKY, Mitchell. "Introduction to Law and Economics". Cap.10. Little, Brown De. 1989.

⁸⁸ El nivel eficiente de prevención del sistema legal es aquel en el cual, al menor costo posible, disuade a los agentes cuya valoración de una actividad dañosa es menor que el daño que dichas actividades causan a otros, de realizarlas, y permite realizarlas a aquellos cuya valoración es mayor. Ver POLINSKY, M. Op.cit.

La falta de un mecanismo de regulación confiable y rápido aumenta las ganancias del oportunismo, reduciendo el número de transacciones beneficiosas entre los agentes y, por lo tanto, el bienestar social.

4.3. Reglas para Facilitar la Libertad de Contratación

Las actividades de monitoreo y las reglas de información serían inútiles si los inversionistas no reasignaran sus inversiones en función de nueva información disponible. En este sentido, la reducción de los costos de contratación permite una mayor eficiencia en el uso de los recursos, al favorecer una mayor movilidad de las inversiones.⁸⁹ Sin embargo, la actual estructura de remuneraciones de las sociedades administradoras de fondos mutuos incluye una comisión por el rescate de las participaciones y otra por la incorporación a un fondo mutuo, lo que funciona, en la práctica, como una barrera a la salida de los inversionistas, encareciendo el proceso de reasignación de recursos. Esto puede actuar como un desincentivo a los inversionistas para invertir su dinero en bolsa a través de un fondo colectivo. Particularmente, comparado con la alternativa bancaria, en la que no se cobra nada por abrir

una cuenta de ahorros.⁹⁰ La eliminación de estas comisiones podría permitir un desarrollo más fluido del sistema.

5. CONCLUSION FINAL

Si bien es cierto que los fondos mutuos ofrecen grandes beneficios para las partes, y para el desarrollo del mercado de capitales en general, estimamos que la propia estructura organizativa del fondo presenta ciertas características que pueden incidir negativamente en el comportamiento de las sociedades administradoras y, por ende, afectar la confianza que es necesaria para que el público decida invertir masivamente a través de este mecanismo. Este problema es particularmente severo en un mercado como el peruano, que ha sufrido diversas experiencias negativas que han mermado significativamente la confianza de los inversionistas en el sistema financiero y bursátil, y donde todavía no existe una cultura financiera consolidada. Por ello, resulta indispensable que la autoridad regulatoria del mercado tome acciones muy claras para prevenir y/o sancionar conductas irregulares, de modo que aquéllos que incumplan sus obligaciones internalicen correctamente el costo que ello implica para la sociedad.

⁸⁹ Barreras a la salida de la transacción incrementan el costo de reasignación, reduciendo el beneficio neto de reasignar los recursos.

⁹⁰ Asimismo, la sociedad administradora cobra también una comisión por custodia de valores, en una entidad bancaria económicamente vinculada, adicionalmente a la comisión por administración del fondo propiamente dicha.

LINEAMIENTOS GENERALES PARA EL ANALISIS DEL DUMPING Y SU EFECTO EN LA PRODUCCION NACIONAL¹

Carlos Carrillo
Licenciado en Economía
Universidad del Pacífico
Secretario Técnico de la Comisión de Fiscalización
de Dumping y Subsidios del Indecopi

Dentro de un proceso de globalización de la economía, en el cual las transacciones comerciales interestatales se incrementan cada vez más, el tema del dumping y su impacto en la producción nacional no podía dejar de tratarse en el Perú. Así, la labor de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del Indecopi de vigilar y controlar esta actividad, ha cobrado gran importancia en nuestro medio. En este sentido, en el presente artículo, el autor resalta la metodología propuesta por la Organización Mundial de Comercio para analizar la configuración y efectos de las prácticas de dumping. El mensaje es claro, mientras más riguroso sea el procedimiento de determinación de la existencia de una práctica de dumping y de sus efectos sobre la producción nacional, permitirá no sólo garantizar la competencia leal en el mercado, protegiendo así a la producción nacional de los perjuicios que dichas prácticas le causarían, sino que se podrá proteger los intereses de los consumidores con mayor efectividad.

I. INTRODUCCION

El presente artículo tiene como finalidad realizar un repaso de los principales conceptos en torno a la práctica de dumping, teniendo en cuenta los lineamientos establecidos por el Acuerdo de Medidas Antidumping de la Organización Mundial de Comercio.

La normativa supranacional sobre dumping y subvenciones que rige a partir del 1ro. de enero de 1995 está constituida por el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Medidas Antidumping) y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, los mismos que se encuentran comprendidos en el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) y los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acta Final de la Ronda Uruguay². Asimismo, también se encuentra vigente la normativa nacional que está constituida por el Decreto Supremo 133-91-EF del 12 de junio de 1991 y el Decreto Supremo 051-92-EF, del 15 de marzo de 1992, siendo la autoridad nacional encargada de vigilar el cumplimiento de las normas supranacionales y nacionales mencionadas, la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI.

¹ Los comentarios u opiniones vertidos en el presente artículo son de carácter personal y no deben interpretarse como lineamientos establecidos por la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI.

² Los Acuerdos de la OMC fueron suscritos en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994. El Congreso de la República Peruana los ratificó mediante la Resolución Legislativa 26407, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 18 de diciembre de 1994.

Si bien el tema a tratar será el de las prácticas de dumping, es necesario establecer las principales diferencias que existen entre las prácticas de dumping y las de subvenciones:

- a. El dumping es una práctica de discriminación de precios. Es el caso de un productor extranjero que coloca precios diferentes en el mercado interno y en el mercado de exportación siendo el precio interno necesariamente mayor al de exportación.

En cambio, la subvención existe cuando un gobierno o cualquier organismo público realiza una transferencia directa de fondos, condona o no recauda ingresos públicos, proporciona bienes o servicios que no son de infraestructura general, compra bienes a un precio mayor al de mercado o, si existe alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios. Además, la subvención implica que se otorgue un beneficio y debe cumplir con el requisito de "especificidad", es decir, debe favorecer a una empresa o rama de producción o grupo de empresas o ramas de producción.

Por lo tanto, el dumping consiste en una práctica empresarial, mientras que la subvención es una práctica gubernamental.

- b. Cuando se trata de prácticas de dumping, la Comisión de Fiscalización aplica derechos antidumping a cada uno de los exportadores extranjeros, razón por la cual no se afecta necesariamente la totalidad de importaciones procedentes del país de origen, afectando sólo a las importaciones denunciadas.

En cambio, en el caso de subvenciones, se aplicaría un derecho compensatorio a la totalidad de importaciones de la partida arancelaria correspondiente.

A continuación, se detallan los principales pasos y conceptos a tener en cuenta en la determinación del "margen dumping" y del impacto de las importaciones objeto de dumping en la producción nacional.

II. DUMPING

El término "dumping" se encuentra asociado a las prácticas comerciales consistentes en una discrimi-

nación de precios, que realiza un productor extranjero, entre el mercado interno y el mercado de exportación.

De acuerdo con la legislación nacional y supranacional vigente, se considera que una importación se efectúa a precio de dumping, cuando el precio de exportación del producto del país de origen es menor al valor normal, en operaciones comerciales normales, de ese mismo bien o de un producto similar destinado al consumo en dicho país.

La diferencia que existe entre el valor normal y el precio de exportación se conoce como "margen dumping"³. Para el cálculo del margen dumping, se llevan a cabo los siguientes pasos:

2.1 Determinación del precio de exportación

El precio de exportación es el precio efectivamente pagado, o por pagarse, para la exportación del producto. Generalmente, se considera el precio FOB como el precio de exportación, salvo cuando exista una vinculación o arreglo compensatorio entre el exportador y el importador. En este último caso, el precio de exportación se "reconstruye" tomando como referencia el precio pagado por el primer comprador independiente.

2.2 Determinación del valor normal

El valor normal es aquel realmente pagado, o por pagar, por un producto igual o similar al producto exportado, para su consumo en el mercado interno del país de origen, en operaciones comerciales normales. En consecuencia, la base para el valor normal es el precio neto de venta en el país de origen del exportador. Sin embargo, dependiendo de ciertas circunstancias, el precio interno no se considera y se adopta una base alternativa para el valor normal. En general, las circunstancias que llevarían a la Comisión a no tomar en cuenta el precio interno como base para el valor normal, son las siguientes:

1. No hay ventas de productos similares en el mercado interno del país de origen. Según el Acuerdo de Medidas Antidumping de la OMC, se entiende como "producto similar" aquel producto que sea idéntico al producto objeto de investigación. Cualquier diferencia física no permitiría una comparación adecuada⁴.

³ La determinación del margen dumping se basa en un análisis de las transacciones de venta durante el período de investigación. Tanto en el caso peruano como en el mexicano, el período de investigación es de seis meses, mientras que en el caso de la Comunidad Económica Europea dicho período llega a un año.

⁴ Sólo en el caso que no exista dicho producto idéntico se podrá tomar en cuenta otro producto que tenga características muy parecidas.

2. El volumen de ventas del producto similar en el mercado interno del país de origen es insignificante y no permite una comparación adecuada. El Acuerdo de Medidas Antidumping de la OMC establece que, normalmente⁵, se considerará un volumen de ventas insignificante, aquél que represente menos del 5% de las ventas realizadas al país importador.

3. Las ventas del producto similar en el mercado interno del país de origen no se realizaron en operaciones comerciales normales. Esta situación supone los siguientes casos:

- a. Ventas realizadas a precios menores a los costos unitarios de producción (fijos y variables) más los gastos administrativos de venta y de carácter general. Según el Acuerdo de Medidas Antidumping de la OMC, estas ventas deben haberse efectuado en un período prolongado de tiempo y en cantidades sustanciales. El período prolongado de tiempo está referido al período de investigación, pues el Acuerdo establece que dicho período será normalmente de un año y nunca menor de seis meses. En cuanto a la segunda condición, el Acuerdo establece que las ventas efectuadas a pérdida se considerarán realizadas en cantidades sustanciales, si representan más del 20% del volumen vendido para el período de investigación.
- b. Ventas realizadas entre partes vinculadas (matriz-filial).
- c. Ventas realizadas entre partes que tienen un arreglo compensatorio.

Si, por cualquiera de las razones mencionadas anteriormente, no se considera el precio interno como base para la determinación del valor normal, la normativa vigente prevé las siguientes medidas alternativas:

2.2.1 Precio de exportación a un tercer país

La primera alternativa consiste en utilizar los precios de exportación a terceros países. Sin embargo,

dichos precios también están sujetos a las mismas pruebas de validez aplicables a los precios internos. Por lo tanto, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- a. Las exportaciones hacia el tercer país seleccionado se realizaron en operaciones comerciales normales.
- b. El volumen de las exportaciones hacia el tercer país seleccionado es representativa del total de exportaciones.
- c. Las exportaciones hacia el tercer país seleccionado no se realizaron a pérdida.

2.2.2 Valor reconstruido

De no cumplirse las condiciones establecidas para el precio de exportación a terceros países, se utilizará la segunda alternativa: "el valor reconstruido". El valor reconstruido consiste, básicamente, en la suma de los costos de producción (directos e indirectos), los gastos generales (administración, ventas, financieros), y una utilidad razonable. El uso de esta alternativa conduciría a asuntos contenciosos debido a que concede a la Comisión una total discrecionalidad para la estimación del costo de producción, la asignación de los gastos generales y la determinación de la utilidad razonable⁶.

2.2.3 El caso de las economías centralmente planificadas

Finalmente, es necesario mencionar la base que se utiliza para el valor normal cuando se trata de países con economía centralmente planificada. En este caso, el valor normal se obtiene en base al precio comparable en el curso de operaciones normales al que se vende un producto igual o similar en un tercer país con grado de desarrollo similar, para su utilización o consumo interno⁷. De no existir dicho precio comparable, el valor normal se calcula sobre una base razonable que determine la Comisión⁸.

Para que la selección del tercer país no implique desventajas para el productor o exportador del país

⁵ La expresión "normalmente" permite cierta discrecionalidad a la Comisión para utilizar o no el precio de venta en el mercado interno del país de origen. Si se trata de un país básicamente exportador, el precio interno no permitiría una comparación adecuada aunque cumpla el requisito del 5%.

⁶ Un ejemplo de la discrecionalidad se encuentra en la ley norteamericana que establece que los gastos generales deben representar como mínimo el 10% del costo de producción más los gastos generales. Asimismo, también se establece que la utilidad del mercado interno del exportador debe representar como mínimo el 8% del costo de producción más los gastos generales.

⁷ Inciso d) del Artículo 5 del Decreto Supremo 133-91-EF.

⁸ Si bien el inciso d) del Artículo 5 del Decreto Supremo 133-91-EF menciona al Ministerio de Economía, posteriormente el artículo 3 del Decreto Ley 25629 de fecha 22 de julio de 1992, estableció que "la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios, creada por el artículo 11 del Decreto Supremo 133-91-EF, conocerá y resolverá como última instancia administrativa los procedimientos para la determinación de importaciones con precios de dumping y subsidios."

de origen, la Comisión deberá tener en cuenta, entre otros criterios, los procesos de producción en el país con economía de libre mercado y el país con economía centralmente planificada, las escalas de producción, y la calidad de los productos.

El primer caso de países con economía centralmente planificada resuelto por la Comisión, fue el presentado por el Comité Textil de la Sociedad Nacional de Industrias, para la aplicación de derechos antidumping a las importaciones de diversos tejidos procedentes de la República Popular China. Primero, la Comisión determinó que la economía de la República Popular China mantiene una serie de distorsiones que no permiten considerarla una economía de libre mercado. Segundo, se estableció una base razonable dado que no existía el precio comparable al que alude la normatividad vigente. Dicha base razonable consistió en utilizar el promedio de los precios de importación de los países integrantes del Pacto Andino como valor normal⁹.

2.3 Comparación del precio de exportación con el valor normal

El tercer paso para la determinación del margen dumping consiste en la comparación del precio de exportación con el valor normal. Sin embargo, con la finalidad de realizar una comparación razonable, deben hacerse ajustes específicos a ambos precios, de tal manera que reflejen condiciones comparables¹⁰. La necesidad de estos ajustes se debe a que los precios de los productos respectivos se encuentran afectados por diferencias en la comercialización y en las características físicas. En general, los ajustes al precio se pueden clasificar en las siguientes categorías:

1. Ajustes por diferencias físicas.
2. Ajustes por cargas en la importación y los impuestos indirectos.
3. Ajustes por las diferencias en las condiciones y términos de venta en los mercados de exportación e interno. Estos ajustes pueden ser categorizados, en general, como diferencias en el nivel de

comercio, en las cantidades de ventas, en transporte de productos y por los gastos directos de venta (crédito, seguro, publicidad directa y promoción de ventas, almacenamiento, comisiones).

Asimismo, el valor normal debe ser convertido a la misma unidad monetaria del precio de exportación. Para ello, cada transacción de venta y el ajuste correspondiente se convertirá utilizando el tipo de cambio vigente en la fecha de la venta.

2.4 Cálculo del margen dumping

El paso final es el cálculo del margen dumping (cantidad por la cual el valor normal excede al precio de exportación de todas las transacciones realizadas durante el período de investigación).

El Acuerdo de Medidas Antidumping de la OMC establece que el cálculo se puede realizar, ya sea mediante la comparación entre un promedio ponderado del valor normal y del precio de exportación, o mediante la comparación entre el valor normal y el precio de exportación transacción por transacción.

Asimismo, el Acuerdo también establece que se podrá comparar el promedio ponderado del valor normal con los precios de exportación individuales. Al realizar dicha comparación, se obtienen márgenes dumping por cada operación, los cuales pueden ser menores, iguales o mayores a cero. Teniendo en cuenta que la definición de dumping establece que **"el valor normal es mayor al precio de exportación"**, se elimina de la muestra aquellos márgenes dumping menores a cero, para luego calcular un precio de exportación promedio ponderado y obtener el margen dumping definitivo. Sin embargo, para utilizar este método, la Comisión debe comprobar que existe un grado significativo de variabilidad en los precios de exportación.

Para ofrecer un ejemplo del cálculo del margen dumping, se ha seleccionado la solicitud presentada por el Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias, para la aplicación de derechos antidumping a las importaciones de harina de

⁹ Mediante Resolución No. 005-95-INDECOPI/CDS, publicada los días 01 y 02 de agosto de 1995 en el Diario Oficial "El Peruano", la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI aplicó derechos antidumping definitivos a las importaciones de tejidos de algodón y tejidos mixtos, originarias y/o procedentes de la República Popular China.

¹⁰ Los ajustes son determinantes en la evaluación de la existencia de margen dumping. En el caso presentado por el Comité de Fabricantes de Aceites y Derivados de la Sociedad Nacional de Industrias, para la aplicación de derechos antidumping a las importaciones de aceite vegetal envasado de soya procedente de Bolivia, los ajustes realizados determinaron que no existía dumping y la Comisión declaró infundada la solicitud presentada (Resolución No. 004-95-INDECOPI/CDS, publicada los días 15 y 16 de julio de 1995 en el Diario Oficial "El Peruano").

trigo procedentes de Argentina, fabricada y exportada por la empresa Molinos Río de la Plata S.A.¹¹.

El Comité presenta como pruebas de la existencia de una práctica de dumping lo siguiente:

- 1) Precio FOB de la harina de trigo de US\$/TM 190.00
- 2) Factura de venta en el mercado argentino de esa misma harina por un precio de US\$/TM 290.

Se advierte que existe una diferencia entre el precio al cual exporta la empresa argentina la harina de trigo al Perú y el valor normal o precio de venta interno de ese mismo producto en el mercado argentino. Esa diferencia representa una diferencia porcentual de 52.63%.

Ahora bien, la Comisión, para calcular el **precio de exportación**, realizó los siguientes ajustes al precio FOB: flete de la fábrica al puerto, gastos de estibaje, gastos por administración general de puertos, gastos por despacho de aduana, costo del envase de polipropileno, y se agregó el reintegro de impuestos internos. Dicho conceptos fueron debidamente acreditados por la empresa argentina Molinos Río de la Plata S.A. El precio de exportación calculado para la harina de trigo argentina fue de US\$/TM 174.49.

Para el cálculo del **valor normal**, se ajustó el precio ex-fábrica de la harina de trigo en Argentina por los siguientes conceptos: descuentos, impuestos sobre las ventas, costo del envase de papel y los gastos de publicidad y distribución en el mercado interno. El valor normal calculado para la harina de trigo argentina fue de US\$ 199.73 por TM.

La diferencia entre el valor normal y el precio de exportación es de US\$ 25.24, la cual representa un margen dumping de 14.47% en las exportaciones de harina de trigo de Molinos Río de la Plata.

III. DAÑO, AMENAZA DE DAÑO Y RELACION CAUSAL

Si bien la idea que subyace detrás de la aplicación de las medidas antidumping es que dichas medidas son necesarias para la defensa de los productores nacionales contra la competencia desleal en el comercio internacional, actualmente, el uso de ta-

les medidas ha causado controversia, pues, son percibidas por ciertos sectores como una nueva forma de **proteccionismo**. Por lo tanto, para evitar que la aplicación de medidas antidumping sea utilizada con fines o resultados puramente proteccionistas, es necesario que la Comisión evalúe los efectos del dumping a través de una rigurosa prueba del daño o amenaza de daño a la producción nacional:

3.1 Determinación del daño

El Acuerdo de Medidas Antidumping establece que se considera daño a la producción nacional o retraso sensible a la creación de una producción nacional:

A. El aumento considerable de las importaciones objeto de dumping, en términos absolutos (incremento porcentual), en relación al total de importaciones (participación porcentual), o en relación con la producción o el consumo del Perú (incidencia de las importaciones con respecto a la producción o al consumo).

El Acuerdo de Medidas Antidumping de la OMC establece que es insignificante el volumen de las importaciones objeto de dumping cuando dichas importaciones representen menos del 3 por ciento del total de importaciones. Sin embargo, si individualmente las importaciones objeto de dumping de varios países representan menos del 3 por ciento, el Acuerdo permite que se considere el conjunto de las importaciones de dichos países, el mismo que será insignificante si representa menos del 7 por ciento del total de importaciones.

B. La venta del producto importado, objeto de dumping, a un precio considerablemente inferior al de un producto similar del Perú, o bien si dichas importaciones tienen como efecto reducir los precios, o impiden de manera considerable el aumento de precios que en otro caso se hubiese producido.

C. Los efectos negativos en los siguientes factores: la producción y las ventas, la participación en el mercado, los beneficios, la productividad, en el rendimiento de las inversiones, la utilización de la capacidad instalada, el flujo de caja, los indicadores financieros, las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión.

¹¹ Mediante Resolución No. 006-94-INDECOPI/CDS, publicada los días 21 y 22 de junio de 1994 en el Diario Oficial "El Peruano", la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI declaró infundada la solicitud del Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias para la aplicación de derechos antidumping a las importaciones de harina de trigo, procedentes de Argentina.

Continuando con el caso de la harina de trigo argentina, la Comisión determinó que, a pesar de haberse encontrado un margen dumping en las exportaciones al Perú de harina de trigo realizadas por la empresa argentina Molinos Río de la Plata S.A., no se evidenciaba ni el daño ni la supuesta amenaza de daño a la producción nacional de harina de trigo causado por dichas exportaciones. Esto se amparó en los siguientes criterios:

1. La incidencia de las importaciones de harina de trigo procedentes de Argentina, con respecto a la producción y ventas nacionales, no fueron significativas durante el período investigado.
2. La producción y ventas nacionales de harina de trigo se incrementaron durante el período investigado.
3. La disminución del precio nacional de harina de trigo se explica principalmente por la evolución de las cotizaciones internacionales del trigo, el cual es su insumo principal.
4. No se evidencia la supuesta amenaza de daño debido a que las importaciones de harina de trigo procedentes de Argentina perdieron importancia con relación a las importaciones procedentes de otros países proveedores de harina de trigo durante los años 1992 y 1993. Además, la incidencia de dichas importaciones argentinas se redujo sustancialmente durante el período señalado.

Cabe resaltar que existe una diferencia entre margen dumping y derecho antidumping, como se deduce del caso expuesto de la harina de trigo argentina: el margen dumping fue de 14.47%, sin embargo el derecho antidumping fue 0.00%. Ello se debe a que en la etapa de análisis del daño se determina el nivel de derecho antidumping que neutraliza dicho daño. Por lo tanto, **el derecho antidumping no es necesariamente igual al margen de dumping calculado.**

El derecho antidumping será igual a 0 cuando no existe daño, mientras que si las importaciones a precios de dumping explican la totalidad del daño a la producción nacional, dicho derecho sería igual al margen dumping calculado inicialmente. La normativa vigente establece que en ningún caso el derecho antidumping será mayor al margen dumping calculado.

3.2 Determinación de la relación causal

Es importante señalar que necesariamente se debe comprobar que la práctica de dumping tiene una

relación causal con el daño o amenaza de daño alegados por el productor nacional solicitante de derechos antidumping. Es por ello que el Acuerdo de Medidas Antidumping de la OMC establece que la Comisión debe analizar cualquier otro factor, distinto a las importaciones objeto de dumping, que también esté ocasionando daño a la rama de la producción nacional. Entre los factores que pueden ser pertinentes, el Acuerdo menciona los siguientes: volumen y precios de las importaciones que no son objeto de dumping o subvenciones, contracción de la demanda o variaciones de la estructura de consumo, prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales, la evolución de la tecnología y los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la rama de la producción nacional. Dado que el daño ocasionado por dichos factores adicionales no se atribuye a las importaciones objeto de dumping, la determinación del daño a la producción nacional supone un reto metodológico para la Comisión, que debe realizar la interacción de todos los factores que influyen simultáneamente en el desempeño de una rama de la producción nacional.

En consecuencia, el análisis de los factores que también estarían perjudicando a determinada rama de la producción nacional, permite establecer derechos antidumping o compensatorios que, si bien son menores a los obtenidos de la evaluación inicial de la discriminación de precios, neutralizarían el daño o amenaza de daño alegados. Esto se conoce como la "*lesser duty rule*" y evita que la Comisión sobre-estime la cuantía de los derechos antidumping que se apliquen, los mismos que varían dependiendo del nivel de daño evidenciado a la producción nacional.

En el caso de la harina de trigo argentina era fácil determinar que si no se comprueba daño, el derecho antidumping debería ser igual a cero. Sin embargo, ¿cómo determinar un derecho antidumping menor al margen calculado cuando existe una determinación de daño a la producción nacional? Una forma de determinar el derecho antidumping que neutraliza el daño a la producción nacional es establecer un precio internacional que sirva como referencia para evaluar la situación de los precios de la producción nacional en ausencia del dumping. Siguiendo dicha metodología, las pautas generales para la aplicación de un derecho inferior al margen serían las siguientes:

- a. Si el precio internacional es igual al valor normal, se aplicará un derecho antidumping igual al margen.

- b. Si el precio internacional se ubica entre el valor normal y precio de exportación, se aplicará un derecho antidumping igual a la diferencia entre el precio de exportación y el precio internacional.
- c. Si el precio internacional es igual al precio de exportación, entonces el dumping no ocasionaría daño, pues la producción nacional enfrenta un nivel de precios con el cual competiría de todas maneras.
- b. Una capacidad libremente disponible del exportador que indique la probabilidad de un aumento sustancial de las mismas.
- c. Una sensible repercusión de las importaciones en los precios internos, de modo que causen una disminución de los mismos o impidan su incremento, y, probablemente, impliquen un aumento en la demanda de nuevas importaciones.
- d. Las existencias del producto objeto de la investigación.

Sin embargo, la metodología del precio internacional tiene como limitación la dificultad de determinar el precio internacional relevante. En el caso de "*commodities*", es relativamente sencillo el cálculo del precio internacional puesto que pueden tomarse las cotizaciones en bolsas internacionales. Pero, cuando se trata de otro tipo de productos, la falta de definición de un precio internacional representa uno de los mayores obstáculos para la aplicación de la "*lesser duty rule*". No obstante, en esos casos se puede definir un precio internacional a partir de un precio promedio de exportación de los países que no se encuentran incluidos en la investigación por prácticas de dumping.

Finalmente, si bien el Acuerdo de Medidas Antidumping de la OMC no menciona el efecto que puedan tener los derechos antidumping en el bienestar del consumidor, la Comisión debe considerar que si los productos objeto de investigación constituyen una proporción importante del gasto del consumidor, el excedente del consumidor se verá afectado seriamente por la determinación que se tome con respecto al daño a la producción nacional.

3.3 Determinación de la amenaza de daño

Para determinar la amenaza de daño es importante que ésta esté sustentada en base a hechos y no simplemente a conjeturas o posibilidades remotas alegadas por el productor nacional. Por ello, el Acuerdo de Medidas Antidumping de la OMC establece que para la determinación de la existencia de la amenaza de daño a la producción nacional, la Comisión deberá tomar en cuenta los siguientes factores:

- a. Un incremento significativo de las importaciones objeto de dumping o subvencionadas en el mercado interno, que indique la probabilidad de un aumento sustancial de las mismas.

Dado que incluso en el caso de amenaza de daño se debe tomar en cuenta a las importaciones objeto de dumping efectuadas en el período de investigación, un factor esencial para la determinación de la amenaza de daño sería definir "**cuándo**" se considera que una importación se ha realizado. Existen dos posiciones al respecto: la primera establece que sólo se debe considerar que una importación se ha realizado cuando ingresa físicamente al territorio del país importador. La segunda considera que una importación se ha realizado aún cuando no se haya dado el ingreso físico de los bienes, pero existe un precio pactado y un contrato de venta irrevocable entre exportador e importador. Esta segunda posición fue la que la Comisión adoptó en el caso de las importaciones de medidores de agua de chorro múltiple, procedentes de la República Popular China. En el caso mencionado, el productor nacional alegó la existencia de una amenaza de daño basada en el otorgamiento de la Buena Pro a una empresa china¹².

IV. CONCLUSION

Si bien la normativa vigente en materia de dumping tiene como finalidad proteger a la producción nacional de dichas prácticas, existen pasos y requisitos tanto para la determinación del margen dumping, así como para la determinación del daño, o amenaza de daño, que ocasionan las importaciones objeto de dumping a la producción nacional; que buscan evitar que la aplicación de medidas antidumping tenga fines proteccionistas. En la medida que se establezca con rigurosidad el margen dumping, el daño o amenaza de daño y la relación causal, se garantiza no sólo la competencia leal en el mercado, sino que se minimiza cualquier disminución en el bienestar de los consumidores que tales medidas puedan ocasionar.

¹² Mediante Resolución No. 006-95-INDECOPI/CDS, publicada los días 23 y 24 de noviembre de 1995 en el Diario Oficial "El Peruano", la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI aplicó derechos antidumping definitivos a las importaciones, originarias y/o procedentes de la República Popular China, de medidores de agua de chorro múltiple.

NOTARIA SOBREVILLA

Igor Sobrevilla Donayre

NOTARIO

Av. Benavides 3680 Of. 202, Chama - Santiago de Surco

☎ 449-6540/438-4018/271-0851 Fax: 438-4198

Genoveva Cragg Campos
NOTARIO DE LIMA

Horario de Atención:

Lunes a Viernes

8:00 a.m. - 1:30 p.m.

2:30 p.m. - 6:00 p.m.

Sábados

9:00 a.m. - 1:00 p.m.

Huaylas 1012 - Chorrillos Teléfonos: 467-4247 467-4287 Telefax: 468-2720

ENTREVISTA A DIEGO GARCIA SAYAN:* PACIFICACION E INVERSION PRIVADA

Siempre se ha señalado -con acierto, sin duda- que una de las razones que impedía el despegue económico peruano, era la violencia que prácticamente reinaba en todo el territorio nacional, al punto de convertirse en parte de nuestra vida cotidiana. El proceso de pacificación llevado adelante por el gobierno parece haber revertido esa situación, en vista de que ahora se observa un mayor grado de inversiones en nuestro medio. Sin embargo esa apariencia que observamos de primera impresión esconde serias ineficiencias en la consecución del objetivo de pacificar definitivamente al Perú. Así lo observa el doctor Diego García Sayán, quien es sin duda una de las voces más autorizadas en esta materia, al hacernos ver en la presente entrevista los que él considera aciertos y desaciertos del proceso de pacificación peruana, en especial a la luz de sus efectos en la inversión privada.

Doctor García Sayán, ante todo, ¿qué debemos entender por pacificación?

La pacificación es un proceso que tiene como objeto la relación al interior de la sociedad y sus instituciones, en condiciones perfectamente adecuadas de equilibrio, posibilidades, control y contrapesos, en otras palabras: de estabilidad y garantías.

El concepto de pacificación y, más precisamente, el concepto de paz no son sinónimos de ausencia de guerra o conflicto. Puede haber una apariencia de pacificación por ausencia de guerras basada en la represión indiscriminada o en la indiferencia temporal de la población frente a la inestabilidad y la falta de garantías pero, al no existir las condiciones objetivas, no está asegurada la perdurabilidad de esa paz aparente. Cuando se han realizado procesos de paz que han abordado solamente los efectos del conflicto y se han quedado en los ceses de fuego o entrega de armas, esos conflictos han resucitado rápidamente porque no se actuó contra las condiciones sociales, económicas y particularmente institucionales que generaron los conflictos.

La pacificación implica por lo menos dos líneas indispensables de acción. En primer lugar, la institucionalización democrática del país, que conlleva al fortalecimiento de las instituciones existentes, a la reforma de otras y al apoyo de instituciones nuevas.

En este sentido, la institucionalización significa compartir el poder y crear contrapesos, significa la posibilidad de que haya varias fuentes de poder formal

* La presente entrevista fue realizada y editada por Marina Lazarte Zababurú y Fernando Molina Rey de Castro, miembros de THEMIS-Revista de Derecho.

y no una sola, lo cual es muy importante como elemento de garantías para todos: para los ciudadanos, para el inversionista nacional y también para el inversionista extranjero.

En segundo lugar, significa actuar sobre las condiciones económicas y sociales del país, no con simples programas asistencialistas de lucha contra la pobreza, sino con un programa nacional de desarrollo. Este debe permitir que todos tengan un sitio en esa estrategia de desarrollo nacional y en el cual el Estado no renuncie a su rol de promover el desarrollo en algunas zonas que, dejadas a la mano invisible del mercado, no tendrán ninguna posibilidad de desarrollo autónomo.

Según el concepto que nos ha dado de pacificación, ¿cree usted que el Perú de hoy es un país pacificado o aún es un caldo de cultivo para la violencia como en años atrás?

Yo no creo que el Perú ni muchos otros países de América Latina sean naciones pacificadas. La pacificación al ser un proceso no es algo que se produce sobre la base de una variación estadística del número de muertos, de bombas o de atentados, aunque si fuera así, tampoco estaríamos pacificados porque la violencia continúa en el Perú aunque en niveles muchos más bajos que hace cuatro años.

El Perú me parece que es caldo de cultivo de violencia y una bomba de tiempo. No porque haya una relación mecánica directa e inmediata entre pobreza, desempleo y violencia política, sino porque aquellas son condiciones objetivas que facilitan que esa violencia en determinadas condiciones se pueda producir o acelerar. En el Perú hay varios temas que están abandonados y que tienen una relación completamente contradictoria con la pacificación anhelada por todos.

Por un lado, el reducido desarrollo del sector rural serrano. La sierra ha sido abandonada a su suerte y a la mano invisible del mercado. Las condiciones en las que se encuentra la calidad de la tierra y el sistema de comercialización imperante hacen que sea absolutamente impensable que con la sola mano invisible del mercado y sin una actividad de promoción por parte del Estado se pueda producir un desarrollo rural mínimo. Actividades de promoción por parte del Estado se han producido en condiciones mucho menos desventajosas en Japón, en Corea del Sur y en las demás potencias asiáticas, tan admiradas en otros planos. Mantener a la gente en el campo gracias al aumento de la producción y de la productividad llevó a que países como Indonesia pudieran ser ampliamente abastecidos de arroz, lo cual representa un logro importante.

En segundo lugar, un tema que incluso ha sido obviado en los últimos tiempos es el referido a la distribución del ingreso en el Perú. Hay una especie de obsesión por aumentar la presión tributaria para llegar a ciertos indicadores fijados por organismos internacionales como el Fondo Monetario, pero no para hacer de la tributación una herramienta para la redistribución del ingreso. Sobre eso nadie dice nada y nadie plantea nada en un país que ha llegado a ser junto con Honduras - de acuerdo a un informe del Banco Mundial que se publicó en julio de 1995 - el país de América Latina con la distribución de ingresos más desigual. Situación que se torna más alarmante si tenemos en cuenta que, de acuerdo a lo que dice el propio Banco Mundial, América Latina es la región del mundo con la más desigual distribución del ingreso.

De manera que, en nuestro país se combinan el atraso y el abandono rural con una migración del campo a la ciudad que no se ha detenido al disminuir la violencia, porque en lo esencial obedece a condiciones económicas y sociales alarmantes: atraso en el campo, desempleo masivo y subempleo en la ciudad, que producen a su vez falta de servicios, ambulantes, etc. De otro lado, se presenta en el Perú una distribución inequitativa del ingreso. Esto obliga, ciertamente, no a la búsqueda de fórmulas igualitaristas, pero sí exige abordar el problema sin restarle importancia y sin pensar que se pueda solucionar fácilmente con alguna ley tributaria. Si esas condiciones no se atacan de manera más seria yo creo que hablar de pacificación es todavía una esperanza más que una realidad.

En nuestra Constitución política se ha proclamado una economía de mercado y ésta requiere para que sea tal, la existencia de un Estado en capacidad de regular, de supervisar y también en capacidad de promover determinados tipos de actividades; muy lejano, por cierto, de aquel Estado que asume para sí ciertas actividades de producción o de comercialización. Es necesario un Estado en el que se tenga presente que en un país tan heterogéneo a nivel social y a nivel geográfico como el Perú no se pueden aplicar las mismas reglas económicas y tributarias. Al parecer el Perú ha renunciado a imaginar propuestas por ceñirse a ciertos parámetros ortodoxos que vienen de los organismos internacionales, lo cual resulta sumamente inconveniente.

¿Considera que la pacificación dentro de un país es un factor determinante para el crecimiento de la inversión privada, extranjera o nacional?

La pacificación entendida de la manera explicada, es si no determinante, por lo menos muy importan-

te; implica, entre otras cosas, condiciones institucionales estables, garantías para la población y también condiciones de garantía para los inversionistas -nacionales y extranjeros-. De esta manera, es un ingrediente importante para la previsibilidad, que es significativa no solamente como componente de las garantías jurídicas en general, sino en particular, de las garantías que demandan los inversionistas para que su inversión simplemente no se desvanezca por medidas de cualquier naturaleza.

Quisiera anotar, sin embargo, que no es raro que en condiciones de intenso conflicto se pueda producir un fenómeno aparentemente contradictorio de inversiones importantes y sostenidas, en particular, en el sector primario: hay ejemplos de esto en el sector petrolero en muchísimas regiones del mundo. El caso más paradójico y contradictorio está en Colombia, en donde la inversión petrolera es importante a pesar de que ha sido materia de ataques sistemáticos de algunos de los grupos guerrilleros durante los últimos años, algunos de los cuales - como el llamado Ejército de Liberación Nacional (ELN) - se han casi especializado en bombardear y destruir periódicamente el oleoducto de una de las grandes empresas petroleras, en caso ésta dejara de pagar algunos de los cupos que se le exigen. Esta situación contradictoria de crecimiento de las inversiones en un ambiente inestable se explica porque el factor riesgo que, en el caso de Colombia ha sido y sigue siendo sumamente grande en materia de inseguridad, se compensa ampliamente por las expectativas de generación de ingresos del negocio. En Colombia, a pesar de sus 30,000 asesinatos está a punto de ponerse plenamente en explotación uno de los yacimientos petroleros más grandes de América Latina, competitivo con los yacimientos venezolanos, que llevará a este país a ser uno de los principales países exportadores de petróleo en el continente americano.

En consecuencia, no existen reglas absolutas: el factor riesgo se compensa con la rentabilidad del negocio. Es curioso cómo en el Perú, donde ha habido un proceso sino de pacificación completo, al menos de disminución de la violencia política a partir de 1993, no se haya presentado ninguna variación significativa en la inversión petrolera. Esto nos lleva a una situación paradójica: en un país donde la violencia interna no sólo se mantiene sino que se incentiva -Colombia- esta inversión aumenta, mientras que en un país en el que el proceso de pacificación avanza -Perú- tal crecimiento no se ha producido. Resulta difícil encontrar una clara explicación a ello, porque ya no estamos en una fase en la que son el proteccionismo o el rechazo al capital extranjero en el Perú los que podrían explicar tal reacción, sino

más bien, una serie de elementos de contexto que tienen que ver tal vez con el factor riesgo. De pronto, aunque el riesgo sea menor, en el Perú no hay yacimientos petroleros tan grandes como los que se encontraron en Colombia, que justifiquen el riesgo.

La atracción que representan los países como objeto de inversión extranjera resulta ser relativa, pues de lo contrario podríamos constatar una relación directa entre la disminución de la violencia en el Perú y el aumento de la inversión extranjera, lo que no se ha producido.

¿Cuál sería el rol que desempeña la institucionalización en países que no presentan condiciones objetivas de paz, como Perú y Colombia, en relación al incremento de la inversión privada?

Es fundamental, y tal vez una de las explicaciones más importantes del nivel de la inversión privada en un país. En Colombia, país del que escuchamos todos los días noticias terribles sobre hechos violentos existe, sin embargo, un grado de institucionalización relativamente significativo: cuentan con una Corte Constitucional que dicta resoluciones que tienen un gran peso doctrinario, que algunas veces convalidan decisiones del Ejecutivo y el Legislativo y en otras las contradicen, pero que sin excepción son acatadas por todos en el país y por todas las instituciones.

Si bien es cierto que en Colombia el grado de inseguridad de la población frente a la violencia hace que los jueces no sean, en ese sentido, el gran escudo protector para la gente, el grado de previsibilidad y vigencia de las reglas jurídicas e instituciones es, me atrevería a decir, bastante más afianzado que en el Perú.

En el Perú los vaivenes que se han producido, especialmente con el autogolpe del año 1992, generaron una serie de reacciones en el ámbito internacional más que en el nacional; no produjeron más que cierto grado de desconfianza o por lo menos de cautela, en los actores externos. Ciertamente cuando se dan algunos pasos que aparentemente no están conectados a la inversión, pero que significan intromisiones de mano en la institucionalización o en la independencia de los poderes - pese a las reglas que se den a nivel sustantivo - aumenta el grado de cautela de los inversionistas. La Ley Cantuta o la Ley de Amnistía de manera directa no tienen nada que ver con la inversión extranjera pero denotan una mayor presencia del poder político en contra de lo que significa el peso de la autonomía del Poder Judicial. Las normas que se han debatido en los últimos meses sobre cortes de procesos judiciales en

el ámbito agrario expresan lo mismo. Yo no creo que alguna de estas leyes tenga relación directa con la inversión extranjera pero indudablemente no favorecen un clima de confianza.

En consecuencia, en esas condiciones de falta de afianzamiento de las instituciones del Estado, las inversiones se presentarán sólo cuando el factor ingresos y beneficios sea absolutamente espectacular. Esto probablemente esté ocurriendo en el Perú en algunas áreas del sector minero. En nuestra realidad hay muchas complejidades para que estemos en condiciones de establecer una relación mecánica: disminución de violencia y aumento de inversión como probablemente algunos esperaban.

¿Podría sostenerse, como algunos argumentan, que el problema de la falta de inversión de los empresarios nacionales se deba a una falta de confianza en las posibilidades de desarrollo que ofrece el país?

No considero que la reducida inversión privada por los nacionales se deba a un problema de confianza. El problema consiste en una tradición de un tipo de capitalista en el Perú que, salvo algunas excepciones, ha apostado a una lógica rentista, a invertir poco y recibir mucho. No se considera "negocio" en el Perú no recibir el íntegro del capital en el primer año, lo cual no es pensado aplicar en ninguna economía del mundo.

De esta manera se carece de una lógica capitalista que esté de acuerdo a la necesidad actual del país, es decir, que ponga algo más de atención en la inversión productiva. El eje de los negocios en el Perú es comprar barato para vender caro, invertir en la Bolsa de Valores para que suban las acciones o especular. Así tenemos, por ejemplo, que es muy escasa la inversión privada nacional en el sector agrícola de la costa a pesar de que prácticamente ya no hay discusión sobre las leyes que deberían estar vigentes y que las garantías para la inversión en el campo son las mejores que hay en América Latina.

En consecuencia, la inversión productiva en el país es reducida. Frente a esta realidad se ha dado una serie de argumentos basados no sólo en la inseguridad que deriva de la violencia, sino también en razones de índole tributaria, de competitividad y de sobrecostos. Muchos de éstos son atendibles pero no encuentran interlocución.

En el Perú no hay un diálogo abierto con el Gobierno, lo que se explica en parte porque el empresario no actúa colectivamente. Cada empresario

aisladamente o, a lo sumo, cada grupo de empresarios - grupos representativos de una actividad empresarial: los exportadores, los textiles, los cerveceros juntos - defienden sus intereses ante el Estado; sin embargo, existen una serie de problemas comunes que no parecen atinar a formular sucintamente en conjunto. El objetivo no es enfrentarse al gobierno sino establecer un diálogo, una negociación como la que se establece en cualquier país desarrollado y democrático del mundo.

En la experiencia a nivel mundial ningún país ha logrado el desarrollo sobre la base de una ortodoxia sagrada sin considerar a los grupos de presión ni tomar en cuenta sus intereses. La institucionalización que prescinde de esta forma de interlocución y la ruptura del diálogo abierto con los agentes económicos en un país conllevan a la adopción de medidas gubernamentales que pueden considerarse arbitrarias, en las cuales no se distinguen claramente los intereses promocionados ni las razones por las que se adoptan. Todos estos factores afectan el proceso de inversión en general: nacional y extranjera en el país.

En conclusión, no podemos pretender que con algunos logros en pacificación, con algunas reglas jurídicas promotoras de la inversión privada, la inversión extranjera a nivel productivo fluya masivamente cuando el capital nacional se asienta en el sector servicios o en la especulación financiera antes que en la inversión productiva.

Entre las instituciones del Estado se señala al Poder Judicial, por su rol jurisdiccional, como una de las más importantes dentro de un proceso de pacificación. Sin embargo, hay una opinión generalizada en el sentido de que el Poder Judicial no cumplió una función óptima en el proceso y juzgamiento de terroristas. Haciendo un balance de su actividad en este campo ¿cree usted que cumplió a cabalidad con sus funciones? ¿qué medidas serían recomendables para que el Poder Judicial cumpla una función más activa en la pacificación?

Son muchas las críticas que se ha hecho al Poder Judicial en lo que respecta al tema de la lucha contra el terrorismo. A veces se olvida, sin embargo, que hay otros actores del Estado que fueron igual o mucho más inoperantes para hacerlo. La política durante la década de los ochentas en el interior del país, en particular en Ayacucho, trajo como consecuencia miles de muertos y más de dos mil quinientos desaparecidos. El efecto de esas medidas para conseguir un resultado positivo en la lucha contra el terrorismo fue no sólo nulo sino también contraproducente.

te. Por cada muerto o desaparecido habían diez más dispuestos a ser senderistas para vengarlo.

Cuando se pone en marcha una revisión de esta política y se prioriza la inteligencia y la selectividad por encima de las represiones indiscriminadas, de las persecuciones a todo aquel que tenía un libro con tapa roja - como ocurrió hace muchos años en Ayacucho - se empieza a tener algunos resultados. De manera que es injusto que se diga que el Poder Judicial fracasó. Fracasaron todas las instituciones empezando por aquellas que asumieron la función del control del orden público.

Sin que sea una justificación, a veces no se les podía exigir a los jueces emitir una sentencia condenatoria cuando no tenían en sus manos procesados con mínimos elementos de investigación que sustentaran las acusaciones. Además, jueces atemorizados y sin suficiente protección eran también muy vulnerables. Todo aquello, junto con el fracaso de las instituciones de orden público trajo lo que ya sabemos que ocurrió a partir de 1992: una respuesta por fuera del Estado de Derecho, utilizando tribunales militares sin rostro para juzgar a civiles. Hay que reconocer que tuvieron un balance positivo en el resultado final, pero me parece que ha llegado el momento de revisar algunos de los excesos que se cometieron en ese proceso. La cantidad imprecisa de personas inocentes que pudieron haber sido condenadas o que continúan siendo procesadas y la necesidad de volver a un sistema de administración de Justicia normal hacen necesaria una revisión. Se están dando pasos muy positivos en los últimos meses para mejorar la administración de Justicia, lo cual permitiría que poco a poco estas áreas especiales reservadas para tribunales militares pudieran regresar a la justicia ordinaria.

En 1992 en el Perú el terrorismo tenía una fuerte presencia, había gran expansión en el territorio nacional dando lugar a que el cincuenta por ciento del territorio del Estado sea declarado en estado de emergencia, habían regímenes de excepción. Actualmente si bien se dice que ha disminuído la presencia terrorista en el medio, continúa habiendo un tercio del territorio con régimen de excepción, y este se da mayormente en las provincias, que es donde se encuentran en mayor proporción los recursos naturales que son fuente de atracción para la inversión extranjera ¿esta presencia de regímenes de excepción, de comandos políticos militares, fuerzas armadas, garantizaría la seguridad para la inversión o más bien la perjudicaría porque sería visto como una distorsión?

Un estado de excepción que se da en condiciones donde aparente no existen las razones objetivas

para que exista, es una distorsión del ordenamiento institucional normal, que se supone se quiere fortalecer. No digo que hay que levantar el estado de excepción en todo el país pero, mantenerlo geográfica y demográficamente más o menos en la misma proporción que cuando se estaban produciendo centenares de muertes por mes, lo que ya no ocurre, no tiene ninguna sustentación jurídica ni lógica. La situación de normalidad es muy importante porque sólo ella puede permitir que las autoridades constitucionales, los alcaldes, los jueces, los fiscales puedan asumir plenamente sus funciones. Asimismo permite que los distintos problemas que el Perú tiene en materia de seguridad externa puedan ser priorizados por instituciones armadas que sólo en condiciones de excepcionalidad pueden y deben asumir el control del orden interno.

De esta manera, al producirse esta distorsión se debilitan las instituciones civiles y en segundo lugar se debilita la propia institución militar, en la medida que se dispersa su acción. Esto se manifiesta cuando hay una restricción de presupuesto, cuando hay multitud de problemas y cuando quien debe estar supervisando la delimitación de las fronteras y la integridad del territorio nacional tiene que estar haciendo de policía y de juez. Fortalezcamos y reformemos a la policía, para lo cual hay que darle los recursos necesarios, y esa debe ser una prioridad nacional, social y presupuestaria; lo mismo con el sistema judicial. Un sistema judicial que sigue recibiendo un porcentaje tan bajo del presupuesto - 1,29% del actual ejercicio presupuestal - no puede cumplir ese servicio social básico: el de procesar conflictos entre personas en un país tan extenso y con tanta población como el Perú.

Por consiguiente, si no les damos a los jueces ni a la policía el suficiente apoyo, la suficiente capacidad de acción para que se tecnifiquen y sean más eficientes acabaremos, otra vez, estableciendo que los militares en lugar de vigilar la integridad territorial tengan que hacer de jueces y de policías, lo cual es una grave distorsión.

Finalmente, Un ambiente de paz dentro de un país implica, entre otras cosas, que se respeten los Derechos Humanos. Considerando el papel importante como grupo de presión económica que los inversionistas tienen dentro de un país, éstos podrían utilizar algún mecanismo para lograr el respeto a los Derechos Humanos. Al respecto, hace unos meses Carlos Alberto Montaner manifestó la necesidad de implantar un sistema de ética para el sector empresarial en el tema referido a las relaciones comerciales entre los empresarios y los regímenes violatorios de los Derechos Humanos.

Usted que está vinculado a la temática de los Derechos Humanos, ¿cree que dicha ética debería implantarse?

Sí, por cierto, y sería ideal que esa ética guíe las relaciones económicas y de la empresa privada en el mundo. Sería deseable que una empresa extranjera o nacional que compra otra empresa sea prioritariamente respetuosa de ciertos derechos colectivos esenciales, como el medio ambiente - que es destrozado por muchas empresas, no solamente del sector primario- y de ciertos derechos sociales básicos de los trabajadores, que muchas veces son arrazados cuando hay una transferencia de empresas. Por ejemplo, los sindicatos, que son un ingrediente importante para establecer una relación formalizada de solución de conflictos entre empresarios y trabajadores, muchas veces son destruídos como si fueran una pieza subversiva. Parte de la modernidad no es que no existan sindicatos, sino que existan sindicatos serios y fuertes, lo que no siempre es admitido por los empresarios.

En relación a esos temas encontramos que hay empresas que cumplen una función muy importante en el plano económico y que son muy cautelosas, por distintos motivos, tanto en las cuestiones laborales, como en la protección al medio ambiente. Hay otras que ponen esas consideraciones completamente de lado y que especialmente en sus relaciones internacionales no toman para nada en cuenta ese factor. Por ejemplo ¿cuántas empresas norteamericanas o de otros países invierten grandes sumas de dinero en China a pesar de las flagrantes violaciones de los derechos humanos que se cometen en ese país? China es el país donde se aplica más masivamente la pena de muerte en el mundo, y donde hay denuncias reiteradas de utilización de fuerza esclava para la producción de confecciones o de calzado que se exporta a Europa y a los Estados Unidos. Esa ética que a veces es tan importante para otras consideraciones, en este caso es completamente puesta de lado.

Creo que indudablemente hay un doble estándar. Es decir, un país como Cuba - que no es naturalmente un modelo de democracia- está sometido a un tipo de presión y de hostigamiento por razones de política interna que no tienen, si la comparamos con la situación de China, ninguna proporción. En China se fusila unas cinco personas al día, lo que no

ocurre en ningún país de América Latina. Por tanto, hay mucho por hacer respecto al establecimiento de ciertos códigos de conducta de la inversión a nivel mundial, la que podría empezar a hacerse a nivel interamericano. No me refiero solamente al respeto y aplicación de las reglas de la OIT, que están un poco anquilosadas porque ya nadie les hace mucho caso, sino también a otro tipo de reglas de conducta relacionadas con la protección del medio ambiente al que a veces el sector privado no se siente muy vinculado por no tratarse de convenios entre Estados. Cuando se hace caso omiso a ese tipo de consideraciones en el largo plazo se acaba perjudicando al país en donde se realizó la inversión.

La propia lógica de la protección a la inversión privada requiere que haya mucho respeto a esas reglas de conducta. Finalmente cómo puede asegurarse que esa ética tenga una especie de "watch dog" - como dicen los norteamericanos - de vigilancia. Al no tener los organismos internacionales, quienes proclaman el respeto a esas consideraciones de índole social, capacidad coercitiva, tienen que ser los Estados nacionales quienes regulen y supervisen el cumplimiento de esa ética empresarial.

Si bien al Estado le conviene que haya inversión, también le conviene que el medio ambiente no sea destrozado, que los desagües y relaves de las industrias y de las minas no contaminen los ríos porque eso a mediano y largo plazo requerirá de una gigantesca inversión por parte del mismo Estado para limpiar y purificar esas aguas. En consecuencia, no es un afán de afectar al sector privado sino de lograr el beneficio de la sociedad y del Estado mismo.

Mientras la mentalidad del inversionista sea una mentalidad estrictamente de corto plazo tendremos este tipo de problemas. El principal ingrediente de la ética es que el capitalista sea un capitalista coherente, que no sea un rentista que quiere invertir un capital reducido y en muy corto plazo recuperar su capital más el triple, sin importarle si su inversión ocasiona o no funestas consecuencias en la sociedad. Esa mentalidad capitalista no es la que ha construido la Europa post-industrial después de la segunda guerra mundial. La lógica utilizada fue distinta; tema que se relaciona con la inversión extranjera en el ámbito productivo, en donde ésta llega después que los inversionistas locales han tenido ya su proceso.

LA ADMISION TEMPORAL: REGIMEN ADUANERO DE PERFECCIONAMIENTO ACTIVO DESTINADO AL FOMENTO DE LAS EXPORTACIONES*

Leonardo López Espinoza
Abogado¹

La Admisión Temporal es junto al Drawback y la Reposición en Franquicia uno de los regímenes de perfeccionamiento activo previstos en nuestra legislación aduanera, y probablemente, el que más beneficios tributarios concede al exportador. Su adecuada regulación significa un apoyo decidido a la exportación, sin tener que recurrir a mecanismos proteccionistas. En el presente trabajo, el autor examina exhaustivamente el régimen de Admisión Temporal previsto inicialmente en el Decreto Legislativo 795 y expone las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 809; resaltando las innovaciones, a su juicio destacables, contenidas en ambas regulaciones. Deja constancia, sin embargo, de que toda regulación, por más bondades que posea, requiere de la necesaria labor de los sujetos involucrados -en este caso tanto los operadores de aduanas como los beneficiarios- para ser realmente eficaz.

En momentos en que el actual gobierno debate las correcciones al programa económico, nadie duda que una política global destinada al fomento de las exportaciones -dentro de los lineamientos de una economía de mercado-, constituye uno de los mecanismos que contribuiría a equilibrar nuestra negativa balanza comercial, sin tener que recurrir a mecanismos restrictivos del comercio exterior -suspensión o prohibición de importaciones-, los cuales están vedados dentro del marco normativo establecido por el Decreto Legislativo 668 y por la incorporación de nuestro país a la Organización Mundial del Comercio -antes el "GATT"- a partir del 1o. de enero de 1995, según lo señalado en la Resolución Legislativa 26407.

Así parece entenderlo el gobierno de turno -pese al tristemente célebre decreto de urgencia que ha suspendido la importación de vehículos usados-, a estar por la dación del Decreto Legislativo 795 que establece las nuevas normas que regulan el Régimen Aduanero de Admisión Temporal, en tanto que las mismas representan importantísimos cambios con el objeto de propiciar su utilización masiva por parte de los exportadores.

* El presente artículo fue elaborado antes de la publicación del Decreto Legislativo 809 que regula la nueva Ley General de Aduanas. Dicho dispositivo legal entrará en vigencia al día siguiente de publicado su reglamento, salvo lo dispuesto en su Primera, Segunda, Tercera y Quinta Disposición Complementaria, que entró en vigencia al día siguiente de la publicación del citado decreto legislativo. Por su parte, de acuerdo con la Primera Disposición Final del citado Decreto Legislativo, con su entrada en vigencia, entre otros, quedará derogado el Decreto Legislativo 795 materia de este artículo.

Sin embargo, es importante destacar que el Decreto Legislativo 809 recoge los aspectos generales más importantes del Decreto Legislativo 795, reservando a la norma reglamentaria correspondiente los aspectos específicos de ejecución y control del régimen de Admisión Temporal, lo cual nos parece idóneo. A continuación, a través de notas de pie de página, analizaremos las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 809.

¹ Miembro activo del Instituto Peruano de Derecho Tributario.

A continuación, intentaremos dar un alcance sobre el indicado régimen aduanero, incidiendo en las innovaciones introducidas, con el objetivo principal de difundirlo, toda vez que a decir de la propia ADUANAS, el mismo habría sido "subutilizado" por los operadores del comercio exterior. Esto último resulta paradójico, por decir lo menos, ya que dentro de una política estrictamente recaudadora y fiscalista, dicha entidad, olvidando su rol promotor del comercio exterior, es muy poco lo que hasta ahora ha hecho para procurar incentivar una utilización eficiente de la Admisión Temporal.

I. MARCO NORMATIVO

Conforme lo hemos manifestado anteriormente, mediante Decreto Legislativo 795 de 29 de diciembre de 1995 -en adelante el Decreto- se han establecido las nuevas disposiciones aplicables al Régimen de Perfeccionamiento de Admisión Temporal, dejándose así sin efecto la Sección I "Admisión Temporal para Perfeccionamiento Activo" del Capítulo Sexto "Regímenes de Perfeccionamiento" del Título Quinto "Regímenes Definitivos" del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Aduanas -aprobado por el Decreto Supremo 45-94-EF de 25 de abril de 1994-. La aludida sección recogía los artículos que van del 7 al 17 del Decreto Supremo Extraordinario 013-93/PCM de 4 de marzo de 1993.²

Las citadas disposiciones del Decreto entraron en vigencia el 1o. de enero de 1996 -salvo lo establecido en el artículo 10 del Decreto, al que más adelante nos referiremos-, por lo que de acuerdo con la Segunda Disposición Complementaria del Decreto, las mismas se aplican a las operaciones de Admisión Temporal que se realicen a partir de dicha fecha. Asimismo, las operaciones de Admisión Temporal autorizadas bajo un régimen legal específico deberán culminar bajo dicho régimen, según lo dispuesto por la Disposición Transitoria del Decreto.

II. DEFINICION

La Admisión Temporal como parte de los Regímenes de Perfeccionamiento Activo, constituye una subvención a las exportaciones permitida por el Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial del Comercio.

El artículo 2 del Decreto define la Admisión Temporal, de manera sustancial, en los mismos términos que el artículo 7 del Decreto Supremo Extraordinario 013-93/PCM, señalando que el indicado régimen "(...) consiste en el ingreso de mercancías extranjeras al país con **suspensión** del pago de los derechos arancelarios *ad-valorem*, del Impuesto General a las Ventas, del Impuesto de Promoción Municipal, del Impuesto Selectivo al Consumo, y de los demás impuestos que graven la importación de ciertas **mercancías destinadas a ser exportadas luego de haber sufrido una transformación o elaboración dentro de un plazo determinado**. Asimismo, podrán someterse a este régimen aquellas mercancías que se utilicen directamente en el proceso de producción y se consuman al ser utilizados (sic) para obtener un producto exportado" (el resaltado es nuestro).

La definición transcrita recoge el mismo error conceptual contenido en las definiciones previstas por legislaciones anteriores, dado por la referencia a la "suspensión" del pago de los tributos que gravarían la importación definitiva de la mercancía admitida temporalmente.³

En efecto, es pertinente referirse a la suspensión del pago de un tributo cuando este último se ha configurado como consecuencia de haberse producido en la realidad la correspondiente hipótesis de incidencia prevista en la ley.

En este sentido, si la realización de una Admisión Temporal no genera obligación tributaria sustancial alguna -pues no constituye una hipótesis de incidencia establecida por la ley-, mal podemos hablar de suspensión en el pago del tributo.

Por consiguiente, estimamos que en la definición se debió haber indicado que las mercancías destinadas al Régimen de Admisión Temporal no se encuentran gravadas con los tributos que gravarían la importación definitiva de las mismas.

Ahora bien, como se podrá apreciar, el beneficio del Régimen de Admisión Temporal, radica en el hecho de permitir que las empresas exportadoras introduzcan al país, **libre del pago de los tributos que gravan la importación definitiva**, los insumos, materias primas, productos intermedios, etc, desti-

² La Sección I del Capítulo Sexto del Decreto Legislativo 809 regula la Admisión Temporal para Perfeccionamiento Activo.

³ El artículo 70 del Decreto Legislativo 809 se refiere, igualmente, de manera indebida, a la "suspensión" en el pago de los tributos a la importación.

nados a ser transformados o formar parte de un proceso productivo, con el objeto de obtener un producto exportable -producto compensador-⁴.

De esta manera, se consigue evitar que formen parte del costo del producto exportable, todos aquellos tributos que hubieran gravado la importación de los bienes extranjeros necesarios para obtener dicho producto. Así, finalmente, se cumple con el principio según el cual, **los tributos no deben ser exportados**, así como con el principio de **imposición exclusiva en el país de destino** -país importador-.

Por su parte, el Régimen de Admisión Temporal representa una ventaja de índole financiero en relación a los otros dos regímenes de perfeccionamiento activo previstos por la legislación aduanera -el *Drawback* y la Reposición en Franquicia-, habida cuenta que a diferencia del primero de los mencionados, respecto de estos últimos, las mercancías que requiere el exportador son importadas definitivamente generándose en ese momento la obligación de pago de los tributos a la importación.

Ciertamente, en el caso del *Drawback*, los bienes son importados pagando los tributos correspondientes, los mismos que son finalmente reintegrados una vez que el producto sea exportado. Por su parte, en el caso de la Reposición en Franquicia, se pagan, igualmente, los tributos que gravan la importación del bien requerido por el exportador. Cuando dicho bien es transformado y exportado, el exportador estará en aptitud de importar nuevamente, libre del pago de tributos a la importación, un bien similar al bien inicialmente importado.

III. BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE ADMISION TEMPORAL

El artículo 3 del Decreto varía en su totalidad lo que sobre el particular establecía el artículo 8 del Decreto Supremo Extraordinario 013-93/PCM. En efecto, se ha dejado de lado la enumeración taxativa de las empresas susceptibles de acogerse a este beneficio, para señalar que podrá ser beneficiario del Régimen de Admisión Temporal cualquier persona natural o jurídica residente en el país, dedicada a la producción parcial o total de mercancías o a su exportación.

Adicionalmente, el artículo 3 del Decreto agrega que los Agentes de Aduanas **podrán** garantizar operaciones de Admisión Temporal, caso en el cual serán responsables del seguimiento de la ejecución del mencionado régimen.

Esto último es por demás importante, pues de un tiempo a esta parte, ADUANAS basada en una errónea interpretación de la figura de la responsabilidad solidaria tributaria del Agente de Aduanas -prevista en el artículo 14 del TUO-, aplicaba al Agente de Aduanas las sanciones derivadas de la comisión de infracciones aduaneras por parte de los beneficiarios del Régimen de Admisión Temporal.

De acuerdo con el artículo 14 del TUO, el Agente de Aduanas es responsable solidario de la obligación tributaria -leáse obligación referida al pago de tributos- contenida en cargos que se formulen con posterioridad al levante de la mercancía. En este orden de ideas, siendo que en el Régimen de Admisión Temporal no se genera obligación tributaria alguna, de ninguna manera el Agente de Aduanas podría asumir responsabilidad solidaria respecto de los actos de su mandante, beneficiario del Régimen de Admisión Temporal, a no ser que se trate de sus actos propios de gestión aduanera.

En consecuencia, resulta saludable que una norma como la contenida en el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto haya precisado que en el régimen bajo comentario, el Agente de Aduanas será responsable de la ejecución del mismo, sólo en el caso que haya manifestado su voluntad en ese sentido.

IV. NACIONALIZACION O REEXPORTACION DE MERCANCIA SUJETA AL REGIMEN DE ADMISION TEMPORAL

De acuerdo con el artículo 4 del Decreto, la mercancía admitida temporalmente -que entendemos incluye a los saldos de la misma- podrá ser nacionalizada o reexportada a pedido del usuario dentro del plazo que ha de regir la Admisión Temporal. Para tal efecto, el artículo 4 establece que la nacionalización estará sujeta al pago de los derechos de aduana y demás impuestos de importación vigentes al momento de la numeración de la Declaración de Importación correspondiente, **aplicándose un recargo del 2% por mes o fracción de mes, computados a**

⁴ El artículo 70 del Decreto Legislativo 809 señala expresamente que los procesos de maquila podrán ser sometidos al Régimen de Admisión Temporal.

partir de la fecha de numeración de la Declaración de Admisión Temporal hasta la fecha de numeración de la respectiva Declaración de Importación⁵.

Dicho recargo no estaba previsto en la legislación anterior del Régimen de Admisión Temporal y tiene por objeto desincentivar a aquellas empresas que pretenden utilizar el presente régimen con el único propósito de diferir el pago de los tributos que afectan la importación definitiva.

En cuanto al tratamiento de los residuos, desperdicios y subproductos con valor comercial que resulten del proceso de perfeccionamiento, el artículo 14 del Decreto recoge lo establecido por el artículo 15 del Decreto Supremo Extraordinario 013-93/PCM, en cuanto a que los mismos podrán ser reexportados o nacionalizados según corresponda, a opción del beneficiario, dentro del plazo autorizado, previa comunicación a ADUANAS.

Sin embargo, el artículo 14 del Decreto no recoge lo establecido por el segundo párrafo del artículo 15 del Decreto Supremo Extraordinario 013-93/PCM que disponía que los desperdicios sin valor comercial podían ser destruidos previa comunicación a ADUANAS con tres días de anticipación.

Tal situación crea incertidumbre respecto del tratamiento que los usuarios deben dispensar no sólo a los desperdicios sin valor comercial sino también a los residuos y subproductos que carecen de dicho valor. Consideramos que la reglamentación correspondiente debería contemplar la posibilidad de la destrucción de los desperdicios, residuos y subproductos sin valor comercial, aún cuando debemos anotar que al respecto podría existir un problema de legalidad.

V. PLAZO DE LA ADMISION TEMPORAL

El artículo 7 del Decreto ha ampliado saludablemente el plazo de la Admisión Temporal de doce a veinticuatro meses contados a partir de la fecha de numeración de la declaración que sustenta dicho régimen.

VI. GARANTIAS PARA LA ADMISION TEMPORAL

El artículo 8 del Decreto modifica el artículo 10 del Decreto Supremo 013-93/PCM, indicando que el

monto de la garantía será equivalente al 120% del monto que hubiera correspondido por concepto de tributos aplicables a la importación a consumo. Señala, además, que la mencionada garantía podrá otorgarse por plazo menor a veinticuatro meses contados a partir de la fecha de numeración de la Declaración de Admisión Temporal, a que se refiere el artículo 7 del Decreto, en los casos en que se lleve adelante dicha operación, del mismo modo, por un período menor a veinticuatro meses.

En cuanto al monto de la garantía, estimamos que el 20% adicional -en relación al monto de la garantía previsto en la legislación anterior- pretende cubrir los recargos a que se refiere el artículo 4 del Decreto. Sin embargo, con el establecimiento de dicho porcentaje de 120%, la norma nacional crea un sobrecosto y se aparta de lo establecido sobre el particular por el Anexo E.6, norma 18 de la Convención de Kioto, que recomienda expresamente que el monto de la garantía no debe exceder del importe de los tributos que gravarían la importación de la mercancía admitida temporalmente.

De otro lado, el mencionado artículo 8 precisa que podrá otorgarse en garantía lo siguiente:

- 1) Carta Fianza, irrevocable, solidaria, incondicional y de realización inmediata, emitida por una entidad bancaria, financiera o de Fondos de Sociedades de Garantía, expresada en dólares de los Estados Unidos de América.
- 2) Póliza de Caucción emitida por una compañía de seguros, irrevocable, solidaria, incondicional y de realización inmediata, expresada en dólares de los Estados Unidos de América.
- 3) Certificado Bancario en Moneda Extranjera.
- 4) *Warrants* emitidos por una empresa almacenadora autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros, sobre mercancías distintas a las admitidas temporalmente y cuyas cotizaciones se fijen en el mercado internacional.
- 5) Primera y preferente prenda sobre bienes de capital, constituyéndose dos o más socios de la empresa en depositarios de los bienes, los mismos

⁵ De acuerdo con el numeral 1. del literal b) del artículo 75 del Decreto Legislativo 809, el indicado recargo del 2% ha sido sustituido por la aplicación de un interés compensatorio igual al promedio mensual de la tasa activa en moneda extranjera por mes, o fracción de mes, computado a partir de la fecha de numeración de la declaración. Ello se condice con el hecho de que a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 809, los recargos en general ya no formarán parte de la deuda tributaria aduanera, de conformidad con el artículo 18 del citado Decreto Legislativo.

Asimismo, agrega el aludido numeral, que el interés compensatorio no será de aplicación tratándose de la importación de mercancías contenidas en excedentes con valor comercial.

que deberán estar asegurados. Las pólizas de seguro, en conjunto, deberán ser por un mínimo de 120% de los tributos aplicables y deberán endosarse en favor de ADUANAS.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 8 del Decreto habría dejado sin efecto la posibilidad de otorgar en garantía Pagarés y Certificados de Compensación Tributaria o Notas de Crédito Negociables.

Por último, es importante destacar que el artículo 8 del Decreto precisa que la **garantía puede ser otorgada por terceros**, además del propio beneficiario de la Admisión Temporal.

VII. OBLIGACIONES DE LOS SOLICITANTES QUE SE ACOJAN AL RÉGIMEN DE ADMISION TEMPORAL

El artículo 11 del Decreto sustituye el cúmulo de obligaciones previstas en la legislación anterior para los usuarios que se acogen al Régimen de Admisión Temporal, por las siguientes tres obligaciones:

- a) Constituir garantía en la forma prevista en el Decreto o, cuando corresponda, respaldar sus operaciones con sujeción a lo establecido en el artículo 10 del Decreto que regula el régimen de los sujetos que califiquen como “buenos contribuyentes”.
- b) Mantener un registro de los insumos admitidos temporalmente y de los productos compensadores.
- c) Responder por la realización de la exportación de las mercancías dentro del plazo garantizado.

De esta forma, quedan sin efecto las siguientes obligaciones establecidas por el artículo 11 del Decreto Supremo 013-93/PCM:

- a) Mantener sistemas independientes de contabilidad y de control de inventarios respecto de las mercancías admitidas temporalmente, de los productos en proceso, así como de los productos finales aún no exportados.
- b) Mantener un registro de los productos finales exportados.
- c) Facilitar la fiscalización de ADUANAS, mostrando a su requerimiento, de ser el caso, las mercancías admitidas temporalmente, los productos en proceso o los productos finales aún no exportados; así como los libros contables u otra información relacionada con el régimen.

- d) La responsabilidad solidaria con el usuario de aquellos terceros que brindan servicios a las empresas exportadoras.

De otro lado, el Decreto no ha contemplado artículo alguno como el artículo 12 del Decreto Supremo 013-93/PCM que establecía la facultad de ADUANAS de fiscalizar en forma aleatoria el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los usuarios del Régimen de Admisión Temporal, sin que en ningún caso dicha fiscalización suponga la adopción de medidas que afecten el proceso productivo.

Lo dicho en el párrafo que antecede y el hecho de que se haya eliminado la obligación precisada en el literal c) del párrafo precedente al anterior, no significa que ADUANAS no esté en posibilidad de fiscalizar el cumplimiento de las normas que regulan el Régimen de Admisión Temporal pues tal facultad se la otorga, en términos generales, el artículo 8 del TUO. Sin embargo, hubiera sido conveniente que el Decreto expresamente señalara que en ningún caso dicha fiscalización podrá suponer la adopción de medidas que afecten el proceso productivo.

VIII. TRANSFERENCIA AUTOMÁTICA

El artículo 12 del Decreto modifica el artículo 13 del Decreto Supremo 013-93/PCM en cuanto a que las mercancías admitidas temporalmente podrán ser objeto **por única vez** de transferencia automática en favor de terceros.

IX. VARIACION EN LOS COEFICIENTES INSUMO-PRODUCTO

El artículo 13 del Decreto recoge lo establecido en el artículo 14 del Decreto Supremo 013-93/PCM respecto a la obligación de los usuarios de comunicar a ADUANAS las razones técnico comerciales debidamente sustentadas de variación en los coeficientes de insumo-producto o del incremento de los productos a exportar. Sin embargo, dicho artículo omite recoger la obligación de comunicar la sustitución o adición de mercancías para su transformación o elaboración.

Dicha omisión puede implicar lo siguiente:

- a) Que acaso ya no sea posible sustituir o adicionar mercancías para su transformación o elaboración.
- b) Que siendo lo anterior posible, ya no existe obligación de comunicarlo a ADUANAS.

Consideramos que los puntos anteriormente referidos deberán ser precisados por el reglamento respectivo. En todo caso, en nuestra opinión, los usuarios deberían optar por aplicar lo señalado en el literal b) anterior, en estricta aplicación del principio según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

X. CANCELACION DE LA ADMISION TEMPORAL

El artículo 15 del Decreto modifica el artículo 16 del Decreto Supremo 013-93/PCM señalando que la Admisión Temporal se entenderá automáticamente cancelada por ADUANAS por la ocurrencia de cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Exportación directa o indirecta de los productos compensadores o su ingreso a una zona franca industrial o depósito franco.
- b) Reexportación de las mercancías admitidas temporalmente.
- c) Nacionalización de las mercancías admitidas temporalmente, como tales o contenidas en productos compensadores o excedentes con valor comercial.
- d) Pérdida o destrucción de la mercancía admitida temporalmente por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado⁶.

Existe una forma adicional de cancelación del Régimen de Admisión Temporal que no ha sido contemplada por el Decreto y que debería ser tomada en cuenta por el legislador, que consiste en el abandono voluntario en favor del Estado de los productos admitidos temporalmente o de los productos compensadores. Este supuesto de cancelación es recomendado por el Anexo E.6, norma 41 de la Convención de Kioto.

Adicionalmente, el referido artículo 15 del Decreto señala que la devolución de la garantía se materializará previa solicitud con carácter de declaración jurada, acompañada únicamente de un listado consolidado de las operaciones realizadas, a fin de que ADUANAS pueda efectuar las conciliaciones del caso dentro del plazo máximo de cinco días hábiles desde la presentación de la solicitud. Una vez aprobada la solicitud originará sólo por dicho hecho la liberación automática de la garantía otorgada. Añade que si en el plazo antes señalado ADUANAS

no se pronuncia sobre la solicitud, ésta se entenderá aprobada conforme a los términos de su contenido y simultáneamente, el día del vencimiento de dicho plazo la garantía será liberada, sin más trámite, en forma automática bajo responsabilidad del funcionario de aduana.

Esta última disposición intenta paliar la equivocada y generalizada aptitud de ADUANAS de no devolver inmediatamente la garantía una vez cancelado el Régimen de Admisión Temporal. Al respecto, conviene tener presente que el Anexo E.6, norma 44 de la Convención de Kioto, recomienda a las Administraciones Aduaneras que una vez cancelado el Régimen de Admisión Temporal, la garantía otorgada debe ser devuelta al usuario lo más pronto posible.

XI. DECLARACION DE ADMISION TEMPORAL

Los artículos 5 y 6 del Decreto modifican lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto Supremo 013-93/PCM respecto del trámite que debe dispensársele al Régimen de Admisión Temporal, simplificándolo considerablemente.

Sobre el particular, el artículo 5 del Decreto establece que la Declaración de Admisión Temporal se presentará por cada operación y deberá estar acompañada de la Hoja de Autoliquidación de los tributos aplicables a la importación definitiva de las mercancías sometidas al Régimen de Admisión Temporal y la garantía por el 120% de los indicados tributos. La mencionada Declaración se entenderá aprobada automáticamente al término del aforo documentario o del reconocimiento físico, según sea el caso, siempre y cuando no existan observaciones en dichas diligencias, en caso contrario la aprobación se entenderá automáticamente concedida una vez subsanadas las observaciones.

Asimismo, el artículo 6 señala que la mencionada Declaración deberá estar acompañada de un Cuadro de Insumo/Producto que indique la cantidad de la mercancía a utilizar por unidad de producto compensador a exportar, y de las mercancías admitidas temporalmente contenidas en las mermas, residuos y subproductos con o sin valor comercial. En relación al presente acápite, lo más interesante es que en ningún caso será necesario la emisión de una resolución aprobatoria del Régimen de Admisión

⁶ Según lo dispuesto en el literal c) del artículo 75 del Decreto Legislativo 809, la pérdida de la mercancía admitida temporalmente ya no es causal de cancelación automática del Régimen de Admisión Temporal.

Temporal por parte de ADUANAS, así como el hecho de que se hayan dejado sin efecto las solicitudes de Tráfico de Perfeccionamiento Activo -TPA.

XII. EJECUCION DE LA GARANTIA

El artículo 9 del Decreto establece una disposición que no contenía el Decreto Supremo 013-93/PCM.

Ciertamente, según el mencionado artículo 9, ADUANAS procederá a ejecutar la garantía total o parcialmente si, vencido el plazo previsto en la misma, ésta no ha sido renovada y existen saldos pendientes. Dicha garantía podrá ampliarse hasta por el plazo de veinticuatro meses contados a partir de la fecha de numeración de la Declaración de Admisión Temporal con la sola presentación de la nueva garantía y sin que ello suponga la presentación de una nueva solicitud.

Esta norma nos parece adecuada, en la medida que ya no será necesaria la presentación de una solicitud para obtener la prórroga de plazo del Régimen de Admisión Temporal, bastando a tal efecto la renovación de la garantía correspondiente.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto establece que en caso de ejecución de la garantía, la mercancía se entenderá automáticamente nacionalizada y el monto de la misma se aplicará a los tributos que afectan su importación, más el doble de los recargos señalados en el artículo 4 del Decreto⁷. De existir un saldo favorable al beneficiario, éste será entregado mediante Notas de Crédito Negociables con las mismas características a las previstas en el Procedimiento de Restitución Simplificado de Derechos Arancelarios (*Drawback*); en caso contrario ADUANAS formulará el cargo correspondiente.

Es conveniente destacar el profundo cambio que representa lo señalado en el párrafo anterior, pues ya no más el importe de la garantía servirá para cancelar la multa prevista en el inciso n) del artículo 197A del TUO por la infracción de no exportar los productos terminados -luego del proceso de transformación utilizando los bienes admitidos temporalmente- dentro del plazo por el que se autorizó la Admisión Temporal, tipificada en el inciso n) del

artículo 197 del TUO, toda vez que ambos artículos han sido derogados por el artículo 17 del Decreto.

Con la legislación anterior, más daño económico no se podía aplicar al exportador cuando no cumplía con reexportar la mercancía en el plazo autorizado -máximo 12 meses- y, a su vez, pretendía nacionalizarla como tal o incorporada a productos compensadores, puesto que además de generarse la obligación de pago de los tributos a la importación definitiva, ADUANAS le ejecutaba la garantía otorgada con el objeto de cancelar la indicada multa equivalente a una suma igual a los tributos que gravan la importación definitiva de las mercancías por el hecho de no haber cumplido con regularizar dentro del plazo de ley el Régimen de Admisión Temporal.

XIII. SANCION POR UTILIZACION INDEBIDA DE LA MERCANCIA ADMITIDA TEMPORALMENTE

El artículo 18 del Decreto señala que el texto del artículo 199 del TUO deberá sustituirse por el siguiente:

“Los beneficiarios del Régimen de Admisión Temporal que apliquen las mercancías a un fin distinto del previsto en la concesión, serán sancionados con una multa equivalente al triple de los derechos de aduana y demás impuestos de importación suspendidos”⁸.

El citado artículo 18 no recoge la infracción contemplada en el artículo 199 del TUO relativa a la transferencia de las mercancías admitidas temporalmente sin autorización de ADUANAS. Ello resulta adecuado por cuanto de acuerdo con el artículo 13 del Decreto Supremo 013-93/PCM y el artículo 12 del Decreto, la transferencia de las citadas mercancías es automática sin que medie -salvo la comunicación respectiva- autorización alguna de ADUANAS para que ésta se lleve adelante.

XIV. COMISO DE MERCANCIAS ADMITIDAS TEMPORALMENTE

A su vez, el artículo 19 del Decreto señala que el numeral 8 del artículo 204 del TUO deberá ser sustituido por el siguiente:

⁷ De conformidad con el artículo 73 del Decreto Legislativo 809, los indicados recargos han sido sustituidos por un interés compensatorio igual al promedio mensual de la tasa activa en moneda extranjera por mes o fracción de mes, que se devenga a partir de la fecha de numeración de la declaración.

⁸ El Decreto Legislativo 809, no contempla como infracción sancionable con multa el hecho de destinar las mercancías admitidas temporalmente a un fin distinto del previsto con ocasión de la autorización del citado régimen. Creemos que dicha omisión debería ser subsanada.

“Artículo 204°.- Caerán en el comiso las mercancías en los casos siguientes:

Cuando han sido importadas temporalmente y no se cumple con la obligación de reexportarlas vencido el plazo a que se refiere la presente ley”.

De acuerdo con dicha sustitución, no más caerán en comiso las mercancías admitidas temporalmente no reexportadas o exportadas -incluidas en el producto final- dentro del plazo legal, pues tales mercancías se entenderán automáticamente nacionalizadas conforme a lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto.

XV. BUENOS CONTRIBUYENTES

Por último, queremos referirnos al tema de los buenos contribuyentes contemplado en el artículo 10 del Decreto. Dicho artículo expresa que las personas naturales o jurídicas solicitantes de la admisión temporal, que califiquen como **buenos contribuyentes**, podrán respaldar sus operaciones en la forma y modo que se establezca mediante Resolución Ministerial de Economía y Finanzas. Agrega el citado artículo que también por Resolución Ministerial se señalarán los criterios para establecer en qué casos nos encontramos ante “buenos contribuyentes”.

Sobre el particular, debemos indicar que la Resolución Ministerial 046-96-EF/10 de 15 de marzo de 1996, vigente desde el 17 de marzo de 1996, ha establecido los criterios para la calificación de buenos contribuyentes a que se refiere el artículo 10 del Decreto, distinguiendo tres niveles o categorías de contribuyentes, a saber:

i. Los buenos contribuyentes de la categoría A son aquellos que:

- Hayan cumplido con regularizar oportunamente sus operaciones de Admisión Temporal dentro de los 24 meses anteriores a la fecha de calificación.
- Que no hayan incurrido en la comisión de infracciones sujetas a sanción en el Régimen de Admisión Temporal dentro de los 24 meses anteriores a la fecha de calificación.
- Que las operaciones de Admisión Temporal solicitadas dentro de los 24 meses anteriores a la fecha de calificación, no hayan sido anuladas por el sector correspondiente.

Los buenos contribuyentes que califiquen dentro de la categoría A podrán garantizar sus operaciones de Admisión Temporal con una Carta Compromiso conjuntamente con un Pagaré.

ii. Los buenos contribuyentes de la categoría B son aquellos que cumplan los requisitos establecidos para la categoría A dentro de los dieciocho meses anteriores a la fecha de la calificación.

Los buenos contribuyentes que califiquen dentro de la categoría B podrán garantizar sus operaciones de Admisión Temporal con una Carta Compromiso conjuntamente con un Pagaré por el 80% de los tributos que gravarían la importación definitiva de la mercancía admitida temporalmente. El 40% restante deberá ser garantizado con cualquiera de las garantías contempladas en el artículo 8 del Decreto.

iii. Los buenos contribuyentes de la categoría C son aquellos que cumplan los requisitos establecidos para la categoría A dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la calificación.

Los buenos contribuyentes que califiquen dentro de la categoría C podrán garantizar sus operaciones de Admisión Temporal con una Carta Compromiso conjuntamente con un Pagaré por el 40% de los tributos que gravarían la importación definitiva de la mercancía admitida temporalmente. El 80% restante deberá ser garantizado con cualquiera de las garantías contempladas en el artículo 8 del Decreto.

Sólo en el caso de la Categoría C, el monto de la promesa de pago contenida en el Pagaré, no podrá ser superior al 150% del promedio del monto de las garantías otorgadas en los 12 meses anteriores al mes de presentación de la correspondiente Declaración de Admisión Temporal o del período previo a la calificación de buen contribuyente, el que sea menor.

Para los efectos del requisito relativo a las sanciones por la comisión de infracciones referidas al Régimen de Admisión Temporal, el artículo 4 de la Resolución Ministerial establece que no se tomarán en cuenta las infracciones sujetas a sanción cuya resolución no haya sido consentida, es decir, que haya sido impugnada por el supuesto infractor. *Contrario sensu*, sólo se tomarán en cuenta las infracciones sancionables que hayan sido oficialmente imputadas por ADUANAS a través de la correspondiente resolución administrativa y siempre que esta última no haya sido materia de algún medio impugnatorio previsto por la legislación aduanera.

Para obtener la calificación de buenos contribuyentes, los usuarios deberán solicitarlo por escrito ante ADUANAS, la que deberá emitir su pronuncia-

miento en el plazo máximo de diez días hábiles. Vencido dicho plazo, funcionará el silencio administrativo positivo, es decir, se entenderá aprobada la calificación solicitada por el usuario.

Sin perjuicio del importante ahorro en los costos de exportación que se generará en favor de los exportadores a través de las disposiciones contenidas en la Resolución Ministerial bajo comentario, es necesario destacar el avance que las mismas representan dentro de una legislación tributaria acostumbrada a premiar a aquellos que no cumplen los mandatos legales, a través de las famosas amnistías o regularizaciones tributarias. Ciertamente, mediante disposiciones como las comentadas, se logra disuadir a los administrados en el sentido que el actuar de buena fe y diligentemente genera confianza en su favor de parte de los organismos estatales, lo que finalmente redundará en una mayor simplicidad administrativa y menores costos económicos.

XVI. COROLARIO

Como se podrá apreciar del análisis que hemos pretendido realizar, en nuestra opinión las innovaciones contenidas en el Decreto Legislativo 795 son realmente destacables. Sin embargo, más que de la norma misma, su eficiencia dependerá de los sujetos involucrados en su aplicación. Así, ADUANAS deberá asumir su rol preponderante de promotor y facilitador del comercio exterior -máxime si hoy en día, en las más altas esferas del gobierno se habla de la necesidad del establecimiento de un órgano administrativo específico que lleve adelante dicha función-, implementando una política de flexibilización y no limitándose a ser un mero ente recaudador de tributos, en la aplicación de las normas conducentes a propiciar el incremento efectivo de nuestras exportaciones. Por su parte, está en los operadores del comercio exterior el utilizar masivamente el régimen aduanero que hoy nos convoca, exigiendo en todo momento su correcta aplicación.

**VALLE, MANSILLA
&
ASOCIADOS**

ESTUDIO DE ABOGADOS

NOTARIA TORRES KRÜGER

**Av. AVIACION 1086 Of. 203 - 204
Esq. Av. MEXICO**

**HORARIO DE
ATENCION:**

LUNES a VIERNES

9:00 am a 1:30 pm

2:30 pm a 6:00 pm

SABADOS

9:00 am a 1:00 pm

TELEFONOS: 473-3760 - 473-1831 - 474-5649

¿COMO “VESTIR UN SANTO SIN DESVESTIR A OTRO”?

LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LAS SOCIEDADES Y LOS ACCIDENTES*

Alfredo Bullard G.¹
Profesor de Derecho Civil y
Análisis Económico del Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Ex miembro del Comité Directivo
THĒMIS -Revista de Derecho

La responsabilidad limitada de las sociedades es uno de los principales elementos de este tipo de personas jurídicas, y el que en buena parte permite un adecuado desempeño de éstas en sus relaciones mercantiles, tal como apunta el autor del presente artículo. Algunos han considerado la limitación de la responsabilidad en las sociedades comerciales incluso como uno de los pilares sobre los que se asienta el sistema capitalista. Sin embargo, lo cierto es que en ciertas ocasiones la limitación de la responsabilidad en determinadas formas jurídicas de asociación puede producir serios inconvenientes. Tal es el caso de los accidentes producidos o causados por empresas subcapitalizadas, donde la víctima tiene que soportar el costo de un daño absolutamente imprevisible. Aunque, tal como reconoce el Dr. Bullard, la incidencia de coyunturas iguales o similares a la descrita es en la práctica infrecuente, la solución al problema así generado resulta de cualquier manera difícil de encontrar y no por ello es poco importante hacerlo. El presente trabajo analiza todas las posibles salidas a los inconvenientes acarreados por las indeseables consecuencias de la limitación de la responsabilidad. El tema ha sido tratado de manera completa y rigurosa, puesto que el autor parece haber tomado en cuenta todas las posibilidades. No escapan a su análisis las consecuencias de las probables soluciones en el ámbito de las inversiones y de la economía en conjunto.

1. INTRODUCCION

El señor Walkovszky fue atropellado por un taxi, en la ciudad de Nueva York. El automóvil era de propiedad de una empresa llamada Seon Cab Corporation, cuyo objeto social era precisamente prestar el servicio de taxi.

A fin de obtener una indemnización Walkovszky planteó una demanda ante las Cortes de Nueva York contra el Sr. Marchese, conductor del taxi, Seon Cab Corporation, nueve empresas similares a ésta, y el señor Carlton. Este último fue demandado en calidad de accionista principal de la empresa propietaria del taxi. El fundamento de su inclusión se encontraba en que Carlton era accionista de las diez empresas de taxi idénticas, cada una con sólo dos taxis como único patrimonio y cada taxi con un seguro de responsabilidad civil limitado a US\$ 10,000.00, según las exigencias de la ley de Nueva York en este aspecto.

Si bien se trataba de diez empresas formalmente independientes, eran, según la demanda, “operadas ... como una sola entidad, unidad y empresa” respecto a su financiamiento, proveedores, reparaciones, trabajadores y estacionamiento de los vehículos. El demandante sostenía que estaba en capacidad de demandar por la responsabilidad del accionista, porque la estructura corporativa múltiple diseñada constituía un intento ilegal “de defraudar a

* Al doctor Fernando de Trazegnies Granda, en reconocimiento a su capacidad para despertar inquietudes académicas y sobre todo a su sincera amistad.

¹ Quisiera agradecer los valiosos comentarios de los Doctores Julio Salas Sánchez y José Balta Varillas, durante la elaboración del presente artículo.

los miembros de la ciudadanía en general” que podían ser dañados por los taxis.

En el juicio se discutió la posibilidad de establecer una responsabilidad de los accionistas, a pesar de que la sociedad propietaria del taxi causante del daño tenía responsabilidad limitada. Entre las teorías discutidas se encontró el “levantamiento del velo societario” (“*pierce the corporate veil*”).

Al inicio de la sentencia emitida en última instancia por la Corte de Apelaciones de Nueva York, se calificó la división del negocio de taxis en varias empresas como una “práctica aparentemente común en la industria de taxis”. Sin embargo, consideraron que no era posible establecer la responsabilidad de los accionistas en el caso. Para ello señalaron que:

“... el demandado individual ha sido acusado de haber organizado, manejado, dominado y controlado una corporación fragmentada, no hay ninguna alegación de que él hubiera estado conduciendo el negocio dentro de su capacidad individual. Si la flota de taxis hubiera sido propiedad de una sola sociedad, sería evidente que el demandante tendría que enfrentar barreras formidables para establecer la responsabilidad personal por parte de los accionistas. El hecho de que la propiedad de la flota haya sido distribuida deliberadamente entre muchas sociedades no libera al demandante de la carga de la prueba en este aspecto.”²

La preocupación de la Corte se basa en los riesgos que su resolución podría haber implicado respecto de las alegaciones de responsabilidad contra cualquier accionista. La sentencia parecería estar dispuesta a atribuir responsabilidad si las sociedades constituidas hubieran sido una suerte de “simulación”, pues en realidad se hubiera tratado de un negocio personal en sí mismo. No consideraron la forma en que la estructura empresarial estaba organizada como un mecanismo que traslucía mala fe por parte de los accionistas y que, por tanto, justificaba “levantar el velo societario”.

Hubo, sin embargo, un voto en discordia emitido por el Juez Keating. Consideró que sí debía atribuirse responsabilidad a Carlton pues era evidente que las sociedades habían sido “intencionalmente subcapitalizadas con el propósito de evadir responsabilidad por actos que evidentemente se producirían como consecuencia de la operación de una flota

grande de taxis...”. Mencionó además que, durante las operaciones, los ingresos eran derivados fuera de las empresas con el fin de evadir, de manera más evidente, cualquier responsabilidad patrimonial.³

El caso que acabamos de citar nos muestra un problema que se presenta cada día con mayor frecuencia especialmente en los países desarrollados: los efectos de la responsabilidad limitada de las sociedades en el caso de daños de naturaleza extracontractual.

Las empresas han experimentado en las últimas décadas un desarrollo impresionante. La tecnología, el desarrollo de las teorías de organización empresarial y la administración de negocios, han permitido el desarrollo de sociedades cuyo patrimonio fácilmente supera el de un país pequeño.

Pero a la vez, este desarrollo ha traído nuevos riesgos a la sociedad. Ya nuestros problemas no se limitan a accidentes ocasionados por empresas de taxis. Hoy una empresa puede causar daños pavorosos, de dimensiones incalculables: derrames de petróleo, contaminación, daños ambientales, accidentes industriales, accidentes de aviación, daños por productos defectuosos, explosiones de servicios de gas, accidentes nucleares, etc. Una empresa podría ser responsable de la destrucción de un barrio entero, y quizás de una región o de un país.

Para evitar este tipo de daños, y en particular la responsabilidad que de ellos se deriva, las empresas toman precauciones. A veces dichas precauciones son socialmente deseables: sistemas de seguridad industrial, tecnología de seguridad, mecanismos de monitoreo de riesgos, diseños de programas de protección ambiental, establecimiento de círculos de seguridad alrededor de plantas y fábricas, etc.

Pero a veces las empresas adoptan otras estrategias para exonerarse de parte de la responsabilidad, sin necesariamente invertir en costosos mecanismos de prevención.

Como señala Kraakman, los acreedores por responsabilidad extracontractual de una empresa insuficientemente capitalizada, difieren de los acreedores contractuales en un aspecto medular:

“Ellos no pueden negociar con la sociedad causante del daño de manera previa para obtener protección contractual o compensaciones por asumir el riesgo.

² Walkovszky v. Carlton. Corte de Apelaciones de Nueva York, 1966. 18 N.Y.2d 414, 276 N.Y.S.2d 585, 223 N.E.2d 6.

³ Ibid, loc cit.

Por el contrario desconocen por completo la existencia del causante del daño antes de que este ocurra, y están aún menos capacitados para monitorear sus niveles de capitalización o su cobertura de seguros.”⁴

Así, mientras un proveedor de repuestos automotores podrá estudiar si le conviene o no brindarle crédito a una empresa de taxis, revisando su situación patrimonial, un peatón atropellado no podrá elegir entre todos los taxis de la ciudad para determinar, según la situación patrimonial de sus propietarios, por cuál le conviene ser atropellado.

Esta situación hace que, a diferencia de lo que sucede con las obligaciones contractuales, las obligaciones extracontractuales no generan los incentivos de mercado necesarios para una adecuada capitalización de la sociedad, principalmente por las diferencias en términos de costos de transacción entre una situación y la otra.⁵ En sociedades en donde la incidencia de posible responsabilidad extracontractual puede ser elevada respecto a la necesidad de asumir obligaciones contractuales (por ejemplo empresas que desarrollan actividades de alto riesgo) no existirán incentivos para una capitalización adecuada de cada empresa, tendiéndose a la división del patrimonio en muchas empresas distintas.

Si a ello añadimos que el nivel de crédito contractual podría no verse reducido, por la percepción de los acreedores de la existencia de un grupo empresarial, que se presta garantías mutuas entre las empresas que lo integran, descubriremos que los incentivos a la descapitalización de la empresa en particular son aún mayores. Así, por ejemplo, si Carlton hubiera necesitado un crédito bancario para financiar las operaciones de sus empresas de taxi, le hubiera bastado constituir prendas vehiculares sobre los autos de todas las empresas para obtener el préstamo, sin necesidad de integrar sus patrimonios bajo una sola razón social. Pero la responsabilidad limitada de cada empresa seguiría protegiendo su patrimonio de los eventuales acreedores extracontractuales del grupo.

La solución al problema no es tan sencilla como eliminar la responsabilidad limitada en caso de accidentes. La responsabilidad limitada es un concepto prácticamente universal en todas las legislaciones mercantiles del mundo. Y ello es así porque

se trata de un elemento útil, que como veremos más adelante, favorece la inversión, permitiendo la diferenciación entre el patrimonio personal y el invertido en los negocios. Pensemos sino cuál sería el efecto de la eliminación de la responsabilidad limitada en las bolsas de valores del mundo. Cuando un inversionista descubra que al comprar una acción está no sólo comprando el derecho a percibir utilidades, sino el deber de asumir las responsabilidades eventuales de un accidente industrial o de un derrame de petróleo, los costos de transacción en estos mercados se elevarían de manera geométrica. Ello en perjuicio de la dinámica de los mercados y de los niveles de inversión.

Se trata pues de un problema difícil de enfrentar y más aún de resolver. El presente artículo pretende analizar algunas de las posibles soluciones y cuáles podrían ser sus efectos.

2. LAS FUNCIONES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Para determinar los alcances y efectos de la responsabilidad limitada de las sociedades en los daños por accidentes es necesario determinar las funciones que tiene un sistema de responsabilidad civil extracontractual. Sólo así podremos determinar en qué grado estas funciones pueden verse distorsionadas por la responsabilidad limitada.

Siguiendo a Guido Calabresi en este punto⁶ podemos hablar de tres funciones básicas del sistema de responsabilidad civil extracontractual:

a) La desincentivación de actividades que aumenten el número y gravedad de los accidentes

Bajo este rubro se encuentra lo que Calabresi llama la reducción de los costos primarios. En lo concerniente al sistema de responsabilidad civil extracontractual ello se logra internalizando los costos del accidente ocurrido en su causante, es decir, en aquel que pudo evitarlo.

La obligación de pago de una indemnización hace que el causante asuma los costos económicos del accidente, liberando así a la víctima de asumirlos. Al

⁴ Kraakman, Reiner. "Corporations. Cases and Materials" Harvard Law School. 1990. p. III-72.

⁵ Para entender mejor el término "costos de transacción" se puede revisar Bullard, Alfredo. "Al Fondo Hay Sitio ¿Puede el Teorema de Coase Ayudarnos a Explicar el Problema del Transporte Público?" en Themis-Revista de Derecho No. 21, pp. 93-100.

⁶ Calabresi, Guido. "The Cost of Accidents. A Legal and Economics Analysis". New Haven and London, Yale University Press. Revisar especialmente los capítulos 3, 4, 5 y 6.

hacerlo, el causante recibe incentivos para tomar precauciones, siempre que el costo de dichas precauciones esté justificado por la posibilidad de evadir el costo de los accidentes que dichas precauciones evitan. Ello no quiere decir que no habrán accidentes. Por ejemplo los automóviles siguen circulando a pesar que sus propietarios serán responsables por los daños que ocasionen. El dejar los automóviles estacionados, es decir, el dejar de circular, es una excelente precaución para evitar, de una manera 100% efectiva, los accidentes de tránsito. Pero los propietarios no lo hacen porque los costos de dicha precaución (el perder los beneficios de usar los vehículos) superan la magnitud esperada de los accidentes.

Pero el adecuado funcionamiento del sistema de responsabilidad civil sí podría conducir a la adopción de precauciones razonables. Así, un conductor podría decidir reparar sus frenos a un costo de S/. 100.00 si con ello se evita un costo esperado de los accidentes por frenadas tardías de S/. 1,000.00.

Cuando uno analiza la situación de las empresas entenderá la importancia de generar incentivos para la adopción de las precauciones necesarias. Estas precauciones pueden ser vistas como las inversiones que la empresa realiza en medidas de seguridad, mecanismos de control, obtención de información, reducción de frecuencia de actividad, abstención de realizar ciertos actos, y en general cualquier acto dirigido a evitar o reducir las posibilidades de que ocurra un accidente. Pero también pueden ser vistas como los aportes que los accionistas realizan, directamente (aportes en efectivo) o indirectamente (gastos de la sociedad que reducen sus utilidades) para capitalizar y dar un patrimonio suficiente a la empresa para tomar las precauciones necesarias.

Si el sistema de responsabilidad civil extracontractual no existiera, los incentivos a la toma de precauciones se verían reducidos de manera sustantiva. Si bien se puede lograr la implementación de ciertas precauciones por medio de lo que Calabresi llama "desincentivos específicos" (por ejemplo regulaciones administrativas de seguridad o normas ambientales), estos pueden ser insuficientes, ineficaces e inefectivos.

El conductor de un automóvil que sabe que no será responsable de los accidentes que ocasione, está externalizando parte de los costos de su actividad, es decir, trasladando costos a terceros o, lo que es lo mismo, obteniendo una suerte de subsidio de sus víctimas.

Algo similar sucedería si es que, a pesar de existir el sistema de responsabilidad civil, éste es imperfecto en cuanto no traslada el íntegro de los costos al causante de los daños. Así, si los jueces dieran sólo como indemnización el 50% de los daños causados, existirían incentivos insuficientes para la toma de precauciones adecuadas.

La responsabilidad limitada puede tener como efecto introducir imperfecciones en el sistema de responsabilidad civil para internalizar el costo de los accidentes y, por dicha vía, para generar incentivos adecuados a la toma de precauciones. Si la empresa sólo responde con su patrimonio, el efecto es equivalente a un traslado sólo parcial de los costos de los accidentes. Pero además se está exonerando de responsabilidad a una categoría de causantes de los daños: los accionistas. Imaginemos que estos inversionistas, conscientes de las ventajas de la responsabilidad limitada y de la potencial capacidad de ocasionar daños que tiene la empresa, la sub-capitalizan, precisamente para no exponer su patrimonio a las posibles consecuencias de la responsabilidad extracontractual. Pero además capitalizan insuficientemente la empresa porque, siendo que el patrimonio afectado es inferior a los potenciales daños, tampoco inyectan recursos suficientes para que la sociedad adopte las precauciones necesarias y razonables. La consecuencia es una sociedad con un patrimonio insuficiente, no sólo para responder por los daños que ocasiona, sino para tomar las precauciones razonables. Así, de alguna manera, la decisión de capitalizar insuficientemente a la empresa puede ser considerada causa adecuada de los daños ocasionados. La responsabilidad limitada exonera de responsabilidad a quienes, de alguna manera, son causantes del accidente.

En el ejemplo que acabamos de exponer, los inversionistas han sub-capitalizado a la empresa de manera intencional. Pero también podrían darse casos de "sub-capitalización culpable" donde la calificación de "responsable" puede ser más discutible. E incluso podríamos llegar al extremo de hablar de una responsabilidad objetiva por sub-capitalización que nos conduciría virtualmente a la eliminación de la responsabilidad limitada, por lo menos en el ámbito de los daños extracontractuales.

Como podrá apreciar el lector, las relaciones que se pueden establecer entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad limitada en cuanto a los incentivos para tomar precauciones no son precisamente pacíficas, y por el contrario pueden plantear problemas de difícil solución.

b) La compensación a las víctimas

Una vez que se produce el accidente, el daño de él derivado es, en términos económicos, irrecuperable. La pérdida social de un brazo, de una vida, de un automóvil, de utilidades de un negocio, ya se produjo. Podrá trasladarse dicho daño para mejorar la situación de la víctima. Pero el daño ya no desaparecerá. En términos estrictos no se reparan daños, simplemente se compensa a las víctimas. Así, tendrán que destinarse recursos del responsable, originalmente destinados para otros fines, para cubrir la pérdida sufrida por la víctima. Así, con el traslado del daño, se crea un nuevo daño y una nueva víctima.

Sin embargo hay circunstancias donde el traslado del daño reduce la pérdida social, es decir el sufrimiento social derivado de un accidente. Ello porque aquel a quien se le traslada el daño está en mejor capacidad para enfrentarlo. En términos sencillos, sufrirá menos.

Esto es lo que Calabresi identifica como "reducción de los costos secundarios". A diferencia de la reducción de los costos primarios, se concentra no en la reducción del número y gravedad de los accidentes que pudieran ocurrir, sino en la reducción de los costos sociales derivados de los accidentes ya ocurridos.

Existen básicamente dos mecanismos a través de los cuales el sistema jurídico puede conseguir minimizar los costos secundarios. El primero de ellos es trasladando el peso de los accidentes a aquella de las partes que, por gozar de una mejor situación patrimonial, está en la posibilidad de enfrentarlos con menor sacrificio. Esta teoría es conocida como la del "deep pocket" o "bolsillo grande". Si bien la misma ha sido duramente criticada, principalmente porque se basa en un concepto de justicia redistributiva que puede entrar en contradicción con criterios de eficiencia, es un hecho que muchos sistemas la acogen directa o indirectamente. Por ejemplo el Código Civil Peruano la recoge parcialmente en su Artículo 1977 que permite a la víctima de un daño causado por un incapaz que ha actuado sin discernimiento y que no puede obtener una reparación del representante legal, obtenerla del propio incapaz, teniendo en cuenta la situación económica de las partes.

Además nuestro sistema jurídico también la acoge indirectamente. Somos de la opinión que los jueces, al momento de establecer las indemnizaciones, suelen dejarse influir por la situación económica de las partes para aumentar o reducir el monto de una indemnización.

Bajo la teoría del "deep pocket" se presume que aquel que tiene una mejor situación patrimonial sufrirá menos soportando el peso económico del daño. Ello porque se tiende a afectar sus últimos soles antes que sus primeros soles. Así por ejemplo, el sufrimiento que tiene que atravesar una persona cuyo único patrimonio es S/. 1,000.00 para compensar un daño de S/. 1,000.00 es muy superior al sufrimiento que tiene que pasar una persona cuyo patrimonio es S/. 1'000,000.00 para soportar un daño de S/. 1,000.00. En consecuencia, es preferible que el daño lo soporte el más rico.

El segundo mecanismo, contemplado en los sistemas jurídicos, es el de la distribución social del costo de los accidentes. Según esta posición, defendida en nuestro país por el Dr. Fernando de Trazegnies⁷, es posible minimizar los costos de un accidente si estos son distribuidos socialmente entre un número mayor de individuos. Ello puede lograrse a través de dos formas. La primera es el sistema de seguros, mediante el cual todos los que contratan un seguro se distribuyen el costo del accidente que finalmente el asegurador cubrirá. La segunda forma es a través del sistema de precios. Así, al trasladarse el costo de los daños a una empresa, ésta podrá a su vez trasladar dicho costo, fragmentado, al precio de sus productos y servicios. Finalmente el costo del accidente es asumido por todos los consumidores.

La distribución social del costo de los accidentes reduce el sufrimiento social por un mecanismo similar al que utiliza la teoría de "deep pocket". Consigue que los daños sean preferentemente pagados con los últimos soles del patrimonio de las personas, antes que con los primeros. El sufrimiento social se minimiza consiguiendo que mil personas asuman un sol cada una, antes que una sola persona asuma un costo de S/. 1,000.00. En términos generales el efecto es similar al que se genera cuando alguien contrata un crédito. Si bien el monto final que pagará es superior a aquel que pagaría si hubiera cumplido su obligación al contado, las personas prefieren distribuir el costo a través de varios meses

⁷ De Trazegnies, Fernando. "La Responsabilidad Extracontractual", Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen IV, Tomo I, pp. 52 a 61.

porque con ello sienten menos el costo. El efecto de la distribución en el tiempo o entre varias personas es similar.⁸

Como se podrá apreciar, aquellos que defienden la compensación a la víctima como fin principal del sistema de responsabilidad civil, también encontrarán que la responsabilidad limitada de las sociedades puede ser un obstáculo importante para que estos mecanismos de compensación a las víctimas funcionen de manera efectiva.

Sea que uno esté de acuerdo con la teoría del “*deep pocket*” o con la teoría de la distribución social del costo, suelen ser las sociedades aquellas entidades a través de las cuales podrían realizarse mejor estos fines. Por un lado es común que las sociedades cuenten con patrimonios más sólidos para enfrentar los daños derivados de sus actividades. Por otro lado, pueden ser mecanismos efectivos de distribución de los costos de los accidentes, sea mediante el simple traslado al sistema de precios, mediante la contratación de seguros o mediante la aplicación combinada de ambos métodos en cuanto las primas de seguros son, a su vez, trasladadas al sistema de precios.

La responsabilidad limitada, al generar un incentivo a la sub-capitalización, limita la posibilidad de que la empresa sea un canal para lograr una adecuada compensación a la víctima y disminuir los costos sociales derivados del accidente. Su efecto podría ser precisamente generar una tendencia a concentrar el costo de los accidentes en la propia víctima.

Además una empresa poco capitalizada tiene menos incentivos para contratar seguros adecuados. Por ejemplo, en el caso Walkovszky la empresa propietaria de los taxis sólo contrató el seguro necesario para cumplir con los requisitos legales exigidos por la ley de New York.

Otro efecto se produce en el sistema de precios. Al reducirse la responsabilidad esperada por accidentes en base a la conciencia que la empresa y sus accionistas tienen de que la responsabilidad limitada los hará pagar sólo con el patrimonio aportado, los precios de los bienes y servicios ofrecidos por esta sociedad no reflejarán este componente de costo adicional. En términos reales serán productos demasiado baratos en tanto el costo de producción no refleja el costo social del bien o servicio. Esto

quiere decir que habrá un sobreconsumo, generando una mala asignación de recursos.

c) Reducción de los costos administrativos de funcionamiento del sistema de responsabilidad civil

Todo sistema de responsabilidad tiene que incurrir en una serie de costos para poder funcionar. Se requieren Cortes, abogados, peritos, investigadores, es decir tiempo, recursos humanos y dinero, para poder trasladar el costo de los accidentes de la víctima al causante (o simplemente para determinar que dicho traslado no debe ocurrir).

Pero estos costos administrativos difieren según el diseño que se haga del sistema de responsabilidad. Así, por ejemplo, un sistema subjetivo, basado en la culpa, implica costos administrativos superiores en cuanto requiere la prueba de un *standard* de conducta y de la verificación del mismo. Por el contrario, un sistema objetivo requiere sólo probar la relación de causalidad, aliviando el uso de recursos de prueba, el tiempo de los jueces y las investigaciones necesarias para determinar como ocurrió exactamente el accidente.

La reducción de estos costos, que Calabresi denomina como “terciarios”, puede lograrse de distintas formas: cambiando el concepto de causalidad, eligiendo los factores de atribución, estableciendo requerimientos de prueba de daños, etc.

También deben considerarse como consecuencia de los costos terciarios, aquellos derivados de los errores e ineficiencias del sistema. Así, un sistema que eleve los costos de evitar un error (por ejemplo liberar de responsabilidad a quien debió ser hecho responsable) a niveles que haga de los errores algo común, generará costos que deben ser considerados (mayor cantidad de accidentes, concentración de los daños en las víctimas, etc.).

Es claro que la reducción de los costos terciarios ayuda a conseguir la reducción de los costos primarios y secundarios. Pero la existencia de la responsabilidad limitada podría incrementar los costos administrativos. Ello porque puede alejar a aquel que puede tomar decisiones que favorezcan la reducción de los accidentes o que puede asumir mejor los daños, de la posibilidad de ser hecho responsable.

⁸ El sistema de seguros también distribuye el pago de los daños a través del tiempo. El asegurado paga periódicamente una prima que en términos teóricos es el pago en cuotas del costo esperado de los daños que podría ocasionar.

Pero además, la opción que tome el sistema podrá incrementar sus costos operativos. Si se desapareciera la responsabilidad limitada, los costos administrativos de trasladar la responsabilidad de manera que se reduzcan los costos primarios y secundarios se reducirían. Sin embargo, ello podría tener terribles consecuencias en la actividad económica y en la inversión, como veremos más adelante. Sistemas intermedios que permitan levantar la limitación en determinados casos deberán establecer criterios y, sobre todo, *standards* de prueba, que pueden elevar o reducir los costos terciarios. Todo ello debe ser evaluado para decidir cómo enfrentar y tratar el problema.

Hemos analizado muy rápidamente las funciones que podrían atribuirse a un sistema de responsabilidad civil y cuáles podrían ser sus vinculaciones con la responsabilidad limitada de las sociedades. Sin embargo, como veremos más adelante la situación tiene más aristas de las que han aparecido hasta ahora.

3. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES

A pesar de lo dicho es difícil imaginar el mundo moderno sin la existencia de responsabilidad limitada para las sociedades. Como hemos mencionado, el desarrollo de las empresas y grupos empresariales de las dimensiones actuales hubiera sido imposible de no haber existido dicha limitación. Para poder establecer un balance debemos contraponer las funciones del sistema de responsabilidad con las de la propia responsabilidad limitada.

Como ya hemos dicho, el principio de responsabilidad limitada de las sociedades está universalmente reconocido. Sin embargo, su origen no es tan lejano como podría pensarse, y difícilmente se puede encontrar un antecedente más allá de la primera mitad del siglo XIX. Pero la universalidad de su desarrollo no coincide en contundencia con la claridad de las razones que justifican el principio. A pesar de que intuitivamente todos percibimos las ventajas y beneficios de la limitación de responsabilidad, no es fácil explicar en qué consisten éstas. De hecho es muy difícil encontrar en la doctrina romano-germánica una explicación realmente satisfactoria.

La doctrina anglosajona, en especial en la última década, ha comenzado a plantear algunas explicaciones interesantes que justifiquen el principio.

Easterbrook y Fischel, en un interesante trabajo, arrojan luces sobre la lógica económica que justifica un sistema de responsabilidad limitada.⁹ Ellos indican que, equivocadamente, se ha considerado a la responsabilidad limitada como un beneficio concedido por el Estado a los inversionistas. Sin embargo, para ellos, es mucho más adecuado analizar este principio como la consecuencia lógica de distintas formas de conducir el comportamiento económico.

Las sociedades, según estos autores, dominan las preferencias de los inversionistas cuando la tecnología de producción requiere que las empresas cuenten con dos cosas:

- a) una combinación de habilidades especializadas de diversos agentes; y
- b) gran cantidad de capital.

La sociedad permite dividir las habilidades gerenciales y laborales del suministro del capital necesario para el desarrollo de sus fines. Lo primero es aportado por los tecnócratas (administradores, financistas, técnicos y trabajadores), encargados de tomar las decisiones gerenciales, ejecutarlas y operar la sociedad; lo segundo es aportado por los inversionistas. La sociedad es entonces un dinámico mecanismo que permite que gerentes y trabajadores sin dinero, e inversionistas sin habilidades gerenciales y de trabajo, puedan desarrollar sus potencialidades, complementándose mutuamente.

Esta división de aportes, especialmente clara cuando hablamos de sociedades abiertas con inversiones del público, permite también una mejor distribución de riesgos. Así, el inversionista asume el riesgo de su inversión (es decir del capital que aporta) y los tecnócratas asumen el riesgo de las decisiones que adoptan.¹⁰

En otras palabras, según Easterbrook y Fischel, la división de la labor de operar la empresa de la de aportar capital permite racionalizar la conducta de las partes involucradas. El inversionista limita su riesgo a su propia inversión, obteniendo así recursos libres para realizar otras inversiones, las que no se verán afectadas por la mala gestión o por las obligaciones que contraiga la sociedad. Por su parte los tecnócratas ven limitados los recursos con los que cuentan y son más conscientes de que una mala gestión llevará a la empresa a la insolvencia, sin poder contar con la posibilidad de que el patrimonio de los socios cubra cualquier déficit.

⁹ Easterbrook & Fischel. "Limited Liability and Corporations". En *Chicago Law Review*. Vol. 52, pp 93-97. (1985).

¹⁰ *Ibid.*, pp. 93-94.

Así, según los autores citados, aquellos que invierten capital pueden correr riesgos adicionales porque pueden participar en otras empresas o inversiones. El titular de un "portafolio" de inversiones diversificado se sentirá más incentivado a asumir un riesgo si sabe que éste está limitado sólo a parte de su patrimonio. Como a este inversionista le cuesta demasiado o simplemente no le interesa fiscalizar continuamente la gestión de los tecnócratas, asume el riesgo de no conocer al detalle su conducta, a cambio de que se limite la responsabilidad que podría asumir.

Como Easterbrook y Fischel señalan, esta división de funciones no está libre de generar costos adicionales. La sociedad se ve en la necesidad de crear mecanismos de mutua fiscalización y monitoreo entre inversionistas y tecnócratas. Ningún grupo terminará confiando totalmente en el otro. Además, siendo que los tecnócratas no obtienen todos los beneficios de una buena gestión, pues parte de ella se va en utilidades para los socios, recibiendo sólo sus remuneraciones, honorarios y premios, no existen incentivos perfectos para una gestión totalmente eficiente. Se produciría así una externalidad positiva, en donde los beneficios de la buena administración son trasladados en parte a los inversionistas. Esto es conocido como el "costo de agencia" (*"agency cost"*) y no es otra cosa que los costos en eficiencia de encargar la gestión de ciertos recursos a alguien distinto a su titular.¹¹

Lo dicho se refleja en el refrán popular de que "el ojo del amo engorda al caballo". De hecho, quien recibe recursos ajenos, con la consciencia de que los beneficios que obtenga de su esfuerzo irán en parte al titular de los mismos, tendrá menos incentivos que el propio titular para una explotación adecuada. Sin embargo, el poner recursos propios en manos ajenas es una exigencia de un mundo en el que la especialización, los conocimientos técnicos y la división del trabajo son un requisito esencial en la actividad económica.

Como dicen los autores citados, la evidencia empírica demuestra, a través de la existencia de sociedades y grupos empresariales inmensos, que los "costos de agencia" son opacados por los beneficios de la separación de las funciones. Y la responsabilidad limitada de la sociedad ayuda a reducir los costos de la separación y de especialización, por seis razones:

a) La responsabilidad limitada reduce el costo de monitorear la conducta de los tecnócratas. Gran parte del riesgo de un inversionista se deriva de la gestión que lleguen a desarrollar los administradores y trabajadores de la sociedad. Una forma de reducir tal riesgo es monitoreando muy de cerca la conducta de estos últimos. A mayor riesgo, mayores recursos se invertirán en monitoreo. Pero luego de cierto punto el monitoreo deja de valer lo que cuesta. Si a ello añadimos que muchos capitalistas diversificarán sus inversiones en muchas empresas distintas, veremos la complejidad del problema. Esta diversidad implicará que será difícil encontrar inversionistas que entiendan y tengan conocimientos suficientes para monitorear las acciones de tecnocracias especializadas en una serie de empresas con actividades distintas.

En este contexto, la responsabilidad limitada hace de la diversificación y la pasividad en el monitoreo una estrategia más racional y, en consecuencia, reduce los costos de operación de la sociedad. Por supuesto que los accionistas entienden que existe un riesgo de que los actos de los administradores puedan causarles pérdidas. Sin embargo, el precio que pagan por las acciones refleja tal riesgo, es decir, están dispuestos a pagar un precio menor. Esto a su vez genera incentivos a la tecnocracia para prestar garantías a los inversionistas sobre la seguridad de su inversión, por ejemplo, a través del prestigio y solidez de la empresa, sin necesidad de monitoreo directo y costoso. Así las mejores administraciones atraerán más capital. Ello permitirá a los tecnócratas contar con más recursos para su actividad diaria. Por el contrario, administraciones ineficientes aumentarán el descuento en el precio de las acciones.

La responsabilidad limitada reduce estos costos porque las pérdidas potenciales son, valga la redundancia, limitadas al monto de la inversión. Así la consecuencia final serán inversionistas con más disposición a adquirir acciones porque ven reducido el riesgo que asumen¹².

b) Una segunda razón, expuesta por los mismos autores, radica en que la responsabilidad limitada reduce el costo de monitorear a otros accionistas.¹³ Si los accionistas estuvieran expuestos a la responsabilidad ilimitada, cuanto mayor sea el patrimonio personal de otros accionistas, será menor la probabilidad de que un accionista determinado tenga que

¹¹ Ibid, loc cit.

¹² Ibid, loc cit.

¹³ Sobre este tema revisar Jensen & Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure". En *Journal of Financial Economics*. Volumen 3, No. 305, p. 313 (1976).

responder con sus bienes. En consecuencia, los accionistas existentes tendrían incentivos para embarcarse en un complicado proceso de monitoreo sobre quiénes son los otros accionistas y asegurarse que los mismos no transfieran sus bienes o los vendan, reduciendo su patrimonio. La responsabilidad limitada hace de la identidad de los accionistas un elemento irrelevante en torno a quién responde por los riesgos¹⁴.

c) También, de acuerdo a Easterbrook & Fischel, la responsabilidad limitada favorece el libre intercambio de acciones y, por esa vía, crea incentivos para que los tecnócratas actúen eficientemente. Ya se ha señalado que los inversionistas individuales suelen carecer de experiencia e incentivos para monitorear a administradores especializados en el área en que trabaja la sociedad. Estos inversionistas responden a este excesivo "costo de agencia" invirtiendo menos. Al reducirse el costo de monitoreo, por la responsabilidad limitada, se da una mayor flexibilidad al mercado de capitales y, por tanto, un mayor movimiento al accionariado de las empresas. Al mismo tiempo, el precio de las acciones de sociedades mal manejadas será menor. Así, las empresas mal manejadas atraerán nuevos inversionistas con capacidad de organizar nuevos aparatos gerenciales. Este peligro fuerza a los administradores a tener una actividad más eficiente, pues el mercado se convierte en un mecanismo de presión hacia una gestión adecuada.¹⁵

d) Otra razón, dada por los mismos autores, es que la responsabilidad limitada hace que los precios en el mercado nos brinden información adicional sobre el valor de las empresas. Si hubiera responsabilidad ilimitada de los accionistas, las acciones dejarían de ser bienes homogéneos, con lo cual dejarían de tener un solo precio de mercado. Ya no serían bienes fungibles. Los inversionistas tendrían, en consecuencia, que invertir mucho más recursos para determinar cuál es el precio correcto. Con el sistema de responsabilidad limitada el precio de una acción es consecuencia principalmente de las utilidades futuras. En cambio, con un sistema de responsabilidad ilimitada, es consecuencia de las utilidades futuras, pero además de la riqueza y de la cantidad de patrimonio poseído por otros accionistas. Ello afectaría tremendamente el funcionamiento del mercado. Las Bolsas de Valores se volverían entida-

des "kafkianas" en las que sería imposible encontrar precios realmente claros y transparentes.¹⁶ Imaginemos, por ejemplo, que el 50% del capital de una empresa es de propiedad de Rockefeller. Si hay responsabilidad ilimitada los demás accionistas verán que el valor de la acción se incrementará, pues sabrán que existe un mayor patrimonio para responder por las deudas. Al día siguiente que Rockefeller vende sus acciones a 50,000 pequeños inversionistas, el precio de las demás acciones caerá abruptamente, pues los nuevos inversionistas verán en la empresa un riesgo mayor para su propio patrimonio. Cuando Rockefeller era su socio sabían que era más probable que los acreedores de la sociedad se dirigieran contra él, porque finalmente eran coresponsables con un deudor más solvente. Cuando entran los nuevos accionistas, y estos tienen patrimonios que sumados son menores a los de Rockefeller, los demás accionistas verán en mayor riesgo su patrimonio.

Bajo este esquema, y asumiendo que la otra mitad de la empresa es de propiedad de otros inversionistas cuyo patrimonio sumado no alcanza al de Rockefeller, veremos que las acciones no son bienes fungibles. Así las acciones de Rockefeller valen menos que las acciones de los demás inversionistas. Sin perjuicio que este efecto desincentiva a inversionistas como Rockefeller, genera grandes problemas para conocer el valor real de las acciones. Hoy, para conocer el valor de una sociedad, bastaría revisar su balance y establecer las proyecciones de rentabilidad. En un mundo de responsabilidad ilimitada hay que revisar no sólo el balance y la rentabilidad de la sociedad, sino el balance y la rentabilidad de cada uno de los accionistas. Y el resultado será distinto según las acciones de quién estemos analizando. Ello incrementa los costos de transacción de manera significativa.

e) En quinto lugar, los autores que comentamos señalan que la responsabilidad limitada permite una más eficiente diversificación. Los inversionistas pueden minimizar su riesgo por medio de diversificar su inversión en empresas distintas. La función de esta diversificación es minimizar riesgos. Bajo un sistema de responsabilidad ilimitada la diversificación incrementaría los riesgos en lugar de reducirlos.¹⁷ Exploremos esto con un ejemplo.

¹⁴ Easterbrook & Fischel, op cit, loc cit.

¹⁵ Ibid, loc cit.

¹⁶ Ibid, loc cit.

¹⁷ Ibid, loc cit.

Un inversionista puede querer dirigir la mitad de su patrimonio a inversiones en Bolsa. Siendo que existe un régimen de responsabilidad limitada, ha elegido invertir una tercera parte de estos recursos en empresas inmobiliarias, otra tercera parte en empresas textiles y otra tercera parte en empresas petroleras. Si pusiera todo lo que piensa invertir en una sola actividad, y esta actividad quiebra, perdería la mitad de su patrimonio (es decir todo lo que decidió invertir en Bolsa). La diversificación hace que si una actividad quiebra sólo pierda una sexta parte de su patrimonio (es decir la tercera parte de lo que decidió invertir en Bolsa). Si la responsabilidad fuera ilimitada la quiebra de cualquiera de las tres actividades lo podría llevar a perder todo su patrimonio. Así, si tuviera que responder por las obligaciones de la empresa petrolera, podría terminar pagando con el 50% de su patrimonio no invertido en Bolsa y además con las acciones de su propiedad de las empresas inmobiliarias y textiles. En conclusión, la responsabilidad ilimitada genera, por esta vía, un desincentivo adicional a los inversionistas, porque aumenta su riesgo al reducir su posibilidad de diversificación.

f) Finalmente, Easterbrook & Fischel señalan que la responsabilidad limitada facilita decisiones óptimas de inversión. Cuando los inversionistas son titulares de portafolios diversificados, los administradores tratan de maximizar la utilidad de los primeros invirtiendo en cualquier proyecto que tenga un valor neto positivo. Ellos pueden aceptar desarrollar nuevas actividades (como por ejemplo nuevos productos) sin exponer a sus accionistas a la ruina. Cada inversionista puede protegerse contra el fracaso de un proyecto por medio de mantener acciones en otra empresa. En un mundo de responsabilidad ilimitada, los administradores se comportarán diferente. Rechazarán como demasiado riesgosos proyectos con valores netos positivos. Y ello será consecuencia de lo que desean los inversionistas, que ven así una forma de reducir los riesgos. Esta "inhibición" del actuar de la sociedad es una pérdida social que el sistema de responsabilidad limitada trata de evitar.¹⁸

Como hemos podido ver, la responsabilidad limitada es beneficiosa tanto para los tecnócratas, que pueden conseguir mayores aportes de capital e inversiones, como para los inversionistas, que ven más opciones y menos riesgos en sus inversiones. La

consecuencia es el desarrollo significativo de la sociedad como forma de organización empresarial.

Otro autor, Robert Clark, analiza el fenómeno encontrando razones similares a las propuestas por Easterbrook y Fischel, pero explicándolas de una manera distinta.¹⁹ Para ello Clark nos propone un ejemplo.

Imaginemos que una sociedad se constituye para construir un tren expreso y requiere el préstamo de un Banco para financiar la empresa. Definitivamente el Banco tomará en cuenta que si la sociedad tiene, por ejemplo, 50,000 inversionistas, no le será posible recolectar de éstos el monto del préstamo en tanto exista responsabilidad limitada. El Banco cargará entonces un interés más alto por el préstamo al ser consciente de que el riesgo de que no se le pague es mayor al sólo poder cobrarse del patrimonio de la sociedad. Los inversionistas estarán expuestos a un riesgo menor, pero su aporte, sea éste inicial o sea éste por percepción de menores utilidades, tendrá que ser mayor. Ello porque el patrimonio aportado o las utilidades obtenidas deberán cubrir una tasa de interés superior, que dejará de ingresar a los bolsillos de los accionistas. La pregunta que surge entonces es si las partes han ganado o han perdido con esta forma de financiamiento.

Según Clark las ventajas son superiores a las desventajas. Para ello expone las siguientes dos razones:

a) En primer lugar, la responsabilidad limitada ayuda a colocar los riesgos sobre aquella de las partes que está en mejor capacidad de asumirlos, permitiendo así que se generen ganancias por el intercambio. Si la diferencia en la tasa de interés por el préstamo bancario es, por ejemplo, de sólo 1% y como consecuencia de ello cada inversionista está renunciando a recibir, vía utilidades, US\$ 100.00 por año; la situación es equivalente a que el inversionista pague una prima de US\$ 100.00 por un seguro que cubra su eventual responsabilidad personal para proteger sus bienes no invertidos en la empresa.

La contratación de un seguro de ese tipo puede ser perfectamente racional. Un inversionista con medios modestos se sentirá mucho peor perdiendo US\$ 10,000.00 de sus bienes personales (como por ejemplo su automóvil) que perdiendo los US\$ 10,000.00 de una inversión destinada a la compra de

¹⁸ Ibid, loc cit.

¹⁹ Clark, Robert Charles. "Corporate Law" Little, Brown and Company. Boston-Toronto. pp. 8-10.

acciones y que fue voluntariamente discriminada de su inversión. Esto es consecuencia del principio de los rendimientos marginales decrecientes, según el cual dos pérdidas esperadas idénticas en dinero no generan necesariamente el mismo sufrimiento a la persona.

Por el contrario, el Banco encontrará menor riesgo en perder una parte del préstamo porque los costos de perseguir 50,000 automóviles pueden ser muy altos. Adicionalmente, el sufrimiento que tendría que soportar el Banco es sustancialmente menor en cuanto precisamente su negocio se vincula a evaluar y manejar riesgos de créditos, y por tanto ha diversificado sus inversiones para poder enfrentar las posibles pérdidas ocasionadas por los incumplimientos.²⁰

b) En segundo lugar, la responsabilidad limitada reduce los costos de transacción que tendría que enfrentar el Banco para otorgar el préstamo. Así, no es necesario que el Banco analice la capacidad de pago de los 50,000 inversionistas, ni que en caso de cobranza tenga que llevar a cabo 50,000 procedimientos distintos. El Banco se limita a analizar la capacidad de pago de la sociedad y establece la tasa de interés y los demás términos contractuales de acuerdo a tal análisis. Se reducen así los costos de evaluación y ejecución del crédito.²¹

Como hemos podido ver, existen diversas razones que sustentan la conveniencia de un régimen de responsabilidad limitada. Una buena pregunta, sin embargo, es por qué es necesario que la ley establezca tal principio. Quizás sería suficiente dejar en libertad a las partes para evaluar las ventajas y desventajas y establecer si desean o no responsabilidad limitada, colocándola en sus respectivos estatutos.

En la práctica es eso lo que sucede. Cuando los potenciales socios consideran que su compromiso exige asumir responsabilidades ilimitadas, pueden acudir a una forma societaria en la que no existe dicha limitación y, en consecuencia, responder personalmente por los perjuicios que puedan ocasionarse. Un buen ejemplo son las sociedades de profesionales, que por la naturaleza de los servicios que prestan, tendrán clientes a quienes no les interesa que la responsabilidad sea asumida por un ente

abstracto. Los clientes exigirán una responsabilidad personal de los socios.

Otra forma en que los socios asuman responsabilidad ilimitada es mediante avales o prestando garantía de otro tipo en favor de la sociedad.

El hecho de que determinados tipos societarios gocen, en principio, de responsabilidad limitada simplemente reduce los costos de transacción. Así, tanto los terceros que contratan con la sociedad, como los potenciales accionistas que concurren a la Bolsa, no tienen que revisar el estatuto ni ubicar a los accionistas para determinar qué tipo de responsabilidad tienen. Les bastará ver cuál es la forma societaria adoptada para entender los alcances de la responsabilidad de los socios. Ello ahorra tiempo y dinero.

En síntesis, todas las razones expuestas están vinculadas a la reducción de los costos de transacción, tanto para la adquisición e inversión en acciones, como para la contratación entre la sociedad y terceros. La responsabilidad limitada establece reglas claras que permiten una contratación más fluida, y un desarrollo más dinámico del mercado bursátil. Estos elementos han contribuido a que las corporaciones modernas puedan alcanzar las dimensiones patrimoniales y operativas que gozan hoy en día.

Sin embargo, estas ventajas no hacen que desaparezca el problema que comentamos. La responsabilidad limitada puede generar problemas en el tratamiento de la responsabilidad civil extracontractual, según lo que hemos expuesto en el punto anterior.

A la fecha, si bien el problema se ha presentado, aún no ha llegado a niveles que pudiéramos considerar insostenibles ni graves. La responsabilidad limitada puede generar, en ocasiones, una mala asignación de recursos por la vía de impedir que la sociedad internalice todos sus costos de operación, pero la evidencia empírica demuestra que sólo en casos muy excepcionales una empresa ha quebrado como consecuencia de un pago derivado de responsabilidad extracontractual. Esta evidencia explicaría, como señalan Hansmann y Kraakman, que incluso la doctrina más radical al respecto mantiene la responsabilidad limitada como la regla general.²²

²⁰ Ibid, loc cit.

²¹ Ibid, loc cit.

²² Hansmann y Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts". En The Yale Law Journal. Volumen 100, No. 7, Mayo 1991. pp. 1879-1880.

4. LOS PROBLEMAS DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LAS SOCIEDADES RESPECTO A LOS ACCIDENTES

Ya hemos analizado las funciones tanto de los sistemas de responsabilidad extracontractual como de los sistemas de responsabilidad limitada de las sociedades mercantiles. Si bien ambas funciones, por separado, pueden ser consideradas positivas, el cumplimiento simultáneo de ambas parecería entrar, en ciertas situaciones, en conflicto. Así, mantener la responsabilidad limitada podría frustrar el cumplimiento de los fines trazados en la responsabilidad civil extracontractual, es decir la descincantación de accidentes, la compensación a las víctimas y la reducción de los costos administrativos del sistema.

Por otra parte, eliminar la responsabilidad limitada en el caso de daños extracontractuales, podría hacernos perder los beneficios que dicha limitación trae al mercado de capitales y al desarrollo de las empresas en general.

La importancia de las funciones descritas hace que el conflicto no pueda resolverse fácilmente, pues la disyuntiva es "desvestir un santo para vestir a otro".

El perfil de las consecuencias de la regla de responsabilidad limitada en industrias que generan riesgos altos, y que por tanto pueden estar sujetas a una responsabilidad civil extracontractual importante, puede ser definido como uno en que las sociedades son sub-capitalizadas y la industria es sobre-capitalizada.

Estas consecuencias se acentuarán conforme la sociedad desarrolle actividades más riesgosas y sujetas a una responsabilidad mayor.

Cuando hablamos de "sociedad" nos referimos a la persona jurídica específica. Esto quiere decir que, precisamente, los inversionistas pueden fraccionar la actividad productiva en varias sociedades distintas, de manera de distribuir los riesgos y permitir que la responsabilidad limitada no se extienda más allá de la sociedad específica que ocasionó el daño. Esto deja libres a todas las demás personas jurídicas integrantes del grupo empresarial y, por supuesto, a los accionistas.

Un método es colocar las actividades muy riesgosas en subsidiarias distintas y que, según Lange, sería el método predominante en industrias como la del tabaco o las que producen desechos tóxicos en los Estados Unidos. Otra forma es dividiendo la actividad empresarial en muchas empresas distintas y pequeñas sin que éstas sean subsidiarias entre ellas. Así se presenta la situación de subcontratación de empresas independientes y pequeñas para cubrir actividades riesgosas. De esta forma se evita incurrir en responsabilidades que expongan al grupo empresarial. Como señala Lange, citando a Cook, luego del terrible derrame de petróleo de Exxon Valdez, la Shell Oil Company anunció sus planes de contratar empresas independientes para el transporte de crudo a fin de aislarse de las eventuales responsabilidades de un derrame similar.²³ No es necesario, pues, que todas las empresas pertenezcan al mismo grupo. La responsabilidad limitada puede estimular el retiro de empresas grandes de ciertas actividades riesgosas y, a la vez, incentivar la constitución de contratistas independientes, con menos capital, y que asuman estos riesgos.

Así, sin distinguir la modalidad utilizada, Ringleb y Wiggins encontraron que entre 1967 y 1980, el índice de formación de pequeñas sociedades en los Estados Unidos se incrementó notablemente en aquellas actividades caracterizadas por desarrollar actividades riesgosas, si se las compara con otras actividades que no conllevan los mismos riesgos.²⁴

La consecuencia, en uno u otro caso, es una sub-capitalización de las sociedades que conforman una industria. Esta sub-capitalización tiene, como ya hemos visto, dos causas. La primera se explica por los pocos incentivos que tienen las empresas para invertir en precauciones que reduzcan la cantidad de accidentes. Así, éstas no invierten en prevención de daños que no van a fin de cuentas a pagar.

La segunda causa es reducir el patrimonio que tendría que responder por un eventual accidente.

Pero sin perjuicio de sub-capitalizar la sociedad, se sobre-capitaliza la industria, es decir, se genera la entrada de demasiada inversión a la actividad. Como la responsabilidad limitada permite que parte de los costos de la actividad no sean asumidos por los agentes que la desarrollan (o que invierten para que se desarrollen), su efecto es similar al de un subsi-

²³ Lange, op cit, pp 22-23, citando a Cook, "An Easy Way Out of This Mess." *U.S. News & World Report*. Junio 25, 1990. pp 14-15. Citado por Hansmann y Kraakman, op cit, loc cit.

²⁴ Ringleb & Wiggins, "Liability and Large-Scale, Long Term Hazards." En *Journal of Politic Economics*, volumen 98, No. 574. 1990. Citado por Hansmann y Kraakman, op cit, p. 1881.

dio. El subsidio tendrá por efecto incentivar un exceso de inversión, es decir, la entrada de demasiadas empresas al mercado correspondiente. Esto va ligado a un sobreconsumo de los bienes y servicios ofrecidos por la industria. Como no todo el costo es asumido por las sociedades que concurren al mercado, estas pueden vender a precios inferiores, incentivando un consumo excesivo que no guarda proporción con los costos sociales de producción. El resultado es pues, una asignación ineficiente de los recursos.

Algún lector podría sostener que los fenómenos de sub-capitalización de la sociedad y de sobre-capitalización de la industria son contrarrestados por otros incentivos. Así, una empresa requiere contar con un capital suficiente como para poder ser sujeto de crédito. Debe mostrar a sus potenciales acreedores balances sanos y lo suficientemente sólidos como para generar confianza, y así poder obtener recursos financieros. El argumento es correcto, pero sólo parcialmente.

En primer lugar, si la empresa enfrenta riesgos altos que puedan dar lugar a una responsabilidad muy importante en términos cuantitativos, y por el contrario, no requiere para operar de importantes recursos financieros, la descapitalización le producirá más beneficios que perjuicios. En consecuencia, no contará con un patrimonio que podamos calificar de económicamente eficiente. Dependerá de la situación de cada empresa y de las ventajas que obtiene por el lado de evasión de responsabilidad, comparadas con las desventajas que aparecen por el menor acceso al crédito. En algunos casos prevalecerá un factor sobre el otro y llegaremos así a resultados distintos. Lo que sí es un hecho es que el desarrollo de industrias con capacidad de causar daños catastróficos, ha potencializado en los últimos años las desventajas sobre las ventajas de la capitalización adecuada en dichas industrias, y ha hecho más comunes los casos de sub-capitalización de empresas.

En segundo lugar, no debemos olvidar que una de las formas de evasión por medio del aprovechamiento de la responsabilidad limitada se presenta

en el caso de las subsidiarias o empresas vinculadas, las que han sido fraccionadas para aislar la responsabilidad entre ellas. Sin embargo, dicho fraccionamiento para fines del pago de indemnizaciones por accidentes, no necesariamente afecta la capacidad de crédito. Es común que dentro de un grupo empresarial unas empresas constituyan garantías en favor de las otras, a fin de aumentar el crédito del grupo. En consecuencia, en el momento de evaluar la capacidad de respuesta patrimonial, los acreedores potenciales de créditos contractuales no se limitarán a evaluar el patrimonio de una sola sociedad, sino la capacidad del grupo en su conjunto, en cuanto unas sociedades ofrecen garantías en favor de las otras. Incluso los propios accionistas pueden ofrecer garantías para potencializar el crédito del grupo, sin que ello beneficie a los acreedores extracontractuales. En tal circunstancia, veremos un perfecto uso de la sub-capitalización evasora de responsabilidad, sin necesidad de reducir la capacidad de obtener créditos del grupo considerado en su conjunto.

Estos fenómenos se ven incluso acentuados por otras regulaciones legales. Ello sucede, por ejemplo, con las normas de concurrencia en caso de insolvencia de empresas. En caso de que el patrimonio de la sociedad no alcanzara para pagar a todos los acreedores, los bancos o entidades que hubieran podido conceder créditos tienen ventajas para el cobro respecto a los acreedores extracontractuales.

Es común que quienes conceden créditos exijan, a cambio, la constitución de garantías. De tratarse de garantías reales, en caso de insolvencia del deudor, estos acreedores cobrarán antes que aquellos que carecen de tales garantías, como lógica consecuencia del derecho real con que cuentan. Por el contrario, no es esperable que los acreedores extracontractuales tengan constituidas garantías reales antes del accidente, ni que luego de ocurrido éste, el causante acepte constituir las para asegurar el pago de la indemnización. En consecuencia, el acreedor extrancontractual cobrará luego que el acreedor financiero. Así lo establecen las normas de preferencia en caso de insolvencia.²⁵

²⁵ El Artículo 7 del Decreto Ley No. 26116, establece que el orden de preferencia de los créditos es el siguiente:

- 1.- Los créditos que tengan como origen el pago de remuneraciones y beneficios sociales a los trabajadores.
- 2.- Los créditos alimentarios.
- 3.- Los créditos que tengan como origen tributos.
- 4.- Los créditos garantizados con hipoteca, prenda o anticresis por el deudor respecto de los bienes afectados a la garantía.
- 5.- Los demás créditos según su antigüedad; si tienen la misma antigüedad y constan en un registro según el orden que han sido inscritos y si no se puede establecer de manera cierta la antigüedad se pagarán a prorrata.

Esta relación ha sido parcialmente modificada por el Artículo 6 del Código Tributario según el texto aprobado por el Decreto Legislativo No. 773, que colocó el crédito tributario detrás de aquellos créditos garantizados con hipotecas o derechos reales inscritos en el correspondiente registro.

Bajo este esquema la sociedad puede, frente a su necesidad de capital, recurrir al endeudamiento respaldado con las garantías reales de sus propios bienes. Ello le permitirá mantener su capacidad de crédito y sustraer los pocos bienes con los que hubiera podido responder a las indemnizaciones que tenga que pagar, aprovechando la preferencia del acreedor con garantías reales. En tal situación también se pueden minimizar los aportes de capital y obtener, a la vez, los recursos necesarios para las operaciones de la sociedad por medio del financiamiento de terceros.

Así, podemos concluir que, si bien no podemos ver la sub-capitalización de la sociedad y la sobre-inversión en la industria como fenómenos generalizados, sí se pueden presentar en ciertas circunstancias. Estas circunstancias serán más comunes en actividades que, por su naturaleza, impliquen mayores riesgos de ocasionar daños extracontractuales.

Pero, además de los problemas reseñados, debemos considerar que el transcurso del tiempo en la manifestación de ciertos daños también contribuye a acentuar las consecuencias negativas de un uso inadecuado e ineficiente de la responsabilidad limitada.

Muchos de los daños que ocasionan las empresas tienen períodos de maduración relativamente largos, esto es que entre el desarrollo de la actividad y la aparición del daño suelen transcurrir varios años, e incluso varias décadas. Ello sucede, por ejemplo, con los productos o actividades cancerígenas, en las que la enfermedad aparece varios años después de que la víctima ha estado expuesta al producto o actividad riesgosa. Este período de “maduración del daño”, complica el funcionamiento de los sistemas de responsabilidad civil por las siguientes razones:

a) El transcurso del tiempo complica las relaciones de causalidad. Como bien dicen Cooter y Ulen, en el

caso de que alguien sufra cáncer es difícil determinar si ello es consecuencia del consumo de un medicamento, del hecho de que fumaba, de que trabajó en una fábrica de asbesto sin las medidas de seguridad adecuadas o en general estuvo expuesto a otras sustancias cancerígenas²⁶.

b) La existencia de un largo período de tiempo entre la realización de la actividad que causa el daño y la manifestación de este último hace que la mayor parte de las pruebas o hayan desaparecido o sean inubicables²⁷. Por ejemplo puede ser que las víctimas no recuerden la marca de un producto o el nombre de un medicamento utilizados hace 10 años atrás y en caso de recordarlo, tendrán grandes problemas para demostrar que, efectivamente, fue ese el que se consumió. Ello complica tremendamente la posibilidad de prueba.

c) Los administradores de una empresa (directores y gerentes), que por su naturaleza rotan y cambian en períodos de tiempo relativamente cortos, no se preocupan por daños que puedan aparecer 30 años después, simplemente porque estarán en sus casas gozando de su jubilación.²⁸

d) Dado que la sociedad puede calcular el período de maduración de ciertos daños, podría optar por disolverse y liquidarse antes de que los daños comiencen a manifestarse. Este factor hace, como señalan Hansmann y Kraakman, que se exacerben los efectos de la responsabilidad limitada en el caso de los daños extracontractuales²⁹. Así, una sociedad podría utilizar el mecanismo de responsabilidad limitada para disolverse, constituir con el patrimonio de la sociedad disuelta una nueva que desarrolle el mismo fin, y aislar así a la segunda de la eventual responsabilidad que pudiera haber generado la primera. En los Estados Unidos, varios Estados tienen regulaciones que establecen responsabilidad de los accionistas por las deudas de la sociedad, incluidos los daños extracontractuales, por un período fijo

Ninguna de las normas mencionadas establece alguna preferencia en favor del acreedor extracontractual, el que queda colocado en quinta y última prioridad, es decir, en los “demás créditos”. Incluso, dentro de estos, corre el riesgo de encontrarse en último rango pues no existe ningún registro que le conceda fecha cierta. Sin embargo, podría eventualmente considerarse que la sentencia que reconozca los daños y perjuicios le de fecha cierta a la obligación. Lo que sí es claro es que el acreedor extracontractual cobrará luego del acreedor contractual que goce de garantías reales.

²⁶ Cooter, Robert y Thomas Ulen. “*Law and Economics*” Harper Collins Publishers. pp. 418-419.

²⁷ Ibid, p. 419.

²⁸ Schoeder, Christopher H. “*Corrective Justice and Liability for Increasing Risks*”. En *UCLA Law Review*. Vol. 37, pp. 475-476. La situación creada por los tres factores antes mencionados fue utilizada en un artículo nuestro para justificar una modificación del régimen de causalidad. Ver Bullard, Alfredo “Causalidad Probabilística: El problema de los Costos Administrativos en el Diseño de un Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual.” En *Ius Et Veritas* No. 3, pp. 3-12.

²⁹ Hansmann y Kraakman, op cit, loc cit.

que oscila entre los tres y los cinco años, luego de la disolución de la empresa a fin de neutralizar este efecto.³⁰

Así, la naturaleza de los daños involucrados, unida a las formas de organización empresarial predominantes, pueden convertirse en mecanismos disfuncionales para un correcto funcionamiento del sistema de responsabilidad civil.

En el Perú el problema parecería no haber alcanzado una presencia importante. De hecho desconocemos a la fecha un caso judicial en que se haya planteado este problema, o que exista una consciente actitud de organización empresarial dirigida a utilizar la responsabilidad limitada como un mecanismo de evasión real e ineficiente de los sistemas de responsabilidad civil extracontractual.

Las razones de esto pueden ser dos:

a) En primer lugar, el menor desarrollo económico del país hace más difícil encontrar empresas que hayan incorporado riesgos de tan alta magnitud como para justificar cambiar la forma de organización empresarial. Si bien existen actividades ultrarriesgosas que pueden acarrear tremendas consecuencias en términos de daños, éstas pueden ser menos frecuentes y menos riesgosas de las que se pueden encontrar en países desarrollados. Existen pues menos incentivos para utilizar, de la manera descrita, la responsabilidad limitada.

De ser correcta esta apreciación, la manifestación del problema será cuestión de tiempo, y llegará al país conjuntamente con la aceleración de su desarrollo y de la inversión extranjera y nacional.

b) Una segunda razón, que parece la más importante, es que nuestro sistema de responsabilidad civil es ya de por sí disfuncional. Es difícil obtener una indemnización, dada la actitud actual de las Cortes y la situación de nuestra legislación, y en el caso de

que se obtenga una, ésta es baja, totalmente subcompensatoria³¹. Ello hace que las empresas no tengan necesidad de establecer complicadas formas de organización para evadir una responsabilidad que el propio sistema se encarga de aislar. Estas disfunciones conseguirán el efecto de sobre-inversión en la industria (por la vía del subsidio concedido por las Cortes que no conceden indemnizaciones adecuadas) sin necesidad de conducir a una subcapitalización de la empresa. Ello, sin embargo, no quiere decir que no debemos preocuparnos del problema. Cualquier reforma que mejore la *performance* del sistema de responsabilidad civil creará, indirectamente, incentivos para que las empresas evadan la responsabilidad que actualmente el sistema no les traslada.

En todo caso, debe quedar claro que este es un problema real, que tarde o temprano se manifestará en nuestro país, si es que aún no ha comenzado a hacerlo. Por ello debemos pensar y meditar sobre las posibles soluciones que pudieran darse y que serán descritas en los puntos siguientes.

5. LA ELIMINACION DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA

Una primera posible solución es la eliminación de la responsabilidad limitada para el caso de daños extracontractuales. Esta regla implicaría que es posible mantener la limitación en el caso de los daños contractuales³², pero en el caso de accidentes, los accionistas no podrían oponer como defensa de su patrimonio la responsabilidad limitada. Esta eliminación de la limitación no sólo implica modificar las características esenciales reconocidas actualmente en la ley para ciertas formas societarias, sino prohibir la inclusión de un pacto con efectos análogos dentro de los Estatutos de personas jurídicas y que sea oponible a terceros. Se trataría entonces de una norma de orden público, basado en la idea de evitar tanto la sub-capitalización de empresa como la sobre-inversión en la industria.

³⁰ Ver, por ejemplo la sección 278 de la Ley General de Corporaciones de Delaware (1990) según la cual no se pueden evitar las acciones planteadas dentro de los tres años posteriores a la disolución o el Modelo de Acta de Negocios Corporativos (1984) en su sección 14.07 (c) (3) según la cual la responsabilidad se extiende por cinco años. Los accionistas son responsables a prorrata por las deudas por el íntegro de los recursos no distribuidos o por el monto que hayan recibido en la liquidación. Citados por Hansmann y Kraakman, op cit, loc cit, p. 1884.

³¹ Para confirmar ello basta revisar Falla Jara, "La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Perú: Análisis de un Fracaso". Tesis para optar por el título de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Febrero de 1993. En este trabajo se confirma lo ridículo de los montos compensatorios concedidos por las Cortes en el período 1986-1989.

³² Esto teniendo en cuenta que, la solvencia y posibilidad de conocer la situación patrimonial de la empresa antes de contratar con ella, es suficiente para conseguir incentivos de capitalización adecuada para responder por las obligaciones que se asuman.

Dentro de un esquema que elimine la limitación para los daños extracontractuales, caben a su vez dos posibles reglas, como bien señalan Hansmann y Kraakman: la responsabilidad solidaria de los accionistas, de manera que todos o cualquiera de ellos puedan ser demandados por el íntegro de los daños ocasionados, o la responsabilidad mancomunada en la que la indemnización se distribuye a prorrata entre los accionistas según su porcentaje de participación en el capital de la sociedad³³.

Según Hansmann y Kraakman los terribles efectos que la responsabilidad ilimitada impondría en la actividad económica, especialmente en el mercado de valores, parten de la premisa de un sistema de responsabilidad solidaria. Sin embargo ellos consideran que lo mismo no ocurriría bajo un sistema que distribuya la responsabilidad a prorrata. Así, sostienen que, bajo esta última regla, las acciones tendrán valores predecibles e identificables, eliminado casi por completo los males que plantea la doctrina para la responsabilidad solidaria.³⁴

Para quienes defienden la eliminación de la responsabilidad limitada en daños extracontractuales, los sistemas de Derecho Societario confundieron la situación de los acreedores contractuales con la de los causantes de daños extracontractuales. Producto de esta confusión asimilaron los efectos de ambas situaciones, sin tener en cuenta los problemas que podían ocasionarse. La confusión se ha mantenido por mucho tiempo gracias a la complicidad de la realidad: es difícil encontrar un caso en el que una empresa haya quebrado como consecuencia de la responsabilidad asumida por un accidente. Recién en los últimos años se han presentado problemas en que la insolvencia de la empresa perjudicaba al deudor extracontractual, como consecuencia tanto del desarrollo tecnológico, del crecimiento empresarial, y del propio desarrollo de los sistemas de responsabilidad civil, que permitieron que las empresas respondieran realmente por los perjuicios ocasionados.

A lo dicho Hansmann y Kraakman añaden que la regla de responsabilidad limitada fue adoptada mucho antes de que la utilización de subsidiarias, uno de los principales métodos de evasión de responsabilidad, tuviera un uso difundido.³⁵

Quienes proponen la eliminación de la responsabilidad limitada y la implantación de un sistema de responsabilidad mancomunada a prorrata entre los accionistas, consideran que el problema de los accidentes puede resolverse de esa manera. Sin embargo, consideramos que subestiman los costos de transacción que un sistema de responsabilidad ilimitada, incluso con una regla de responsabilidad mancomunada, puede generar. Parece lógico que efectivamente la mancomunidad genere menos costos, en términos de mercado, que la solidaridad. Alivia efectivamente los costos de monitoreo de otros accionistas y mantiene la homogeneidad de las acciones. Pero de ello no se puede derivar que los costos siguen siendo insignificantes. Cuando hablamos de sociedades abiertas el problema es aún más complejo. De hecho ya es difícil garantizar la transparencia de los mercados de valores bajo un esquema de responsabilidad limitada. Si bien los accionistas o potenciales inversionistas sólo ven en riesgo el monto aportado, igual se generan problemas de información asimétrica respecto a los riesgos que rodean las inversiones en las empresas.

Cuando hablamos de riesgos extracontractuales futuros, la contingencia es muy difícil de calcular. Si bien el accionista también se ve afectado por el riesgo contractual, en tanto puede perder su capital aportado, éste puede manejar mejor sus riesgos limitando el patrimonio que invierte y diversificando sus inversiones.

Al problema de los costos de transacción se añade el de la ejecución de un fallo que haga responsable a los accionistas. En sociedades cerradas este problema es menos complejo. La movilidad en la identidad de los accionistas es menor y su número es relativamente reducido. En consecuencia, el acreedor podría identificarlos y hacerlos responsables. Pero frente a una sociedad abierta, conseguir ejecutar un fallo contra miles de accionistas distintos es bastante complejo. Las acciones pasan de mano día a día u hora a hora y, en el caso de países que admiten acciones al portador, la posibilidad de identificar a sus titulares es bastante remota. A ello debe añadirse el problema de cuál es la estructura del accionariado que debe ser considerada para efectos de distribuir responsabilidad. Podría ser, por ejemplo, el accionariado vigente a la fecha en

³³ Hansmann y Kraakman, op cit, p. 1892.

³⁴ Ibid, p. 1903. De la misma posición es Leebron, "Limited Liability, Tort Victims, and Creditors" Center for Law & Economic Studies, Columbia University School of Law. Borrador de Trabajo No. 48, citado por Hansmann y Kraakman, op cit, loc cit.

³⁵ Hansmann y Kraakman, op cit, p. 1926.

que se tomaron los acuerdos y decisiones que ocasionaron los daños. Pero también podría ser el accionariado vigente a la fecha del accidente o a la fecha de manifestación del daño, fechas estas últimas que no necesariamente coinciden. También podría considerarse la fecha de disolución y liquidación de la empresa si es que la disolución sirvió de estrategia para evadir responsabilidad. O podría, por ejemplo, decirse que es la fecha de la demanda, o la fecha de la sentencia. Los problemas que se plantean no son fáciles de solucionar.

Creemos que la eliminación de la responsabilidad limitada puede traer más males que bienes. Finalmente existe consenso en que la problemática de la evasión de responsabilidad por medio de la utilización de la responsabilidad limitada, constituye un problema que, hasta la fecha, se ha manifestado relativamente pocas veces. Si bien todo indica que en los años siguientes podría agravarse, parecería que las consecuencias de la eliminación de la responsabilidad limitada, al menos al día de hoy, pueden ser mucho más perjudiciales que beneficiosas.

6. REGULACION ADMINISTRATIVA DE ACTIVIDADES RIESGOSAS

Una segunda alternativa podría ser una mayor regulación estatal en torno a actividades riesgosas como las que suelen desarrollar las sociedades. Esto persigue prevenir el daño antes que ocurra, por la vía de establecer estándares que deben ser cumplidos *ex ante* por las empresas.

Esto ocurre, por ejemplo, con cierta frecuencia, en el campo del Derecho Ambiental, en el que se dictan una serie de normas dirigidas a evitar los daños al medio ambiente. Estaríamos frente a lo que Calabresi califica como "*specific deterrance*" o desincentivos específicos en contraposición con lo que denomina el "*general deterrance*" o desincentivos generales.³⁶ El desincentivo general no es otra cosa que el sistema de responsabilidad civil, que atribuye la obligación de pago de daños luego de ocurrido el accidente. El sistema de desincentivos específicos busca evitar el accidente antes de que ocurra por la vía de prohibir ciertas actividades o regular la forma cómo estas deban desarrollarse. Para cumplir estas metas recurre a las sanciones administrativas o al sistema penal.

El problema de la regulación administrativa es que implica un intervencionismo peligroso en la activi-

dad económica. Limita la libertad con la que actúan las empresas, lo que necesariamente aumenta los costos de producción y, por tanto, los precios de los productos. Pero además lo hace sin que necesariamente se esté reduciendo los costos de los accidentes. En términos generales la intervención del Estado en la actividad económica ha sido ineficiente e inefectiva.

Normalmente quienes asumen los costos de tal intervención son los consumidores, que ven reducidas sus opciones o se ven obligados a pagar precios mayores por los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.

Por ejemplo, hace unos años, en los Estados Unidos, se pretendió prohibir administrativamente la utilización de asbesto cemento en distintos productos de consumo como tuberías o techos aligerados. Los fundamentos de la prohibición eran supuestos estudios basados en los efectos del asbesto en las personas que pudieran estar expuestas a dicho material. Sin embargo, tal prohibición administrativa fue anulada por el sistema judicial federal, pues quedó claro que sólo estaban demostrados los efectos nocivos del asbesto en aquellos trabajadores que laboraron en la fábrica de estos materiales, sin tomar las medidas adecuadas de seguridad. La decisión inicial fue bastante grave en la economía. Los consumidores vieron reducidas sus opciones y se vieron obligados a pagar por productos peores y, a veces, más caros, a pesar de que la decisión de la Corte demostró posteriormente que la regulación estaba equivocada.

Es evidente que la regulación administrativa, en tanto las reglas estuvieran adecuadamente elegidas y fueran efectivamente aplicadas, haría innecesaria la modificación de la regla de la responsabilidad limitada, en tanto no se producirían accidentes. Lamentablemente somos muy escépticos respecto de que esas reglas puedan ser adecuadas, pues la experiencia demuestra que tienen más errores que aciertos. Por ello la descartamos como una solución integral por considerarla excesivamente intervencionista, inefectiva y atentatoria contra la libertad económica.

7. LOS SISTEMAS DE COBERTURA OBLIGATORIA

En realidad se trataría de variables de regulación administrativa, que por su especificidad consideramos deben recibir un tratamiento aparte. Bajo este

³⁶ Calabresi, *op cit.* pp. 68-69.

concepto podemos encontrar básicamente dos modalidades. La primera es la exigibilidad de capitales o patrimonios mínimos a las sociedades, los mismos que podrían estar vinculados a los niveles de riesgo de las actividades que puedan ser desarrolladas por las empresas.³⁷

La segunda modalidad es establecer la obligación de contratar seguros que cubran los riesgos derivados de las actividades riesgosas de las empresas. La cobertura de tales seguros y las condiciones de contratación son establecidas por las normas legales pertinentes.³⁸

Mientras el sistema de regulación administrativa en general busca que no ocurran accidentes, o que ocurran sólo cuando ello sea eficiente, el sistema de cobertura obligatoria se preocupa porque exista siempre un patrimonio que responda por los daños que pudieran causarse.

Las críticas hechas al sistema de regulación administrativa pueden ser trasladadas a estos sistemas de cobertura obligatoria. Nada garantiza que la decisión estatal en torno a la necesidad de un seguro, su monto de cobertura y los términos de contratación del mismo nos conduzca a una solución eficiente y a una decisión adecuada. Por el contrario, los errores de la administración generarán sobrecostos a la actividad económica. Dichos sobrecostos son trasladados finalmente a precios, con la consiguiente reducción de opciones a los consumidores.

Estos regímenes obligan a las partes a contratar bienes que no desean o a entrar en términos contractuales que no comparten. Así, podríamos tener el caso de empresas obligadas a sobrecapitalizarse con recursos que finalmente no necesitan o a contratar seguros que no resultan adecuados.

Este tipo de regulaciones limitan el acceso de empresas al mercado, al elevar los costos, sea por requerimientos de capital o por forzar la contratación de seguros, propendiendo a la generación artificial de monopolios y oligopolios. Esto a su vez

repercute en la elevación de precios, tanto por la limitación a la competencia, como por la elevación de los costos mismos de la empresa, que son trasladados al precio.

Además, el establecimiento de un régimen de seguro obligatorio puede conducir a un mayor intervencionismo estatal en el mercado de seguros, a fin de corregir las distorsiones creadas por la propia intervención legislativa del Estado.

Como señalan Hansmann y Kraakman, otro problema de los sistemas de cobertura obligatoria es su falta de flexibilidad. Así, sin perjuicio de los problemas operativos de poner en funcionamiento un sistema de este tipo, es imposible identificar un nivel de cobertura único que sea satisfactorio para todas las industrias y empresas de diferentes dimensiones y diversos niveles de tecnología. Además los reguladores tendrán grandes problemas para adquirir la información necesaria para establecer las reglas más adecuadas sobre los tipos de cobertura a adoptarse, sobre todo porque la magnitud de los daños extracontractuales cambiará rápidamente con el tiempo, conforme se consolide el desarrollo tecnológico. Ponen, como ejemplo, el caso de la industria de taxis, citando el caso *Walkovsky v. Carlton*, mencionado al inicio del presente trabajo, en el que la cobertura del seguro obligatorio terminaba siendo insuficiente para resolver el problema real de los daños ocasionados. Es pues muy fácil que los montos de cobertura de desactualicen tanto hacia arriba como hacia abajo.³⁹

Todas estas razones hacen aparecer como poco recomendable un sistema de cobertura obligatoria, sea mediante capitales mínimos o mediante seguros obligatorios, basado en la intervención y decisión del Estado.

8. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Otra alternativa es establecer la responsabilidad de los administradores de la sociedad (directores y gerentes) por los daños extracontractuales. Esta

³⁷ En el Perú ello sucede, por ejemplo, con las entidades bancarias que deben cumplir con requerimientos mínimos de capital. La lógica es proteger al público del riesgo de insolvencia de la empresa bancaria. Si bien no se trata de un típico caso de responsabilidad extracontractual, sí nos muestra una situación en la que el Estado interviene con la intención de proteger al público contra la eventual insolvencia de la empresa.

³⁸ Esto se da en situaciones como el transporte aéreo, en el que las leyes establecen la necesidad de contratar pólizas de cobertura mínima para poder desarrollar la actividad.

³⁹ Hansmann y Kraakman, op cit, p. 1927. Debemos destacar que, de alguna manera, los costos de información que enfrentan los burócratas sobre los niveles de cobertura tienen el mismo origen que los que enfrentarían los accionistas si tuvieran que evaluar, al detalle, los niveles de riesgo de la responsabilidad extracontractual, si la responsabilidad fuera ilimitada. Es pues un problema de costos

posición parte de la idea que los administradores tienen el manejo efectivo de los actos de la sociedad, y por tanto pueden tomar las medidas necesarias para reducir la cantidad de accidentes. Asimismo, los administradores exigirán a los accionistas aportes patrimoniales suficientes, tanto para tomar precauciones, como para responder por los eventuales daños que pudieran ocasionarse. Así, tratarían de preservar sus patrimonios personales por medio de decisiones empresariales adecuadas en torno a la problemática de la responsabilidad civil extracontractual de la empresa.

Se pueden plantear, sin embargo, importantes objeciones a esta posición. Un sistema de este tipo podría crear incentivos a la sobreinversión en medidas de seguridad, consiguiendo una ineficiente asignación de recursos o, simplemente, generar grandes incentivos para la renuncia de los administradores.⁴⁰

De hecho, si los administradores cuentan con patrimonios reducidos en relación a los montos que pudieran resultar involucrados en caso de daños extracontractuales, trasladarán la aversión al riesgo sobre el potencial sacrificio de su patrimonio personal a la actividad de la propia empresa. La empresa no se manejaría entonces en base a su propia capacidad patrimonial para enfrentar y manejar riesgos, sino a la capacidad de sus administradores, determinada a su vez por sus patrimonios personales, la que puede ser sustancialmente distinta. Ello conduce a decisiones de administración ineficientes, que priorizan la protección del patrimonio personal sobre la adecuada *performance* de la sociedad en su actividad económica.

9. MODIFICACION DE LAS NORMAS DE PRIORIDAD EN CASO DE INSOLVENCIA

Otra posibilidad es modificar las prioridades de cobro en caso de insolvencia de la empresa, colocando a los acreedores extracontractuales delante de los acreedores contractuales, incluso en el supuesto de que existieran garantías en favor de estos últimos.⁴¹

Una medida de este tipo podría generar una mayor y mejor cobertura de seguros por parte de las empresas. Así, un acreedor contractual solicitará garantías adicionales a una hipoteca o a una prenda. Pedirá que un futuro y eventual acreedor extracontractual no pueda privarlo de cobrar su crédito. Ello forzará a las empresas a demostrar a los bancos y proveedores que cuentan con adecuados seguros que protegen su patrimonio contra el cobro de una indemnización, o que tiene patrimonio suficiente como para no poner en riesgo las garantías que haya podido otorgar a sus acreedores contractuales. Incluso podría demostrar que toma las medidas adecuadas para evitar accidentes graves.

En términos teóricos tal solución podría parecer adecuada. El incentivo generado por las necesidades de crédito empujaría la capitalización o la cobertura adecuada de los riesgos de los accidentes. Pero esta solución tampoco está libre de objeciones.

Si visualizamos a los potenciales acreedores contractuales como inversionistas que prestan dinero a la empresa o le suministran a crédito bienes y servicios, el riesgo de no cobro por la eventual responsabilidad extracontractual de su deudor no termina siendo nada distinto a un riesgo de inversión. Sin embargo, los costos de transacción para evaluar dichos riesgos (daños extracontractuales) no son necesariamente bajos. Puede ser complicado para un Banco, y quizás más para un proveedor de insumos, comprender y evaluar los riesgos de accidentes que enfrenta un potencial deudor. Ello hará que no pueda evaluar adecuadamente la cobertura de capitalización o de seguros que se adopte. En consecuencia, será más difícil negociar y concertar un crédito. Ello reduciría los recursos financieros de los que puede disponer la empresa, haciéndole perder dinámica a su actividad.

El problema sería en algún grado similar al que enfrentarían los inversionistas en Bolsa de existir responsabilidad ilimitada: los costos de transacción hacen difícil que puedan medir sus riesgos reales de inversión como consecuencia de la eventual respon-

de transacción, que puede regresar como una crítica hacia la posición de estos autores en favor de la responsabilidad ilimitada. Sin embargo, ellos señalan, con razón, que siempre el sistema de responsabilidad ilimitada será más flexible, pues los accionistas pueden administrar el riesgo de una manera más barata por la vía de diversificar sus inversiones. El sistema permitirá a los propios accionistas o a sus administradores, establecer claramente que parte del riesgo puede ser asumido por medio de una mayor capitalización, por medio de la contratación de seguros o simplemente dejando el riesgo en cabeza de los accionistas. Si bien el sistema es más deseable que el dejar la misma decisión en un burócrata, los costos de esa decisión pueden igual generar desincentivos a la inversión y afectar el mercado de capitales por los altos costos de transacción que implicarían.

⁴⁰ Para un mayor desarrollo de este punto revisar Kraakman, "Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls". En Yale Law Journal, Volumen 93, pp 869-871 (1984). Citado por Hansmann y Kraakman, op cit, p.1929.

⁴¹ Como ya hemos dicho, puede apreciarse tanto del Artículo 7 del Decreto Ley No. 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, como del Artículo 6 del Código Tributario, que los créditos de acreedores extracontractuales son considerados créditos comunes, sin privilegio ni preferencia alguna, detrás de los créditos con garantías reales.

sabilidad extracontractual. Las contingencias extracontractuales se encuentran quizás entre las más difíciles y complicadas de medir y predecir.⁴² Esta incertidumbre se reflejará o en un aumento del costo del crédito (pues el potencial acreedor provisionará el riesgo esperado en caso de insolvencia por el pago de una indemnización contractual) o simplemente por la reducción de opciones de crédito al desincentivarse el mismo por la elevación de los riesgos en que haya que incurrir.

Si bien esta alternativa puede ser efectiva en algunos casos, es difícil predecir la magnitud de los costos de transacción que evidentemente generará.⁴³

10. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA

Una de las figuras doctrinarias que se suelen utilizar o invocar para el caso del abuso del derecho que concede la responsabilidad limitada, es el llamado "levantamiento del velo de la personalidad jurídica". De acuerdo a esta doctrina, recogida tanto en el sistema anglosajón como en el sistema románico-germánico, es posible, bajo ciertas circunstancias especiales y excepcionales, levantar los efectos que genera la separación de la personalidad jurídica de una persona moral respecto de la de sus integrantes, en particular respecto de la responsabilidad limitada considerada como la existencia de dos patrimonios perfectamente diferenciables en cuanto activos y pasivos.

Como señala De Angel Yagüez:

"... si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza como una finalidad fraudulenta y de forma desajustada respecto a lo que constituye la justificación de dicha figura, los Tribunales podrán descartarla o prescindir de ella o de algunas de las consecuencias que de la misma dimanar, como puede ser la de la separación absoluta entre la persona social y cada uno de sus socios, con la correlativa separación de sus respectivos patrimonios."⁴⁴

De alguna manera el "levantamiento del velo societario" es una forma parcial de responsabilidad ilimitada. La diferencia con la propuesta de Hasmann y Kraakman es que ellos proponen una responsabilidad ilimitada general para el caso de daños extracontractuales, mientras que la teoría del "levantamiento del velo" elimina la responsabilidad limitada en ciertos casos específicos que, a la fecha, ni la doctrina ni la jurisprudencia han podido definir con toda precisión.

Sin duda el "levantamiento del velo societario" plantea un conflicto entre la seguridad jurídica y ciertos principios de justicia, estos últimos nunca definidos con claridad. En términos de Análisis Económico puede entenderse como un conflicto entre la generación de costos de transacción derivados de la inseguridad que genere una doctrina con linderos vagos y pocos precisos, y una justicia en el caso concreto que pretende evitar un uso fraudulento de ciertas figuras y formalidades jurídicas.

Kraakman señala que la vaguedad de la doctrina del "levantamiento del velo societario" hace de su aplicación algo realmente difícil. En algunos casos las Cortes han requerido que el accionista, al que se quiere hacer responsable, tenga un dominio completo de las decisiones societarias usadas para cometer el fraude o acto que causó el daño, sea éste contractual o extracontractual. En otros casos las Cortes han exigido que se demuestre que se utiliza la personalidad jurídica más allá de sus propósitos legítimos, de manera que se produzcan injusticias o consecuencias inequitativas. En lo único en que coinciden las Cortes es que el uso de esta doctrina debe ser muy excepcional. El problema, según Kraakman, es cuán excepcional debe ser su uso. Son muchos los factores que típicamente influyen en la decisión de levantar el velo de la personalidad jurídica: utilización de las formalidades de la personalidad jurídica, subcapitalización, número reducido de accionistas, participación activa de los accionistas en el manejo de la sociedad, y muchos otros elementos que no siempre se presentan todos juntos

⁴² No por nada los teóricos del Análisis Económico del Derecho encuentran precisamente la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual en la existencia de costos de transacción significativos en esta última. Según el Teorema de Coase, la ausencia de costos de transacción permite al sistema de mercado llegar a la solución más adecuada por medio de la negociación contractual. Pero cuando esos costos de transacción son elevados, el mercado nos puede conducir a resultados inadecuados e ineficientes. Este problema, muy claro entre víctimas y causantes que no pueden predecir, y por tanto negociar previamente cómo asignarán su responsabilidad en caso de un accidente, se traslada a las relaciones entre las empresas y sus accionistas o potenciales acreedores contractuales, que también tendrán problemas para prever y negociar previamente las consecuencias de un accidente.

⁴³ Este tema será analizado en detalle más adelante. Las objeciones planteadas no necesariamente descalifican la propuesta, como veremos.

⁴⁴ De Angel Yagüez, Ricardo "La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Reciente Jurisprudencia". Editorial Civitas S.A.. Segunda Edición p. 18.

y que son exigidos por las Cortes en combinaciones no necesariamente predecibles.⁴⁵

Debemos destacar que no estamos frente a una doctrina creada específicamente para proteger a las víctimas extracontractuales. Esta doctrina puede utilizarse indistintamente para cualquier tipo de crédito, sin importar su origen.

Clark coincide con la posición de Kraakman sobre la vaguedad de la doctrina y sobre los graves problemas que ésta puede generar en términos de costos de transacción. Para ello cita, como ejemplo, el texto de una resolución judicial norteamericana que enumera los requisitos para que proceda la aplicación del levantamiento del velo societario:

“... deben probarse tres elementos: (1) Control, no simplemente la mayoría o el control total del accionariado, sino un dominio completo, no sólo de las finanzas, sino además de las políticas y prácticas de negocio referidas a la transacción cuestionada de manera tal que la sociedad involucrada en dicha transacción no tenga al momento en que la llevó a cabo una mente o intención distinta; y (2) Tal control debe haber sido usado por el demandado para cometer un fraude o un acto indebido, para perpetrar la violación de una norma u otro deber legal positivo, o un acto deshonesto o injusto en contravención de los derechos legales del demandante; y (3) El mencionado control y el incumplimiento de la obligación debe ser causa próxima del daño o de la pérdida injusta de la que se recurre...”⁴⁶

Como señala Clark, la parte clave de la fórmula citada es el segundo elemento. Según la formulación de la Corte, los accionistas que mantienen el control sobre la sociedad serán responsables de las deudas de la misma cuando ellos hayan hecho que ésta cometa un “fraude o acto indebido” (la mayoría de casos que han llegado a las Cortes no involucran la violación de una obligación contenida en una norma legal). Según Clark esta formulación llama a preocupación. Difícilmente nos puede dar una idea concreta sobre qué conductas se encuentran comprendidas y cuáles no, bajo la esfera de la doctrina

de “levantamiento del velo”. Es difícil aconsejar a un cliente sobre si debe o no debe llevar a cabo un acto que pueda traer como consecuencia su responsabilidad personal, en base a una definición tan gaseosa. Clark propone que se busquen elementos más objetivos de definición, que nos permitan predecir con mayor certeza el resultado o las consecuencias de un acto determinado.⁴⁷

Las similitudes entre la doctrina del levantamiento del velo y la doctrina del abuso del derecho son evidentes, a tal extremo que creemos que no es equivocado afirmar que la primera no es más que la expresión de la segunda en el campo de las personas jurídicas.

Al igual como ocurre con la doctrina del abuso del derecho, pueden tenerse dos perspectivas bajo las cuales se pueden formular sus principios básicos. La primera aproximación, a la que llamaremos subjetiva, califica la ilegalidad del acto en base a la intención de quien lo realiza. Esto quiere decir que el análisis de la voluntad subjetiva del accionista es el que nos arrojará luces sobre la posibilidad de “levantar el velo”. Esto se desprende de algunos elementos de la doctrina, tales como la exigencia de un control sobre los actos de la sociedad o la intención de llevar a cabo un fraude o acto ilícito, que involucran una voluntad en tal sentido.

Dentro de la teoría del abuso del derecho existe otra tendencia, a la que llamaremos objetiva, y que descarta un análisis detallado de la intención, es decir de la voluntad, del actor. Los problemas que plantea demostrar la existencia de una intención fraudulenta implican que sea difícil la aplicación de la doctrina bajo una perspectiva subjetiva. Por eso la doctrina más moderna persigue aproximaciones más objetivas, en las que la ilegalidad no se deriva de la intención del actor sino del carácter antisocial o disfuncional del acto mismo.⁴⁸ Así, no sería necesario determinar ni analizar la intención ni la voluntad del accionista, sino el carácter disfuncional del hecho en sí mismo, es decir la forma como este trasciende o vulnera las razones por las cuales el sistema legal estableció la responsabilidad limitada.

⁴⁵ Kraakman, Reinier, “Corporation” p. III-63.

⁴⁶ *Zaist v. Olson*, 227 A.2d 552, 558 (Conn. 1967).

⁴⁷ Clark, op cit, p. 37.

⁴⁸ Por ejemplo, el Artículo VI del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, señalaba que se incurría en abuso del derecho “cuando en el ejercicio de su derecho el titular se excede manifiestamente de los límites de la buena fe, de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función social en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho”. Evidentemente tal definición no entraba a analizar la intención del titular del derecho. Simplemente analizaba si el ejercicio era contrario o no a la función que el sistema jurídico le había dado al derecho correspondiente.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han tendido a ser subjetivistas en el campo del “levantamiento del velo societario”. Es precisamente dicha subjetividad la que ha determinado la incertidumbre en la aplicación de la doctrina.

El carácter subjetivo, que predomina en la doctrina y en la jurisprudencia, lleva a que el “levantamiento del velo” solo sea una solución aplicable en caso de sociedades cerradas o con pocos accionistas y siempre que estos tengan el control efectivo de los actos de la empresa. Además, la responsabilidad sólo será trasladable a aquellos accionistas específicos que, con su conducta intencional y por medio del control que ejercen sobre los actos sociales, causaron el daño. La simple sub-capitalización no sería un requisito suficiente. Aquel que compra acciones en bolsa difícilmente podrá resultar respondiendo en caso de la insolvencia de la empresa ocasionada por el pago de una indemnización extracontractual.

La disyuntiva es bastante clara. Por un lado una tesis subjetiva nos conduce necesariamente a límites vagos en la aplicación de la doctrina, y con ello a incertidumbre. Además la subjetividad nos lleva necesariamente a limitar el campo de acción del “levantamiento del velo” a los casos en los que existen claramente accionistas con control directo y participación consciente en los actos que determinan la responsabilidad y establecen un fraude a la responsabilidad civil por la utilización incorrecta de la responsabilidad limitada.

Por el contrario, un sistema objetivo, que considere la simple sub-capitalización como elemento suficiente para “levantar el velo”, no sería muy distinto a un régimen general de responsabilidad ilimitada por los daños extracontractuales. Evidentemente la necesidad de atribuir responsabilidad a los accionistas sólo será trascendente cuando el patrimonio de la empresa sea insuficiente para responder por los daños ocasionados. En tal supuesto, podemos hablar de una “sub-capitalización”, y por tanto aplicaríamos el “levantamiento del velo”. En consecuencia, la doctrina se aplicaría en todos los casos en que es relevante, con todos los males que mencionamos cuando analizamos la propuesta de responsabilidad ilimitada. Si bien la regla sería más clara porque se liberaría de subjetivismos, trasladaría incertidumbre a los mercados de inversión, en los que existen altos costos de transacción respecto a las posibilidades de un accidente que involucre el patrimonio de la empresa.

Pueden sugerirse aplicaciones objetivas menos radicales que incluyan requisitos adicionales a la simple sub-capitalización. Por ejemplo, la sub-capitalización podría evaluarse no en función al caso concreto, sino en abstracto. El análisis en el caso concreto implica un razonamiento *ex-post* al daño. Producido, por ejemplo, un derrame de petróleo, bastaría determinar que los daños superan el patrimonio de la empresa para “levantar el velo societario”.

Por el contrario, un análisis en abstracto establecerá la razonabilidad en la capitalización de la empresa respecto a los posibles daños que ésta podría ocasionar en el futuro. Se trataría pues de un análisis *ex-ante* al daño. Deberíamos colocarnos en la situación que se encontraba la empresa al momento de analizar sus requerimientos de capital. En base a la previsibilidad de los daños ésta, y en particular sus accionistas, deberían haber tomado decisiones de capitalización adecuadas y “el levantamiento del velo” sólo procedería si la capitalización no obedece a un estándar razonable. El lector podrá, sin embargo, advertir que ésta es una forma de introducir una teoría subjetiva “por la ventana”. Se parte de analizar un estándar de conducta de los accionistas, lo que necesariamente introduce una dosis de subjetividad que nos vuelve a traer el problema de la vaguedad en los límites de aplicación de la doctrina. De alguna forma se analizan estándares subjetivos de conducta, aunque sin necesidad de un análisis de la voluntad específica del accionista.

Todo esto demuestra que la doctrina del “levantamiento del velo societario” es un instrumento limitado y, en ocasiones, hasta peligroso, para combatir el problema de la responsabilidad limitada en daños extracontractuales. Ello se refleja en el carácter excepcional y restringido de su aplicación, con la que las Cortes denotan una saludable cautela, teniendo en cuenta las consecuencias que podrían derivarse en los mercados de valores y en la inversión en general.

Como señalan Hansmann y Kraakman, es muy difícil determinar el punto de quiebre entre actos que determinan la aplicación de la doctrina y aquellos que no. Cualquier punto intermedio será arbitrario y, en consecuencia, generará un incentivo importante para que las empresas traten de colocarse ellas mismas en el lado “correcto” de ese punto, distorsionando así la organización empresarial, sin eliminar de manera sustancial las externalidades generadas por la responsabilidad limitada. De ello se deriva que el régimen de responsabilidad ilimita-

da general para daños extracontractuales es una alternativa más clara y eficiente.⁴⁹

11. POSICION PERSONAL

La única posición personal que podemos tener es no tener una posición personal. El tema es complejo para que podamos proponer una sola solución totalmente satisfactoria.

Es muy prematuro tratar de dar una solución el día de hoy al problema. Hasta el momento no parecería que se trata de un problema actual y realmente vigente en la actividad empresarial peruana. De hecho, en países desarrollados como los Estados Unidos, el problema ha planteado una inquietud académica, pero aún no ha sido calificado como un problema grave en la realidad. Salvo algunas disposiciones referidas a industrias específicas o a la tipificación de algunas conductas muy concretas, no se ha formulado legislativamente ni jurisprudencialmente una solución global. Si en algo coinciden los autores sobre ese tema es que no son comunes los casos en que una empresa llega a quebrar económicamente como consecuencia de su responsabilidad extracontractual. Sólo en las industrias o en los casos donde el problema ha resultado muy evidente, se han dado soluciones específicas como regulaciones administrativas de la actividad, seguros obligatorios, requisitos de capitalización mínima, etc.

En nuestro país el problema es aún menos frecuente. Nuestros niveles de desarrollo económico no parecerían plantear aún un problema grave. A ello debemos añadir que la ineficiencia de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual general, en sí mismo, genera ya un problema de externalización de costos sin necesidad de que las empresas deban recurrir a complicadas estrategias de fraccionamiento y sub-capitalización.

Adoptar una solución legislativa general y radical sobre un problema que aún parece no plantear distorsiones graves, puede ser más negativo que positivo. Aún no sabemos con qué características y en qué dimensiones se presentarán las dificultades. Por el contrario, no parece difícil predecir las distorsiones que se pueden generar en el funcionamiento del sistema económico y en los niveles de inversión pueden ser importantes, sobre todo si tenemos en cuenta los niveles incipientes de desa-

rollo del país. Si a ello le añadimos que, de adoptar el Perú una solución general, (como por ejemplo la eliminación de la responsabilidad limitada) sería el único país en tal situación, comprenderemos los efectos que podría tener en las decisiones de los inversionistas.

Pero el hecho de que el problema no justifique una modificación el día de hoy, no quiere decir que podamos evadir enfrentarlo y prever posibles soluciones. Sin duda el futuro próximo nos planteará el reto y, por tanto, debemos ir preparando la respuesta.

El diseño de la solución debe partir de la premisa de que ninguna alternativa es perfecta. Para que el sistema de responsabilidad civil cumpla con sus fines será necesario transgredir, en algo, las fronteras de la responsabilidad limitada. Por otro lado, para preservar las seguridades que la responsabilidad limitada brinda a los accionistas, será necesario sacrificar, en algo, el cumplimiento de los fines de la responsabilidad civil extracontractual.

Es por ello que cuando analizábamos las distintas alternativas de solución al problema siempre podíamos concluir cuáles eran los efectos negativos que tenían. No es posible solucionar ambos problemas al mismo tiempo y, por ello, toda salida al problema siempre estará llena de "peros".

Sin duda, la insolvencia del deudor perjudica las posibilidades de cobro del acreedor. Y ello no es sólo consecuencia de la existencia de responsabilidad limitada. Las personas naturales también pueden resultar con patrimonios insuficientes para responder por los daños que ocasionan.

Quizás se pueda decir que mientras el patrimonio personal depende de las habilidades que tenga una persona para obtenerlo, el patrimonio de una empresa puede ser reducido intencionalmente para evadir obligaciones. Pero esa no es una diferencia clara. Las personas naturales podemos tomar opciones y decisiones para reducir intencionalmente nuestro patrimonio con el fin de evadir obligaciones. Podemos usar testamentos o dar anticipos de legítima a nuestros herederos.

La escasez de recursos del causante de un daño es un problema general que debe enfrentar el sistema de responsabilidad civil, y que, por tanto, no es

⁴⁹ Hansmann y Kraakman, op cit, p. 19-32. Como veremos más adelante, la doctrina del "levantamiento del velo", a pesar de sus imperfecciones, puede ser rediseñada para ayudarlos, al menos temporalmente, a resolver las manifestaciones más graves del problema.

atribuible solamente a la responsabilidad limitada de las sociedades.⁵⁰

La existencia de patrimonios insuficientes para responder por los daños extracontractuales es un problema real y que, sin duda, distorsiona los sistemas de responsabilidad civil. Es además un problema que se agudiza en países pobres como el nuestro.

Por otro lado, si bien es cierto que en el caso de las sociedades el problema de la sub-capitalización permite tener patrimonios intencionalmente reducidos con la intención de evadir responsabilidad, también es cierto que existen estímulos de mercado para capitalizar adecuadamente las empresas, sobre todo de cara a la responsabilidad contractual de la misma.

Así, las empresas buscan mostrar ante los Bancos y demás potenciales acreedores una situación patrimonial sana y solvente. Si bien esto se ve limitado por las razones expuestas a lo largo de este artículo, parecería razonable reconocer que existen, en general, más estímulos para capitalizar que para sub-capitalizar, lo que se vería reforzado por la constatación empírica de los pocos casos en que una empresa resulta siendo insolvente como consecuencia de su responsabilidad extracontractual. Incluso, en aquellos casos en que ello se ha presentado, podría imputarse dicho hecho no a una intención de sub-capitalización, sino a la dificultad de poder prever la magnitud de los daños.

A lo dicho se debe añadir que el fraccionamiento de las empresas tiende a generar distorsiones en su organización y costos adicionales en su funcionamiento. Estrategias de sub-capitalización pueden conducir a las empresas a no alcanzar economías de escala, lo que desemboca en una salida ineficiente, y, por tanto, poco racional. El mantener empresas distintas aumenta los costos administrativos del manejo de las mismas, costos que probablemente desincentiven, en un buen grado, la búsqueda de esquemas de evasión de responsabilidad vía la responsabilidad limitada y el fraccionamiento empresarial.

Sin embargo, reiteramos, que no es posible descartar que el fenómeno se produzca, y que incremente su frecuencia en el futuro cercano.

Dada la complejidad del tema, vamos adoptar dos posiciones. La primera pretende establecer un remedio temporal, que reconocemos como imperfecto, y que nos permita solucionar casos flagrantes de evasión de responsabilidad por medio de la instrumentalización de la responsabilidad limitada. La segunda posición, que creemos inaplicable al día de hoy, deberá evaluarse una vez que el fenómeno se generalice. Requiere además de un análisis más detallado sobre sus consecuencias futuras en la economía en el momento en que se implemente.

La solución temporal es una redefinición de la doctrina del "levantamiento del velo societario", dirigida a determinar criterios más objetivos de aplicación y que restrinja, al máximo posible, su aplicación a fin de no afectar de manera importante la seguridad jurídica y el tráfico económico. La segunda posición sería el cambio, dentro de las preferencias para el cobro en caso de insolvencia de los acreedores extracontractuales, para colocarlos por encima de los acreedores contractuales con garantías reales.

Respecto a lo que hemos llamado la "posición temporal" un paso importante, que creemos puede adoptarse el día de hoy, es la objetivización de los criterios de aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo societario". Como hemos visto, esta teoría, basada en un criterio demasiado objetivo (por ejemplo la simple sub-capitalización) no se diferencia de una regla de responsabilidad ilimitada. Por otro lado, una regla demasiado subjetiva, que analice la intención de los accionistas, conduce a demasiada incertidumbre sobre los alcances de su aplicación y que se reflejan en la vaguedad de los linderos establecidos en la doctrina.

La doctrina del "levantamiento del velo" se enmarca dentro de una serie de teorías y principios jurídicos destinados a flexibilizar la aplicación del sistema positivista imperante en nuestros ordenamientos legales. Para nadie es un secreto que el positivismo se ha institucionalizado y al hacerlo se ha constituido como el principio filosófico básico de todo nuestro sistema jurídico.

⁵⁰ Ya en una oportunidad anterior ("Responsabilidad Civil y Subdesarrollo", exposición en el Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 11 de Agosto de 1994, Auditorio José León Barandiarán del Colegio de Abogados de Lima.) mencionamos los problemas que plantaban los niveles de ingreso de un país respecto al funcionamiento del sistema de responsabilidad civil extracontractual. Los menores ingresos de la población hacen que ésta esté en menor capacidad para responder por los daños que causa. Hay más posibilidades de llegar a los extremos de la insolvencia y, con ello, al sacrificio de las funciones del sistema de responsabilidad. Ello podría llevarnos a que, quizás, el problema de la falta de recursos de las empresas para responder por los daños que ocasiona sea consecuencia de la escasez y pobreza del país, antes que de la instrumentalización de la responsabilidad limitada con dichos fines.

La instauración del positivismo, y en particular de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, ha traído a nuestro sistema un elemento fundamental: la seguridad jurídica. Ella constituye la base esencial de un ordenamiento fundado en la libertad y que cree en el mercado como un adecuado mecanismo de asignación de recursos. Es, en otras palabras, lo que Hayek denominaba la "Regla de Derecho" (The Rule of Law). Así, Hayek nos dice:

"Nada distingue más claramente las condiciones existentes en un país libre de aquellas existentes en un país que se encuentra bajo un gobierno arbitrario que la observancia en el primero de los grandes principios conocidos como la Regla de Derecho. Desnuda de formalidades, esta significa que el gobierno en todos sus actos está limitado por reglas determinadas y anunciadas de antemano -reglas que permiten prever con una razonable certeza cómo van las autoridades a utilizar su poder coercitivo en circunstancias dadas y planear así los asuntos personales de uno sobre la base de tal conocimiento."⁵¹

El positivismo es el mecanismo idóneo para alcanzar tal fin. La necesidad de una regla escrita y publicada con anterioridad al acto regulado con una determinada consecuencia jurídica, es el mejor mecanismo descubierto por el hombre, hasta la fecha, para garantizar la predictibilidad de las consecuencias de sus actos. Este principio encuentra su consagración constitucional en el Artículo 2, numeral 24, inciso a de la Carta Política de 1993 que claramente establece que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe."

Pero se requiere algo más que el simple positivismo. Se requiere claridad en los alcances de aplicación de las reglas consagradas positivamente. Reglas cuyos alcances no pueden ser claramente definidos y, por tanto, predichos por los ciudadanos, pueden sembrar la misma incertidumbre que la inexistencia de reglas. Así, una regla cuya aplicación quede sujeta a la interpretación subjetiva y amplia de la autoridad (léase juez) implica que el funcionario se encuentre en capacidad de establecer nuevas sub-reglas que pueden diferir de los alcances dados por el ciudadano a la norma. La incertidumbre generada por tal subjetividad desincentiva conductas que terminan asediadas por doctrinas o criterios vagos y poco definidos.

Ese es el problema de doctrinas como la del abuso del derecho, el principio de buena fe, el fraude a la ley, la no contradicción de los propios actos y, por supuesto, "del levantamiento del velo societario". Todas tienen en común constituir excepciones a la aplicación estricta de los términos establecidos en la ley. Así, por ejemplo, el abuso del derecho se da precisamente cuando alguien ejerce un derecho legal y formalmente consagrado en el ordenamiento positivo en contra de su finalidad institucional. Surge así la paradoja de que un acto acorde al texto de la ley resulta siendo ilegal.

El origen del problema está en que, si bien el texto de la ley constituye un elemento que brinda seguridad, por otro lado quita flexibilidad al ordenamiento jurídico. Muchas veces el texto frío de la ley termina siendo incapaz de prever todas las aplicaciones disfuncionales de una determinada institución jurídica. Es por ello que el propio ordenamiento prevé excepciones a la aplicación estricta del texto de la ley. Se busca, de alguna manera, evitar el "abuso del positivismo". El problema es difícil de solucionar. El sistema jurídico establece instituciones, a las que llamaremos "bisagras", que permiten flexibilizar el positivismo, limitando, en cierto grado, la aplicación estricta de la ley. Ello sin embargo nos conduce, necesariamente, a la inseguridad.

Un paliativo al problema es objetivizar, dentro de lo posible, los requisitos y condiciones que deben cumplirse para aplicar instituciones "bisagra", esto es, para establecer principios claros que determinen la inaplicación del texto de la ley. De alguna manera se busca que la seguridad que brinda el texto de la ley se traslade, a su vez, a la aplicación de aquellas instituciones que "relajan" el positivismo.

Todos los males atribuibles a la doctrina del "levantamiento del velo" se vinculan a constituir una excepción a un principio de derecho positivo: la responsabilidad limitada de las sociedades. Así, puede resultar que quien, confiando en la ley, invierte como accionista en una empresa, amparándose en que no podrá ser hecho personalmente responsable por las obligaciones de ésta, resulte obligado por una doctrina que contradice el principio de responsabilidad limitada. Es la desconfianza e incertidumbre que ello podría generar lo que se busca eliminar. Y ello nos conduce a la necesidad de establecer criterios lo más objetivos posibles para brindar seguridad. Sin embargo ello siempre choca-

⁵¹ Hayek, Friedrich A. "The Road to Serfdom" The University of Chicago Press. Chicago & London. p. 72.

rá con la limitación en la capacidad de previsión humana.

Evidentemente lo ideal sería que el legislador, al momento de consagrar un derecho, establezca todas aquellas excepciones al ejercicio del mismo que considere inadecuadas, disfuncionales o antisociales. Pero ello es una utopía, a la que contribuyen además las limitaciones que impone el propio lenguaje en el que deben quedar expresadas las normas. Es por ello que se establecen excepciones, más o menos genéricas, y que siempre dan lugar a apreciaciones subjetivas y por consiguiente pueden determinar límites vagos. La idea es tratar de conjugar la necesidad de flexibilidad con la necesidad de seguridad. Ello se logra, hasta cierto punto, objetivando los criterios de aplicación de doctrinas como las de "levantamiento del velo societario".

Consideramos, como ya hemos dicho, que establecer a la fecha una modificación general que solucione el problema materia del presente artículo, parece inviable y poco conveniente. Establecer límites claros a la doctrina de levantamiento del velo puede ser una forma de "vacunar" al sistema jurídico contra un uso disfuncional de la responsabilidad limitada. Debemos reconocer, sin embargo, que establecer esos límites es una labor difícil. Sin embargo una definición muy restrictiva de la doctrina en cuestión podría darnos soluciones, al menos temporales, a un problema que, a la fecha, sólo se presenta excepcionalmente.

No pretendemos en este artículo agotar la discusión sobre cómo debe configurarse la doctrina del "levantamiento del velo". Simplemente queremos establecer algunos principios generales que pueden servir de guía para perfilar mejor su aplicación. Es por ello que las líneas siguientes deben leerse en el sentido de configurar una doctrina de muy restrictiva y excepcional aplicación. Esto quiere decir que en la duda sobre la aplicación o no aplicación de la misma, se debe elegir su no aplicación. Debe dirigirse a cuestionar casos en que aparezca muy claro que ha existido una utilización disfuncional de la responsabilidad limitada.

Dentro de esta línea, lo que se persigue es tener una herramienta que permita poner coto a los casos extremos, en el entendido de que no se justifica aún una modificación radical del sistema dada la poca frecuencia con que se presenta el caso de que una sociedad es declarada insolvente como consecuencia de los daños extracontractuales que ocasiona.

En atención a lo expuesto creemos que la doctrina del "levantamiento del velo" debe fundarse en los siguientes dos criterios:

a) Existencia de un grupo de control

Con ello nos referimos al grupo de accionistas que tienen un manejo efectivo de la empresa. No quiere decir necesariamente que sea un grupo mayoritario. Nos referimos a que sea aquel grupo cuyas decisiones determinan el funcionamiento de la sociedad. Esto implica limitar los alcances de la doctrina para hacer responsable sólo a dicho grupo de control.

Es importante definir qué se entiende por grupo de control. Evidentemente no podemos utilizar criterios referidos a porcentajes de participación en el capital social. En sociedades abiertas, con un accionariado intensamente difundido, el grupo de control podría no requerir más de un 10% para controlar una sociedad. Esto nos trae nuevamente subjetividad sobre la mesa. Por eso creemos que el criterio debe ser muy restrictivo y sólo aplicarse en casos donde el control aparezca como evidente, teniendo en cuenta la historia de las decisiones de la Junta General de Accionistas.

Dentro de esta misma línea, el problema también surge respecto a cuál es el grupo de control relevante. Así, por ejemplo, podría discutirse si es el que tenía el control inicial de la sociedad al momento de constituirse ésta (y que la capitalizó insuficientemente), el que aprobó capitalizaciones posteriores (que también resultaron insuficientes), el que estaba vigente al momento en que se llevó a cabo la acción que produjo el daño, el que estaba vigente al momento de la demanda o el que maneja la empresa al momento de la sentencia.

Como podrá apreciar el lector, la solución de este problema no es sencilla. Nos inclinamos porque la responsabilidad se atribuya al grupo de control al momento en que se produzca el daño. Ello porque al adquirir las acciones podrían tomar conciencia de la contingencia existente y por tanto prever y decidir lo conveniente.

Sin embargo, debemos reconocer que esta definición de grupo de control es realmente discutible y genera varios problemas. Puede dar origen a conductas empresariales distorsionantes que persigan ocultar la naturaleza de "grupo de control" de un conjunto de accionistas determinado mediante la utilización de testaferros. Por otro lado puede generar incertidumbre en grupos importantes que puedan temer que una intervención más activa en el manejo de la sociedad los coloque en la "picota".

Asimismo, la consecuencia del establecimiento de este requisito es la aparición de dos categorías de accionistas: los responsables y los irresponsables.

Sólo los que tienen el control responderán por los daños extracontractuales, siempre, claro está, que se cumplan los demás requisitos. Los demás quedarán exonerados de responsabilidad. Ello atenta contra la formación de grupos sólidos que manejen las empresas. Las acciones del grupo de control no tendrían valores homogéneos respecto a las acciones de los demás accionistas. Y se desincentivan las operaciones de compra de acciones que impliquen la adquisición del control de la sociedad. A diferencia de lo que sucede actualmente, donde la compra de un paquete de acciones que permite obtener el control de una empresa hace que estas se valoren más, de entrar en vigencia un régimen que pueda hacer responsable al grupo de control, las acciones podrían valer menos. Ello porque los adquirentes descontarían del precio el costo de la responsabilidad que podrían verse obligados a adquirir. Con ello, otros accionistas, no comprometidos con obtener el control podrían, eventualmente, ofrecer más por las mismas acciones.⁵²

Todas estas razones nos demuestran la necesidad de una aplicación muy restrictiva del concepto de "grupo de control" a casos en que resulte muy evidente el carácter disfuncional de la aplicación de la responsabilidad limitada. Ello minimizaría, de alguna manera, las consecuencias reseñadas.

b) Sub-capitalización

Un segundo requisito objetivo es la determinación de una sub-capitalización, esto es que el patrimonio de la sociedad resulte insuficiente para responder por los daños extracontractuales.

En este extremo se pueden adoptar dos posiciones. La primera es entender la subcapitalización como un hecho objetivamente determinado. Bastaría para ello determinar que, producido el accidente, el patrimonio de la empresa es insuficiente para cubrir los daños. Esto quiere decir que para que se "levante el velo" basta la insolvencia de la empresa.

La segunda posibilidad es no analizar la sub-capitalización en base sólo a la insolvencia de la empresa como consecuencia del pago de la indemnización, sino en base a la previsión razonable en la capitalización. Esto quiere decir que sólo habría responsabilidad de los accionistas si estos no capitalizaron suficientemente a la empresa, teniendo en cuenta los daños que era previsible esperar que ésta podría ocasionar. Así, si ocurriera un daño catastrófico, que no hubiera sido razonablemente previsible, la simple insolvencia de la empresa no sería suficiente para "levantar el velo".

La primera opción puede parecer, a primera vista, más objetiva, pues no requiere un análisis de la "razonabilidad en la previsión", que es un elemento subjetivo. Sin embargo, la primera opción plantea el problema de la incertidumbre en la previsibilidad. De alguna manera sería responsable tanto de los daños previsible como de los no previsible. Ello podría conducirnos a la incertidumbre, precisamente, por no poder calcular qué nivel de capitalización es adecuado para daños no previsible.

Este problema no es ajeno a los sistemas de responsabilidad civil generales. La problemática de la previsibilidad aparece tanto en sistemas subjetivos (que al analizar elementos como la culpa buscan determinar si el comportamiento era razonable en base a lo que se podría prever) como en sistemas objetivos (que al tener concepciones de causalidad adecuada exigen establecer un cierto grado de previsibilidad para responder por los daños⁵³). Lo que ocurre es que, si bien la previsibilidad introduce elementos de subjetividad, la objetividad absoluta, que elimina la previsibilidad como requisito, genera igualmente incertidumbre sobre las consecuencias finales de una acción. Es por ello que el concepto de previsibilidad no ha podido ser eliminado de los sistemas de responsabilidad civil ordinarios, como regla general.

⁵² Pensemos, por ejemplo, en el caso de un accionista titular del 5% del capital dispuesto a vender el íntegro de su participación. Tiene dos posibles compradores. El primero es ya titular del 48% del capital. El segundo tiene el 3% del mismo. Si el primero compra las acciones sumará 53% (entendemos que la mayoría absoluta le da el control) y estará también "comprando" la posibilidad de ser hecho responsable. Ello hará que reduzca su valorización de las acciones a fin de que refleje tal contingencia. Por el contrario, si el segundo es el que compra sólo sumará el 8%, y si ello no le da el control, no le hará descontar la contingencia de la responsabilidad. Paradójicamente quien compra el control puede estar valorizando las acciones menos que quien no adquiere dicho control. Ello favorecerá, sin duda, la fragmentación del accionariado en el mediano plazo, y con ello perjudicará la formación de "grupos fuertes" dispuestos a asumir el control de las empresas.

⁵³ Ello ocurre, por ejemplo, con el Artículo 1985 del Código Civil. Dicha norma al señalar que debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño, está exigiendo que se pueda establecer un nivel de previsibilidad entre la conducta y el tipo de daños derivados de dicha conducta, basada en la "normalidad" de la consecuencia de la acción. Para una explicación más detallada de los alcances de la causalidad adecuada ver, Bullard, Alfredo, "Causalidad Probabilística: El Problema de los Costos Administrativos en el Diseño de un Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual" en *Ius Et Veritas*, Año II, No. 3, 1991, en especial las páginas 3-6.

Nos inclinamos, en consecuencia, por un análisis que exija la previsibilidad de que los niveles de capitalización de la empresa podrían resultar insuficientes al momento en que ocurrió el daño.

Por otro lado debe quedar claro que los accionistas sólo serán responsables en tanto el patrimonio de la empresa fue insuficiente. En otras palabras, los accionistas del grupo de control podrán oponer al acreedor extracontractual, como defensa, el hecho de que éste no ha terminado de ejecutar el patrimonio de la empresa. Los dos requisitos mencionados deben exigirse para poder levantar el velo y su aplicación debe ser muy restringida para limitar su capacidad de sembrar incertidumbre entre los inversionistas.

Reconocemos, sin embargo, que la doctrina del "levantamiento del velo" no constituye una solución global y completa. Sólo es un instrumento que nos permite solucionar casos extremos. Su utilidad encontrará claras limitaciones conforme el fenómeno de la instrumentalización de la responsabilidad limitada de las sociedades se vaya generalizando. Puede ser un buen "bombero" que nos ayude a apagar incendios, pero probablemente no constituya una adecuada política de prevención de una mala utilización de la responsabilidad limitada.

En este sentido, creemos conveniente perfilar lo que podría ser una solución más permanente, confesando, sin embargo, nuestras dudas sobre cuáles podrían ser sus consecuencias económicas. La alternativa que llama nuestra atención es la incorporación en el orden de preferencias de cobro, del acreedor extracontractual por encima del acreedor contractual así este último goce de garantías reales. En pocas palabras, nos referimos a la creación de un privilegio en favor del acreedor extracontractual, similar al que puede tener el acreedor alimentario o el acreedor laboral.

Debemos además confesar que no hemos podido llegar a una convicción absoluta sobre la conveniencia de una regla de este tipo. Los argumentos referidos al incremento del costo del crédito, derivado de la incertidumbre que una regla como la señalada crearía, son bastante sugestivos. Pero, por otro lado, la situación de las víctimas insatisfechas como consecuencia de las externalidades generadas por la responsabilidad limitada es también un elemento de peso digno de ser tomado en cuenta.

Por otro lado, los acreedores contractuales, principalmente los Bancos y proveedores, pueden estar en situaciones más ventajosas para analizar los po-

sibles daños extracontractuales que pueda causar la empresa respecto de la situación en la que se podrían encontrar los potenciales accionistas. Podría pensarse que esta es una verdad a medias. Los adquirentes de bonos emitidos por la empresa, por ejemplo, pueden encontrarse en una situación muy similar a las de un accionista y, por tanto, podrían verse perjudicados con las consecuencias del cambio de orden en el cobro de sus acreencias. Sin embargo, considero que tal similitud no es tan clara.

En el caso del accionista, éste asume efectivamente el riesgo de pérdida de su inversión, es decir, el dinero que pone en las acciones. Sabe que dicha inversión no comprometerá el resto de su patrimonio gracias al principio de responsabilidad limitada. De producirse un accidente y generarse responsabilidad extracontractual que supere el patrimonio de la empresa, el accionista está en último lugar de la fila y por tanto no recuperará el dinero invertido.

Sin embargo, con el acreedor contractual no ocurre lo mismo. Este cobrará antes que el acreedor extracontractual, si es que se encuentra amparado en garantías reales. Si se cambiara el orden de prelación permitiendo al acreedor extracontractual cobrar antes, no estaríamos ante un supuesto que haga responsable al acreedor contractual más allá del dinero invertido en el crédito. En realidad el cambio de prioridad no hará una diferencia entre el accionista y el prestamista. Por el contrario los asimila: ambos asumen el riesgo de la responsabilidad extracontractual de la empresa hasta el límite del monto invertido.

En este esquema, el cambio de prioridad convierte al acreedor contractual en un controlador, tanto de los niveles de capitalización, como de los niveles de precauciones adoptados por la empresa. Lo único que hace es añadir un riesgo adicional a su inversión que constituye la contingencia del pago de una indemnización por parte de la empresa a un tercero (víctima extracontractual) que le impida cumplir sus obligaciones.

Debemos reconocer que este privilegio concedido al acreedor extracontractual va a encarecer el crédito e, incluso, va a reducir su oferta. Pero también debemos tener en cuenta que el régimen, tal como está diseñado, propende a colocar el riesgo en un acreedor aún más desprotegido y con menos capacidad de negociación: la víctima extracontractual. Finalmente, el cambio de prioridad obliga a canalizar el problema de las externalidades generadas por la empresa al campo de la negociación contractual entre los acreedores contractuales y la propia empresa.

La razón por la que no nos animamos a proponer esta última alternativa como una solución general al problema radica en que aún no nos queda claro cuáles serían sus efectos en el crédito disponible para las empresas. Creemos asimismo que la poca frecuencia con la que se presentan casos en que la responsabilidad extracontractual lleva a la insolvencia de la empresa, no justifica una modificación tan radical el día de hoy. Pero tenemos la impresión de que cuando el fenómeno se generalice podría constituir una alternativa interesante de solución que no debe ser descartada.

Esta constituye una solución que coloca el peso de la evaluación de los posibles daños extracontractuales sobre los acreedores contractuales, quienes, a diferencia de las potenciales víctimas, que enfrentan costos de transacción insuperables, están en la posibilidad, vía negociación, de exigir las garantías necesarias para que los daños extracontractuales no perjudiquen sus créditos. Por esta vía se conseguirá o seguros o capitalización adecuada, pero utilizando no decisiones burocráticas del aparato estatal sino los propios mecanismos del mercado. Ello podría conducir a una eficiente asignación de recursos.

Quizás quede más clara nuestra percepción del problema si comparamos las tres categorías de individuos que podrían ser potencialmente afectadas por la responsabilidad civil extracontractual dentro de un régimen de responsabilidad limitada. El sistema, tal como funciona hoy en día, coloca parte del costo de los accidentes en los accionistas (la parte de sus aportes que puede responder por la responsabilidad) y el resto recae sobre la víctima. Eventualmente parte del costo podría recaer sobre el acreedor contractual, si éste carece de garantías, sea porque se acredita que el crédito extracontractual es de fecha anterior o porque no pudiéndose acreditar su antigüedad concurre en el mismo nivel y participa del patrimonio restante a prorrata.

De modificarse el régimen de preferencias el accionista seguiría soportando el daño limitado al monto que aportó. El acreedor contractual se vería obligado a soportarlo en el grado en que el patrimonio de la empresa no alcanzara para cubrir los créditos laborales y extracontractuales. La víctima sólo soportaría el peso del daño en el grado en el que el patrimonio de la empresa no alcanzara para pagarle luego de cubierto los créditos laborales.

Pero en esta última situación, como el acreedor contractual tiene interés en cobrar, y necesariamente entra en relación directa con la empresa, tendrá que establecer mecanismos y negociará términos que le permitan garantizar de la mejor manera posible, que el patrimonio de la empresa cubrirá los daños extracontractuales que pudieran ocasionarse. Por ello, podemos presumir que el cambio en la preferencia establecerá incentivos para una capitalización adecuada. Si bien esto impondrá costos adicionales de transacción para la obtención del crédito, la contraparte contractual siempre tendrá como mecanismo para limitar su exposición, la limitación del crédito mismo. En cambio un régimen de responsabilidad ilimitada pone en riesgo no sólo el patrimonio aportado sino el íntegro de los bienes del accionista. Ello generará costos de transacción mucho mayores en el mercado bursátil que los costos de transacción que se generarían en el mercado de crédito como consecuencia de un cambio en las preferencias de cobro de los acreedores.

Reconocemos que es una solución que afecta al mercado de crédito. Pero también destacamos que entre los dos extremos (que la víctima soporte las consecuencias de los daños o que el accionista vea en riesgo el íntegro de su patrimonio) aparece como la solución más razonable, que genera más beneficios y enfrenta menos costos.

Existe sin embargo un problema que la modificación del orden de preferencia para el cobro de créditos no puede solucionar. Como hemos dicho anteriormente, una de las razones por las que se genera una distorsión entre los incentivos para capitalizar adecuadamente la sociedad generados por la necesidad de crédito y los desincentivos a capitalizar generados por la potencial responsabilidad extracontractual, es la posibilidad que tienen un conjunto de sociedades pertenecientes a un grupo empresarial de otorgarse garantías cruzadas entre ellas. Así el potencial acreedor contractual considerará como patrimonio que responderá por las deudas no sólo el de una de las sociedades, sino el de las demás sociedades del grupo que otorguen garantías personales o reales en favor del crédito. Ello hará que no existan incentivos adecuados para que el potencial acreedor presione a su potencial deudor para que éste cubra adecuadamente su potencial responsabilidad extracontractual que pueda generarse, pues puede superar la responsabilidad limitada utilizando distintas formas de garantía.⁵⁴

⁵⁴ Así por ejemplo, pensemos en el caso de tres sociedades (A, B y C) de propiedad de los mismos accionistas. La empresa A necesita de un crédito de US \$100,000.00 para sus operaciones corrientes. Su patrimonio es de sólo US\$ 20,000.00. La razón de este monto es que las actividades contaminantes de la empresa pueden generar potencialmente un daño US\$ 80,000.00 y los accionistas han utilizado la

Es por ello que la solución de un cambio de prioridades en caso de insolvencia puede ser parcial porque se puede desarrollar una estrategia de garantías cruzadas dentro de un grupo empresarial para evadir la responsabilidad extracontractual manteniendo la capacidad de crédito del grupo. Sin embargo, esto puede ser contrarrestado por una aplicación adecuada por la teoría del "levantamiento del velo societario". En los casos de garantías cruzadas entre empresas de un mismo grupo puede ser más sencillo determinar los elementos característicos que hagan de aplicación la teoría. Así si se configurara una situación de este tipo y se demuestra la existencia de un grupo de control y de una subcapitalización compensada con garantías cruzadas con otras empresas bajo el mismo grupo de control, existirían indicios que permitirían la aplicación de la teoría a fin de hacer responsable a dicho grupo de control.

Como se verá, se trata de una salida imperfecta, como son todas las salidas propuestas, pero aparentemente permite una más adecuada solución al problema planteado.

12. CONCLUSIONES

Debemos confesar al lector que redactar este artículo ha sido, en cierto grado, decepcionante. La complejidad del problema y la necesidad de un equilibrio entre las funciones de la responsabilidad civil extracontractual y las funciones de la responsabilidad limitada de las sociedades, nos conducen a inevitables "callejones sin salida".

Esto ha llevado a que no podamos sostener, categóricamente, cuál es la mejor alternativa de solución al problema. Todas las alternativas analizadas plantean objeciones importantes. La conclusión es, por tanto, que ninguna solución es perfecta. Cualquiera genera costos significativos de un lado o del otro. Pero también debemos tener en cuenta que el "*statu quo*" genera costos nada despreciables en términos de víctimas no indemnizadas. Afortunadamente, al momento que se escribe este artículo, el problema

no ha tenido manifestaciones que podamos considerar graves o que requieran soluciones realmente urgentes. Pero al mismo tiempo podemos constatar que todo indicaría que estamos en una espiral que hará del problema uno importante y actual en un futuro no muy lejano.

Por ello, consideramos que durante este período de tránsito y de definición, el único instrumento a que se puede recurrir es a una teoría del "levantamiento del velo societario" sumamente restrictiva y cuyos requisitos hayan sido, dentro de lo posible, objetivamente determinados. Esto podrá ser un paleativo para las manifestaciones que este problema presente en el futuro cercano.

Por otro lado, creemos que es importante dejar abierta la puerta de una modificación en las normas de prelación de pagos de créditos en caso de insolvencia de empresas. Si bien, a la fecha, una modificación en este sentido, y que implicaría que el acreedor extracontractual sea preferido sobre el acreedor contractual, así este último cuente con garantías reales, resulta inconveniente, no podemos descartar su evaluación como una alternativa que parecería ser la más razonable en el futuro.

Como hemos indicado, esta solución puede generar incertidumbre del lado de la oferta de crédito en favor de las empresas. Dichos costos deberán ser evaluados con cuidado. Pero por otro lado dicho riesgo estará sólo limitado al crédito otorgado, a diferencia de lo que ocurriría con un sistema de responsabilidad ilimitada respecto de daños extracontractuales, como el sugerido por Hansmann y Kraakman, que extendería la responsabilidad al patrimonio personal del inversionista.

Asimismo, debemos considerar que, dentro de todo, la situación del acreedor extracontractual está totalmente desfavorecida en relación al acreedor contractual. Su ignorancia absoluta respecto de la posibilidad de sufrir un accidente futuro lo ha llevado a no solicitar garantías para el eventual pago de su indemnización. De la misma forma, no tiene mane-

estrategia de subcapitalización de la sociedad como una defensa, trasladando el resto del patrimonio a las sociedades B (con US\$ 50,000.00) y C (con US\$ 50,000.00) que desarrollan actividades vinculadas pero no peligrosas.

Para obtener el crédito los accionistas han ofrecido fianzas de B y C, o incluso de los propios accionistas, de manera que el Banco considere que sí existe un patrimonio capaz de responder por el préstamo, aunque éste no pertenezca a A. Pero la víctima extracontractual sólo podrá dirigirse contra A en aplicación del principio de responsabilidad limitada.

Advirtamos que el cambio de preferencias en el cobro no solucionará el problema de esta estrategia de evasión de responsabilidad. Si la ley establece que la víctima de un daño extracontractual puede cobrar antes que el Banco respecto de A, sólo permitirá a la víctima ejecutar un patrimonio de US\$ 20,000.00, insuficiente para el pago de la indemnización generada. El Banco no podrá tocar dicho patrimonio, pero sí podrá cobrar su deuda de B, C o los accionistas según sea el caso. En consecuencia, sí habrán incentivos para otorgar el crédito así no hayan incentivos para capitalizar adecuadamente a A a la luz de su potencial responsabilidad extracontractual.

ra de negociar con la empresa para exigirle una capitalización adecuada, ni la contratación de seguros, ni la toma de precauciones suficientes. Por el contrario el acreedor contractual sí se encuentra en posición de exigir alguna de estas alternativas y de canalizar la solución al problema contractualmente. Si bien ello eleva los costos del crédito, creemos que dicha elevación podría verse justificada por la eliminación de los costos de las disfuncionalidades que la responsabilidad limitada puede generar en el sistema de responsabilidad civil extracontractual.

A lo dicho debemos añadir que las empresas tendrán incentivos para demostrar, a sus potenciales acreedores, que cuentan con patrimonios o coberturas de riesgo adecuados que hacen segura la inversión. De hecho, ya deben desarrollar esta misma labor respecto a sus accionistas quienes, evidentemente, asumen por el mero hecho de su inversión, parte del riesgo de accidentes que pueda ocasionar la empresa. El efecto será que, al igual que el

accionista, el acreedor ve limitada su responsabilidad al monto aportado a la empresa y, sobre dicho monto, tendrá que evaluar su riesgo.

Finalmente, la solución sugerida tiene un mérito adicional. Excluye de la decisión del Estado, aspectos como los niveles de capitalización o la contratación de seguros obligatorios. Tales decisiones de las empresas quedarán sujetas a lo que determine el mercado, que como sabemos, es un mecanismo más adecuado y eficiente de asignación de bienes y de determinación de la *performance* económica de las empresas.

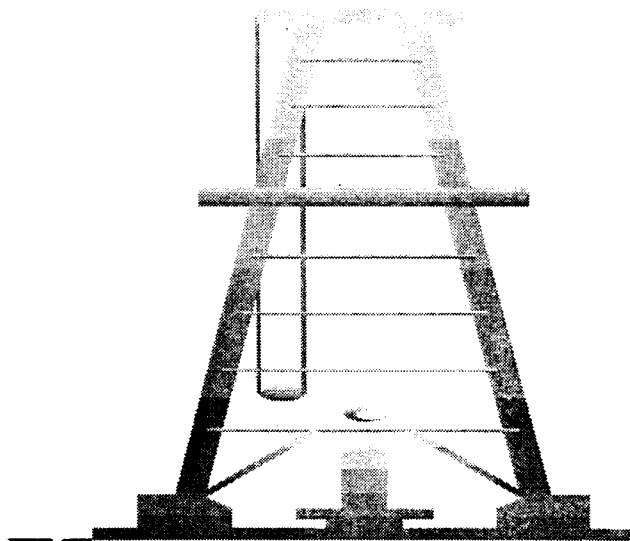
Las razones expuestas, sin embargo, no eliminan totalmente nuestra incertidumbre sobre cuál es la solución más adecuada. La constatación más importante de este trabajo es que toda solución es siempre imperfecta, dependiendo de la perspectiva de la que se le mire. Es evidente que no es posible “vestir un santo sin desvestir a otro”. Se trata sólo de determinar qué “santo” necesita más la ropa.

CREEMOS

EN LOS PERUANOS...

SEGUIMOS

EN EL PERU.



OCCIDENTAL PETROLEUM CORP. OF PERU
Petróleo para el desarrollo



LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES PORTADORES Y FINALES EN LA LEGISLACION PERUANA. LOS ALCANCES DEL REGIMEN DE CONCURRENCIA LIMITADA ESTABLECIDO POR LA LEY 26285

Luis Vinatea Recoba
Abogado
Profesor de Derecho Laboral
Pontificia Universidad Católica del Perú

1. MARCO GENERAL

Hasta antes de la dación del Decreto Legislativo 702, -norma después refundida por el Texto Unico Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones-, el régimen de las telecomunicaciones estuvo regulado por el Decreto Ley 19020, el mismo que reservaba exclusivamente al Estado la facultad de dirigir, promover, regular y controlar las actividades de telecomunicaciones, mediante la prestación directa de servicios, quedando incluso bajo su potestad, la regulación y control del empleo del espectro electromagnético en todo el territorio de la república, de acuerdo al interés nacional.

De acuerdo con la política y el contexto en que se dieron estas normas, (el de un gobierno *de facto*), se estableció que el Estado por intermedio de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones ENTEL PERU, tuviera a su cargo la explotación de los servicios públicos de telecomunicaciones del país. Sólo excepcionalmente se podía otorgar en concesión la explotación de los servicios públicos de telefonía local y de distribución por circuito cerrado a empresas estatales asociadas.

El panorama se desarrolló, en términos generales, dentro de un esquema de monopolio legal estatal, luego convalidado por el artículo 114 de la Constitución de 1979, en el que la figura del Estado se erigía sobre la presunción de incapacidad del usuario para fijar sus expectativas y la determinación del servicio más conveniente para sus intereses.

El esquema tuvo, como es natural, resultados adversos en materia de inversión y retraso en tecnología, lo que motivó en la gestión del actual gobier-

Entre los procesos de privatización llevados a cabo en los últimos años, destaca claramente el de Telefónica del Perú -antiguamente Compañía Peruana de Teléfonos-. Dicho proceso, que aún no ha concluido, involucra grandes sumas de capital y ha generado el interés de inversionistas en todo el mundo. Sin embargo, entre los aspectos polémicos de la privatización de las telecomunicaciones figura la dación de la Ley 26285, que establece un periodo mínimo de concurrencia limitada en los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios portadores de larga distancia nacional e internacional, con el fin de permitir que estos servicios se adecúen a un régimen de libre competencia. La citada norma aparentemente contraría la política gubernamental -plasmada en numerosas normas e incluso a nivel constitucional- de favorecer la libre competencia y eliminar los monopolios. Dentro de este contexto, el doctor Vinatea estudia el fenómeno de la libre competencia en materia de telecomunicaciones, centrándose en el campo de los servicios portadores y de telefonía local; el autor analiza minuciosamente la legislación sobre el tema, aunque se abstiene de emitir juicios de valor.

no, la necesidad de establecer normativamente una reforma de similares características a la implementada en otras áreas en el marco del Decreto Legislativo 701, que aprueba la "Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la Libre competencia".

Dicho decreto contiene y da inicio a la emisión de una serie de normas que forman parte de un programa amplio que pretendió brindar un marco legal conveniente a la actividad empresarial, todas ellas siguiendo este mismo criterio de apertura que iniciado por normas de nivel primario durante la vigencia de la Constitución de 1979, se ha asentado definitivamente con la Constitución de 1993, como un conjunto armónico de disposiciones, tendientes a garantizar el desarrollo de un mercado sustentado en la promoción de la libre competencia.

En el contexto indicado se inserta el Decreto Legislativo 702, el mismo que elimina, cosa ratificada luego por la Constitución de 1993, los monopolios legales o cualquier otro tipo de actividad que pueda implicar una práctica monopólica en materia de telecomunicaciones, para dar paso a una política de apertura que ha sido implementada con toda receptividad y expectativa por el actual Gobierno.

2. MARCO CONSTITUCIONAL

Ya desde la Constitución de 1979 estaba establecido, aunque de modo imperfecto, un marco legal de igualdad jurídica entre los competidores:

Artículo 112.- "El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad, actúan con la personería jurídica que la Ley señala de acuerdo a sus características".

Artículo 133.- "Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil.

La Ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes".

A este respecto, Ochoa Cardich, quien tratara el tema de la Constitución Económica; concluyó al comentar en este rubro la Constitución de 1979 que "el sistema de competencia peruano es el de competencia imperfecta, ya que a pesar de prohibir los monopolios y oligopolios, (competencia pura o perfecta), preveía esta Carta excepciones, al permitir la existencia de monopolio estatal cuando se funda en

razones de interés público y en el de garantizar los derechos de autor, inventor, nombres, marcas, modelos y diseños industriales y mercantiles, que constituyen monopolios lícitos".

La Constitución de 1993, cambia este esquema y elimina cualquier posibilidad de monopolio estatal y legal. Va incluso más allá y, regulando correctamente el fenómeno monopólico, prohíbe los monopolios estatales (y cualquier otro) de tipo legal y las prácticas monopólicas; prohibiendo, además, el abuso de posición dominante. Todo ello se halla contemplado en los artículos siguientes:

Artículo 60.- "El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por Ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal".

Artículo 61.- "El Estado vigila la Libre competencia. Combate toda práctica monopólica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna Ley puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio, ni acaparamiento directa o indirectamente, por parte del Estado ni de particulares".

Como puede fácilmente apreciarse del texto de las normas antes transcritas, la Constitución de 1993, ha cerrado toda posibilidad de abuso de posición dominante, además de prohibir la instauración legal de los monopolios; porque ello no es compatible con el esquema de una economía social de mercado ni se condice con el esquema de liberalización de la economía que ha venido impulsando el Gobierno y que venía siendo consolidado desde el año de 1991, con la dación de diversas normas, como las que hemos citado en párrafos anteriores.

3. MARCO NORMATIVO VIGENTE

Como vimos, insertado en el panorama normativo descrito, está el Decreto Legislativo 702, texto legal base de la actual ordenación en materia de teleco-

municaciones y que aprobó las normas que regulan hoy, con algunas modificaciones, la Promoción de Inversión en Telecomunicaciones. La motivación que contiene la parte considerativa de este cuerpo legal, resulta sumamente ilustrativa y explica las causas que sustentan el cambio, introduciéndonos en el desarrollo de la nueva política en que se orienta este Sector:

“...las normas vigentes en materia de telecomunicaciones han establecido un régimen monopólico que ha impedido invertir a empresarios peruanos y extranjeros en este importante sector de desarrollo económico y social”.

“Este contexto legal ha originado un ostensible retraso en el desarrollo de los servicios, perjudicando directamente a los usuarios y al país, especialmente a los pobladores de los lugares más apartados de los centros urbanos, muchos de los cuales constituyen hoy, zonas de emergencia (...).”

“En tanto se expida una nueva Ley General de Telecomunicaciones que norme en toda su amplitud el universo de las telecomunicaciones en el país, se hace preciso establecer reglas claras de administración y operación de los distintos servicios de telecomunicación **promoviendo la inversión privada y extranjera, eliminando las prácticas monopólicas, controlistas, restrictivas de la libre competencia en estos servicios** y garantizar seguridades de inversión...”

Estos fundamentos, que constituyen la base considerativa para la expedición de la norma antes mencionada, reflejan los principios en que se apoya todo el cambio sustancial que ha operado en la política que impulsa hoy el área de telecomunicaciones en el país y que se pueden condensar en forma resumida en dos conceptos básicos:

- a) Libre competencia
- b) Modernidad

Dentro de este contexto, muy claramente, el Decreto Legislativo 702 definía estos conceptos:

Libre competencia

Artículo 6.- "El Estado fomenta la **libre competencia** en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado, de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, **se controle los defectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado**".

Modernidad

Artículo 2.- "Declárase de interés nacional la **modernización** y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro de un marco de **libre competencia**. Su fomento, administración y control corresponde al Estado, de acuerdo a la presente Ley".

Este decreto legislativo, marcó el inicio de todo el cambio de políticas que se introdujeron en el área de las Telecomunicaciones, consagrando un nuevo régimen de libre competencia y de apertura hacia la promoción de inversiones nacionales y extranjeras que permitieran el desarrollo progresivo de las Telecomunicaciones en el Perú.

Siguiendo estos lineamientos, el propio Decreto Legislativo 702 creó el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTTEL "encargado de garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario y regular el equilibrio de las tarifas". Su reglamento, posteriormente dictado mediante Decreto Supremo 062-94PCM, establece además que:

Artículo 4.- "OSIPTTEL tiene como finalidad lograr el acceso de un mayor número de personas a los servicios públicos de telecomunicaciones, con niveles de calidad y eficiencia **dentro de un esquema de libre y leal competencia entre empresas operadoras** (el resaltado es nuestro).

Corresponde a OSIPTTEL, dentro del marco de la ley de Telecomunicaciones y de la Ley 26285, proteger al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones de las prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, así como a los usuarios y empresas que prestan dichos servicios de cualesquiera otras prácticas que los afecten".

Posteriormente, se promulgó el Texto Unico Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (TUO), aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC, que recogiendo estos mismos principios los condensó en un sólo texto, absorbiendo las modificaciones no sustanciales que en el interín se vinieron introduciendo parcialmente al Decreto Legislativo 702.

El 14 de Febrero de 1994, se expidió el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, el Decreto Supremo 06-94-TCC, que reiteró los lineamientos de la política del sector y regula, ya en detalle, las modalidades de cada uno de los servicios de telecomunicaciones a que se refiere la Ley, estableciendo los requisitos y mecanismos para la obtención de las concesiones, permisos, autorizaciones y licencias previstas en la Ley.

4. LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR O USUARIO DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

Piedra angular de todo el sistema normativo descrito es la presencia de normas que actuando como complemento de las reglas de promoción de la libre competencia, protegen al usuario o consumidor, "quien se constituye en el auténtico objetivo de la regulación protectora del mercado" (BULLARD). En este sentido, la Constitución de 1993 (artículo 65) reafirmando las líneas introducidas por la reforma del mercado establece que "...El Estado defiende el interés de los consumidores...", cosa que incluye, como es obvio, al usuario de servicios de telecomunicaciones. Ese interés no es otra cosa que la expresión del bienestar social perseguido por el propio Estado (artículo 44 de la Constitución), el mismo que en la materia que nos ocupa, se logra a través de las reglas propias del mercado y a través de una necesaria e indispensable regulación de protección para el usuario, -que no desnaturalice las reglas del mercado- (GASPAR ARIÑO y exposición de motivos de la Resolución No. 001-95-CD/OSIPTTEL), y que pasa por el reconocimiento de su derecho a acceder a servicios de telecomunicaciones (artículo 3 TUO y artículo 4 Reglamento OSIPTTEL); a elegir entre varios operadores de teleservicios en tanto resulte técnicamente posible (artículo 73 TUO y artículo 4 Reglamento OSIPTTEL); a procurarse un servicio con niveles de calidad y eficiencia (artículo 73 TUO y artículo 4 Reglamento OSIPTTEL) a ejercer iniciativa en la regulación de nuevos servicios de telecomunicaciones (artículo 35 TUO); a protegerse de las quiebras del principio de continuidad en la prestación del servicio, entre otros; y a acceder a vías de reclamo expeditivas al interior del propio prestador del servicio público y externas a él, cobijadas bien por mecanismos de solución arbitral (plena autonomía) o bien por vías establecidas al amparo del principio elemental de tutela judicial efectiva.

La posición jurídica que el ordenamiento otorga al usuario de los servicios de telecomunicaciones, por el sólo hecho de serlo, hace que las reglas de interpretación del sistema normativo en materia de telecomunicaciones -al igual que en todo el derecho de la competencia-, se establezcan en beneficio de aquél.

Lo indicado implica que el derecho de los usuarios dotará de contenido y matizará los derechos de los prestadores de servicios, quienes definirán genéricamente sus derechos en función de las reglas de promoción de la competencia y las de protección del usuario.

5. LA LEY DE DESMONOPOLIZACION PROGRESIVA

En Enero de 1994 y encontrándose en vigencia la actual Constitución, se dicta la Ley 26285, Ley de Desarrollo Constitucional, y a través de la misma se establece que los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios portadores de larga distancia nacional e internacional, fueran desmonopolizados progresivamente, mediante la fijación de un **período mínimo de concurrencia limitada**, durante el cual se adecuarían estos servicios a un régimen de libre competencia.

Es necesario resaltar que al darse esta norma, las telecomunicaciones en el país ya se hallaban inmersas y protegidas por un marco de libre competencia, por lo que este texto legal viene a constituir un campo de excepción al régimen general no sólo establecido legalmente sino constitucionalmente.

Por tratarse de una norma de excepción, -y eso es evidente-, su ámbito de acción sólo puede estar limitado a lo taxativamente dispuesto en la Ley, circunscribiéndose el campo de la norma a fijar un período de concurrencia limitada para los servicios públicos de telefonía local y a los servicios portadores de larga distancia nacional e internacional.

Estando a lo precisado, ningún contrato de concesión celebrado al amparo de la Ley 26285 puede contener regulaciones superiores a las previstas en la Ley mencionada.

Como contrapartida, ningún contrato de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones distintos a los regulados por la Ley 26285, puede invadir los servicios sometidos al régimen de concurrencia limitada.

La línea fronteriza que determina la extensión y alcances de los servicios sujetos a concurrencia limitada, viene establecida por la más elemental regla de hermenéutica legal contenida en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil: la Ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía, y que establece que el criterio interpretativo para toda norma de excepción es el restrictivo; así, no caben ampliaciones, ni extensiones del supuesto taxativamente regulado por la Ley.

Esta regla de interpretación se articula con el marco general impuesto por la Constitución y la normativa sectorial de telecomunicaciones: la libre competencia y la posibilidad de acceso del usuario a distintos operadores de servicios de telecomunicaciones sólo

se ve limitada por un régimen de concurrencia limitada que incluye dentro de sí a taxativos servicios: telefonía local y servicios portadores de larga distancia nacional e internacional. Todo aquél servicio distinto de los señalados está sujeto al régimen general; es decir, el de la libre competencia.

6. LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES DADOS EN MONOPOLIO POR LA LEY 26285

En desarrollo de la Ley 26285 del Congreso Constituyente Democrático, por la cual se dispone la “desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia”, unos determinados servicios se exceptúan del régimen de la libre competencia y del derecho de las personas a prestar libremente servicios de telecomunicaciones.

Los servicios que por mandato de la Ley quedan sometidos al régimen excepcional de la concurrencia limitada están consagrados de manera taxativa en el artículo 1 de esta Ley y corresponden exactamente al encabezado de la misma: son los **servicios de telefonía fija local** y los **servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional**.

Como se dijo, al emitirse la Ley 26285, las telecomunicaciones en el país ya estaban amparadas por los principios legales y constitucionales de la libre competencia, anteriormente explicados, por lo que la Ley de Desmonopolización Progresiva viene a constituir un campo de excepción a dicho régimen general, sólo aplicable a los servicios expresa y taxativamente incluidos en él.

El régimen de concurrencia limitada es norma de excepción al régimen general de la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones y además constituye una limitación al ejercicio del derecho consagrado en el artículo 3 de la Ley de Telecomunicaciones, según el cual “toda persona tiene derecho a usar y **prestar servicios de telecomunicaciones**” (El resaltado es nuestro).

Pero además, una extensión del régimen excepcional de la concurrencia limitada a otros servicios no expresamente sometidos por la Ley al mismo, no sólo sería contraria al principio general de derecho arriba comentado, sino que significaría una flagrante contravención de las normas constitucionales ya comentadas. Es contrario a derecho, no sólo plasmar normas legales contractuales en contravención con la Constitución, sino también **interpretar** dispo-

siciones de leyes o contratos en forma opuesta a los mandatos constitucionales.

Sobre la base de lo dicho, no existe impedimento alguno para que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto Supremo 013-93-TCC, cualquier persona pueda solicitar la concesión de cualquier servicio público de telecomunicaciones distinto de los expresamente sometidos al régimen de concurrencia limitada.

En efecto, el reconocimiento efectuado por el artículo 3 del TUO es en favor del usuario y del prestador del servicio. El sentido de la norma se sustenta, en su doble vertiente, en la obligación del Estado, expresamente señalada en el artículo 2 del TUO, de promover las comunicaciones y, especialmente, su desarrollo. Es, así, imperativo para el Estado garantizar y permitir el libre acceso a las comunicaciones, aparejando las mismas con un régimen legal de prestación de servicios de telecomunicaciones que concuerde con ese marco de libertad.

Ninguna otra puede ser la conclusión. El Estado, por mandato constitucional (artículo 58 Constitución) y dentro de un régimen de economía social de mercado, orienta el desarrollo del país y actúa especialmente en las áreas de servicios públicos e infraestructura. Es obvio que las telecomunicaciones se inscriben en ese supuesto. Y en esa línea también se ubica el artículo 2 del TUO que declara de interés nacional el desarrollo de las telecomunicaciones.

El reconocimiento del derecho a usar y prestar servicios de telecomunicaciones sintoniza con los principios que inspiran nuestro orden constitucional, ya descritos anteriormente; y que concuerdan -respecto de la posición del prestador del servicio de telecomunicaciones-, con el reconocimiento que el artículo 59 Constitucional hace de la libertad de empresa y el artículo 58 del mismo cuerpo, respecto de la iniciativa privada que, a tenor del contenido de dicho artículo, es libre.

La aplicación concordada de estas normas lleva a la ineludible conclusión de que el Estado está en la obligación de acoger las iniciativas empresariales que busquen ejercer el derecho reconocido a realizar actividades empresariales; específicamente, en el campo de las telecomunicaciones, dado que el reconocimiento constitucional de estos derechos, desde el punto de vista de la naturaleza de las normas que lo estatuyen, es un derecho de preceptividad inmediata. En efecto, el reconocimiento constitucional de un derecho obliga al Estado y a cualquier sujeto a su observancia, más aún cuando se han instrumentado normas legales que

en desarrollo de dicho precepto han ratificado el reconocimiento del derecho.

No es posible, en el marco antes referido, limitar la libertad de empresa en cualquiera de sus expresiones y, dado el contenido del artículo 3 del TUO, especialmente en materia de telecomunicaciones.

El contenido del artículo 3, y el de su fundamento constitucional, asume aún más cuerpo dentro del marco de liberalismo económico delimitado por el artículo 58 constitucional; el mismo que es asumido por nuestras normas a través del reconocimiento expreso del pluralismo económico llevado a su más acabada expresión, en materia de telecomunicaciones, en el artículo 6 del TUO, que expresamente indica que "El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de Telecomunicaciones...".

7. LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

7.1. El régimen de redes

La legislación peruana permite, por vía del análisis sistemático, establecer una distinción entre redes y servicios y la fijación de un régimen jurídico para las redes de comunicaciones.

El reglamento del TUO define la **red** de Telecomunicaciones de la siguiente manera: "La infraestructura o instalación que establece una red de canales o circuitos, para conducir señales de voz, sonidos, textos, imágenes u otras señales de cualquier naturaleza, entre dos o más puntos definidos por medio de un conjunto de líneas físicas, enlaces radioeléctricos, ópticos o de cualquier tipo, así como por los dispositivos o equipos de conmutación asociados para tal efecto" (Reglamento: glosario de términos).

Como se puede apreciar, la red o infraestructura de telecomunicaciones conduce señales de telecomunicaciones, lo que permite deducir que todo prestador de servicios de telecomunicaciones utiliza una red para la prestación de sus servicios.

De otro lado, el régimen jurídico de la red se fundamenta en el principio de pluralidad de redes y en el de especificidad de las mismas. Esto quiere decir que no existe una sola red. Existen muchas redes y muchas de ellas interconectadas entre sí. Así, hay redes de teleservicios públicos y privados, redes portadoras y, excepcionalmente, redes de servicios de valor añadido. Ello significa que en nuestro

régimen jurídico pueden coexistir una pluralidad de redes, cada una de ellas destinada a soportar un específico servicio de telecomunicaciones.

7.2. La diferenciación entre redes y servicios

La Ley y el reglamento distinguen claramente entre servicios y redes (también llamadas sistemas). El artículo 28 del Reglamento del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, establece lo siguiente: "El sistema portador es el conjunto de medios de transmisión y conmutación que constituyen una red abierta a nivel nacional o internacional que tienen la facultad de proporcionar la capacidad y calidad suficiente para el transporte de señales de telecomunicaciones y para la interconexión de los servicios públicos de telecomunicaciones".

La diferenciación no responde sólo a un ejercicio semántico. La diferencia entre red y servicio permite establecer, a la luz del régimen de concurrencia limitada, que el monopolio legal de prestación de un servicio portador o de telefonía fija local o internacional no impide la instauración de redes dirigidas a prestar servicios distintos, incluso cuando estén en capacidad de prestar servicios portadores o de telefonía fija. Y esto es obvio, pues dada la capacidad actual de los sistemas de telecomunicaciones y el uso de satélites; muchas redes, especialmente las que involucran enlaces satelitales, están en capacidad de soportar servicios portadores y/o de telefonía. De hecho, cualquier teleservicio tiene como característica esencial la de estar en capacidad (lo que no quiere decir que necesariamente lo hagan) de transportar sus propias señales. E, incluso, en capacidad de soportar servicios de valor añadido.

7.3. Los servicios de telecomunicaciones públicos y privados

El TUO de la Ley de Telecomunicaciones hace una inicial distinción entre los servicios de telecomunicaciones que atiende a la utilización y naturaleza del servicio: así, los servicios de telecomunicaciones pueden ser públicos o privados.

7.3.1 Los servicios de telecomunicaciones de carácter público

Son todos aquéllos que, conforme al artículo 20 del Reglamento del TUO, están a disposición del público en general a cambio de una contraprestación tarifaria, sin discriminación alguna, dentro de las posibilidades de oferta técnica que ofrecen los operadores. Dentro de este grupo se incluye, necesariamente, a los servicios portadores. Los teleservicios y

los servicios de valor añadido pueden ser públicos o no.

7.3.2 Los servicios privados

Son aquéllos establecidos por una persona natural o jurídica para satisfacer estrictamente sus propias necesidades de comunicación dentro del territorio nacional, salvo casos excepcionales como aquéllos vinculados a la defensa nacional y civil.

7.4. Los servicios de telecomunicaciones previstos en el TUO

Los servicios de telecomunicaciones pueden ser de la más variada naturaleza y características. En realidad, tratar de hacer una relación de ellos, es una tarea compleja y siempre incompleta, porque las telecomunicaciones tienden a sufrir de modo permanente cambios como resultado de la innovación tecnológica. Sin embargo, el TUO y su reglamento, han dividido los servicios de telecomunicaciones en tres grandes categorías: los servicios portadores, los teleservicios, los servicios de difusión y los servicios de valor añadido. En este punto, obviaremos el tratamiento a los servicios de valor añadido y los de difusión, indicando respecto de ellos que también se encuentran dentro del régimen de libre competencia.

7.4.1. Los servicios portadores

La Ley define a los servicios portadores de la siguiente manera:

“Artículo 10 (Ley): Se consideran servicios portadores a aquellos servicios de telecomunicaciones que **proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales** que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido. Estos servicios pueden ser desarrollados tanto por empresas privadas como por empresas conformantes de la actividad empresarial del Estado y requerirán de concesión expresa para su ejercicio”.

El Reglamento del TUO precisa, respecto de los servicios portadores lo siguiente:

“Artículo 27: Los servicios portadores son aquellos que utilizando la **infraestructura del sistema portador**, tienen la facultad de proporcionar la capacidad necesaria para el transporte y enrutamiento de las señales de comunicaciones, constituyendo **el principal medio de interconexión entre los servicios y redes** de telecomunicaciones.” (el resaltado es nuestro).

El servicio portador, conforme las anteriores definiciones, proporciona capacidad necesaria para el transporte de señales. Su principal utilización está en permitir la interconexión entre servicios y redes de telecomunicación, de tal manera que sus clientes naturales son otros operadores de servicios de telecomunicaciones y no los usuarios finales entre los que se establece la comunicación.

Un ejemplo concreto de servicio portador es el que brinda la Telefónica del Perú a cualquier operador de teleservicios para la realización de comunicaciones de larga distancia. De igual modo, es servicio portador el que materializa el transporte de señales de una central telefónica (p.e. la de Miraflores) a otra (p.e. la de Surco).

Nótese que el servicio portador es un servicio que únicamente se dirige al transporte de señales. El operador de un servicio como éste, únicamente responde por la llegada a su destino de la señal de telecomunicaciones. No responde ni por la calidad del servicio ni por su inteligibilidad.

Pues bien, dentro del actual régimen normativo peruano, los servicios portadores pueden ser los siguientes.

a) **Servicio portador local.**- No sujeto a régimen de concurrencia limitada. Puede ser prestado por cualquier persona y para el establecimiento de comunicaciones de carácter local.

b) **Servicio portador de larga distancia nacional e internacional.**- Sujeto a régimen de concurrencia limitada. Únicamente puede ser prestado por Telefónica del Perú en virtud al contrato de concesión que dicha empresa ha suscrito con el Estado Peruano.

La celebración del contrato de concesión entre el Estado Peruano y la Telefónica del Perú ha generado la existencia de un contrato-ley fijador de obligaciones *interpartes*. Este contrato no tiene carácter normativo, de manera que el mismo únicamente se inserta en un entorno normativo específico fijado por la Constitución, las leyes y el reglamento.

En la línea de lo señalado, y respecto del contenido del mencionado contrato de concesión, conviene sintetizar las disposiciones contenidas en la cláusula tercera sección 3.01 de la Segunda Parte del contrato de concesión suscrito entre Telefónica del Perú y el Estado Peruano, pues ella establece el alcance de los servicios portadores de larga distancia nacional e internacional dados en concesión. No menciona-

mos los locales, pues éstos se encuentran en régimen de libre competencia.

b.1 A nivel nacional:

- Servicio portador para **brindar** la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional.
- Servicio portador para hacer **posible** la comunicación de larga distancia nacional de cualquier servicio público de telecomunicaciones.
- Servicio portador para servicios de difusión.
- Arrendamiento de líneas y circuitos para servicios privados.

b.2 A nivel internacional

- Servicio portador de señales producidas por servicios públicos, cualquiera fuera su naturaleza, incluyendo el servicio telefónico internacional.
- Arrendamiento de líneas, circuitos y canales para servicios privados.
- Servicio portador para servicios de difusión.

Los servicios indicados, porque la Ley no lo dice, no sugieren, en ningún caso, que los teleservicios (sobre los que hablaremos luego) estén obligados a servirse de un servicio portador. Pueden hacerlo, normalmente lo hacen, pero no están obligados a ello. Únicamente existe esa obligación respecto del servicio telefónico de larga distancia nacional e internacional.

7.4.2. Los teleservicios o servicios finales

Los servicios finales o teleservicios son definidos como aquellos que “proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios” (cfr. artículo 13 TUO).

Se trata de servicios directamente prestados a usuarios finales a los que proporciona la capacidad completa de comunicación entre ellos y no, como en el caso de los servicios portadores, de servicios prestados a otros operadores de servicios públicos o privados, a los que sólo suministra la capacidad necesaria de transporte de señales que eventualmente requieran. Esta característica de los servicios portadores explica la razón por la que el régimen legal los tenga concebidos como los principales medios de interconexión entre redes y servicios.

Se resalta así la diferencia fundamental entre ambas clases de servicios, que los hace inconfundibles: si un servicio llega en forma completa hasta el usuario final (el individuo que realiza la telecomunicación), será necesariamente un servicio final o teleservicio, y no un servicio portador, que por sus propias

funcionalidades, reconocidas expresamente por las normas legales arriba transcritas, ofrece sólo la capacidad necesaria para el transporte de señales de otros servicios públicos o privados, constituyendo el principal medio de interconexión entre redes y servicios (REGUEROS).

Existen muchos ejemplos de teleservicios: la telefonía fija y la celular, son un buen ejemplo. El télex, el telégrafo y el servicio de buscapersonas son otros. El artículo 50 del Reglamento del TUO realiza una clasificación enunciativa de los distintos teleservicios a la que se puede agregar cualquier otro a solicitud de cualquier interesado. Esto quiere decir que dentro del régimen legal peruano, existe la más absoluta libertad para prestar servicios finales, cualquiera que sea la forma o modalidad de los mismos.

Nótese que estos servicios se ofrecen al usuario con un elemento adicional al mero transporte de la señal: el servicio debe ser prestado al usuario no sólo con calidad sino garantizándole la permanencia del servicio y su comprensión. De este modo, por ejemplo, el lector resolvería el contrato de servicio con el operador de telefonía celular que no le facilita una comunicación comprensible o plantearía un reclamo ante OSIPTEL si la Telefónica no le facilita la comunicación telefónica a pesar de tener línea instalada, en funcionamiento y con aparato telefónico en óptimas condiciones. Lo mismo, sin duda, haría cualquier usuario con el operador del servicio de buscapersonas o con quien tiene contratado un servicio de comunicaciones troncalizadas.

La característica esencial de un teleservicio está entonces en que permite la comunicación entre usuarios. Pero ella no es la única. Los servicios finales ofrecen **capacidad completa** de comunicación entre usuarios. Y además están obligados a montar su propia infraestructura (red) como lo ordena el artículo 129 del Reglamento del TUO. Quiere decir esto que en el régimen legal peruano, los teleservicios públicos tienen capacidad no sólo para la comunicación entre usuarios sino para efectuarla en forma completa sobre la base de su propia infraestructura; la que por cierto, puede ser implementada de la manera que más convenga al operador.

Este último es el caso de los teleservicios fijos por satélite (artículo 43 Reglamento) que incorporan a sus redes segmentos satelitales y transpondedores (espejo de un satélite) o porciones del mismo prescindiendo de arrendamientos de circuitos dedicados (que, conforme al artículo 31 del Reglamento deben ser contratados necesariamente con el operador del servicio portador autorizado) y que están en capacidad de efectuar cualquier tipo de comunica-

ción. Así, estos teleservicios pueden efectuar en forma simultánea, transmisión de imágenes, textos, voz, etc. Este tipo de teleservicios, por usar enlaces satelitales y circuitos virtuales (no dedicados) no requiere de servicios portadores de larga distancia porque está en capacidad de efectuar comunicaciones que, por ser satelitales, prescinden de criterios geográficos y, por tanto, escapan al concepto de "larga distancia".

En general, el régimen legal aplicable a este tipo de teleservicios, en cuanto se refiere al uso del segmento espacial, se regula de acuerdo con el artículo 61 del TUO por el derecho internacional.

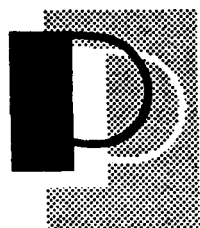
Bien, la Legislación peruana admite la existencia y coexistencia de redes privadas y públicas de teleservicios. Ello se puede ejemplificar utilizando como modelo la red de comunicaciones vía microonda establecida por un banco a través de la cual hace sus operaciones de transmisión de datos y la red pública de telefonía, que soporta otro teleservicio a través del cual también puede hacer transmisiones del mismo tipo a cambio de una contraprestación. La diferencia entre ambas es que la primera no necesariamente debe interconectarse a la red pública (artículo 108 Reglamento).

8. CONCLUSIONES

- El régimen Constitucional Peruano se ajusta a un modelo económico en el que la libre competen-

cia se erige como valor fundamental. Dicho modelo obliga a realizar la interpretación de las normas subordinadas a la Constitución, en línea con el principio de libre competencia y de proscripción de monopolios legales y/o abusos de posiciones dominantes en el mercado.

- En la regulación general de las telecomunicaciones, la fijación excepcional de un monopolio legal obliga a analizar los alcances de las normas que lo establecen atendiendo al carácter excepcional de las mismas.
- En la línea de lo dicho, únicamente se encuentran sujetos al período de concurrencia limitada, los servicios portadores de larga distancia nacional e internacional y los de telefonía fija local. Cualquier interpretación que pretenda restringir este precepto es ilegal. Cualquier interpretación que pretenda ampliarlo, es inconstitucional. En consecuencia, el precepto que consagra el reconocimiento de plena libertad para la prestación de servicios de telecomunicaciones contenido en el artículo 3 del TUO, es aplicable incuestionablemente a todos los servicios no incluidos en el régimen de concurrencia limitada.
- Existe absoluta libertad para prestar servicios portadores locales. Existe, también, absoluta libertad para prestar todo tipo de teleservicios, excepto el de telefonía fija local, que se encuentra bajo el régimen de concurrencia limitada.



**NOTARIA
PAÍNO**

Alfredo Paíno Scarpati
Notario

Av. Aramburú N° 656 - Surquillo
Telefax: 422-7530 441-1791 422-6981 422-0092 422-0995

MARIA MUJICA BARREDA

NOTARIO DE LIMA

Teléfonos : 427-0850 427-1223
Fax : 427-0048

Jr. Lampa 879 Of. 105 - Lima

ACERCA DE LA CAUSALIDAD Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: UN ENSAYO EN HOMENAJE A HARRY KALVEN, Jr.

Guido Calabresi*
Catedrático de Derecho
Universidad de Yale

Generalmente, el análisis de la Responsabilidad Civil ha estado centrado en sólo uno de sus elementos: el factor de atribución. En efecto, es en la discusión sobre la incidencia de determinado factor de atribución en la consecución de las metas de la Responsabilidad Extracontractual donde el Análisis Económico del Derecho ha dado sus más grandes frutos.

El tema de la "causalidad", en cambio, ha permanecido en cierta manera impermeable a dicho análisis. Los estudios sobre el concepto de "causa" así como sus distintas acepciones eran abordados en la mayoría de casos desde una perspectiva filosófica o diagnóstica.

En este ensayo, sin embargo, Calabresi rompe deliberadamente con esa tradición. A lo largo del presente artículo, el autor evalúa los conceptos de causa próxima, causa sine qua non y causa adecuada exclusivamente en su aptitud para el logro de las principales metas de la Responsabilidad Extracontractual; tomando como referencia algunas decisiones reveladoras de la jurisprudencia norteamericana.

El nuevo enfoque del concepto de causa, la revitalización de la denominada "causa próxima" y la invocación del autor a utilizar la causalidad desde una perspectiva más flexible y acorde a las necesidades sociales -en desmedro de conceptos "rígidos"- hacen de este ensayo un gran aporte al tema de la Responsabilidad Extracontractual.

En 1960 entré a una oficina de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Allí encontré a Walter Blum y Harry Kalven. Acababan de leer un borrador de lo que vendría a ser mi primer artículo. Harry me saludo con un: "Está todo mal ... pero, ¿cómo me hubiera gustado escribir un artículo así cuando tenía tu edad!" Esto comenzó el debate. Blum y Kalven dictaron las Conferencias Shulman en Yale, "Perspectivas de Derecho Público sobre un problema de Derecho Privado - Planes de Compensación para Automóviles"; yo retruqué con "Culpa, Accidentes y el Maravilloso Mundo de Blum y Kalven"; pero ellos tuvieron la última palabra en "El Gabinete Vacío del doctor Calabresi". Creo que la responsabilidad extracontractual se benefició de esa ardua polémica. Sé que, como un joven académico, no pude tener iniciación más dura, o más afectuosa. Han pasado quince años y Harry ya no está más entre nosotros. Porque creo que él hubiera estado en desacuerdo con este artículo tanto como estuvo con el primero, agradecidamente lo dedico a su memoria.**

Tarde o temprano la mayoría de autores en el campo de la responsabilidad extracontractual encuentran necesario tratar explícitamente el problema de la causalidad. A decir verdad, tanto se ha escrito sobre el significado del requisito causal en la responsabilidad extracontractual, ya sea a un nivel filosófico o a uno elemental, que otro ensayo puede parecer

* Traducido por Luz Elena Ocampo O. Maestría en Derecho Civil. Agradecemos al doctor Alfredo Bullard por cedernos este artículo para su publicación.

** W. Blum & H. Kalven, *Public Law Perspectives on a Private Law Problem-Auto Compensation Plans* (1965); Blum & Kalven, *Public Law Perspectives on a Private Law Problem-Auto Compensation Plans*, 31 U. Chi. L. Rev. 641 (1964); Calabresi, *Fault, Accidents, and the wonderful World of Blum and Kalven*, 75 Yale L. J. 216 (1965); Blum & Kalven, *The Empty Cabinet of Dr. Calabresi: Auto Accidents and General Deterrence*, 34 U. Chi. L. Rev. 239 (1967).

superfluo. En estos momentos, un compendio, una crítica, o inclusive un análisis de aquellos escritos previos no serían especialmente útiles.¹ Además, el significado filosófico del concepto de causalidad es algo hacia lo cual ni siento inclinación ni estoy preparado a discutir. A pesar de eso, una faceta de la relación de la causalidad en la responsabilidad extracontractual sí merece ser explorada.

En años recientes, la responsabilidad extracontractual ha sido reexaminada teniendo conscientemente en consideración ciertos fines o funciones. Varios tratadistas se han preguntado cómo es que la responsabilidad extracontractual determina qué daños vale la pena evitar, cómo controlar qué categorías de personas soportan la carga relacionada con evitar aquellos daños que se considera que vale la pena evitar, y cómo es que sirve para incentivar o exigir la difusión de dichas cargas. Finalmente, los tratadistas han considerado cómo estas metas se relacionan con el concepto y con el lenguaje de la justicia - la prueba decisiva, por más vaga e incierta que parezca, por la cual debe juzgarse cualquier área del Derecho².

Este enfoque funcional ha llegado a dominar el ámbito académico norteamericano dedicado a la responsabilidad extracontractual. Inclusive sus severos críticos parten de ese marco con la finalidad de señalar las limitaciones que en él perciben. Sin embargo, aquéllos, que han sido los más asiduos en fomentar este enfoque, incluido yo mismo, no han considerado explícitamente el rol que debe jugar la causalidad cuando se examina la responsabilidad extracontractual en términos de metas de desincentivación, difusión y distribución. ¿Qué significado tiene el requisito de la causalidad para estos fines? ¿Puede la causalidad servir a dichas metas, o es, de manera análoga a como algunos han considerado el principio de la culpa, un impedimento para su logro? ¿Ayudaría un análisis explícito de la causalidad a la luz de dichas metas a explicar aque-

llos casos que han parecido paradójicos según el análisis tradicional? Estas preguntas, junto a aquella otra estrechamente relacionada acerca de qué rol debe jugar el lenguaje causal en un sistema de responsabilidad extracontractual que prescinda del principio de la culpa, merecen ser considerados.

Todas estas preguntas no pueden ser exploradas en este corto artículo³. Mi tarea, más modesta, consistirá en analizar la causalidad en términos de las metas de desincentivación, difusión y distribución y, luego, en aplicar mis observaciones a unos pocos casos clásicos de causalidad. A lo largo de esta tarea sólo se considerará las funciones del lenguaje causal; cuestiones más profundas sobre el significado de la causa no pueden ser y no serán discutidas. En consecuencia, las definiciones de causa utilizadas en este artículo ni siquiera cubren incipientemente el campo. Por el contrario, serán definiciones pedestres concebidas tan sólo con la finalidad de fomentar el análisis de la pregunta que he planteado: ¿Qué rol juega el lenguaje causal en la consecución de ciertas metas que han llegado a ser aceptadas como cruciales para la responsabilidad extracontractual?

Para lograr esta tarea de orientación funcional, resulta útil distinguir tres conceptos de "causa": "causa adecuada", "causa *sine qua non*" y "causa próxima".

El primer concepto, del modo como lo emplearé, es enteramente predictivo y empírico. Existe una causa adecuada entre un acto o actividad y un daño cuando concluimos, sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá⁴. Existe una causa adecuada entre la omisión de mantener encendida la luz de unas escaleras y una persona que se cae en esas escaleras, sin importar si alguna caída, en particular, pueda o no haber sido causada, en algún otro sentido del

¹ La influencia de muchos de estos escritos en mi pensamiento debería ser fácilmente perceptible. Este artículo no es el lugar para intentar elaborar una bibliografía de ni siquiera las principales obras acerca de la causalidad y la responsabilidad extracontractual. Me gustaría, sin embargo, hacer mención en particular de León Green, H.L.A. Hart y A.M. Honoré, Fleming James, Robert Keeton y Wex Malone, porque sus trabajos fueron especialmente significativos en el desarrollo de mis ideas sobre el tema.

² Ver, v. G., W. Blum & H. Kalven, *Public Law Perspectives on a Private Law Problem* (1965); G. CALABRESI, *The Cost Of Accidents: a Legal and Economic Analysis* (1970); Calabresi, *Optimal Deterrence and Accidents*, 84 Yale L.J. 656 (1975); Calabresi & Melamed, *Property Rules, Liability and Inalienability*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972); Posner, *Strict Liability*, 2 J. Legal Studies 205 (1973); Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. Legal Studies 29 (1972); cf. Epstein, *Intentional Harms*, 4 J. Legal Studies 391 (1975); Epstein, *Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability*, 3 J. Legal Studies 165 (1974); Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. Legal Studies 151 (1973); Epstein, *Pleadings and presumptions*, 40 U. Chi. L. Rev. 556 (1973); Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 Harv. L. Rev. 537 (1972).

³ Estas preguntas serán consideradas, sin embargo, en forma extensa en el libro del cual este artículo constituye tan sólo una parte.

⁴ Nota del traductor: El término "vínculo causal" es la traducción literal del término "*causal link*" en inglés. Sin embargo este concepto se acerca más al concepto de "causa adecuada" utilizado en el sistema romano-germánico.

término "causa", por la omisión de mantener encendida la luz. Los paseos en bicicleta del presidente de la Corte Suprema Burger y las carreras de autos de los adolescentes por las calles de Washington están causalmente vinculadas al accidente que sufrió el Presidente de la Corte Suprema. Esto resulta cierto sin importar el valor que la sociedad adjudica al montar bicicleta o al hacer carreras de autos en la vía pública. Seguiría siendo cierto incluso si se demostrara que esos daños particulares habrían ocurrido aun si el Presidente de la Corte Suprema hubiese estado caminando o aun si no hubiese habido carrera de autos en esa ocasión en particular. El punto en cuestión es que creemos que el montar bicicleta o el hacer carreras de autos aumentará la probabilidad de que un accidente semejante ocurra en el futuro aun si, en esta ocasión específica, estas actividades no hayan jugado ningún rol⁵.

Obviamente, existe un número infinito de actos o actividades que están causalmente vinculados a todo daño. Algunos pueden ser considerados como socialmente deseables, algunos como neutros, y algunos como indeseables o, inclusive, despreciables. Levantarse en la mañana y salir a la calle aumenta las posibilidades de muchos daños - algunos de los cuales están destinados a ocurrir. Lo mismo sucede con manejar o ejercer la medicina. Manejar o ejercer la medicina sin licencia de conducir o sin título aumentará las posibilidades de daño. Puede ser que creamos que realizar estas actividades sólo aumenta las posibilidades de daños debidos a la conducta negligente del conductor o del médico, pero puede ser que creamos que realizarlas aumenta las posibilidades de daños en los que no se puede encontrar negligencia. En el primer caso, las actividades están causalmente vinculadas sólo a los daños por negligencia; en el segundo, están causalmente vinculadas a una categoría más amplia de daños, la incidencia de los cuales aumentará sin importar si se da, o no, un comportamiento negligente⁶. En suma, el concepto de causa adecuada no es más que una expresión de la creencia empíricamente basada de que el acto o la actividad en cuestión, en caso de repetirse en el futuro, aumentarán las posibilidades de que el daño en consideración también ocurra.

El segundo concepto de causa es comúnmente llamado causa *sine qua non*. Una causa *sine qua non*, del

modo como la emplearé, es uno de los muchos actos o actividades sin los que un daño, en particular, no hubiese ocurrido. Este uso es suficientemente común y no necesita de una discusión especial. El único punto que vale la pena tener en cuenta en esta etapa es que, si bien frecuentemente coinciden la causa adecuada y la causa *sine qua non*, los dos conceptos a menudo divergen. La muerte de una persona encontrada con el cuello roto al pie de una escalera a oscuras está causalmente vinculada a la ausencia de iluminación aun si se pudiese probar concluyentemente que esa víctima cayó en esa ocasión debido a un mareo repentino que hubiese ocurrido con o sin iluminación adecuada, es decir, la ausencia de iluminación no fue la causa *sine qua non* de la muerte. A la inversa, se puede establecer que el hecho de que el conductor de un tranvía haya ido a gran velocidad sea la causa *sine qua non* de que el tranvía haya pasado bajo un cierto árbol podrido en el momento que éste cayó y golpeó el tranvía. Sin embargo, a no ser que el ir a gran velocidad aumente las vibraciones, y que las vibraciones aumenten las probabilidades de que caigan árboles, la causa *sine qua non* que se estableció no estaría causalmente vinculada al daño.

El último concepto que consideraré es el de causa próxima. Este concepto, igualmente bastante conocido, será empleado en un sentido ampliamente estipulativo. Comprenderá, por lo general (si bien no siempre), aquellas causas *sine qua non*, presumiblemente vinculadas causalmente, a las que, en ausencia de ciertas defensas específicas, un sistema legal desea asignar, al menos, responsabilidad parcial por una accidente. Para poder llegar a la conclusión sobre si una acción es una causa próxima, semejante definición "estipulativa" obviamente necesitará una discusión acerca de qué requisitos adicionales deben ser satisfechos según nuestro actual sistema legal y según cada una de las metas de la responsabilidad extracontractual anteriormente mencionadas.

¿Por qué debería concernir la causalidad, en cualquiera de los tres sentidos de la palabra, a la responsabilidad extracontractual? Para responder esta pregunta es necesario regresar a las metas o funciones de la responsabilidad extracontractual que he discutido en un trabajo anterior y preguntar cómo es que la causa adecuada, la causa *sine qua non*, o ese

⁵ Empleo el término "causa adecuada" para describir situaciones en las que creemos que el hecho de que ocurra la actividad "A" incrementará las posibilidades de que ocurra el daño "B". No quiero dar a entender con este término que se esté haciendo alguna alusión a la existencia de conexiones causales de la forma como en ocasiones son éstas descritas en obras filosóficas.

⁶ Ver *Brown v. Shyne*, 242 N.Y. 176, 151 N.E. 197 (1926); cf. *Ross v. Hartman*, 139 F. 2d 14 (D.C. Cir. 1943), cert. Denegado, 321 U.S. 790 (1944).

“algo” extra que en la práctica es añadido por el requisito de la “proximidad”, pueden, siquiera en algo, promover dichas metas. Tal como las he definido en otro lugar⁷, se puede hablar de cuatro metas, dos “metas de compensación”- difusión y equidad distributiva - y dos “metas de desincentivación”- desincentivación específica o colectiva y desincentivación general o de mercado. En este artículo no intentaré reproducir esas anteriores definiciones sino, en lugar de eso, explicaré lo que quiero decir por cada una de ellas a medida que las examine en relación a los tres conceptos de causalidad esbozados anteriormente.

I. EL REQUISITO DE LA CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: LA CAUSA COMO UN CONCEPTO FUNCIONAL

A. Metas de Compensación

Las metas de compensación de la responsabilidad extracontractual pueden ser descritas a grandes rasgos de la siguiente manera: en vista de que la gente no sólo valora una suma de dinero de manera diferente, sino que, asimismo, asigna un valor diferente a cada dólar subsiguiente, el impacto total de un daño puede ser disminuido mediante una apropiada asignación de su carga. Si, por lo general, una gran suma resulta más onerosa cuando es soportada por una persona que si es dividida entre muchas, entonces una función de la responsabilidad extracontractual consiste en asegurar que, de modo consistente con otras metas, se difundan las cargas de los daños. Además, si inclusive las cargas pesadas son menos onerosas cuando son soportadas por ciertas categorías de riqueza antes bien que por otras, entonces otra función de la responsabilidad extracontractual, -nuevamente de modo consistente con otras metas-, puede ser la de asignar las cargas de los daños a aquellas categorías de riqueza capaces de soportarlas con relativa facilidad. No es necesario considerar aquí si éstas son metas valiosas; es suficiente observar que han jugado un rol significativo en la responsabilidad extracontractual. Por su significado en sí se justifica hacer la pregunta: ¿qué rol tienen estos tres conceptos de causa en promover estas metas?

1. **Difusión.** Si la difusión de las pérdidas originadas por los daños fuera la única meta de la responsabilidad extracontractual, no habría objeto en exigir, como prerequisite de la responsabilidad, una

causa adecuada entre un acto o una actividad y el daño. El hecho de que algunos actos o actividades aumenten la posibilidad de que ocurra un daño en el futuro, mientras que otros no lo hacen, no indica nada acerca de la habilidad del causante o de la víctima para difundir los costos de los daños que han ocurrido. Una predicción de la posibilidad de futuros accidentes resultantes de una conducta particular no tiene ninguna relación con la habilidad de difundir los costos de los daños ocurridos. En consecuencia, la causa adecuada entre una acción y un daño sería irrelevante.

Desde luego, se podría formular un tipo diferente de pregunta sobre la causa adecuada como, por ejemplo, si colocar la pérdida sobre un actor, en particular, aumentaría las posibilidades de que éste pudiera difundir pérdidas similares que ocurran en el futuro. Este tipo de vinculación causal sería fundamental para asignar pérdidas a fin de poder difundirlas, pero no tiene nada que hacer con la causalidad tal como ésta ha sido tratada en la responsabilidad civil extracontractual.

Todo esto es esencialmente tautológico. A la difusión le concierne disminuir las cargas de las pérdidas que ya han ocurrido. La causa adecuada, en su sentido normal, se refiere a la posibilidad de que alguna conducta resulte en pérdida en el futuro. Por lo tanto, la causa adecuada es irrelevante a la función de difusión del costo de los accidentes de la responsabilidad extracontractual.

Lo mismo es cierto respecto al requisito de la causa *sine qua non* entre un acto o actividad y el daño. El hecho de que alguna conducta sea o no sea, la causa *sine qua non* de un daño no dice nada acerca de aquéllos comprometidos en dicha conducta en disminuir el impacto del daño difundiendo sus cargas. Por consiguiente, cualquier exigencia de que la responsabilidad esté acompañada de la causa *sine qua non* o de la causa adecuada debe encontrar su justificación en otras funciones de la responsabilidad extracontractual distintas a la de difundir las pérdidas originadas por los daños.

Si la difusión fuera la única meta de la responsabilidad civil extracontractual, un fondo de seguridad social, reunido mediante contribuciones fijadas sobre una base *per cápita*, sería el mecanismo óptimo para lograrla. Un sistema de compensación semejante, diseñado para difundir las pérdidas por accidentes al máximo grado posible, no formularía preguntas causales. Puesto que la habilidad para difun-

⁷ G. CALABRESI, *supra* nota 2.

dir depende de factores completamente separados de la conexión a un accidente particular (causa *sine qua non*) o de predicciones sobre qué conducta futura es peligrosa (causa adecuada), este sistema no exigiría ni una causa adecuada ni una causa *sine qua non* como un prerequisite para fijar las contribuciones utilizadas para compensar las pérdidas por accidentes.

El requisito de la proximidad, sin embargo, puede jugar algún rol en relación a las metas de difusión. Si la difusión fuera la única meta, no habría necesidad de una causa adecuada o de una causa *sine qua non*; de esto se desprende que tampoco habría necesidad de cualquier limitación que fuera impuesta por el requisito de la proximidad. Pero si otras metas de la responsabilidad extracontractual, aún no discutidas, hicieran deseables los requisitos de causa adecuada o de la causa *sine qua non*, entonces el requisito adicional de la proximidad pudiera ser empleado para escoger "difusores" relativamente buenos entre aquellos actores potencialmente responsables que fueran, en el sentido de causa adecuada o de causa *sine qua non*, "causa" del daño.

Para determinar si en la práctica el requisito de la causa próxima sirve a algunas metas de difusión, es necesario mirar el contenido del término "próxima" del modo como es empleado por las cortes y luego considerar si el requisito, tal como es empleado, ayuda a distinguir a los difusores relativamente buenos de los malos. En la medida que dicho ejercicio implica un análisis de casos, será tratado más adelante⁸. Sin embargo, aquí se puede sugerir brevemente algunos aspectos del requisito de la proximidad que guardan relación con la selección de difusores relativamente buenos de una masa de responsables potenciales.

Algunos elementos de la causa próxima, como el requisito de la previsibilidad (bajo cualquier forma que tome y en cualquier grado que sea, efectivamente, considerado esencial) son claramente afines a la habilidad de difundir las pérdidas. Aunque algunos tratadistas han argumentado que la gente, en la práctica, es capaz de asegurarse aún contra daños que no pueda prevenir⁹, ese argumento se basa en las extravagancias de las prácticas de las compañías de seguros y presupone que, aparte de dichas prácticas, cuando una pérdida no es previsible, las posibilidades de que alguien se asegure contra ella son sustancialmente menores. En vista de que la

habilidad para difundir está, por consiguiente, crucialmente vinculada a la cobertura de seguros, no es difícil ver cómo la previsión, como un elemento de la causa próxima, está en sí vinculada a la habilidad para difundir.

Similarmente, ese aspecto de la causa próxima referido a la "magnitud y naturaleza de los daños" está estrechamente vinculado a la habilidad del potencialmente responsable para "autoasegurarse" (es decir, reservar un fondo para contingencias o cubrir las pérdidas con el ingreso ordinario) a fin de evitar arruinarse por pagar una fuerte indemnización. No importa si la magnitud y la naturaleza de los daños están explícitamente reconocidas como parte del concepto de causa próxima. Todo lo que importa es si, en la práctica, las conclusiones sobre la existencia de la causa próxima dependen o parecen depender de la magnitud de los daños y de la habilidad del demandado para soportarlos y, a pesar de eso, para mantenerse a flote. En la medida que estas conclusiones lo hagan, la causa próxima promoverá la meta de la difusión.

Finalmente, el requisito de la causa próxima puede reflejar también metas de difusión cuando da a los jurados, en vez de a las cortes, el poder para determinar la responsabilidad. Si al determinar quién soportará la pérdida, los jurados resultan más influidos, en la práctica, por la habilidad para difundir que lo que resultan las cortes, entonces el requisito de la proximidad, por su propio efecto sobre quién decide acerca de la responsabilidad, puede servir para seleccionar los buenos difusores de los malos.

Nuevamente, se debería reconocer que el concepto de causa próxima, a lo sumo, puede servir como un límite, un recurso para seleccionar al mejor difusor de un grupo de actores potencialmente responsables que, originalmente, fueron identificados sobre la base de principios de causalidad irrelevantes respecto a la difusión. No puede usarse la causa próxima para imponer responsabilidad en una causa que no fuera *sine qua non* o causalidad adecuada, por más que difundiera con gran efectividad, en vez de otra que difundiera de modo menos eficiente pero que sí comprendiera una causa adecuada y una causa *sine qua non*. Al imponer ciertos límites, el requisito de la proximidad puede servir para introducir la meta de difusión en la determinación causal; este requisito no puede, sin embargo, explicar por qué la causalidad debería ser un elemento esencial

⁸ Ver texto y pie de página en la nota 55 infra.

⁹ Ver Morris, *Enterprise Liability and the Actuarial and the Actuarial Process: The Insignificance of Foresight*, 70 YALE L.J. 554 (1961).

de la responsabilidad extracontractual. Reiterando, un sistema de responsabilidad civil extracontractual diseñado teniendo sólo en mente la difusión estaría constituido por un sistema de seguridad social financiado por impuestos generales; un sistema semejante necesariamente suprimiría cualquier requisito de causalidad, incluyendo el de proximidad. En consecuencia, para encontrar una justificación para los requisitos de causalidad en la responsabilidad extracontractual, es necesario mirar más allá de las metas de la difusión.

2. Distribución de la Riqueza o "Deep Pocket". Por más o menos las mismas razones por las que las funciones de difusión no ayudan a explicar el requisito de la causalidad en la responsabilidad extracontractual, las metas de distribución tampoco sirven como principios explicativos. Una vez más, la causa adecuada no ayuda a seleccionar entre los potencialmente responsables a aquellos quienes, en caso de imponérseles cargas, servirían mejor a las funciones de distribución de riqueza. El hecho de que ciertas actividades aumenten el peligro de futuros accidentes no dice nada sobre la riqueza relativa de las partes involucradas. Desde luego, lo mismo es cierto para las causas *sine qua non*. No es ni más ni menos probable que una causa *sine qua non* de un daño provenga de una categoría de causantes pudientes de lo que lo haga una causa que no sea *sine qua non*. Por lo tanto, la causa *sine qua non* también es irrelevante para las metas de distribución de riqueza.

Nuevamente, es posible redefinir la causa adecuada y la causa *sine qua non* de modo que vayan, no de la "acción" al "daño", sino de la riqueza, el status, la casta o inclusive del mérito generalizado (siempre que no se defina el "mérito" en términos de evitar accidentes¹⁰) al daño. Los requisitos causales podrían ser formulados de la siguiente manera: "a fin de atribuir responsabilidad, deberíamos ser capaces de decir que, si no fuera por su riqueza, el daño no habría ocurrido" o "debemos demostrar que su riqueza aumenta las posibilidades de que emprenda actividades que, a su vez, aumenten la probabilidad de que ese daño ocurra en el futuro". Dichos requisitos de una "causa *sine qua non*" o de una

"causa adecuada" servirían, desde luego, para cumplir metas distributivas de forma exactamente análoga a aquella según la que los requisitos de una causa *sine qua non* o de una causalidad adecuada, respecto a la capacidad para difundir, podrían promover las metas de difusión. Sin embargo, como hemos anotado anteriormente, a la responsabilidad extracontractual nunca le han concernido estos tipos de relaciones causales. Más bien, las causas *sine qua non* y las causas adecuadas que se han presentado en la médula misma de casos de responsabilidad extracontractual, son en sí neutrales en lo que concierne a la difusión o a la distribución de riqueza.

El rol del requisito de la proximidad es más ambiguo. Aquí también, dado que éste sirve sólo como una limitación, como un medio para seleccionar entre las partes potencialmente responsables, no puede ser usado para escoger aquella parte que, en términos distributivos, resulta más apropiada para soportar la carga. Sin embargo, puede ser usado para seleccionar a alguien que soporte las cargas relativamente bien, en términos de las metas de distribución de riqueza, de entre un grupo de partes consideradas potencialmente responsables en términos de otras metas de la responsabilidad extracontractual.

Es más difícil estar seguro de este rol del requisito de la causa próxima con respecto a las metas distributivas que estarlo con respecto a la difusión porque algunos aspectos de la proximidad (como la previsión) se relacionan directamente con la capacidad de difundir, mientras que ninguno lo hace con la capacidad para distribuir. Aún así, bien puede ser que existan consideraciones distributivas implícitas en cómo los jurados, y tal vez inclusive las cortes, aplican la prueba de la proximidad. De cualquier modo, existen indicios suficientes de que éste pueda ser el caso¹¹ como para sugerir que, al igual que con la difusión, las metas distributivas pueden ser promovidas por el requisito de la causa próxima. Aunque nuevamente, al igual que con la difusión, si la distribución de la riqueza fuera el único objetivo de la responsabilidad extracontractual, dicho requisito sería inútil.

¹⁰ En la medida en que el evitar accidentes es la base de juicios de mérito y en que estos juicios, a su vez, se conviertan en la base de juicios acerca de la distribución, la causa adecuada y la causa *sine qua non* pueden, a decir verdad, ser relevantes. Pero, entonces, la meta, en mi terminología, no es distributiva. Dado que su efecto consiste en recompensar y sancionar con el propósito de disminuir los accidentes, se trata, por el contrario, de una meta de desincentivación.

¹¹ Ver v.g. *Kinderavich v. Palmer*, 127 Conn. 85, 15 A. 2d 83 (1940). Ver también *Tedla v. Ellman*, 280 N.Y. 124, 19 N. E. 2d. 987 (1939). En estos dos casos resulta difícil entender la imposibilidad de las cortes para considerar la causa próxima como un asunto relativo al plano jurídico. No se puede concebir que las cortes puedan haber llegado a los mismos resultados si las relativas posiciones financieras de las partes hubieran sido inadvertidas.

B. Metas de Desincentivación

Las metas de desincentivación en la responsabilidad extracontractual pueden ser descritas como aquellas que buscan minimizar la suma de los costos de los daños y de los costos de las precauciones. Estas metas han de lograrse, no mitigando la carga de los costos que ya han ocurrido, sino creando incentivos de modo que la gente evite aquellos daños futuros que valga la pena evitar y, en consecuencia, que consiga un intercambio óptimo entre la precaución y el daño en un mundo donde la precaución no es un bien gratuito, y por lo tanto, el daño no es totalmente malo¹². El objeto del análisis a continuación es examinar el rol que el requisito causal juega en la consecución de este intercambio y, específicamente, preguntar qué requisitos promueven qué metas de desincentivación.

1. Desincentivación Colectiva o Específica. Una manera de lograr el intercambio apropiado entre los costos de las precauciones y los de los daños es a través de decisiones colectivas acerca de qué actos o actividades son demasiado peligrosos como para ser permitidos. He denominado este enfoque "desincentivación colectiva" o "específica". En su forma pura involucra un juicio por parte de la sociedad de que ciertos actos o actividades son indeseables y no deben ser tolerados sin importar el deseo individual de emprenderlos. En la práctica los altos costos hacen que la erradicación total del comportamiento indeseado resulte imposible. Pero cualesquiera que sean las limitaciones originadas por los costos, el juicio básico para prohibir el comportamiento sigue siendo uno de tipo colectivo.

Si la desincentivación colectiva fuera la única meta de la responsabilidad extracontractual, el requisito de causa adecuada jugaría un rol crucial. Presumiblemente la sociedad decide prohibir, o bien, restringir cierto comportamiento porque cree que es probable que dicho comportamiento aumente los daños. Los costos de precaución, es decir, la carga impuesta sobre aquellos que deben alterar su com-

portamiento a fin de disminuir este riesgo, son considerados suficientemente pequeños como para que valga la pena imponerlos. El juicio involucrado en elegir, prohibir o restringir un comportamiento particular es precisamente el tipo de juicio que depende de la existencia de una causalidad adecuada puesto que no existe razón para prohibir o restringir un comportamiento que no creemos aumentará las posibilidades de daño en el futuro. Dicho comportamiento es, por definición, inocuo, según mi leal saber y entender; en vista de que alguna gente desea emprenderlo, no hay razón para que sea prohibido¹³.

Obviamente, no vale la pena desincentivar colectivamente todo comportamiento causalmente vinculado a un daño. La mayor parte del comportamiento es riesgoso y aumenta las posibilidades de un daño, es por eso que se necesita un intercambio entre los costos de precaución y los del daño. La causa adecuada con el daño no dice nada sobre los términos del intercambio; sólo define aquellas situaciones en las que se necesita un intercambio. Como tal, el hecho de que una actividad esté causalmente vinculada¹⁴ a un daño es una condición necesaria pero no suficiente para la imposición de restricciones de desincentivación colectiva. Por lo tanto, para definir los prerequisites de responsabilidad bajo un *standard* de desincentivación colectiva es necesario mirar otros requisitos de causalidad.

En general, el requisito de una causa *sine qua non* entre una acción y un daño no proporciona ninguna orientación para seleccionar de entre un universo de actos causalmente vinculados aquéllos que deberían ser colectivamente desincentivados. Si la desincentivación específica fuera la única meta de la responsabilidad extracontractual, el comportamiento proscrito colectivamente sería sancionado sin importar si en una instancia específica era la causa *sine qua non* del daño. Si el manejar en estado de ebriedad fuera prohibido debido a su potencial para causar accidentes, el conductor ebrio sería sancionado ya sea que hubiera sido capturado como resul-

¹² Lo que resulte ser el intercambio óptimo, desde luego, depende de qué valor se asigne a los costos de los daños y de las precauciones. Se puede asignar valores muy distintos a estos factores, dependiendo de la naturaleza del mecanismo de decisión escogido, ya sea que se trate de un proceso político colectivo, de un proceso de mercado, o de alguna combinación de los dos. Una discusión sobre la elección del mecanismo o, inclusive, sobre la relación entre esa elección y las metas distributivas está más allá del alcance de este artículo.

¹³ Desde luego, el daño o el perjuicio no pueden limitarse a los daños físicos o económicos. Se puede prohibir el comportamiento (sabiamente, o no) porque algunas personas se escandalizan de él. Quedar escandalizado implica ser dañado y el comportamiento "escandaloso" está causalmente vinculado al daño. En otro lugar he denominado dichos daños como "moralismos", ver Calabresi & Melamed, supra nota 2. La afirmación en el texto no toma posición acerca de la pertinencia de restringir el comportamiento que sólo ofende. Tan sólo afirma que el comportamiento que no está causalmente vinculado a una ofensa o a otros daños es considerado, por definición, inocuo.

¹⁴ Se debe recordar que la causa adecuada, tal como lo he definido, implica creencia - no certeza.

tado del azar, de un accidente, o de algún otro comportamiento que busque obtener atención. Aún más, incluso si el conductor fuera capturado porque se había visto envuelto en un accidente, se impondría una sanción sin hacer referencia a la causa específica del accidente; sería irrelevante, en el sentido de causa *sine qua non*, que fuera debido a manejar en estado de ebriedad o que hubiera ocurrido aun si hubiera estado tan sobrio como un profesor de Derecho. El daño que parece posible dimanar de manejar en estado de ebriedad (la causa adecuada) soportaría la sanción de modo distinto a cualquier conexión entre el comportamiento proscrito y el accidente específico que hizo que prestáramos atención a dicho comportamiento.

El requisito de la causa *sine qua non* puede, sin embargo, promover la meta de la desincentivación específica en aquellas instancias que involucran comportamientos considerados que valen la pena ser proscritos sólo si el actor tiene cierta actitud mental, como la intención de dañar o de crear el riesgo de daño. Distinguir ciertas categorías de comportamiento según la intención crea el difícil problema de determinar cuándo el comportamiento, en sí permisible, indica la intención que justifica la prohibición colectiva. En vista de que no es fácil establecer la intención de dañar o de crear el riesgo de daño, se emplean diversos sustitutos (como la consumación "exitosa" del daño). Se podría decir que, mientras que es imposible saber que alguien realmente intentó un daño tan sólo apreciando la tentativa, la inferencia de la intención es suficientemente fuerte si consumó la tentativa y dañó a alguien. Esta línea de razonamiento, que a veces es usada para justificar la imposición de diferentes sanciones para delitos "intentados" o "consumados", también puede servir para explicar algunas aplicaciones de la causa *sine qua non* en un mundo de pura desincentivación colectiva. Por ejemplo, el juicio colectivo puede ser que sólo deba prohibirse el manejar en estado de ebriedad de modo intencionalmente peligroso; en tal caso "intencionalmente peligroso" podría definirse como el manejar en estado de ebriedad que dá por resultado un accidente. Bajo dichas circunstancias, si el daño hubiese ocurrido aun sin manejar en estado de ebriedad, puede que no se impongan sanciones de desincentivación colectiva al conductor ebrio.

Aun si las teorías sobre las que depende son válidas, una relevancia tan limitada apenas podría explicar la significación que la causa *sine qua non* tradicional-

mente ha disfrutado en la responsabilidad extracontractual. Además, aun cuando fuera aplicable, se requeriría demostrar una relación sólo respecto del acaecimiento de un accidente productor de un daño y no de los daños producidos por ese accidente. La prueba de la intención necesaria para proscribir el comportamiento sería proporcionada simplemente por el acaecimiento del accidente perjudicial. La extensión de los daños resultantes del accidente serían irrelevantes para la imposición de una sanción de desincentivación colectiva, a no ser que la extensión del daño creciera paso a paso como una función de la intención requerida para justificar las sanciones. Aparte de tales situaciones bastante caprichosas en las que la existencia del comportamiento desfavorecido podría determinarse sólo tomando en consideración el grado preciso de daño que ocurrió en un caso particular, parecería que la causa *sine qua non* (tal como se aplica en la responsabilidad extracontractual -es decir, tanto a los daños como al accidente en sí-) no serviría a ninguna función para fines de la desincentivación colectiva.

La falta general de relevancia de la causa *sine qua non* para la desincentivación colectiva no significa, sin embargo, que el requisito de que las sanciones fijadas estén relacionadas al daño previsible sea también irrelevante. Aunque la noción, articulada en *The Wagon Mound*¹⁵, de que la magnitud de la sanción debería depender de la magnitud del futuro daño previsible se confunda ocasionalmente con requisitos de la causa *sine qua non*, éstos son conceptos totalmente separados. No es necesario que el comportamiento sancionado sea la causa *sine qua non* de los daños que en efecto ocurran. Más bien, la magnitud de la sanción considerada apropiada colectivamente debería basarse en una noción de causa adecuada refinada para reflejar la extensión de aquellos daños que creemos que bien podían aumentar por obra del comportamiento a ser sancionado. Dicho requisito de vinculación causal puede o no ser apropiado respecto del tipo de desincentivación colectiva deseado. Por ahora es suficiente notar que *The Wagon Mound*, precisamente porque su razonamiento resuena en desincentivación colectiva, suprimiría, si fuera llevado a su lógica conclusión, los requisitos de la causa *sine qua non*. El comportamiento perjudicial (definido en términos de su propensión previsible al daño) estaría sujeto a sanciones basadas en esa propensión al daño, sin tomar en cuenta si en realidad llega a ocurrir más o menos daño del previsto -es decir, sin importar las causas *sine qua non*.

¹⁵ Overseas Tankship (U.K.) Ltd. V. Morts Dock & Eng'r Co. (*The Wagon Mound*), (1961) A.C. 388 (N.S.W.), ver nota 33 infra para una descripción del caso.

El requisito de la proximidad en las relaciones causales, a diferencia del de la causa *sine qua non*, puede ayudar a seleccionar, del universo de acciones causalmente vinculadas, aquellas acciones que vale la pena desincentivar colectivamente. Puede hacerlo de dos maneras.

En primer lugar, el elemento de previsibilidad en el requisito de causa próxima es directamente relevante para la desincentivación colectiva. ¿De qué sirve, uno se puede preguntar, tratar de sancionar o de desincentivar colectivamente aquellos actos o actividades cuya propensión al daño no puede ser conocida en el momento en que tiene lugar la acción? Después del accidente se puede reconocer una causa adecuada porque entonces sabemos que tales actos o actividades son peligrosos pero, ¿por qué debería ser esa una base para sancionar actores que no sabían ni deberían saber sobre ese riesgo antes del accidente? Dichas sanciones no pueden alterar el comportamiento peligroso. Por lo tanto, en términos de desincentivación colectiva el argumento en pro de un requisito de previsibilidad que excluya muchas acciones causalmente vinculadas de la responsabilidad resulta muy fuerte¹⁶.

El argumento en pro de la previsibilidad no exige, sin embargo, que los que toman las decisiones colectivas sean capaces, antes del accidente, de definir aquellas acciones que son previsiblemente peligrosas. La desincentivación colectiva es tan apropiada cuando los propios actores debieron haber previsto el peligro a tiempo para controlar su comportamiento como cuando los que toman las decisiones colectivas lo prohíben. En consecuencia, se puede prohibir o sancionar categorías abiertas de comportamiento, llenadas después que la acción tenga lugar, si es que se puede establecer en ese momento que la acción era, a decir verdad, peligrosa y que el actor debió haber previsto el peligro antes de actuar. Nuevamente el acaecimiento real, en un sentido de causa *sine qua non*, de un daño perjudicial no sería lógicamente relevante aunque puede llamar la situación a nuestra atención y, de tal modo, desencadenar las sanciones colectivas.

En segundo lugar, el requisito de la proximidad puede ser útil para decidir cuáles actividades causalmente vinculadas deberían ser seleccionadas para el control de entre un número infinito de posibilidades, porque la causa próxima implica mirar un poco la susceptibilidad de diversas acciones respecto de las modificaciones que disminuyen su riesgo. Es cierto, como lo aprenden todos los estudiantes de responsabilidad extracontractual, que el requisito de la causa próxima no quiere decir que sólo una entre muchas causas deba determinarse para ser considerada próxima¹⁷. Sin embargo, el estudiante más sutil también aprende que el que una parte causalmente vinculada sea hecha responsable a modo de causa próxima depende, en parte, de qué otras partes estuvieron involucradas y de cuán riesgoso fue el comportamiento de éstas en comparación con el del responsable.

Si la meta de la desincentivación colectiva es seleccionar de entre actividades que aumentan el riesgo de daño aquéllas que valen la pena controlar (en otras palabras, si la vinculación causal sugiere la necesidad de un intercambio entre costos del daño y costos de precaución), entonces el requisito de proximidad puede servir a una útil función al excluir del control algunas acciones relativamente menos riesgosas. Un elemento en el intercambio entre costos de precaución y de daño en cualquier actividad particular de seguro es si el controlar o modificar otra actividad sería más eficiente. El aspecto relacional en la causa próxima parece apuntar precisamente hacia esa cuestión¹⁸.

Esta discusión sobre la causa próxima como un medio para seleccionar aquéllos que evitan relativamente bien los costos de los accidentes para fines de desincentivación colectiva puede sonar al lector como algo un tanto peculiar. Después de todo, ¿no es eso, al menos en parte, de lo que trata la culpa? ¿No está diseñada la culpa para seleccionar de entre una infinidad de acciones causalmente vinculadas aquéllas que, por definición, no vale la pena llevar a cabo, es decir, que son ilícitas o dañinas? ¿No es el balance entre precaución y daño que la existencia de la causa adecuada nos exige hacer, el mismo que sofisticados definidores de la culpa desde Terry y Learned Hand

¹⁶ El argumento análogo es mucho más tenue si la meta es la desincentivación de mercado. Ver p. infra.

¹⁷ Esta limitación sobre el grado en el cual el requisito de la proximidad selecciona de entre las partes causalmente vinculadas tiene sólidas bases ligadas al hecho de evitar los costos administrativos.

¹⁸ Esto no quiere decir, sin embargo, que sólo es deseable la desincentivación colectiva de una actividad. El considerar qué tipo de comportamiento riesgoso debería prohibirse no quiere decir que sólo un tipo de comportamiento riesgoso debería ser controlado para cada daño. Una clase de daño puede evitarse mejor controlando varias actividades que están causalmente vinculadas al daño.

hasta Richard Posner atribuyen a la culpa?¹⁹ La respuesta, ineludiblemente, parecería ser “sí”. Y, a decir verdad, si la desincentivación colectiva fuera la única meta de la responsabilidad extracontractual, sería lógico reformar la definición de culpa para realizar la tarea de seleccionar aquellos actos y actividades causalmente vinculados que colectivamente se considera que no vale la pena hacer. Puesto que lo que vale la pena hacer necesariamente depende de qué alternativas existen para lograr el mismo resultado, dicho principio refinado de la culpa tendría que tomar en cuenta qué otras vías están disponibles para evitar el daño²⁰. La magnitud de la sanción a ser impuesta sobre el comportamiento culposo dependería, en consecuencia, del grado de control ejercitado sobre las actividades riesgosas. En cierto sentido, este concepto era el que, aparentemente, buscaba a tientas en *The Wagon Mound*, si bien de una manera bastante torpe.

Si explícitamente se determinara la responsabilidad de esta manera, parecería que la noción de causa próxima se convertiría en innecesaria en la práctica. Una consideración colectiva explícita²¹ de qué actividades vale la pena controlar, en relación tanto al riesgo como a la incidencia del riesgo respecto de otras actividades que, en caso de ser controladas, también disminuirían daños, sería un sustituto satisfactorio del requisito de proximidad. Una determinación explícita de la magnitud de la sanción que realizaría el control de mejor manera teniendo en cuenta los riesgos previsible de cada actividad, sería, asimismo, más directa y efectiva que la vía alambicada sugerida por el lenguaje de *The Wagon Mound*. Pero el hecho es que el requisito de proximidad aún no ha sido eliminado de la responsabilidad extracontractual. Después de que se encuentra la culpa (es decir, después de que se considera no realizar una acción debido a su capacidad de generar riesgos y a su relativa evitabilidad), todavía tiene que establecerse la causa próxima. Y, no obstante *The Wagon Mound*, las sanciones no se basan sobre un juicio colectivo de qué es apropiado a la luz de los peligros previsible de emprender la actividad controlada.

No es extraño que el requisito de la causa próxima ha parecido casi paradójico en un sistema basado en la culpa. Su propia función como una “suerte de balance” entre los costos de las precauciones y de los daños hecha dudas acerca del balance inicial determinado por la culpa. ¿A qué función sirve la culpa si el balance que hace necesita reajuste a través de un requisito de causalidad próxima? No se puede encontrar una respuesta fácil a esta pregunta si uno ve la responsabilidad extracontractual únicamente en términos de desincentivación colectiva. Porque si esa fuera la única meta de la responsabilidad extracontractual, evidentemente se obtendría mejores resultados refinando el balance hecho por la culpa que moviéndose de acuerdo a las reglas de la causa próxima.

En consecuencia, lo que era cierto de la causa próxima y las metas de compensación, también es cierto de la causa próxima y la desincentivación colectiva. Tal como se aplica, la causa próxima bien puede promover estas metas, pero las metas de por sí no pueden servir para justificar su uso. Para ver en toda su complejidad el rol que el concepto de causa próxima juega en la responsabilidad extracontractual, así como para entender, por primera vez, la significancia de la causa *sine qua non*, debemos dirigirnos hacia otra meta de la responsabilidad extracontractual: la desincentivación de mercado.

2. Desincentivación General o de Mercado. Si bien se aproxima a la meta de modo diferente, la desincentivación de mercado apunta al mismo objeto que la desincentivación colectiva. Ambas buscan hacer un balance entre los costos de las precauciones y de los daños evitando sólo aquellos daños que son lo suficientemente grandes como para justificar que sean evitados a un alto costo. Pero mientras la desincentivación colectiva cumpliría esta finalidad mediante un balance colectivo y político de los costos de las precauciones y de los daños, la desincentivación general o de mercado dejaría ese discernimiento a una infinidad de decisiones de mercado atomísticas e individuales.

¹⁹ Terry definió la culpa como la conducta que irrazonablemente implica un gran riesgo y aisló cinco factores (magnitud, objeto principal, objeto colateral, utilidad y necesidad del riesgo) que podían usarse para determinar si un riesgo particular era tan grande como para ser “irrazonable”. Terry, *Negligence*, 29 Harv. L. Rev. 40 (1915). *Learned Hand* en *Estados Unidos vs. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947), propuso una fórmula para llegar al mismo resultado: el riesgo es irrazonable cuando la probabilidad del daño (P) por la gravedad del daño que resultaría si el evento ocurriera (L) es menor que el costo de tomar precauciones adecuadas (B). Hizo notar que, aunque la fórmula pueda sugerir precisión, sus términos, a decir verdad, no son susceptibles de cuantificación. En Posner, *A Theory of Negligence*, 1J. Legal Studies 29 (1972), Richard Posner interpretó la fórmula *Hand* de una manera explícitamente económica, igualando PL con el beneficio económico anticipado de prevenir accidentes y B con el costo de prevención. Al utilizar esta fórmula, Posner dice que el derecho intenta llegar a un nivel de accidentes de “costo justificado”.

²⁰ Esto es, desde luego, lo que haría la definición de culpa, bastante utópica, de Posner.

²¹ Si no por parte del juez, entonces por parte del jurado como un organismo colectivo de toma de decisiones.

Al operar en un mundo en que los mercados perfectos no existen ni pueden existir, el enfoque de la desincentivación de mercado coloca los costos de los daños en aquellos actores que pueden decidir mejor si es más barato evitar que soportar aquellos costos. El objetivo es colocar los incentivos para escoger entre los costos de los accidentes y el evitarlos en aquellos actores que, como un hecho práctico, creemos decidirán de manera más efectiva. Por lo tanto, el actor escogido para soportar las pérdidas debe tener un mejor conocimiento de los riesgos comprendidos y de las maneras de evitarlos que los que hubiesen soportado las pérdidas alternativamente; debe estar en una mejor posición para usar ese conocimiento eficientemente con el fin de escoger la alternativa más barata; y, finalmente, debe estar mejor situado para inducir modificaciones en el comportamiento de otros en los casos en que dicha modificación es la manera más barata de reducir la suma de los costos de los accidentes y de las precauciones. La parte que, en la práctica, combina mejor estos atributos frecuentemente divergentes es "el que evita los costos de manera más barata" o "*cheapest cost avoider*" de un accidente, el que sería responsable de los costos del accidente bajo el *standar* de la desincentivación de mercado.

Si la selección de dicho "*cheapest cost avoider*" es el objetivo de la desincentivación de mercado, ¿Cuán útiles para llevarla a cabo son los diversos conceptos de causalidad que he distinguido?

En general, se requeriría una causa adecuada entre una actividad y un daño. Evidentemente sería improductivo tratar de inducir una modificación en la conducta con el propósito de reducir los costos del daño a no ser que creamos que la conducta esté causalmente vinculada a esos costos del daño. Para decirlo de otra manera, ¿cómo puede una persona ser el "*cheapest cost avoider*" de un daño si sus acciones no aumentan las posibilidades de que el daño vaya a ocurrir? Un incentivo para modificar el comportamiento que parezca aumentar la posibilidad

de daño resulta mal colocado a menos que la parte hecha responsable en realidad emprenda dicho comportamiento peligroso²².

El rol de la causa *sine qua non* en un sistema de desincentivación de mercado es menos obvio que aquel de la causa adecuada. No obstante, entre las metas de la responsabilidad extracontractual, la desincentivación del mercado por sí sola puede explicar la virtual universalidad de la causa *sine qua non*.

La función del requisito de la causa *sine qua non* en la desincentivación de mercado es asegurar que los costos del daño asignados al "*cheapest cost avoider*" incluyan sólo aquellos costos relevantes a la elección entre daño y precaución. Esta función es llevada a cabo mediante la creación de una base actuarial de la cual los actores pueden decidir si los futuros costos de precaución serán más baratos o más caros que los futuros costos de los daños. Saber qué parte debería ser la que haga esta decisión depende, en parte, de la existencia de una causa adecuada, de una predicción del riesgo futuro. Pero los futuros costos de los daños que deberían formar la base del cálculo de los costos relativos de precaución y de daños de otros futuros "*cheapest cost avoiders*" se definen asignando al que soporta las pérdidas, aquellos costos de daños pasados respecto de los cuales era una causa *sine qua non*.

Visto así, el requisito de la causa *sine qua non*, lejos de ser el imperativo esencial, casi categórico como a veces ha sido descrito, simplemente es una manera útil de acarrear algunos de los costos que el "*cheapest cost avoider*" debería encarar al decir si vale la pena evitarlos. Se podría suprimir el requisito de la causa *sine qua non* y emplear otros métodos para lograr el mismo fin. Por ejemplo, uno, simplemente, podría adivinar la magnitud de los costos de los daños que estarán asociados en el futuro con el comportamiento causalmente vinculado a dichos costos de los daños²³. Pero un enfoque semejante sería innecesariamente vago para un sistema de desincentivación

²² Existe una excepción a este requisito de la causa adecuada como una condición necesaria, si bien no suficiente, para la asignación de los costos de los daños mediante la desincentivación de mercado. La excepción, que corresponde a lo que he llamado el "mejor sobornador" o "*best briber*", es, sin embargo, más aparente que real. Lógicamente, es posible que un actor esté tan bien preparado como para: (a) emprender el análisis beneficio-costos; (b) determinar qué otra actividad podría ser mejor modificada de modo que lleve a escoger la combinación óptima entre accidente y comportamiento que engendra precauciones; y (c) inducir modificaciones en esta segunda actividad a la cual deseamos atribuir responsabilidad y, por ende, crear un incentivo en el primer actor aun cuando no emprenda personalmente un comportamiento que aumente los riesgos de daño. En dicho caso tan peculiar el "*best briber*" sería el que soporta óptimamente las pérdidas originadas por el daño (desde un punto de vista de la desincentivación de mercado) aun sin estar directamente vinculado causalmente al daño.

En la práctica, raramente se suscitara el problema de asignar las pérdidas a un "*briber*" que no está causalmente vinculado al daño. En un sistema de culpa, además, parecería que éste no puede suscitarse en vista de que la culpa empieza exigiendo al demandado un comportamiento que pudo haber sido modificado para evitar el daño. La cuestión tiene alguna significación marginal, sin embargo, respecto de un entendimiento del lenguaje causal apropiado para los sistemas de responsabilidad que han abolido el requisito de la culpa. Por esa razón este tema será tratado con algún detalle en el libro del cual este artículo es tan sólo una parte.

²³ De algún modo, eso es lo que hace la desincentivación de mercado cuando adivina que debe proibirse cierto comportamiento debido a su riesgo.

de mercado. Al usar el requisito de la causa *sine qua non*, le indicamos al elegido para soportar las pérdidas que su carga igualará aquellos costos de los que su comportamiento es una causa *sine qua non*; por lo tanto inevitablemente, también decimos al que soporta las pérdidas que sus futuras primas de seguro estarán basadas en esos costos de los daños que, en el mismo sentido de causa *sine qua non*, han resultado de su comportamiento pasado. De esta manera nos podemos aproximar a la carga óptima, es decir, la carga que creará los incentivos apropiados para evitar los daños que vale la pena evitar y para no evitar aquellos daños que son demasiado costosos de eliminar.

Sin embargo, uno se puede preguntar si la determinación de cifras de seguros actuariales sobre una base caso por caso mediante el uso de la causa *sine qua non* es la manera más eficiente de determinar la carga a colocarse al "*cheapest cost avoider*". Algunos ejemplos al azar de los costos de los daños asociados con ciertos tipos de comportamiento bien podrían constituir una manera igualmente precisa y mucho menos costosa de fijar el incentivo para un correcto análisis costo-beneficio. La elección adecuada en esta instancia depende de si los costos administrativos determinados caso por caso son vistos como fijos o si son vistos como marginales, es decir, que valen la pena de ser soportados en la medida que nos proporcionan un cálculo preciso de qué costos deberían asignarse a un "*cheapest cost avoider*" ya seleccionado. Si continuamos usando la determinación caso por caso para decidir quién soportará la pérdida, entonces el requisito de la causa *sine qua non* para definir la pérdida a ser soportada no es administrativamente costoso. Si, en cambio, la categoría del actor escogido para soportar la pérdida se determina sobre una base más general (por ejemplo, por medio de la legislación), entonces una muestra de los costos de los daños que pudieron ser evitados por una apropiada modificación del comportamiento bien puede ser una manera más efi-

ciente de calcular la magnitud de la carga (más bien se llamaría impuesto en vez de daños y perjuicios) a ser impuesta. La modificación del comportamiento del que soporta la pérdida reduciría los costos de los daños en futuras muestras y esta modificación a su vez reduciría la futura carga impositiva. Dado que, hasta la fecha, determinación caso por caso ha sido tomada de hecho como un mecanismo esencial para decidir quién soportará las pérdidas, resulta poco sorprendente, no obstante, que la causa *sine qua non* también haya sido vista como una parte esencial del sistema.

Decir esto, sin embargo, no equivale a decir que la causa *sine qua non* deba ser vista como un requisito absoluto en las determinaciones caso por caso. En consecuencia, donde sea difícil demostrar una causa *sine qua non*²⁴ o donde cualquiera de dos demandados independientes fuera una causa suficiente del daño y, por ende, ninguno fuera una causa necesaria (*sine qua non*)²⁵, resulta dudoso que la adherencia ciega al requisito de que la víctima pruebe una causa *sine qua non* sirve a los fines de la desincentivación de mercado. El hecho de que el comportamiento de la víctima sea también una causa *sine qua non* en tales casos, es probable que sea visto como irrelevante si la víctima no soporta la carga adecuadamente en términos de desincentivación de mercado. Fundamentalmente la cuestión es ésta: ¿debería asignarse la pérdida al demandado, a despecho del estricto requisito de la causa *sine qua non* o es mejor dejar que la pérdida caiga en la parte equivocada, la víctima, que por definición, no es el "*cheapest cost avoider*"? Resulta poco sorprendente que en casos de este tipo las cortes se han esforzado poderosamente a pesar del aparentemente inexorable requisito de la causa *sine qua non*, en ignorar el prerrequisito y en asignar la pérdida correcta, si bien inexactamente, a los demandados²⁶. La limitada significancia de la causa *sine qua non* en promover la única meta de la responsabilidad extracontractual a la que sirve no demandaría menos.

²⁴ Ver v. G. *Michie v. Great Lakes Steel*, 495 F. 2d 213 (6^o Cir), cert. denegado, 419 U.S.997 (1974), que establecía que un grupo de contaminadores podía ser responsable aun cuando el daño atribuible a cada uno de ellos no podía demostrarse; *Summers v. Tice*, 33 Cal. 2d 80, 199 P.2d 1 (1918), donde claramente se aprecia que uno de los dos demandados disparó a la víctima pero, es imposible decir cuál; la corte acogió el veredicto del jurado favorable a la víctima invirtiendo explícitamente la carga de la prueba hacia los demandados en lo que se refería a la causalidad; *Paine v. Gamble Stores, Inc.*, 202 Minn. 462, 279 N.W. 257 (1928), en que el familiar muerto del demandante fue encontrado en el fondo de un pozo a la vez que faltaba una tabla en la boca del pozo; la corte confirmó un veredicto favorable al demandante, que sostenía, aparentemente, que una vez que el demandante había demostrado que la tabla faltante podía haber sido la causa *sine qua non* del daño, la carga de la prueba de que no era la causa se trasladaba a los demandados.

²⁵ Ver v. G. *Corey v. Havener*, 182 Mass. 250, 65 N.F. 69 (1902) en que un par de motociclistas independientes fueron hechos responsables por asustar a un caballo, si bien resultaba verosímil que cada motociclista por su cuenta pudo hacer suficientemente ruido como para ocasionar el daño.

²⁶ Generalmente se llegará a este resultado a no ser que parezca deseable poner un incentivo en la víctima para que identifique cuál demandado fue, a decir verdad, la causa *sine qua non* del daño.

Por lo tanto, la desincentivación general o de mercado cuenta con la causa adecuada para identificar al que soportará óptimamente la pérdida. Cuenta con la causa *sine qua non* como una sólida manera de determinar, sobre una base caso a caso, qué carga -incentivo debería asignarse sobre quien soporta la pérdida. Sin embargo, ningún concepto separadamente o junto con el otro es suficiente para identificar al que soporte adecuadamente la pérdida. El requisito de la causa próxima es necesario para seleccionar, de entre los actores que pueden ser los "*cheapest cost avoiders*" debido a que están suficientemente vinculados causalmente, a aquéllos que en realidad lo son.

Diversos elementos en el requisito de causa próxima son relevantes para seleccionar al "*cheapest cost avoider*". La previsibilidad es, obviamente, afín porque, evidentemente, la habilidad para prever riesgos es importante para comparar los costos de evitar accidentes con los costos de precaución. Puede parecer extraño que bajo la prueba de la causa próxima los costos son asignados sobre la base de la previsibilidad pasada, dado que bajo la racionalidad de la desincentivación de mercado dichas asignaciones son diseñadas sólo para afectar a las futuras elecciones entre los costos de las precauciones y los de los accidentes. Parecería más apropiada la indagación del riesgo futuro -es decir, el grado de causa adecuada- en vez de la previsibilidad pasada. Sin embargo, es probable que las partes que relativamente han tenido buena información sobre posibles riesgos en el pasado (es decir, relativamente eran buenos previsores) también tengan dicha información acerca del futuro. Además, la asignación de aquellos costos, que fueron previsibles en el pasado, creará incentivos, tanto para los que soportan las pérdidas como para otros, para prever aquellos daños que valga la pena evitar en el futuro. En consecuencia, se desprende que, para asuntos prácticos, la previsibilidad pasada es una guía útil para encontrar al "*cheapest cost avoider*".

La previsibilidad pasada no es, sin embargo, un prerrequisito de la responsabilidad si el objeto es la desincentivación de mercado. Un "*cheapest cost avoider*" de costos futuros existe aún cuando nadie pudo haber previsto lo que iba a acontecer. Inclusive si los daños pasados no fueron previsibles, atribuir responsabilidad por ellos a una de las partes en vez de a la otra puede afectar beneficiosamente a las futuras selecciones desde el punto de vista de la desincentivación de mercado. Si el efecto de dichas asignaciones simplemente es categorizar ciertas ac-

tividades como especialmente proclives a los riesgos imprevisibles e inasegurables, puede lograrse un efecto favorable de desincentivación de mercado.²⁷

Aún así, la previsibilidad, tal como es empleada en la causa próxima, aparece como útil factor para definir aquellas actividades que la desincentivación de mercado cargaría con costos de accidentes. Además, la previsibilidad de diferentes aspectos de un daño puede producir una variedad de graduaciones en la habilidad para escoger entre los costos de los daños y los de las precauciones. En realidad, así es como las cortes emplean la previsibilidad al indagar sobre la causa próxima; como veremos, las reglas clásicas que distinguen los requisitos de previsibilidad del tipo de riesgo y de previsibilidad de la categoría de demandante de los requisitos de previsibilidad de la extensión de los daños, tienen bastante sentido a grandes rasgos, si un objetivo significativo del ejercicio es la asignación de pérdidas al "*cheapest cost avoider*".

Otros aspectos de la causa próxima son igualmente relevantes para la determinación de cuáles actividades son mejor gravadas como "*cheapest cost avoiders*". El que una categoría de quienes soportan las pérdidas, más que otra, resulte el mejor árbitro para estimar los futuros costos de precaución y de accidentes, o el que ambas sean igualmente adecuadas, depende de muchas características de las actividades vistas en relación de unas con otras. La distancia en tiempo y espacio o la existencia de intervinientes culposos (o simplemente de intervinientes) puede, o no, hacer a un actor particular inadecuado para soportar las pérdidas de acuerdo a la desincentivación de mercado - aun cuando esté en culpa y aun cuando el actor que resulta el que mejor soporta las pérdidas (sea que éste fuera la víctima o el causante) no lo estuviera.

El propio hecho que estos factores, cruciales para el análisis de la causa próxima, no sean absolutos (la existencia de una causa interviniente puede, aunque no necesariamente, hacer demasiado distante una causa previa) los hace especialmente útiles para promover la desincentivación de mercado. Según los principios de desincentivación de mercado, la distancia en tiempo y espacio o la existencia de causas intervinientes pueden convertir a una parte que emprenda una actividad causalmente adecuada en tan claramente poco idónea para escoger entre la precaución y los accidentes como para hacer que resulte indeseable gravar con las pérdidas a dicha actividad. De otro lado, estos factores pueden ser

²⁷ Ver p. infra.

irrelevantes si los actores “más próximos” son menos capaces de adquirir conocimiento sobre las posibilidades o si, por alguna otra razón, son capaces de trasladar (externalizar) la pérdida y, por ende, carecen del incentivo para escoger. Similarmente, el hecho de que un actor esté en culpa (es decir, que colectivamente podamos decir que debió haber evitado el accidente) puede significar, o no, que evitará mejor los costos futuros que otro actor que, porque es más próximo, tiene mayor conocimiento de lo que las posibilidades implican. Y esta incerteza persiste ya sea, o no, que podamos decir colectivamente que este segundo actor debió haber escogido la precaución (es decir, estaba en culpa). La causa próxima limita el grado en el cual inclusive un sistema de culpa asigna las pérdidas sobre la base de la culpa al considerar como relevantes, pero no concluyentes, los factores que ayudan a definir a los “*cheapest cost avoiders*”. De esta manera sirve a la meta de la desincentivación de mercado, la cual también consideraría esos factores como relevantes, pero no decisivos, y la cual no estaría demasiado influida por el juicio implícito en el descubrimiento de una culpa.

Algunos de los factores relevantes para seleccionar a los “*cheapest cost avoiders*” podrían ser introducidos por doctrinas distintas a la de la causa próxima. La causa adecuada, por ejemplo, podría ser útil para ese propósito, especialmente si se considerara el grado de la causa adecuada (es decir, la predictibilidad respecto a cuánto la recurrencia de una actividad, en relación a otras, aumentaba el riesgo del daño). Pero el grado de la causa adecuada de por sí no suscitaría todos esos puntos que la “proximidad”, del modo como es ampliamente entendida, suscita respecto a definir a los “*cheapest cost avoiders*”. Por ejemplo, no toma en cuenta el relativo conocimiento del peligro poseído por las diferentes partes. Otra doctrina, la asunción del riesgo, de buena gana puede tomarlo en cuenta pero, a su vez, no puede enfocar la capacidad de las partes para externalizar los costos, y de tal modo, no neutraliza ningún efecto de incentivo. La causa próxima, por su propia vaguedad, permite que éstos y otros factores sean considerados. Por lo tanto, es probable que conserve importancia aun si el rol de otras doctrinas en promover la desincentivación del mercado se extendiera.

La causa próxima, aunque es significativa en promover la desincentivación de mercado, no puede ser explicada completamente en términos de desincentivación de mercado ni puede hacer todo lo que

exige la desincentivación de mercado. Mientras que la doctrina puede servir para limitar la responsabilidad de los causantes culposos y para hacer recaer las pérdidas en los no culposos, tal vez más víctimas según los criterios de la causa próxima, no podrán hacer lo contrario y gravará a los causantes sin culpa pero “muy próximos”. Y, si el único objeto de la responsabilidad extracontractual fuera la desincentivación de mercado, se podría descubrir maneras más directas que la causa próxima para aplicar los factores relevantes para seleccionar al que mejor soporta las pérdidas. Pero la responsabilidad extracontractual no sirve a una sola meta. Existen elementos en el requisito de la causa próxima que son útiles en promover las metas de la responsabilidad extracontractual de compensación e, inclusive, de desincentivación colectiva. Como tal, aun cuando idealmente no serviría a una sola meta, el requisito puede ser fundamental para nuestro actual sistema de responsabilidad extracontractual, basado, como de hecho lo es, en muchas metas.

Desde luego, lo mismo es cierto para los otros requisitos de la causalidad. Las metas de desincentivación generalmente requieren de causalidad adecuada; y pueden ser tan fundamentales en la responsabilidad extracontractual como para hacer que el requisito sea un prerrequisito casi absoluto para la responsabilidad. En vista de la determinación de la responsabilidad caso por caso, la desincentivación de mercado puede añadir la causa *sine qua non* como un prerrequisito útil, a decir verdad, casi fundamental. En este punto el requisito de la proximidad en la causalidad, si bien es potencialmente útil en el logro de la desincentivación colectiva y la de mercado, puede, en cambio, ser empleado en promover la difusión. Por ejemplo, imaginemos un accidente imprevisible tanto para la víctima como para el causante, en el que, después del accidente, encontramos que el comportamiento tanto del causante como de la víctima eran una causa *sine qua non* y estaban causalmente vinculados al daño²⁸.

En tal caso, el que las pérdidas sean dejadas a la víctima o sean trasladadas al causante puede depender de su relativa habilidad para escoger entre daño y precaución en el futuro, o puede depender de qué parte puede difundir mejor las pérdidas ya incurridas. Como una cuestión práctica, la prueba de la causa próxima puede ser usada para hacer ambas. En realidad, podría servir a una meta en un caso y a otra en uno diferente. Los que evitan los costos casi bien, pueden tener un potencial de difusión muy diferente, en un caso, mientras que los

²⁸ El comportamiento de ambas partes pudo ser culposo o ambos pudieron no tener culpa o uno pudo haber actuado culposamente y el otro sin culpa.

difusores igualmente buenos pueden estar situados de modo muy diferente para escoger entre el daño y la precaución, en otro.

La causalidad, vista como un conjunto de conceptos funcionales, debe responder a la suma de las metas de la responsabilidad extracontractual. La causa adecuada y la causa *sine qua non* están relacionados a unos pocos, pero fundamentales, objetivos de la responsabilidad extracontractual. La causa próxima, sin embargo, está relacionada a todas estas metas. Resulta poco sorprendente, entonces, que ésta haya parecido siempre el más complejo, paradójico, pero también “flexible” y basado en la política jurídica, de los requisitos causales. En realidad, su propia flexibilidad y su orientación explícitamente de política funcional a veces sirven para esconder los roles igualmente funcionales, más que absolutos, jugados por los otros conceptos.

II. LA APLICACION DEL MODELO A UNOS POCOS CASOS TRADICIONALES

El análisis precedente de la causalidad en términos de las metas funcionales de la responsabilidad extracontractual puede aplicarse para determinar la responsabilidad tanto bajo el sistema de la culpa como bajo el objetivo. Sin embargo, dadas las presentes limitaciones de espacio sólo lo aplicaré aquí a unos pocos casos clásicos decididos en el sistema de la culpa, bajo el rubro de la “causa próxima” y el concepto subsidiario de previsibilidad del daño²⁹.

A. La Desincentivación de Mercado y la Previsibilidad del Daño Insólito

Como se señaló anteriormente³⁰, el uso del concepto de la causa *sine qua non*, además del concepto de causa adecuada, sólo puede ser entendido en cuanto una de las metas de la responsabilidad extracontractual es la desincentivación de mercado. Tradicionalmente, ambos elementos causales han sido aceptados como prerequisites virtualmente absolutos de la responsabilidad bajo el sistema de la culpa, lo que sugiere que, en la práctica, el derecho ha considerado la desincentivación de mercado como

una meta crucial de la responsabilidad extracontractual. Dando por descontado que la desincentivación de mercado es un punto de partida fundamental y asumiendo que los prerequisites de la desincentivación de mercado (causa adecuada y, en menor grado, causa *sine qua non*) han sido satisfechos, ¿ha utilizado el Derecho el requisito de la causa próxima de una manera consistente con la promoción de las metas de desincentivación de mercado? Una exploración de las tres situaciones clásicas que tratan con un elemento de la causa próxima -previsibilidad del daño insólito - debería servir como un vehículo conveniente para examinar esta cuestión.

El primer caso, ejemplificado por *Palsgraf v. Long Island R.R.*³¹, implica una previsibilidad de la categoría demandante limitada o ausente. En el caso *Palsgraf*, unos empleados de ferrocarril que ayudaban a un pasajero a subir al tren, negligentemente causaron que soltara un paquete que llevaba. Sin saberlo ellos, el paquete contenía fuegos artificiales. Cuando cayó, los fuegos artificiales explotaron, causando que algunas tablas en el otro lado de la plataforma cayeran y golpearan a la Sra. *Palsgraf*, hiriéndola. Mientras que el daño al pasajero que abordaba el tren era un riesgo previsible de comportamiento negligente, el daño a la Sra. *Palsgraf*, quien estaba parada en un lugar suficientemente alejado, no fue considerado como tal. A lo sumo, apenas era previsible que el hacer peligrar el paquete pudiera dañar a alguien parado a la distancia³².

El segundo caso, compendiado en el hipotético “demandante de cráneo delgado o de cáscara de huevo”, implica una previsibilidad de la extensión de los daños limitada o ausente. El demandado hace algo malo. Se le considera culposo porque es fácilmente evitable y es probable que le cause al demandante un daño pequeño pero no insignificante. El demandado tiene un cráneo delgado y muere. Los demandantes con cráneos delgados son previsibles (sea lo que fuere lo que puedan decir las cortes), pero su presencia (como la probabilidad de daño a los que están parados en las cercanías, en el caso *Palsgraf*) es suficientemente rara como para que el

²⁹ En el futuro libro aplicaré el análisis a muchos otros casos, más difíciles, de culpa y a diversos sistemas objetivos.

³⁰ Ver p. 33 supra.

³¹ 248 N. Y. 339, 162 N.E. 99 (1928)

³² Al estirar el término “previsible”, parecería posible construir un escenario en el cual la Sra. *Palsgraf* podría haber sido una demandante previsible. En consecuencia, el primer pasajero pudo haber intentado recoger su paquete a pesar del hecho de que el tren estaba en movimiento. Al hacer esto pudo haberse hecho daño. La Sra. *Palsgraf* y varias otras personas pudieron precipitarse a ayudarlo (después de todo, el peligro invita al rescate). En el tropel la Sra. *Palsgraf* pudo haberse hecho daño. Sin embargo, este peligro de daño a la Sra. *Palsgraf* no justificaría, de por sí, llamar dolosa la conducta del demandado.

daño previsible justifique, de por sí, llamar negligente a la conducta del demandado.

El tercer caso implica previsibilidad limitada o ausente de lo que bastante vagamente es llamado "tipo" de daño. El demandado da una pistola cargada a su hija de tres años; la hija suelta la pistola sobre el dedo del pie de un pariente de edad avanzada. Aun cuando la pistola no se dispara, el pariente sufre un daño serio. Las pistolas cargadas son objetos muy difíciles para ser manipulados por niños de tres años; este hecho, que establece una causa adecuada, o es imprevisible o no es suficientemente probable como para hacer que el dar pistolas cargadas a los niños sea un comportamiento culposo. Lo que hace a la conducta culposa es, desde luego, el peligro que el niño dispare la pistola; pero eso no ocurrió³³.

¿Qué efecto deberían tener, en todos estos casos, la previsibilidad limitada o la ausencia de previsibilidad en la decisión acerca de la causa próxima cuando esa decisión es vista desde un punto de vista de la desincentivación de mercado? El punto planteado por esta pregunta parecería no ser más que: ¿cuál categoría, demandante o demandado, tenía mejor habilidad para escoger la alternativa más segura concerniente a este daño inesperado o apenas esperado?

El hecho de que una parte no pueda prever cierto tipo de daño, no la excluye automáticamente como "cheapest cost avoider", si bien las posibilidades de que lo sea se reducen. Los riesgos imprevisibles pueden, como un hecho estadístico, agruparse alrededor de ciertas actividades. Si aquellos que emprenden dichas actividades son hechos responsables por esos daños imprevisibles, las actividades adquirirán reputación de ser financieramente riesgosas. Como tales, puede ser que sean emprendidas en menor grado o que sean emprendidas sólo por aquéllos que las encuentren especialmente valiosas; por gente que, más que la mayoría de nosotros, disfruta en asumir riesgos, o, en fin, por empresarios, es decir, aquellos que están dispuestos a apostar a su destreza para evitar, inclusive, los riesgos imprevisibles de manera más exitosa que la mayoría de la gente. En consecuencia, aun en la ausencia de previsibilidad o en la presencia de una

previsibilidad muy limitada, dichas modificaciones servirían para reducir la suma de los costos de los accidentes y de las precauciones; es decir, para promover la desincentivación de mercado. A decir verdad, se podrían obtener mejores resultados de los que tendría la asignación de riesgos al demandante que sufrió el daño; aun cuando el demandante pudiera haber previsto los propios riesgos "en exceso", lo cual hemos asumido, y la categoría de demandados apenas o ni siquiera los hubiera percibido. En caso de ser gravada, la categoría de demandantes podría trasladar la pérdida a otra categoría, tal como un fondo de seguro social, el cual sería totalmente incapaz de escoger entre los costos de precaución y los de los accidentes. O la categoría de demandantes podría ser incapaz de modificar su comportamiento aun si previera los riesgos del daño en exceso. Aún así, cuanto menos previsibles son los riesgos para la categoría de los demandados y cuanto más lo son para los demandantes, resulta más plausible que la categoría de los demandantes sea el "cheapest cost avoider" de los respectivos costos.

Conocido todo esto, uno puede empezar a entender cómo las distinciones entre categoría de demandantes apenas previsible o imprevisible (Palsgraf), extensión de los daños (el caso del cráneo delgado), y tipo de daño (el caso de la pistola cargada) pueden, en un sentido muy crudo, corresponder a las distinciones hechas en busca del "cheapest cost avoider".

1. Previsibilidad de la Categoría de Demandantes.

El hecho de que estemos preparados para decir que el demandado pudo haber evitado una cierta pérdida más fácilmente que una categoría de demandantes dice muy poco sobre la relativa habilidad del mismo demandado para evitar la misma pérdida cuando se le compara a una categoría de demandantes totalmente diferente y, tal vez, imprevisible. La primera categoría de demandantes tal vez no pueda de ninguna manera prever la pérdida o no pueda ser capaz de actuar en lo que podía prever. De otro lado, una categoría de demandantes diferente puede estar en una posición mucho mejor que el demandado para prever la pérdida y contrapesar su riesgo respecto a los costos de precaución. Si la segunda categoría de demandantes es imprevisible, el demandado puede no ser capaz de estimar si este segundo demandante era un mejor árbitro que el demandado

³³ Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Eng'g. Co. (*The Wagon Mound*), (1961) A.C. 388 (N.S.W.), es otro ejemplo de un caso en el cual el tipo de daño era imprevisible. En ese caso los empleados del demandado habían descargado negligentemente petróleo para hornos en el puerto de Sydney, creando así algún riesgo previsible debido al petróleo como grasa o suciedad. Sin embargo, los trabajadores del demandante, quienes estaban usando llamas de acetileno, accidentalmente encendieron algunos trapos que, a su vez, encendieron el petróleo, causando extenso daño en el puerto. Puesto que el demandado no pudo haber previsto el riesgo del fuego, el Consejo Privado rehusó adjudicarle responsabilidad.

en relación a los costos de precaución y a los daños y, por lo tanto, era el que debió adoptar cualquier medida de seguridad que fuera apropiada para evitarse el daño a sí mismo. Mientras que esta ignorancia no excluye absolutamente la responsabilidad del demandado, la hace considerablemente menos posible, porque un aspecto de ser el "*cheapest cost avoider*" consiste en saber que es probable que se acarree la carga de hacer el análisis costo-beneficio.

Al menos, la existencia de un demandante imprevisible o apenas previsible requiere que la corte o jurado hagan un examen independiente del potencial relativo para evitar el costo entre el demandado y la categoría de demandantes. El hecho de que el demandado era quien mejor evitaba el riesgo frente a otra categoría previsible de demandantes nos diría poco, o casi nada, acerca de cómo resultaría este examen. Esto es cierto aun cuando estén involucradas diferentes categorías de demandantes preVISIBLES, pero esperaríamos diferencias en los resultados más pronunciadas a medida que las categorías de demandantes se vuelvan progresivamente más inesperadas. Por ejemplo, el hecho de que un demandado propietario de tierras sea el "*cheapest cost avoider*" de ciertas pérdidas con respecto a la mayoría de categorías de personas invitadas a ingresar a un predio, no quiere decir que él también es el "*cheapest cost avoider*" con respecto a las muchas categorías de perturbadores de la posesión o, inclusive, a ciertas personas con licencia para ingresar³⁴. Similarmente, el hecho de que una compañía constructora sea el "*cheapest cost avoider*" de los daños a niños causados por tuberías sueltas en un campo de juegos puede significar, aunque no necesariamente, que también sea un "*cheapest cost avoider*" de los daños a adultos necios que también sufren daños en ese lugar³⁵. El punto a discutir en este último ejemplo es si la categoría "necio" es un mejor "*cheaper cost avoider*" que la categoría "compañía constructora". En el citado caso dudo que lo sea

y supongo que una corte estaría de acuerdo y atribuiría responsabilidad. Sin embargo, el hecho de que la compañía constructora fuese un mejor "*cheapest cost avoider*" que la categoría niños no sería decisivo.

El análisis precedente lleva a la conclusión de que el énfasis de Cardozo en la categoría de los demandantes en *Palsgraf*, si bien demasiado fuerte si se toma literalmente (tal como, en realidad, Cardozo nunca lo hizo), es ampliamente, -si bien no totalmente-, comprensible en términos de desincentivación de mercado. Tal como *The Wagon Mound*, en efecto lo demostró, no es comprensible en términos de desincentivación colectiva. Lo que el demandado hizo estaba mal y debió haberse evitado debido al daño previsible a un tipo de demandante. Por lo tanto ¿cómo puede ser menos mal porque haya ocurrido a otra categoría de demandante? Probablemente, como sugiere *The Wagon Mound*, la desincentivación colectiva exigiría una limitación de la sanción al grado previsible de daño pero, indudablemente, sería irrelevante a la desincentivación colectiva a quién afectaría esa extensión previsible de daño³⁶. Paradójicamente, puesto que Cardozo nunca cuestionó abiertamente las premisas del sistema de culpa y, por lo tanto, en cierto sentido, la meta de la desincentivación colectiva, sólo puede explicarse su enfoque en términos de desincentivación de mercado o de compensación. Significativamente, sin embargo, aunque sólo implícitas, estas metas eran a menudo fácilmente identificables en sus opiniones³⁷.

2. Previsibilidad de la Extensión del daño. La manera muy cruda en que la limitada o la ausente previsibilidad de la categoría de demandantes resulta relevante para encontrar el "*cheapest cost avoider*" guarda poco paralelismo cuando la limitada o la ausente previsibilidad se relaciona con la extensión de los daños que son del mismo "tipo"

³⁴ Sin embargo, no quiero que parezca que sugiero que las categorías virtualmente desacreditadas "status sobre la tierra" son lo suficientemente refinadas como para servir como un criterio adecuado.

³⁵ Ver *v. G. Terranella v. Union Bldg & Constr. Co.*, 3 N. J. 443, 70 A. 2d 753 (1950).

³⁶ Se derivaría el mismo resultado de una estricta lectura de la prueba de Learned Hand. El lado "evitabilidad" de la balanza no sostiene nada: el demandado desde ya está obligado a alterar su comportamiento para prevenir el daño al demandante completamente previsible. En consecuencia, no hay ningún costo de evitabilidad adicional implicado en protegerse contra otros posibles demandantes. El lado peligroso de la balanza sostiene cualquier pizca de riesgo que esta minúscula previsibilidad de estas otras categorías de demandantes pueda acarrear. Sin embargo, por más infinitesimal que esta previsibilidad sea, es suficiente para inclinar la balanza puesto que no hay nada en el otro lado. Por lo tanto, según la prueba de Hand, el demandado debe ser considerado negligente respecto a los demandantes escasamente preVISIBLES si es que es considerado negligente respecto de otros demandantes altamente preVISIBLES.

³⁷ Para una opinión de Cardozo en la cual era explícito el análisis beneficio-costo involucrado en los casos de accidentes, ver *Adams v. Bullock*, 227 N.Y. 208, 125 N.E. 93 (1919). El efecto de las metas de compensación puede ayudar a explicar la diferencia entre sus opiniones en *H.R.M.Och Co. v. Rensselaer Water Co.*, 247 N.Y. 160, 159 N.E. 896 (1928), *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916).

que aquellos fácilmente previsibles y que dañan la misma categoría de demandantes. De una manera general, si una categoría de demandados es el "cheapest cost avoider" de un tipo de daño respecto de una cierta categoría de demandados, entonces ese mismo demandado será el "cheapest cost avoider" de cualquier daño extra, si bien imprevisible o escasamente previsible, relacionado con la misma categoría de demandantes. Aunque es posible, no es muy probable que la categoría de demandantes que no era tan bien adecuada como el demandado para evitar el daño fácilmente previsible, esté mejor adecuada para evitar los daños en exceso. Por lo tanto, la regla general del *common law* de que, una vez que existe una causa próxima entre la culpa del demandado y el daño, la responsabilidad se extiende a otros daños más serios, aunque también inesperados, parece ser un buen punto de partida desde el punto de vista de la desincentivación de mercado³⁸. Al igual que la regla de que la responsabilidad existe sólo para los demandantes previsibles, hace sentido en términos de desincentivación de mercado sólo si, en la práctica, se hace excepciones a ella. La regla Cardozo de la "previsibilidad del demandante" funciona razonablemente bien porque el contenido del término "previsibilidad" es lo suficientemente flexible y manipulable como para permitir las desviaciones apropiadas. Similarmente, la regla que impone responsabilidad para los daños ilimitados e imprevisibles funciona razonablemente bien desde un punto de vista de la desincentivación de mercado, porque su efecto está controlado por otras doctrinas que, en casos apropiados, pueden ser empleadas para reducir su alcance.

Las doctrinas empleadas para limitar el alcance de la regla que permite daños imprevisibles *ad infinitum* no son, de una manera general, doctrinas de la causa

próxima³⁹. Por el contrario, tienden a introducirse a través de conceptos de asunción del riesgo (en su sentido primario⁴⁰) y, en ocasiones, a través de la imprudencia de la víctima. Un famoso violinista que ingresa a trabajar a una fábrica siderúrgica y se mutila las manos como resultado de la culpa del dueño de la fábrica, probablemente no recuperará por sus daños "extra e imprevisibles". Muchas cortes dirían que él había asumido el riesgo de dicho daño y que pudo haber encontrado un empleo alternativo menos peligroso para sus manos. Sin embargo, probablemente el violinista podría recuperar por el mismo daño en exceso si hubiera sufrido el daño en un accidente automovilístico. Pudo haber tenido mayor conocimiento del que tenía el demandado sobre ese riesgo en particular pero, ese conocimiento no le hubiera proporcionado alternativas significativas⁴¹. El demandado en esta situación, a diferencia del caso de la fábrica siderúrgica, también sería, en el caso de ser el "cheapest avoider" del daño original, el "cheapest avoider" de los improbables daños extras.

Los mismos tipos de distinciones que limitan y refinan la regla que admite daños imprevisibles de modo que sirva a las metas de desincentivación de mercado, pueden ser vistas también en otros casos hipotéticos clásicos. Si el paquete perteneciente al pasajero en *Palsgraf* hubiera contenido un ánfora Ming, probablemente el demandado no hubiera sido hecho responsable por los daños extraordinarios causados por la rotura, a pesar de la regla básica del *common law* que impone responsabilidad a pesar del hecho de que el riesgo que tornó culposa la conducta del demandado en primer lugar, fue precisamente el riesgo al daño al paquete⁴². Algunas cortes hubieran encontrado imprudencia de la víctima en esta situación, otros asunción del riesgo;

³⁸ Desde luego que la desincentivación colectiva y, por ende, la racionalidad de *The Wagon Mound* exigirían un viraje diferente. La responsabilidad estaría limitada a la extensión previsible del daño. Sin embargo, si fuera aplicada de lleno, esta racionalidad exigiría el mismo nivel de responsabilidad aun cuando ese grado de daño no se materializara.

³⁹ Al definir los daños en exceso como de un "tipo" diferente de aquellos que han sido previstos, las cortes, pueden, desde luego, emplear las doctrinas de la causa próxima para limitar las indemnizaciones de daños en exceso imprevisibles o escasamente previsibles. El juez Andrews, al disentir en *Palsgraf*, habría empleado directamente la causa próxima para limitar la extensión de los daños pero, en su opinión, la previsibilidad hubiese sido sólo un factor para determinar los límites apropiados.

⁴⁰ En su sentido primario, la asunción del riesgo no exige que la conducta del demandante sea, de algún modo, negligente o dolosa. Sí exige que el riesgo en cuestión, sea uno del cual gente como el demandante esté, por lo común, consciente de que el demandante tenga alternativas significativas comparadas a soportar el riesgo, y que el demandado tenga un derecho (palabra ambigua) para imponer sobre el demandante la elección entre asumir o evitar el riesgo. Ver v. g. *Brown v. San Francisco Ball Club, Inc.*, 99 Cal App. 2d 484, 222 P2d 19 (1950), cf. *Meistrich v. Casino Arena Attractions, Inc.*, N. J. 44 155 A. 2d 90, 1959, que rechaza la asunción del riesgo en su sentido secundario (como una suerte de imprudencia de la víctima) y cuestiona si su función primaria resulta mejor lograda por una doctrina separada, como la asunción del riesgo o a través de definiciones de conceptos como negligencia o deber, diseñados para lograr los mismos tipos de limitaciones a la responsabilidad.

⁴¹ En nuestra sociedad, quedarse en casa no es una alternativa significativa, y los guantes protectores no existen.

⁴² Cf. El último párrafo de la opinión de Cardozo en *Palsgraf*.

cualquiera que fuera la terminología, el resultado parece estar preordinado y de acuerdo con las metas de desincentivación de mercado. A la inversa, la persona con cráneo delgado generalmente recupera todos sus daños aunque su conocimiento de la propia condición deba ser vastamente superior al del demandado. El conocimiento sin alternativas (no existen los casos adecuados; si existieran, los casos bien podrían ser diferentes) no hace a una categoría de actor un “*cheapest cost avoider*”. Y atribuir responsabilidad al demandante como un incentivo de desincentivación de mercado para informar a los demandados potenciales sobre ese riesgo en particular, parece ser relativamente inútil en vista de que el demandado de una manera general, será un conductor que fácilmente no recibirá información. En contraste, existen casos en los que se puede dar información, como cuando se coloca avisos para informar a los conductores que una casa de reposo queda cerca o, para usar un caso opuesto, cuando se da advertencia adecuada de los daños potenciales derivados del uso de un producto, y se traslada así la carga de realizar el análisis beneficio-costos al demandante, quien ya no puede reclamar con éxito que el daño resultó de un defecto del producto⁴³.

Desde luego que tales limitaciones sobre la regla general del *common law* que rige los daños en exceso y que no están basadas en la causa próxima, son bastante crudas. Para producir reglas más refinadas sería necesario referirse a la desincentivación de mercado directamente como la única meta de la responsabilidad extracontractual, -un enfoque que, evidentemente, sería incorrecto. Con toda probabilidad, tal dependencia directa en la desincentivación de mercado limitaría los daños “extra” o “insólitos” más de lo que hacen las doctrinas existentes sobre la responsabilidad extracontractual. Por ejemplo, se ha sugerido que, al menos, el dolor y el sufrimiento altamente individualizados sean dejados a las víctimas de algunas categorías de daños, aun si otros daños, incluyendo el de algún nivel básico de dolor y sufrimiento, fueran asignados a los causantes⁴⁴. El tono de estos escritos sugiere razones de desincentivación de mercado para esta

asignación dividida. Alguna legislación, generalmente de tipo de responsabilidad objetiva y de desincentivación de mercado, ha sugerido este modelo⁴⁵. Sin embargo, todo eso nos empieza a empujar fuera del alcance de la presente discusión y hacia una consideración del rol de los conceptos causales en un mundo de responsabilidad objetiva, donde uno podría plausiblemente argumentar que las metas específicas de la responsabilidad objetiva deberían ser claramente identificadas y servidas.

3. Previsibilidad del Tipo de Daño. Tal como el *common law* la define, la habilidad para prever categorías de demandantes es altamente relevante para seleccionar “*cheapest cost avoiders*”. La habilidad para prever la extensión de los daños es mucho menos relevante, especialmente dada la existencia de conceptos como la asunción del riesgo. Una vez más, tal como la define el *common law*, la habilidad para prever tipos de daños cae en algún punto entre ambas.

El ejemplo empleado anteriormente para ilustrar el tipo imprevisible o sólo ligeramente previsible de daños era el caso en que un adulto entrega una pistola cargada a un niño. El niño la suelta y cae en el dedo del pie de un pariente de edad quien sufre un daño serio aunque la pistola no se dispara. Es sabido, ya sea antes o después del accidente, que las pistolas cargadas son sumamente delicadas para que las carguen los niños. Por lo tanto, se establece la causa adecuada porque la evidencia indica que el entregar pistolas cargadas a los niños aumenta sustancialmente el riesgo que serán soltadas y, por ende, el riesgo de que los pies de los parientes de edad sufrirán daños como resultado de ello.

Nuestra reacción inicial e instintiva a esta hipótesis bastante exótica es querer hacer responsable al demandado negligente. Sugiero que esa reacción está basada en razones de desincentivación colectiva. El daño previsible derivado de entregar una pistola cargada a un niño es enorme; el daño que efectivamente ocurrió ciertamente no es mayor que el daño esperado; la sanción de desincentivación colectiva apropiada para el demandado sería, al menos, tan

⁴³ Esta definición del rol funcional de la advertencia y del efecto se refleja en *sills v. Massey-Ferguson, Inc.*, 296 F. Supp. 776 (N.D. Ind. 1969). Ver, de modo general, *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* 32 N.J. 358, 161 A. 2d 69 (1960).

⁴⁴ Ver v.g. *Halde Associates, Inc. A Study of Hawaii's Motor Vehicle Insurance Program* (Special Report N° 72.1 to the Legislature of the State of Hawaii) 90, 110 (1972); cf. G. Calabresi, *supra* nota 2, pp. 223-24.

⁴⁵ El dejar los daños por el dolor y el sufrimiento a las víctimas era una de las propuestas principales en la mayoría de los esquemas de compensación para víctimas de accidentes automovilísticos. Ver, v.g. R. Keeton & J. O'Connell, *Basic Protection for the Traffic Victim: A Blueprint for Reforming Automobile Insurance* (1965). Adicionalmente a las leyes sobre compensación para automóviles, las leyes de compensación laborales también han declinado imponer indemnizaciones altamente individualizadas por dolor y sufrimiento en el causante.

grande como los daños sufridos; entonces, ¿por qué no hacer responsable al demandado? Desde luego, dicho razonamiento justificaría la misma grave sanción aun si no hubiera ocurrido ningún daño. En un sistema de metas mixtas, el sancionar comportamientos peligrosos en ausencia de daño real puede ser inapropiado, y, sin embargo, las metas de desincentivación colectiva pueden compeler todavía la imposición de responsabilidad en el caso hipotético si, al menos, las otras metas no fueran abiertamente promovidas por la responsabilidad objetiva.

Puede demostrarse este efecto de desincentivación colectiva contrastando una variación de *Palsgraf* con el caso hipotético. En *Palsgraf*, la negligencia del demandado consistió en hacer peligrar innecesariamente el paquete. Supongamos que el dueño del paquete tenía un "hombro delicado" y que, al hacerlo entrar al tren de una manera no negligente excepto con respecto al paquete, los empleados del tren le golpearon el brazo causándole un severo daño que hizo que hubiera que amputárselo. Aquí, a diferencia de la hipótesis de la pistola, no hay equivalencia de desincentivación colectiva entre el ilícito cometido y la sanción a ser impuesta; por lo tanto, nuestro instinto nos lleva a decir "ninguna responsabilidad". El propio Cardozo sugirió ese resultado en *Palsgraf*. Sin embargo, ese mismo resultado no se desprende del caso ordinario del cráneo delgado en donde también falta la equivalencia entre ilícito y sanción⁴⁶. En el caso del cráneo delgado, el daño es del mismo tipo que aquél previsto y, por lo tanto, se promueve la desincentivación de mercado (ausencia de asunción del riesgo) colocando la pérdida en el demandado a pesar de la falta de equivalencia entre su ilícito y la carga impuesta sobre él. La variación anterior de *Palsgraf*, en la que el tipo de daño es diferente, es, de manera menos evidente, un caso donde, si bien el demandado negligente es el "cheapest avoider" del riesgo fácilmente previsible, generalmente también es el "cheapest avoider" del riesgo menos previsible. En tal situación las cortes, en caso de guiarse por los principios de la desincentivación de mercado, vacilarían en partir de una regla general de responsabilidad que estuviese limitada solamente por otras doctrinas tales como la asunción del riesgo. Pero igualmente vacilarían en

partir de una regla de no responsabilidad (como en las situaciones de un demandante imprevisible) que fuera modificada sólo a través de la manipulación del contenido de "previsibilidad". Resulta poco sorprendente, entonces, que la presión de otras metas, tal como la desincentivación colectiva, sea sentida de modo más obvio en este caso.

Las circunstancias que rodean el acaecimiento de un tipo inesperado de daño pueden sugerir que el demandado que mejor soporte la pérdida básica para fines de la desincentivación de mercado, no es quien mejor soporta un tipo diferente de pérdida. Pero pueden sugerir lo opuesto. O simplemente nos pueden dejar perplejos en ese respecto y, por lo tanto, más dispuestos a seguir los dictados de otras metas (ya sea de desincentivación colectiva, como en el caso de la "pistola cargada", o de compensación), las cuales pueden parecer estar abiertamente promovidas por uno u otro resultado. Por lo tanto, no es sorprendente que, a primera vista, dichos casos parezcan ser los más confusos de todos los casos de "daños inesperados". Las cortes y los tratadistas se pronuncian de una manera, u, ocasionalmente, de ambas pero, como quiera que se pronuncien, el "tipo" se define tan vagamente que los casos se resuelven siguiendo cualquiera de las tendencias⁴⁷.

Esta precisa confusión parecería sugerir que sería mejor concentrarse directamente en el efecto que la previsibilidad de la extensión, del tiempo o del demandante tiene en el potencial relativo de evitabilidad de costos. ¿No sería mejor agrupar todos esos casos bajo la causa próxima y, entonces, considerar, en vista de los hechos particulares, qué categoría de actor es el "cheapest cost avoider"? Si, como sugiero, las diferentes previsibilidades a lo sumo, sólo sugieren la calidad de "cheapest cost avoider" y si la desincentivación de mercado fuera la única meta de la responsabilidad extracontractual, parecería mejor tratarlas a todas como si plantearan el mismo problema - ¿cómo afecta la previsibilidad relativa a la desincentivación de mercado en este caso? - y, luego, encontrar la solución de acuerdo a los hechos del caso particular. Se evitaría entonces todas las dificultades de categorización que desde

⁴⁶ La excepción es, desde luego, *The Wagon Mound*, el cual no está desarrollado consistentemente precisamente porque su lógica es totalmente de desincentivación colectiva, y la responsabilidad extracontractual no se basa solamente en esa meta; cf. *Smith v. Leech Brain & Co.*, (1962) 2 Q.B. 405.

⁴⁷ Cuando un "tipo" diferente de daño refleja una situación en la cual no existe causa adecuada, las cortes tienen poca dificultad en no encontrar responsabilidad. En la hipótesis de la pistola, se suele denegar responsabilidad porque falta la causa adecuada crucial que asumir, es decir, que las pistolas cargadas son particularmente peligrosas para los niños. Sin éste, ciertamente el demandado no es el "cheapest cost avoider", y las metas de desincentivación colectiva o de compensación no parecen ser suficientes para imponer responsabilidad donde la desincentivación de mercado claramente no lo haría.

hace tiempo han importunado a las cortes - ¿ es este un caso de diferente tipo o extensión de los daños⁴⁸? Sin embargo, la solución sugerida no se desprende necesariamente. En la práctica, el enfocar abiertamente en la desincentivación del mercado puede impedir que se promueva inclusive las metas de desincentivación de mercado⁴⁹. Y, probablemente alternaría el tratamiento concedido correspondientemente a otras metas de la responsabilidad extracontractual, metas que no son menos importantes que la desincentivación de mercado.

B. La Acción Recíproca entre las Diferentes Metas de la Responsabilidad Extracontractual

Si la desincentivación de mercado fuera la única meta de la responsabilidad extracontractual, entonces todos los problemas de la causalidad se reducirían a la búsqueda del "*cheapest cost avoider*". Sin embargo, la responsabilidad extracontractual es un sistema que responde a metas mixtas. En consecuencia, puede ignorarse ciertos conceptos de causalidad (como la causa adecuada) que pueden ser cruciales para la desincentivación de mercado si es que otras metas son lo suficientemente apremiantes⁵⁰, mientras que puede emplearse otros conceptos (como la causa próxima) para promover estas otras metas aun cuando aquellos no entren en acción si es que se examinan las metas aisladamente. Si la responsabilidad extracontractual es vista bajo esta luz, resulta posible explicar ciertos casos de causalidad que, vistos solamente desde el punto de vista de una sola meta, son difíciles de entender.

1. Metas de Desincentivación Colectiva. Ya he hecho notar cómo el deseo de promover la desincentivación colectiva puede modificar los casos de causalidad. En realidad el propio Palsgraf a veces es

explicado diciendo que el ilícito previsible era demasiado pequeño como para justificar responsabilidad por los daños que ocurrieron; pero esta explicación, suficientemente apropiada en términos de desincentivación colectiva, entra en conflicto con la doctrina que Cardozo anunció en el propio caso. Si Cardozo hubiera adoptado esa posición habría pronunciado una doctrina *Wagon Mound*, en vez de Palsgraf. El que no lo haya hecho no quiere decir que era insensible a las presiones de desincentivación colectiva⁵¹. Por el contrario, simplemente quiere decir que la desincentivación colectiva no era su único objetivo y que tomó en cuenta la equivalencia aproximada entre ilícito y sanción cuando la influencia de otras metas empujaba en esa misma dirección o no era concluyente. Por lo tanto el concepto altamente manipulable de previsibilidad de la categoría de demandantes, que tiene algún sentido en términos de desincentivación de mercado pero que podría ser usado también para responder a las presiones de la desincentivación colectiva instintivamente, pudo haber parecido la mejor respuesta "doctrinal" a Cardozo.

Cuando se añade a esto el deseo de Cardozo de centrar la mayor parte de esta difícil combinación de metas en la corte en lugar que el jurado, la doctrina Palsgraf parece bastante inteligible.

Por razones que he tocado en otro lugar, no creo que sea deseable mezclar metas de desincentivación colectiva y de mercado en un sistema⁵². Resultados como *The Wagon Mound*, que entorpecen la desincentivación de mercado pero que no avanzan lo suficiente como para lograr una adecuada desincentivación colectiva, parecen demasiado probables⁵³. Sin embargo, en tanto que nuestro sistema de responsabilidad extracontractual permanezca como

⁴⁸ Que es difícil hacer distinciones resulta casi tautológico. Si se hace distinciones en primer lugar, no debido a algo inherente en el tipo, extensión o categoría de demandante sino porque estos términos proporcionan grandes directivas para determinar la habilidad relativa para hacer un análisis beneficio-costo, entonces las distinciones están destinadas a ser difíciles de hacer excepto sobre la base de los principios de la desincentivación de mercado.

⁴⁹ Ver p. *Infra*. El libro venidero se extenderá sobre la noción suscitada aquí que el enfocar abiertamente sobre una meta, debido a que convierte esa meta en demasiado obvia y sujeta a ataques, a decir verdad, puede servir subvertir la meta en una sociedad dedicada a las metas mixtas.

⁵⁰ Es posible, aunque no necesario leer casos como *Kerman v. American Dredging Co.*, 355 U.S. 426 (1958), y *Green-Wheeler Shoe Co v. Chicago, R.I. & P.Ry.*, 130 Iowa 123, 106 N.W. 498 (1906) de esta manera.

⁵¹ A decir verdad, una manera de explicar otros resultados de Cardozo es precisamente en términos de lograr alguna equivalencia entre ilícito y sanción. Compárese la opinión de Cardozo en *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916) (el comprador pudo cobrar indemnización cuando sufrió daños de un automóvil defectuoso) con *Ultramares Corp. v. Touche*, 255 N.Y. 170 N.E. 441 (1931) (los acreedores no pudieron cobrar de los auditores que negligentemente habían certificado que el deudor era solvente) y *H.R. Moch Co.v. Rensseler Water Co.*, 247 N.Y. 160, 159 N.E. 896 (1928) (los demandantes heridos por un incendio desatado no pudieron cobrar de una empresa de saneamiento que negligentemente no había mantenido la necesaria presión de agua).

⁵² Ver, v. G. G. Calabresi, *supra* nota 2

⁵³ Tontamente las sanciones permanecen atadas a las causas *sine qua non*. Se permite el seguro cuando no es deseable en términos de desincentivación colectiva. Y el enfoque en la limitada previsibilidad del causante ignora la posible falta de habilidad de la víctima para escoger entre daño y precaución.

un sistema basado en la culpa, debe admitirse que las metas de desincentivación implícitas en el sistema incluyen tanto la desincentivación colectiva como la de mercado (aunque como he argumentado, inclusive el sistema de culpa enfatiza la desincentivación de mercado, al menos, tanto como la desincentivación colectiva). Si bien se admite que *The Wagon Mound* es más lógico internamente que *Palsgraf*, a diferencia de *Palsgraf*, se equivoca abiertamente porque ignora los aspectos fundamentales de la desincentivación de mercado de la responsabilidad extracontractual. Los casos que ignoran internamente la equivalencia entre ilícito y sanción (es decir, desincentivación colectiva), desde mi punto de vista, no están análogamente equivocados; más bien, son parte integrante del movimiento que se aleja del sistema de la culpa, el cual mezcla metas de desincentivación con objetivos de compensación, hacia un sistema objetivo, el cual mezcla metas de compensación solamente con la desincentivación de mercado.

2. Metas de Compensación. Aun más que la desincentivación colectiva, los objetivos de compensación pueden explicar por qué los casos de causalidad a menudo difieren de lo que serían en la práctica si los jueces y jurado respondieran únicamente a principios de desincentivación de mercado. Considérese por ejemplo, cómo las metas de difusión y distribución influyen tanto en la doctrina como en el resultado de los casos discutidos anteriormente que conciernen la extensión del daño, el tipo de daño y la categoría de demandantes imprevisibles (o escasamente previsibles).

A nivel doctrinal, las metas de compensación se moverán en la misma dirección que la desincentivación de mercado: una parte que es quien mejor difunde los costos previsibles es muy probable que también sea quien mejor difunda el mismo tipo de costos cuando simplemente éstos resultan mayores que lo esperado. Se puede llegar a un punto donde se acaba la cobertura del seguro o donde ya no existe la habilidad para auto-asegurarse⁵⁴. Pero, en el caso ordinario, el hecho de que los daños sean mayores que los esperados, pero del mismo tipo de éstos, no alteraría la identidad de la parte más idónea para difundirlos. Nuevamente, las excepciones doctrinales (en el sentido de opuestas a las *ad hoc*) hechas por las cortes - por ejemplo, asunción del riesgo con respecto a las manos del violinista de la fábrica siderúrgica - precisamente son aquellas en que un diferente

conocimiento sugiere una diferente probabilidad de asegurarse, y por ende, una diferente habilidad para difundir respecto al exceso.

De otro lado, donde es el tipo de daño el que es escasamente previsible, la parte quien mejor difunde los daños previsible de ningún modo necesariamente es quien mejor difunde la pérdida imprevisible. Una cobertura de seguro por parte de los demandados parece menos probable cuando los daños imprevisibles son de un tipo diferente, y por lo tanto, aun cuando la habilidad para auto-asegurarse muy probablemente permanecería inalterada, fácilmente puede percibirse una razón para tratar los tipos imprevisibles de daños de manera diferente a la extensión de los daños. Puede que en la práctica, como sugiere Robert Morris⁵⁵, no sea una buena razón, pero, al menos, es comprensible.

Finalmente cuando la categoría de demandantes no es previsible, la probabilidad relativa de auto-asegurarse como entre demandado y demandante, no menos que la probabilidad relativa de asegurarse, queda en duda. Nuevamente, esta incerteza no quiere decir que una regla absoluta, aplicada inexorablemente para excluir a los demandantes de la responsabilidad para con las categorías de demandantes imprevisibles, sería sensata desde un punto de vista de la difusión. A decir verdad, los propios demandantes imprevisibles pueden difundir tan pobremente que es más deseable hacer responsable al demandado imprevisible. Pero no es difícil ver cómo, si se usa sólo como un punto de partida flexible, una doctrina que rechaza la responsabilidad del demandado para con los demandantes imprevisibles frecuentemente puede ser consistente con las metas de difusión.

Sin embargo, las doctrinas sólo dan los grandes trazos, los casos individuales pueden presentar problemas particulares de difusión no tratados por las reglas que no enfocan la difusión. Debido a que la determinación acerca de la causa próxima pertenece al jurado, la doctrina de la causa próxima especialmente está bien adecuada para modificar resultados en las situaciones de hecho individuales. Sin embargo, en vista de que los jurados no dan razones, es difícil estimar la influencia de la difusión en el proceso de toma de decisiones. La sabiduría popular nos dice que tiene gran significación. En realidad el temor del grado en el cual los jurados

⁵⁴ Será instructivo considerar casos específicos donde eso parecía probable para ver cómo las cortes tratan dichas situaciones. Para mi definición de "auto-asegurarse" ver p.13 supra.

⁵⁵ Morris, supra nota 8.

introdujeran nociones de difusión en detrimento de otras metas ha sido dado como explicación para las reglas doctrinales que detraen una parte de la decisión sobre la responsabilidad de la investigación de la causa próxima y, por ende, del jurado también. Si en realidad ese es el caso, uno esperaría que las determinaciones del jurado sobre la proximidad, cuando fueran permitidas, frecuentemente reflejarían las metas de difusión.

Más interesante es el hecho de que inclusive las decisiones de las cortes en casos particulares parecen emplear la causa próxima para lograr las metas de difusión, al menos, cuando la desincentivación de mercado no sirve mucho de guía. Los resultados en *Gallick v. Baltimore & Ohio R.R.* y en *República de Francia & Compagnie Générale Transatlantique v. Estados Unidos*⁵⁶, que serían difíciles de explicar en términos de reglas de previsibilidad del tipo y extensión de los daños, pueden ser fácilmente comprendidos si uno toma en cuenta las correspondientes situaciones particulares de difusión. En *Galligk*, a pesar de una falta de previsibilidad en relación a un serio accidente causado por las picaduras de insectos, probablemente la compañía de ferrocarril era el "*cheapest cost avoider*"; evidentemente, estaba en una mejor posición para pagar dichas pérdidas en ese momento y para asegurarse contra ellas en el futuro. Por lo tanto, las consideraciones de desincentivación de mercado y de difusión convergen para exigir la responsabilidad del demandado; así se pronunció la Corte Suprema, echando de lado la falta de previsibilidad del tipo de daños. En el caso de la República de Francia (en el cual el crucial demandado original era la línea de navegación francesa), la desincentivación de mercado pudo haberse inclinado ligeramente hacia la responsabilidad del demandado pero, la

difusión se inclinaba en la dirección contraria. Los Estados Unidos poniéndose en los zapatos de las víctimas que voluntariamente había compensado en parte, buscó trasladar toda la carga de la pérdida al causante. De haberse acogido esta petición, se habría otorgado escasa compensación a las víctimas y se habrían producido otras dislocaciones secundarias. Realistamente, la falta de previsibilidad era únicamente de la extensión de los daños pero, el término "causa próxima" probó ser lo suficientemente flexible para denegar responsabilidad sin llegar a una doctrina como la de *The Wagon Mound*⁵⁷.

En el caso de la República de Francia, parecían dominar metas de difusión inconsistentes con requisitos débiles e inciertos de desincentivación de mercado; a veces, en un sistema de metas mixtas, inclusive pueden dominar a presiones de desincentivación de mercado bastante claras. Se puede encontrar casos ocasionales donde se impuso responsabilidad aún cuando la causa adecuada era sumamente dudosa, inclusive, inexistente⁵⁸. Debido a la significación de la desincentivación de mercado, dichos casos son, como se podría esperar, bastante raros. Y cuando aparecen pueden ser frecuentemente explicados como ataques al concepto de culpa en lugar de al de desincentivación de mercado; generalmente está ausente la causa adecuada respecto al comportamiento ilícito, pero, está presente una estrecha causa adecuada respecto al comportamiento no ilícito del demandado; y el demandado fácilmente sería el "*cheapest cost avoider*" en un sistema de responsabilidad objetiva. Aun así, no debería sorprender que, en un sistema de metas mixtas, ocasionalmente las metas de difusión dictan un resultado que la desincentivación de mercado rechazaría porque no existe una causa adecuada relevante.

⁵⁶ *Gallick v. Baltimore & O.R.R.*, 372 U.S. 108 (1963), fue una acción FELA por parte de un empleado de ferrocarril que fue picado por un insecto mientras que trabajaba cerca de una poza estancada que quedaba en terrenos de la compañía de ferrocarril. La picadura se infectó y se tuvo que amputar ambas piernas del demandante. En tanto que la compañía de ferrocarril evidentemente era negligente respecto al mantenimiento de la poza, argumentó que no había suficiente conexión causal entre la negligencia y el daño como para atribuir responsabilidad. En el juicio, el jurado dio la razón al demandante, la corte estatal de apelación revocó el veredicto basándose en que no había habido conexión causal, y la Corte Suprema de nuevo revocó restableciendo el veredicto. La Corte sostuvo que había suficiente evidencia de una conexión causal.

Republic of France & Compagnie Générale Transatlantique v. United States, 290 F. 2d 395 (5th Cir. 1961), cert. Denegada, 369 U.S. 804 (1962) surgió del desastre de la Ciudad de Texas en el cual una explosión en el barco *Grandcamp* "el 16 de abril de 1947, originó más de 500 muertes, más de 3000 daños personales, y tremenda destrucción y daño a la propiedad". Id en 396, los Estados Unidos, después de ganar una serie de juicios que le fueron interpuestos bajo la *Federal Tort Claims Act*, procedió bajo la Ley del 12 de agosto de 1955, capítulo 864, 69 Estat. 707-09 (*Texas City Relief Act*) a compensar reclamos no asegurados hasta un máximo de US\$25000 por reclamo. En su calidad de cesionario de las víctimas que habían sido en parte compensadas, reclamó contra la línea de navegación francesa (el fletador) y la República de Francia (el dueño del barco). Un reclamante, que se había mostrado renuente a ceder su reclamo de casi US\$ 5000.000, se unió a la acción interpuesta por los Estados Unidos. La corte, empleando el lenguaje de la causa próxima, rehusó hacer responsables a los demandantes por cualquier reclamo surgido de la explosión.

⁵⁷ En realidad, aun en Inglaterra después de *The Wagon Mound*, decisiones como *Smith v. Leech Brain & Co.*, (1962) 2 Q.B. 405, en situaciones similares a *Gallick*, sugieren que la equivalencia de ilícito y sanción -la meta de desincentivación colectiva de *The Wagon Mound* - puede relajarse si están suficientemente en conflicto con las metas de difusión

⁵⁸ Ver nota 49 supra.

Tal es el resultado de tener un sistema de metas mixtas en el cual la discusión de esas metas se conduce en un lenguaje extraño - el lenguaje de la causalidad. Porque los principios de causalidad, en tanto que son capaces de responder a varias metas de responsabilidad extracontractual, no están conscientemente dirigidos a ellas o cualquier mezcla particular de ellas. Ya sea que este arreglo resulte deseable o que sea mejor evitar el lenguaje causal y tratar con cada una de las metas auto-consciente y explícitamente, cambiándolas de acuerdo a una fórmula auto-consciente, es algo que queda para ser discutido.

III. EL LENGUAJE DE LA CAUSALIDAD Y LAS METAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Los requisitos causales, al igual que todos los otros requisitos legales, finalmente deben justificarse en términos funcionales. El Derecho es una construcción humana diseñada para lograr ciertas metas. A menudo -quizás, la mayor parte del tiempo- las metas son terriblemente complejas y difíciles de analizar claramente, y, con la debida razón, se sospecha del análisis y de la prescripción que descartan términos legales inveteradamente honrados, porque no se puede encontrar justificaciones de política inmediatas y claras para ellos. Aun así, el objeto del Derecho es servir a las necesidades humanas y por lo tanto los términos legales (que, en otros contextos, pueden tener otros significados más profundos), tarde o temprano, deben estar ligados al servicio de las necesidades humanas.

En este sentido, muchas cuestiones filosóficas, aparentemente significativas, concernientes con la causa vienen a ser irrelevantes respecto al uso de ese término en el Derecho. Para ampliar por lo que concierne al lenguaje legal, "causa" de una enfermedad dependería de cómo en cualquier época podría ser controlada más fácilmente. Desde este punto de vista, en el siglo diecinueve hubiese sido apropiado hablar de "causa" de la tuberculosis como la ausencia de sol y la presencia de malas condiciones de vida. Otros factores posibles, que eran tanto causas *sine qua non* como causalmente vinculados, no estaban sujetos al control humano, corriente o hipotético. Con la identificación del bacilo de Koch todo eso cambió. Primero potencialmente, y subsecuentemente en la práctica, los esfuerzos dirigidos a este elemento causalmente vinculado parecían muy probables de controlar la enfermedad. No era importante que tanto las condiciones de vida como la

predisposición genética también importaran. ¿De qué serviría hablar de estos elementos como causas cuando las condiciones de vida eran tan difíciles de modificar en comparación a controlar el bacilo y cuando la predisposición genética estaba totalmente fuera del control humano? Sin embargo, estos dos factores permanecen causalmente vinculados a la tuberculosis. Más recientemente el prospecto de la reingeniería genética ha cambiado nuevamente el lenguaje causal apropiado para esta enfermedad. Ahora se puede, de una manera significativa, hablar de predisposición como una "causa" de la tuberculosis.

El objetivo respecto a la tuberculosis es más fácil de definir de lo que son la mayoría de los objetivos o metas legales. El lenguaje causal en el Derecho debe responder al hecho de que el objeto buscado puede diferir en tanto que los factores sujetos a control permanecen iguales. Por ejemplo, las cortes han sido capaces de encontrar responsables a dos cazadores independientes y culpables en casos como *Summers v. Tice*, aun cuando sólo uno de sus disparos dio en la víctima y aun cuando supuestamente la demostración de una causa *sine qua non* era un prerequisite de la responsabilidad⁵⁹. No serían capaces de encontrar tan fácilmente que dos violadores independientes, fueran los padres de un niño ilegítimo aun cuando la evidencia causal respecto a las acciones ilícitas era precisamente la misma que en *Summers v. Tice* y aun cuando la víctima era igualmente inocente. Para bien o para mal, los efectos (y por ende la función) de las acciones de paternidad se conciben de forma muy diferente a aquellas de daños y perjuicios. Lo que es "causa" para una no tiene que ser "causa" para la otra.

Si reconocemos que en Derecho el término "causa" es usado de diferentes maneras pero siempre para identificar aquellos puntos de presión que son los más conciliables con las metas sociales que deseamos lograr, entonces desaparece la aparente paradoja. Donde difieren las metas también lo hace la definición práctica de causalidad. Algunos aspectos de la causalidad (como la causa próxima) demuestran esta base funcional en la superficie. Otros, como la causa adecuada y la causa *sine qua non*, a menudo parecen ser requisitos casi absolutos, neutrales a las metas. Pero, parecen eso simplemente porque están siendo empleados en contextos donde, de una manera general a las metas apropiadas les exigen establecerse casi universalmente. Sin embargo, la buena voluntad de las cortes al ignorar las causas *sine qua non* en casos como *Summers vs.*

⁵⁹ 33 Cal. 2d. 80, 190 P. 2d. 1 (1948).

Tice pero también la causa adecuada donde parecen implicadas diferencias extremas de difusión indica, sugiero yo, que en Derecho la causa *sine qua non*, como la causa próxima, es finalmente un concepto funcional diseñado para lograr metas humanas.

Si los conceptos causales pueden usarse flexiblemente para identificar los puntos de presión más sensibles con nuestras metas sociales, entonces el uso de dichos conceptos tiene grandes ventajas sobre la identificación y separación explícitas de las metas. Los términos con un lustre histórico del *common law*, nos permiten considerar otras metas (como la difusión) que no quisiéramos relevar o, demasiado obviamente asignar a las instituciones judiciales. Debido a que, como todos los términos morales, los términos causales han venido a tener sus propios significados, -los cuales no pueden ser cambiados como resultado del análisis de una persona-, éstos nos permiten resistir las presiones políticas que, si se empleara un lenguaje más “consistente de las metas” y antiséptico, darían como resultado una combinación de metas consideradas menos deseables. Finalmente, y probablemente más importante nos permiten la introducción de metas que no hemos sido capaces de relevar o analizar pero que, sin embargo, junto con las metas analizadas forman parte de un conjunto de relaciones que llamamos “justicia”.

Si, de otro lado, los conceptos causales llegaran a definirse y a aplicarse demasiado rígidamente, ya no servirían adecuadamente a las metas que podemos analizar ni permitirían la introducción de las metas que no podemos afirmar demasiado abiertamente o que de ninguna manera hemos podido analizar. Además, dicha rigidez significaría que la habilidad para responder a metas cambiantes y a combinaciones de metas tanto analizadas como implícitas que caracteriza a la adjudicación y a los conceptos del *common law*, se perdería. Ya no se podría introducir nuevas necesidades ni desechar las antiguas sin rasgar este tejido inmaculado. Esta rigidez no ha caracterizado la manera en la que la causa ha sido tradicionalmente usada en la responsabilidad extracontractual, ni tampoco constituye la manera como está siendo usada ahora durante la

difícil transición de los sistemas basados en la culpa a aquellos objetivos. Al igual que en el pasado, los conceptos causales parecen estar respondiendo a los cambios en los puntos de presión apropiados; aun lo están haciendo sin romper con el pasado o con algunas de las metas no comprendidas que el pasado contiene.

Desde luego que aquí hay un peligro. Los conceptos flexibles y las metas “no analizadas” pueden esconder lo que verdaderamente está en juego: quién gane o quién pierda y por qué. Pueden retener lo mejor de un pasado no comprendido totalmente pero también puede servir, simple y llanamente para sacar partido. El lenguaje causal tiende a conservar, por un tiempo, dichas metas y, por lo tanto, algunos resultados que no pueden ser justificados fácilmente. En consecuencia, no es ningún accidente que algunos tratadistas estarán impacientes con los conceptos causales que facilitan la retención de metas no claras, mientras que otros considerarán iconoclasta cualquier examen de esos conceptos que los hiciera más conciliables con el análisis orientando a metas.

Soy optimista acerca de nuestra habilidad para usar conceptos como el de causa con el fin de promover las metas analizadas, y, como John Stuart Mill, soy escéptico acerca de nuestra habilidad para analizar todas nuestras metas⁶⁰ y, además, para reconocer todo lo que podemos analizar. Por lo tanto, me inclino a creer que el requisito de la causalidad en todas sus tres partes (causa adecuada, causa *sine qua non* y proximidad), sobrevivirá en muchas áreas de la responsabilidad objetiva en vez de ser reemplazado por recursos directos a aquellas metas claramente identificadas a las que, de una manera general, parecen servir esos requisitos. Sólo porque es flexible y funcional, aunque sensible a los ecos del pasado, el lenguaje causal sobrevivirá - eso es lo que lo hace tan útil en un mundo objetivo como en uno basado en la culpa. Sólo si viene a ser visto como “absoluto” o como representante de relaciones naturales “inherentes” que el Derecho no puede tocar, cualquiera que sean las necesidades humanas, es que sobrevivirá a su utilidad y será reemplazado por otros conceptos en el Derecho.

⁶⁰ J.S. Mill, *Essay on Bentham*, en *The Philosophy of John Stuart Mill* 20 (M. Cohen ed. 1961).

ESTUDIO

OSTERLING, ARIAS - SCHREIBER, VEGA, ORBEGOSO & ASOCIADOS

FELIPE OSTERLING PARODI
MAX ARIAS - SCHREIBER PEZET
JORGE VEGA VELASCO
FERNANDO DE ORBEGOSO BARAYBAR
ARTURO TELLO DIAZ
ENRIQUE FERRANDO GAMARRA
ARY ALCANTARA VALDIVIA
ALVARO E. SUAREZ MILLA
WILLIAM FERNANDEZ DE LA CRUZ
TANIA LOPEZ-GUERRA RIVERO
MADELEINE OSTERLING LETTS
ALFREDO CALVO CORDOVA
MAURICIO MARTINEZ RAMIREZ-GASTON

Pardo y Aliaga 640
Piso 8° San Isidro
Lima - Perú
Teléfonos : 442 0770
441 5637
Facsimile : 442 0770
E-Mail : OSAVEO@unired.net.pe

Especialidades

Práctica General, Derecho Comercial, Constitucional, Aeronáutico, Administrativo, Tributario, Laboral, Minero, Petrolero, Bancario y Seguros, Internacional Privado, Industrial, Derechos de Autor, Marcas y Patentes, Inversión Extranjera, Pacto Andino, Derecho Procesal Civil, Derecho Ambiental y Privatizaciones.

EL CONTRATO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO

Eduardo Ignacio de Rivero Santana
Abogado
Ex-Miembro del Comité Directivo
THĒMIS -Revista de Derecho

¿Cuál es el ser del Derecho? ¿Cuál su función en la interrelación de las conductas de los hombres? ¿Cuál, finalmente, es su objeto?

Las preguntas antes formuladas siempre han sido materia de debate, habiendo recibido muchas respuestas e interrogantes desde distintas perspectivas. Pero, para poder absolverlas es necesario abstraer de la conducta de los hombres cómo funcionan las normas, qué rol desempeñan y cuál es su finalidad. Sólo entonces podrá comprenderse a cabalidad qué es el contrato.

1. EL OBJETO DEL DERECHO

No es difícil advertir, a partir de lo que es la actividad diaria donde se interrelacionan distintas normas de muy diversa naturaleza, que parte de esa normatividad es lo que llamamos "Derecho" cuando nos referimos a la conducta de los miembros de una sociedad, básicamente en la interrelación de unos con otros.

A diferencia de las normas causales que tipifican la física, la química u otras ciencias llamadas "exactas" -que el hombre no establece según su deseo sino sólo como resultado de abstraer de la naturaleza cómo se dan ciertas situaciones en consonancia con ciertos hechos-, las normas que regulan la conducta de los hombres son elaboradas y estudiadas también por personas pero se caracterizan no por describir hechos sino por pretender conductas entre los miembros de una sociedad. Es precisamente lo que se denomina como el "deber ser" de la norma jurídica.

El Derecho de los Contratos es, a no dudarlo, una de las ramas más ricas y vastas de toda la ciencia jurídica. Su preponderancia en el campo del Derecho Civil Patrimonial ha ocasionado su gran desarrollo tanto práctico como teórico, dando lugar a diversas formas y teorías, a cual más compleja y sofisticada. El presente artículo es un intento de encontrar los orígenes del contrato - institución jurídica de primer orden - para entenderlo desde su más sencilla manifestación, desde su más elemental característica. Para ello el autor recurre a la Teoría General del Derecho en busca de una perspectiva conducente a encontrar la primigenia esencia del contrato, a fin de entenderlo en un amplio contexto.

El “ser” de la norma jurídica es la conducta que le sirve de supuesto para establecer un determinado objetivo, que como ya se indicara, constituye su “deber-ser”. Esto también puede entenderse como la “voluntad del legislador”, que no es otra cosa sino lo que el poder político pretende alcanzar.

Sin embargo, al regular el Derecho las conductas de los individuos, observamos que para ello se requiere el elemento “poder”, que consiste en la capacidad de imponer la propia voluntad sobre las demás personas. El concepto de poder así formulado no sólo considera el que practican instituciones gubernamentales sino todas las que puedan desarrollarse por las personas, incluso no existiendo tales instituciones públicas. Es más, es importante considerar que esas instituciones públicas al ejercer el poder lo hacen mediante una suerte de delegación que hacen los demás individuos y dentro de límites que se han establecido en abstracto con el objeto de conciliar los distintos intereses que siguen los diferentes miembros de los más diversos grupos humanos.

Cuando esos poderes actúan, cuando todos los individuos se interrelacionan unos con otros, se desarrolla un gran despliegue de conductas en las que el poder es el factor determinante, entendiéndolo como la capacidad de cualquiera para imponer su propia voluntad, muchas veces aún al margen de lo que la ley establece.

El Derecho, siguiendo la línea de lo expuesto, es la regulación de las relaciones de poder de los hombres, lo que se manifiesta a través de sus conductas. Esa regulación se da mediante lo que los abogados llamamos “norma jurídica”.

Como fuera señalado, las instancias de poder que podemos llamar “oficiales”, son las que dictan las llamadas “normas jurídicas”. Adquieren tal condición porque son el resultado de la voluntad colectiva que deposita tal responsabilidad en determinadas personas que se consideran provistas de la capacidad suficiente para establecer el equilibrio de la sociedad en el múltiple juego de relaciones de poder que se da en su interior. Para esto, la colectividad establece mecanismos de consenso para la designación de las “autoridades” como “autores” de las leyes. Cuando se rompe ese consenso surgen los conflictos y se quiebra el orden público, pasando la paz vilipendiada a ser motivación de la acción pública, entendiendo por ésta no sólo la oficial sino la de toda la colectividad.

De ello deriva el concepto de “contrato social”. No en los términos de Juan Jacobo Rosseau, sino en los

de Thomas Hobbes. De acuerdo a lo que expone este último autor en el Leviatán, el Estado tiene por función primordial permitir que todos los que lo integran puedan alcanzar sus objetivos con libertad y sin que ello perjudique a los demás. La “paz dinámica” consiste precisamente en eso y es obvio que la vida es el elemento fundamental para tal propósito. El equilibrio es entonces el reto de las autoridades para el cumplimiento de sus funciones, asegurando a todos la consecución de su propio bienestar.

El límite del poder gubernamental reside en los mismos individuos que le confiaron las potestades de su autoridad. Si se rompe con esta regla fundamental, la defenestración -por la razón que sea- se muestra acechante a las autoridades oficiales y con ello a lo que se viene en denominar el “contrato social”, que también puede entenderse como “las reglas básicas para la convivencia”.

Resumiendo, el objeto del Derecho es la regulación de conductas mediante normas jurídicas. Para ser más preciso aún, de conductas normativamente condicionadas.

Cabe hacer una precisión importante. El “Derecho” es lo que definimos en el párrafo anterior, mientras que la Ciencia Jurídica tiene por objeto estudiar y proponer las normas jurídicas.

2. LA PRODUCCION DEL “DERECHO”

Entendido el objeto del Derecho como el despliegue de conductas normativamente condicionadas, es importante formular cómo es que se dan las mismas.

En primer término, es importante conocer la norma que habrá de aplicarse y todas las consecuencias que de ella se deriven. Para esto, es importante hacer un análisis deductivo de la misma, el cual se denomina “interpretación”.

La interpretación permite conocer los alcances de una norma no sólo en lo que una de ellas pueda establecer sino sobre todo dentro del universo normativo al que corresponde, y la sistemática que tipifica al correspondiente ordenamiento jurídico.

Así, la interpretación es la comprensión del contenido y competencia de una norma jurídica. A partir de ella pueden hacerse las más diversas formulaciones, de las cuales habrán de ser utilizadas aquellas que mejor permitan lograr el interés que se persiga. La elección habrá de responder a aquella que se pre-

sente como la más adecuada para lograr el propio interés. Dicha elección y su posterior empleo es lo que podemos denominar como “formalización”, esto es, asumir como la correcta utilización de la norma aquella que ha sido elegida en favor de los intereses que le corresponde defender al abogado.

Tratándose de los contratos, encontramos que éstos son también el resultado de la interacción de la conducta de las partes que los componen. Se llega a un convenio o acuerdo que es fruto de una negociación en la que se confrontan intereses, los que también estarán normativamente condicionados. El grado de acción de tales normas estará determinado por lo que ellas mismas establezcan para tal efecto; lo cual a su vez responde a lo que la autoridad facultada para emitir las disponga, o bien a lo que las mismas partes interpreten. De ello es que derivan las denominadas normas de orden público u otras que se establezcan con el propósito de “equilibrar los intereses” de las partes que celebren un contrato. Precisamente, interpretando las normas se podrán establecer acuerdos que sin violar la ley permitan a las partes lograr sus propósitos. El contrato, así visto, es un caso típico de producción de Derecho.

Pero, ¿Es el contrato un acuerdo inamovible y de exacto cumplimiento para las partes una vez celebrado?

Al igual que las normas, el contrato para su ejecución exige ser interpretado por las partes intervinientes. Además, éste constituye el marco referencial para que las partes desplieguen sus conductas y logren sus intereses. En consecuencia, el contrato tendrá el mismo efecto de una norma jurídica en la regulación de las conductas de sus suscriptores. La acción de quienes lo han celebrado tendrá que sujetarse a lo que dispone el contrato una vez perfeccionado conforme a ley.

Proyectando el contrato en el tiempo, a su vez, podremos observar que puede estar sujeto a múltiples variaciones, todo lo cual será también producción de Derecho y consecuencia del acuerdo que le dé carácter de obligatorio cumplimiento para las

partes, y como resultado de lo que las partes convengan, la ley autorice y sea factible sin ocasionar ningún perjuicio con su cumplimiento; una vez celebrado el contrato se da inicio a la relación jurídico-obligacional.

3. LA RELACION JURIDICO OBLIGACIONAL

Una vez perfeccionado el contrato, la conducta de las partes habrá de sujetarse a lo que ellas mismas han establecido, tal y como lo sabemos. El contrato es en consecuencia la etapa fundamental para las personas que se vinculan con el propósito de alcanzar lo que solas no podrían y que se caracteriza por una multiplicidad de intereses en juego en una dinámica permanentemente cambiante según lo que a cada parte le interesa. A cambio de lo que una de las partes aporta, la otra también habrá de hacer su propio aporte.

Es relación por cuanto las partes están vinculadas por decisión propia para el logro de sus respectivos intereses. Es jurídica por cuanto responde a lo que normas jurídicas establecen, permiten y facultan, según la tónica del régimen legal en el que se desarrollan. Así visto, si la costumbre es admitida legalmente, ella será también una fuente normativa para las partes y por ende también jurídica. Y, finalmente, es obligacional porque presume el cumplimiento de una conducta destinada a satisfacer una necesidad que fue la que precisamente motivó la celebración del contrato.

Para concluir, es importante tomar en cuenta que desde que el objeto del Derecho es regular conductas externas, los intereses en juego siempre serán de lo más diversos. En ese sentido, restringir el alcance del Derecho sólo a uno de esos tantos intereses, es desnaturizarlo. El ámbito de acción del Derecho son todas las conductas externas de los individuos, las que pueden presentarse desde tan sólo en un individuo, hasta en grupos de la más variada naturaleza, con el mismo objetivo de ver alcanzados sus propósitos por más diversos que estos sean y siempre que constituyan fines lícitos.

ESTUDIO

GARCIA CALDERON, GHERSI & CATERIANO, ABOGADOS

*Los Libertadores 350 - 360
San Isidro*



441-3424 • 441-3605

441-6017 • 441-2333

Fax: 442-6161

Carlos Enrique Becerra Palomino

**ABOGADO
NOTARIO DE LIMA**

Chinchón 601 San Isidro - Lima 27
Teléfonos: 442-1358 / 442-1361 / 442-1372 Fax: 441-2004
Horario corrido de Lunes a Viernes de 8:30 am a 5:30 pm.

REQUIEM PARA EL ESPIRITU DEL LEGISLADOR LA CULTURA DE SERVICIO EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Para Fernando de Trazegnies,
autor de "La muerte del Legislador"

ROBERTO G. MAC LEAN*
Especialista Judicial del Banco Mundial
Profesor de Derecho Comparado
Georgetown University
Washington D.C.

La justicia y su aplicación en el Perú son dos preocupaciones fundamentales de quienes hacemos THĒMIS -Revista de Derecho. Lo son, porque constituyen acaso la esencia o la finalidad de la carrera que hemos escogido. Esa preocupación sincera se ha plasmado en múltiples ocasiones en nuestras páginas, porque ellas son el mejor medio a nuestro alcance para efectuar cualquier tipo de contribución conducente a mejorar el sistema judicial peruano. En los dos anteriores números de esta publicación aparecieron sendos trabajos -un trabajo de campo primero, una entrevista después- encaminados a desentrañar la razón de ser de los graves problemas que aquejan a nuestro Poder Judicial, con miras a identificar los problemas para neutralizarlos. El presente artículo es la más acertada coronación de una trilogía que busca abordar esta problemática desde diversos ángulos. El ángulo elegido por el autor de este trabajo, resulta ser especialmente interesante e ilustrativo porque nos hace ver efectos tales como las consecuencias económicas de las diversas maneras de organizar un sistema judicial. Estos efectos económicos incumben a toda la sociedad y no sólo a los justiciables, como advierte el autor, quien recientemente se ha avocado al estudio de estos menesteres, recogiendo experiencias de todas partes del mundo.

INTRODUCCION

Pedro Sánchez, propietario de un pequeño taller de reparación de automóviles en un país sudamericano, solicitaba a un banco local un préstamo para ampliar su negocio con garantía de una hipoteca. El banco rechaza la solicitud. El Presidente de la Asociación de Bancos de ese país expresa en una entrevista que en su país el proceso judicial, aun para ejecutar una hipoteca, es en la práctica tan engorroso, dilatado y costoso, que los bancos han adoptado la política de otorgar préstamos solamente dentro del reducido círculo de sus amistades, familiares, coterráneos o miembros de sus clubes o asociaciones que les merecen confianza. Hacemos esto, dice, a pesar de que desde el punto de vista de los negocios nuestro interés y elección sería otorgar préstamos para toda operación razonable e interesante que nos presenten. De esta manera ellos y nosotros podríamos crecer; pero no podemos.

Federica S., una técnica joven que ha comenzado a instalar una pequeña empresa en un país de Europa Central, quiere tomar un seguro para protegerse, ella y su familia, de riesgos inesperados, y de esa manera poder invertir sus ahorros con mayor confianza. Sin embargo, la prima que cobra la compañía de seguros es tan prohibitivamente alta que ella tiene que renunciar a su intento. Cuando lo entrevistó, el presidente de la compañía se queja porque

* Roberto Mac Lean ha sido miembro de la Comisión de Reforma Judicial y vocal de la Corte Suprema de la República del Perú, decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Embajador del Perú en los Estados Unidos de Norteamérica. El autor quiere dejar constancia de su agradecimiento por las sugerencias formuladas por Teresa Genta Fons, Dale B. Furnish, German Larrieu A., Malcom Rowat, Reynaldo Pastor, Roberto Laver, Waleed Malik, Izumi Ohno, José Augusto Carvalho y Roberto y Ana Cecilia Mac Lean M., las que no solamente han sido incluidas sino que han mejorado notablemente el resultado final. Sin embargo las opiniones vertidas en este trabajo no representan necesariamente, las de las instituciones o personas mencionadas y son de exclusiva responsabilidad del autor.

su empresa no está creciendo como los accionistas esperaban, debido a que no puede reducir el precio de sus primas, por el alto costo y las demoras que sufren cuando, después de pagar un seguro, tratan de recuperar la indemnización de los responsables por el daño.

En un país del sudeste asiático, Sarv Macaya ha estado buscando empleo, sin éxito, por más de un año, para poder pagar sus estudios y casarse con la muchacha de la que está enamorado. El presidente de una compañía americana que ha invertido en ese país expresa en un seminario regional de inversionistas, que su compañía quisiera hacer nuevas inversiones de por lo menos 50% de su capital y, así, crear muchos nuevos puestos de trabajo, aumentar sus ganancias; pero que el directorio de la empresa no lo aprueba, entre otras razones, debido a la falta de confianza y de credibilidad en la independencia, eficiencia y eficacia del poder judicial para hacer cumplir los contratos, proteger la propiedad, recuperar y compensar daños causados.

La mayor parte de los habitantes, y hasta muchos de los abogados de un país no perciben el efecto invisible que tiene un poder judicial ineficiente y mal organizado, sobre la vida diaria; expectativas y esperanzas de cambio y justicia social de la mayor parte de nosotros. Pero, economistas como Douglas North o Hernando de Soto hace un tiempo que vienen abogando y llamando nuestra atención al hecho de que el crecimiento económico, el comercio y la inversión, al mismo tiempo que un aumento en las oportunidades, reducción de los costos de transacción, y una distribución más justa y equitativa de la riqueza en la sociedad, dependen en muy alto grado del ambiente creado por el sistema legal y las instituciones que lo aplican y hacen efectivo. Esa es la razón que movió al Banco Mundial, décadas atrás, a la creación del Centro Internacional para Disputas sobre Inversiones (ICSID), como alternativa a los tribunales nacionales y, más recientemente, al programa de apoyo a la reforma legal y judicial en América Latina, Asia, África y Europa Central y Oriental. Este artículo trata de presentar una versión de una parte de ese programa, en el aspecto de reforma judicial.

LA CULTURA DE SERVICIO

Hace unos meses, al abordar el avión que me debía conducir a un país de Europa oriental me crucé en el pasillo de la nave con el capitán. Al arrimarme a un lado para dejarlo pasar le dije: "Pase usted primero, porque sin usted la nave no puede volar". A lo que él me contestó: "Pase usted primero, porque sin los pasajeros el avión tampoco puede volar". Esta

ocurrencia sin mayor importancia volvió a mi mente pocos días después, cuando en el país de mi destino tomé un vuelo interno en una compañía local. El avión llevaba ciento setenta pasajeros y mi asiento estaba en la primera fila. Cuando me levanté para ir al lavabo frente a mí, la asistente de vuelo me informó que ese era exclusivamente para la tripulación y que el lavabo para los pasajeros era el de la parte posterior del avión. Al llegar el avión a nuestro destino, mientras la nave carreteaba hasta el estacionamiento una voz nos informó por los altoparlantes que ningún pasajero debería dejar su asiento hasta que la tripulación hubiera abandonado completamente el avión. Lo cual, por supuesto, tuvimos que cumplir. De todos los aspectos que observé durante cinco semanas en ese antiguo país socialista, en el que estuve trabajando en la administración de justicia, y conversando con jueces, funcionarios, abogados y usuarios, ninguno refleja más gráficamente el contraste de perspectivas que existe en prácticamente todos los sectores en ese país, por oposición a países de Europa Occidental, los Estados Unidos o el sudeste asiático. Porque en los dos casos el avión cumplió su cometido de transportarnos salvos a nuestro destino. Los dos aviones reunieron las condiciones reglamentarias de seguridad e higiene, y en los dos viajes la comida estuvo caliente. En el primer caso, sin embargo, sentí que los pasajeros fuimos el objeto central de la preocupación de la compañía. En el segundo caso sentí que la compañía y la tripulación nos estaban haciendo a los pasajeros el favor de dejarnos viajar a cambio de no mortificar demasiado. En una economía abierta de mercado, no es difícil suponer cual entre estas dos compañías sería elegida por un pasajero promedio. Y no es difícil suponer, tampoco, cual podrá ganar más fácilmente nuestra confianza.

Aunque en ambos casos se cumplió y aplicó la ley, la actitud del capitán de la primera nave es el producto de un enfoque de servicio en el que el usuario, el consumidor y el contribuyente son el centro alrededor del cual gira el sistema. En la segunda nave el centro del sistema alrededor del cual gira todo lo demás es la autoridad. La proyección de la diferencia de actitudes es de mucho mayor alcance de lo que tendemos a pensar de primera intención.

En otros países del tercer mundo - a diferencia de los antiguos países socialistas - la cultura de autoridad no es tan fuertemente perceptible, pero se produce una distorsión en la que si bien el discurso teórico, político y legal pronuncia un postulado de servicio, la aplicación práctica del sistema trasluce la supervivencia del papel central e influyente de la autoridad, y facilita el acceso al servicio o al mercado,

principalmente, a un grupo privilegiado. La característica de este grupo es que la mayoría de los actores con capacidad de liderazgo no toman conciencia ni advierten las carencias y limitaciones de la situación real. Esto ocurre en particular con la función social de la ley y de los tribunales de justicia, oscurecida frecuentemente por una espesa neblina de formalismos, ritos, fórmulas rutinarias y postulados abstractos. Y todo esto, para hacer difícil la transparencia de las acciones, la aplicación efectiva de la ley, la rendición de cuentas por la responsabilidad personal de los actores y para mantener todavía un sistema de privilegios. Esta situación se encuentra con mucha frecuencia en América Latina, en algunos países asiáticos y en gran parte de Africa, en diversos grados.

LA NATURALEZA DEL SERVICIO DE JUSTICIA

La versión más difundida y tradicional sobre la función de los jueces es que consiste en la aplicación e interpretación de las leyes de una manera razonablemente predecible. Esto es correcto y cierto, pero por otra parte incompleto y parcial hasta el punto de distorsionar radicalmente la función judicial. De la misma manera se podría sostener, sin faltar a la verdad, que la función de los bomberos es sostener mangueras con agua, de los médicos recetar productos farmacéuticos, y de los arquitectos dibujar planos. En sentido lato se puede afirmar que la aplicación de las leyes es una función intrínseca de prácticamente todos los funcionarios públicos, guardias de tránsito, agentes de aduana, porteros, funcionarios ministeriales, acotadores de impuestos, acomodadores de teatro y, también, de los jueces. La interpretación de las leyes, por otra parte, es tarea de los juristas, académicos, abogados con imaginación, estudiosos y estudiantes, además de los jueces, por supuesto. Es curioso, sin embargo, que en la cultura popular de por lo menos los países de tradición Judío-Cristiana, la imagen ideal de un juez no es la de un doctor estudioso de las leyes, sino la del rey Salomón, quien ante dos mujeres que se disputaban la maternidad de un hijo, ni interpretó ni discernió cual ley se aplicaba sino que encontró un mecanismo extralegal para solucionar la controversia. En los modelos clásicos de la literatura española y de la inglesa, tanto Cervantes como Shakespeare diseñan arquetipos de justicia basados no en la ley sino en algo más allá de las normas. Y si la justicia es un servicio que el Estado presta a la sociedad es aconsejable y práctico escuchar a los usuarios sobre qué clase de servicio es el que esperan recibir y necesitan.

Aplicar e interpretar la ley es una tarea intelectual que con toda la dificultad y esfuerzo que pueda envolver no es sino una parte, y ni siquiera la que ocupa los mayores esfuerzos y el mayor tiempo de la gran mayoría de jueces. Del análisis de la distribución del tiempo y organización del trabajo de los jueces en Argentina, Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela, México, Egipto, Indonesia, Alemania, Polonia y Rusia, que he estudiado (ya sea en entrevistas personales, o a través de las que han realizado algunos colegas) hasta el momento de escribir estas líneas, la parte dedicada a la aplicación e interpretación de las leyes tiende a ser relativamente reducida. Entrevistas sostenidas en los tribunales ingleses, así como con jueces estatales y federales en los Estados Unidos me han llevado a la misma observación. Y esto se aplica igualmente a personas que realizan funciones semejantes a las de un juez, como son árbitros, conciliadores y mediadores. Sin necesidad de ir a tierras muy distantes y sistemas exóticos, en el Perú, los jueces de mayor aceptación en la comunidad son los que han recibido menor capacitación formal en el estudio de las leyes y jurisprudencia: los jueces de paz. Experiencias semejantes encontré en jueces no profesionales en las comunidades Zulú y Khosa en Sudáfrica y en las reservas indias de Isleta y Taos en Nuevo Méjico.

En un estudio que me encomendó la Escuela de Derecho de la Universidad del Estado de Louisiana sobre la Discrecionalidad Judicial en el Derecho Civil¹ -pero que puede ser aplicado "*mutatis mutandi*" a cualquier sistema de los países que siguen el Derecho Romano-Civil-, encontré que aún dentro del marco de un Código Civil, la facultad discrecional de los jueces es mucho mayor de lo que es tradicionalmente reconocido por los propios jueces. Porque lo que pretende hacer la ley es sólo construir los escenarios dentro de los cuales se pueden enmarcar los conflictos; señalar los linderos de la liza dentro de la cual se resolverá una batalla. El más positivista de los juristas del siglo veinte, Hans Kelsen, en "La Teoría Pura del Derecho", señala que la ley es sólo "un marco de posibilidades". Fernando de Trazegnies, en su discurso "La Muerte del Legislador", nos presenta su inteligente desconcierto al tratar de discernir la intención del legislador, la *ratio legis*. Y la intención del legislador no sólo le genera un desconcierto, en el sentido de que es difícil aprehenderla -aunque quizá respecto de algunos aspectos no exista en absoluto tal intención- sino que, sobre todo, la subjetividad del legislador no puede de ninguna manera teñir la interpretación objetiva del texto de la ley: lo que el legislador pensó

¹ El Poder Discrecional del Juez. Revista del Foro. 1984. p.9.

o quiso decir pero no dijo directamente en el texto de la ley no cuenta. Por tanto, no solo el legislador muere después de dar la ley sino que, si pretendiera sobrevivir con aclaraciones “doctrinarias” o declaraciones sobre su intención habría que matarlo (o acaso mejor, tenerlo por muerto, es decir, no hacerle caso). Y este desconcierto y estas reflexiones cobran significado más cabal cuando sabemos que él es uno de los autores del Código Civil del Perú. Parte importante del problema consiste en considerar la ley como modelo de conducta. Si bien la vida al margen de la ley puede llevar a la gente a su desgracia y a la de sus familiares, qué pobre y qué triste es una vida modelada solamente en la ley. Qué bueno que Sócrates, Colón, Marco Polo, Newton, Copérnico, San Juan de la Cruz, Cervantes, Bach y todos los que por diversas vertientes han contribuido al caudal del bienestar y la felicidad del mundo no tomaron la ley como meta sino como un camino. Cuando a Jesucristo se le interrogó sobre si era lícito hacer obras de bien mediante trabajos en el día sagrado reservado por la antigua ley para el culto a Dios, contestó que la ley era para servir al hombre y no el hombre para servir la ley.

Porque la ley no es más modelo de conducta que un campo de fútbol modelo de un partido, una pista de baile modelo de una danza moderna, o un escenario de teatro modelo de un drama.

La función del juez consiste en aclarar las discusiones, ordenar los argumentos, investigar la veracidad de los hechos aducidos. Consiste en apreciar los documentos, escudriñar la verdad detrás de las lágrimas, los gestos dramáticos, la ira de las partes y de sus testigos; organizar eficiente y económicamente el orden del proceso y desactivar -a riesgo de perder su paz y hasta su vida interior- las crisis que le presentan las partes de un conflicto. Porque la función del juez, a diferencia de los otros actores legales, es, esencial y primordialmente, la solución pacífica de controversias.

La autoridad de que el Estado lo inviste, la profusión de normas que los legisladores le ofrecen, la asistencia que los otros profesionales le brindan, los recursos -pocos o muchos- que lo respaldan, no tienen otra finalidad que la solución de los conflictos que la sociedad le presenta. La ley es sólo uno de los elementos que lo ayudan.

Esta función esencial es necesaria en toda sociedad pero de manera especial en economías en transición ya sea de un sistema estatal centralizado a una economía de mercado, o de un sistema cerrado y de privilegios a una economía abierta de libre competencia. En ambas, las diferencias entre ley y realidad

son tan grandes que sólo el juez, con todos los recursos a su alcance, puede enfrentar el desafío que le presentan las diarias contradicciones y resolver conflictos dentro del marco de unas leyes desajustadas, en el tiempo o las circunstancias, con la realidad. Su respuesta al desafío es crucial.

LA ILUSION DEL MONOPOLIO ESTATAL DE LA JUSTICIA

La consideración de la administración de justicia esencialmente como la aplicación e interpretación de las leyes, acompañada de la creencia de que las leyes son una prerrogativa exclusiva del Estado, conducen a la peligrosa ilusión de que la justicia es un monopolio del Estado. Un monopolio, en lugar de un servicio que el Estado presta a la comunidad para satisfacer necesidades no sólo indispensables sino hasta cierto punto previsibles e inevitables, y que presta en competencia con otras fuerzas sociales. Es decir, que cuando el Estado no provee las normas que sirven de marco, la propia sociedad genera normas que regulan la conducta. La literatura sobre el papel de la costumbre y de los usos mercantiles en la vida antigua y moderna, es abundantísima. De la misma forma el flujo de conflictos en una sociedad es posible de ser previsto con igual o mayor exactitud que el pronóstico del tiempo en esta era de satélites artificiales en órbita alrededor del planeta. Especialistas profesionales en las compañías de seguros son expertos y prosperan calculando el porcentaje de siniestros, y de conflictos que estos siniestros producirán en los tribunales. Los planificadores judiciales harían bien en conversar más y beneficiarse del conocimiento de estos expertos para saber más sobre el número de casos relativos a indemnización de daños y perjuicios, que son de los más frecuentes entre los juicios de mayor volumen económico. En el caso de los contratos también hay ciertas constantes en el origen de los conflictos. Los cambios en la plana ejecutiva de las empresas, los cambios en la política de las empresas y los cambios en las circunstancias de política o economía en los países van acompañados de alzas y bajas en el número de casos sobre ejecución o incumplimiento de contratos. Los bancos son expertos en calcular porcentajes de malas deudas. Y así se puede percibir que los conflictos son una parte natural y constante de la vida en sociedad. Son tan normales como las enfermedades, el envejecimiento y los cambios de estaciones.

Quienes sufren de la ilusión del monopolio estatal de la justicia están dispuestos a aceptar, académicamente, que si el Estado no cumple con su función de proveer un servicio eficiente de solución de conflictos nadie más lo va a hacer. Si salimos de las biblio-

tecas para mirar el mundo a nuestro alrededor, veremos cómo en el mismo instante en que un sistema judicial comienza a funcionar en forma ineficiente, la sociedad espontáneamente produce una o más soluciones alternativas. Esto se comprueba a lo largo y a lo ancho del globo terráqueo. En varios países esto se ha comenzado a producir, primero, en la forma menos perceptible y, por añadidura, revestida de sanción oficial. Ante la falta de una respuesta justa y adecuada a las necesidades sociales por parte de los tribunales, y a pesar de las protestas y declaraciones constitucionales sobre la exclusividad de la función judicial, la realidad es otra. Los conflictos constitucionales, electorales y militares incluyendo terrorismo y funciones administrativas, económicas y otras que no son de naturaleza castrense son paulatinamente sacadas de la jurisdicción de la Corte Suprema que no tiene la oportunidad de decir su palabra para estos casos en última instancia, y son limitadas al fuero militar. Este es el caso, por ejemplo, del Perú y, con otra modalidad, de Indonesia o Egipto; pero no de sistemas eficientes como Noruega, Inglaterra o los Estados Unidos. Otra instancia también con sanción oficial, que sustrae casos de las jurisdicciones nacionales se da en los casos de tribunales jurisdiccionales especiales internacionales que deciden casos de comercio e inversiones, porque se considera que los tribunales nacionales no están en aptitud profesional de prestar un servicio eficiente. Ejemplos de esto son la OMC, TLC, etc. La creciente popularidad de arbitrajes privados, conciliaciones y mediaciones se une a esta erosión legal del poder y facultades de los tribunales de justicia. Pero estos ejemplos no constituyen sino las formas más discretas y ordenadas, y las menos representativas del problema, ya que en la mayor parte de los casos mencionados son otras dependencias del estado las que pueden llegar a erosionar el sistema central de administración de justicia. No obstante todo ello, el arbitraje, conciliación y mediación no tienen que ser considerados como alternativas excluyentes a la justicia ordinaria. En muchos otros contextos pueden y suelen ser un complemento positivo para aliviar la pesada carga que frecuentemente agobia a los tribunales.

Un grado mayor de erosión lo constituyen las múltiples variedades de justicia informal estudiadas por Hernando de Soto y José Matos Mar en el Perú, Kenneth Karst y Rogelio Pérez Perdomo en Venezuela y Keith S. Rosenn en Brasil², pero que se reproducen en Filipinas, Egipto, Albania y en Afri-

ca, abarcando en sus modalidades más tranquilas el comercio, la propiedad y las disputas familiares; y en las más violentas el linchamiento y justicia a mano propia contra violadores y ladrones. Es sorprendente lo poco que se ha aprendido al respecto desde que el fenómeno fuera presentado por primera vez en la literatura española por Lope de Vega y en la inglesa en dos de las obras de Shakespeare. Siempre que el sistema falla la sociedad inmediatamente encuentra formas alternativas de satisfacer las necesidades de obtener justicia.

En Egipto, Indonesia, Polonia, Albania y Rusia se dan otras modalidades más complejas debido a la ineficacia del sistema en la ejecución de las sentencias. Obtener una sentencia final y firme no es sino la mitad o tercera parte del camino legal. Entonces, han surgido infinidad de "agencias de cobranzas" manejadas por matones que cobran deudas a la mala. Según fuentes entrevistadas en círculos comerciales y forenses, un deudor moroso en Jakarta puede encontrar una noche en su dormitorio una cesta de víboras o una caja de arañas. Quien no paga sus deudas en Cairo o Alejandría puede despertar una mañana con el ruido de un ladrillo que ha hecho añicos el vidrio del parabrisas de su automóvil. En Rusia, la mafia se ha formalizado un poco porque para "operar", los cobradores requieren la existencia de un fallo judicial firme. Pero no siempre es así. En 1995 hubo en la Federación Rusa 36 atentados contra banqueros, 18 de los cuales cobraron víctimas. De manera que el monopolio estatal de la justicia es solo una ilusión, y el sistema judicial libra constantemente una encarnizada y, para muchos, invisible batalla con otras fuerzas sociales que en el momento menos pensado lo pueden convertir en una institución irrelevante a los países en que funciona. Y todo esto sin siquiera tener que mencionar el problema de la corrupción que es el que más ocupa el discurso de los políticos, los titulares de los diarios y que, para muchos, es el único problema de la justicia. Lo más grave es que aunque todos los jueces fueran probos e ilustrados parece que se hubiera perdido la brújula, la dirección hacia donde se quiere ir y, en el fondo, la noción de lo que se trata en realidad este asunto de la administración de justicia.

LA JUSTICIA COMO SERVICIO

Quien quiere cobrar una deuda impaga, recobrar la reparación de un daño, proteger una propiedad o un derecho, o ejecutar un contrato debería recurrir

² Hernando de Soto. *El Otro Sendero*. Lima, 1985. José Matos Mar. *Desborde Popular y Crisis del Estado*. Lima, 1983. Keith S. Rosenn. *Brazil's Legal Culture: The Jeito Revisited*. *Florida International Law Journal*, Vol.1, 1984. p.1. Kenneth L. Karst. *Rights in Land and Housing in an Informal Legal System: The American Journal of Comparative Law*, Vol.19, 1971. p.550. Rogelio Pérez Perdomo y Pedro Nikken. *El Derecho de propiedad de la Vivienda en los Barrios de Caracas*. Caracas, 1983. Tina Rosenberg. *The Children of Cain*. 1984.

a los tribunales de justicia con la misma confianza y seguridad con la que descuelga un teléfono para hacer una llamada, gira un cheque para que el banco en que tiene sus depósitos lo pague, o llama a un taxi para que lo traslade a otro lugar. Para un habitante promedio las expectativas en cualquiera de estos casos no revisten sino la normal incertidumbre que rodea el resto de nuestras vidas. Pero con la solución de conflictos por parte del Estado, muchas veces, en lugar de que los actores del sistema legal asuman sus funciones de servidores -pero, atención, no de burócratas- a las órdenes de la sociedad, se ha creado una espesa retórica en que la simbología religiosa, docente, martiroológica, ritual, protocolar y solemne, no permite percibir tanto los excelentes seres humanos que cumplen a conciencia y ejemplarmente su tarea, como el número de funcionarios rutinarios, sin vocación de servicio, sin voluntad de satisfacer una necesidad pública, que se refugian en la más pedestre, inimaginativa y tímida relación con los textos legales, olvidándose que el único objeto de las leyes es servir y proteger al ser humano. Es por lo difundido de esta aproximación a las leyes que Stendhal dijo que "donde termina el amor comienza el Derecho". Los jueces deben aprender que sólo a través del amor y la esperanza cobra sentido la razón de ser del Derecho.

Pero tampoco se debe pretender que la solución de conflictos sociales, encargada a seres humanos con todas las virtudes y limitaciones de la condición humana y de sus recursos materiales, alcance la perfección absoluta del juicio final Judío-Cristiano o Islámico, o el nirvana budista. Una perspectiva parecida es la que llevó al gran filósofo del realismo escandinavo del Derecho, Lundstedt, a postular que la verdadera justicia no existe. De igual forma se podría decir a los ingenieros civiles que no existen los puntos eternos, y a los geólogos las minas inagotables, o a los ingenieros aeronáuticos los aviones perfectos. Quizás para desmitificar la justicia, desnudarla y corregir los astigmatismos con los que estamos acostumbrados a examinar el problema, deberíamos empujar a todos los reformistas a concluir, primero, que la verdadera justicia no existe para, luego, trabajar para solucionar los conflictos de manera que se mantenga la paz, se proteja la vida y la salud, se defienda la libertad, se estimule el trabajo y el ahorro, se aliente el comercio y la inversión y se distribuya equitativamente la riqueza. Ni más ni menos que el agua potable, la electricidad, el transporte y las comunicaciones. Los apostolados, sacerdocios y docencias no radican en el tipo de trabajo que se haga, sino en el entusiasmo, entrega, dedicación y constancia con la que se haga absolutamente cualquier trabajo.

En una conversación reciente con el Juez Anthony Kennedy de la Corte Suprema de los Estados Unidos, le mencionaba mi inquietud por llegar a comprender lo que constituye la raíz de esta cultura de actitud de servicio. La intuición, que me sirve de hipótesis de trabajo pero que no pretende ser más de eso, es la de una raíz doble. La primera la constituye una ética religiosa que está presente tanto en el Cristianismo, el Judaísmo, el Islamismo, el Hinduísmo como en el Budismo, entre las religiones que conozco, pero que en su aplicación práctica está más acentuada en la rama Protestante del Cristianismo y en la Iglesia Católica después del Concilio Vaticano II. La segunda raíz la constituye la práctica resultante de la realidad de las economías de mercado, del libre acceso y de la libre competencia. El Juez Kennedy mencionó que el asunto había merecido la atención de Tocqueville quien atribuía esta cultura o actitud de servicio -en el caso concreto de los Estados Unidos- a la naturaleza de los primeros colonizadores de esta región que al llegar al nuevo mundo buscan romper sus lazos con Europa y desvincularse de todo lo que significaba la vida en sociedad y los valores políticos de la metrópolis colonial. La necesidad de sobrevivir en un medio hostil, difícil y agresivo los hizo cohesionarse y depender con mayor fuerza de la ayuda y los servicios de unos para otros. Observó el Juez Kennedy que había pueblos muy religiosos que, sin embargo, carecían de esta cultura o actitud de servicio. Y aunque todavía no había encontrado una respuesta que lo satisfaga completamente, dijo, su inclinación es hacia buscar la explicación por el camino iniciado por de Tocqueville. Pero cualquiera que sea la respuesta, otras consideraciones más urgentes tienen prioridad. Veamos.

LA ADMINISTRACION DEL SERVICIO DE JUSTICIA

Como todo servicio, el de la solución estatal de los conflictos sociales debe ser administrado para obtener el óptimo rendimiento de los recursos, el manejo eficiente de sus fondos, la organización racional de sus sistemas y, en suma, obtener los máximos beneficios con el mínimo costo; al mismo tiempo, tratar de alcanzar la mayor excelencia en la calidad. La administración de justicia comprende tres niveles perfectamente diferenciables: la administración del sistema nacional, la administración de las cortes, y, finalmente, la administración de los casos propiamente dichos, aunque, por supuesto, hay grandes zonas de superposición o de nexo inmediato entre ellos.

Cuando se habla o se piensa sobre reforma de la administración de justicia, lo primero que viene a la mente es la falta de dinero, la planta física o equipo, las leyes orgánicas del sistema, los códigos procesales y, menos frecuentemente, la capacitación. En los años que llevo trabajando en este tema, el problema principal ha sido sin embargo, casi invariablemente, el problema administrativo y, también casi invariablemente, es al que menos atención se le ha prestado. Y es que todo servicio necesita de un gerente o un administrador que sea un experto en organizar recursos y diseñar sistemas para poder servir mejor al usuario. Porque el destinatario del servicio no es el juez, sino el ciudadano y los agentes económicos, sociales y políticos. El juez, y todo el equipo de secretarios, asistentes, técnicos y auxiliares son los servidores; los que prestan el servicio a cambio de un sueldo que pagan los contribuyentes y los usuarios.

Pero, lamentablemente, los jueces no están calificados ni entrenados para administrar organizaciones o recursos. El resultado ha sido que, hasta hace muy poco tiempo, los jueces se desentendían por completo del problema, ignorándolo; o se distraían de las ocupaciones para las que han sido elegidos, y para las que reúnen las más altas calificaciones, mucho más tiempo del prudente, dedicándolo a tareas de administración o economía doméstica. La ausencia de planificación a mediano o largo plazo ha sido, además, total.

En un grupo de países como Polonia, Indonesia, Egipto, Albania, entre otros, toda la administración del sistema corre a cargo del Ministerio de Justicia del país. El Ministerio es responsable de diseñar, presentar, defender, administrar y controlar el presupuesto judicial. Los nombramientos dependen en gran parte del Ministerio, el que además maneja toda la política de remuneraciones, estímulos, licencias y sanciones. El Ministerio - previas consultas - decide sobre la creación o reducción de tribunales o jurisdicciones. En otros países, como Estados Unidos y el Perú, entre otros, es el propio poder judicial el que se administra a sí mismo, a través de oficinas o funcionarios especiales. Rusia presenta un sistema mixto y algo complicado, porque por razones de desarrollo institucional interno, acentuado por su etapa actual de transición, hay tres sistemas: el sistema ordinario de tribunales para asuntos civiles y penales encabezado por la Corte Suprema; el sistema independiente de tribunales comerciales encabezado por la Alta Corte Comercial, llamada algunas veces Corte Suprema Comercial; y la Corte Constitucional. El Ministerio de Justicia tiene injerencia parcial en el sistema ordinario. Finalmen-

te, hay países, como Venezuela, que han creado con éxito un Consejo de la Judicatura que está produciendo resultados buenos, como un cuerpo independiente y mixto para encargarse de la administración del sistema. En mi experiencia, resulta pedante o irreal recomendar o promover un sistema como absolutamente el mejor. En esta materia, como en muchas otras, no hay fórmulas mágicas, sino las resultantes de un proceso deliberativo enriquecido por la participación de los sectores interesados o afectados en cada país, para cada circunstancia concreta.

El segundo nivel de administración se refiere a las cortes mismas y comprende la organización y funcionamiento de un tribunal como una oficina, el juez en este aspecto es un gerente, un administrador, un jefe. A este nivel hay que preocuparse de los aspectos físicos de local y de los equipos, luz eléctrica, agua, higiene y seguridad y distribución de las dependencias en forma funcional y cómoda para los usuarios. Luego, de todos los aspectos del personal que apoya al juez, como son el número de secretarios, asistentes, alguaciles, notificadores por juzgado, y la racionalización del número, eficiencia y organización del personal. A este nivel el modelo debe ser el de cualquier empresa eficiente. Hay en el mundo varios ejemplos de la aplicación exitosa de estos criterios a la administración de justicia. Los mejores que yo conozco están en los Estados Unidos, Gran Bretaña y Canadá, pero tengo informaciones de segunda mano, de importantes logros obtenidos en Francia y en España, especialmente en el país vasco.

El tercer nivel es el de la administración de los casos mismos y comprende aspectos tan disímiles como registros, distribución, tramitación y archivo de documentos; manejo de técnicas de dinámica de grupos para las diligencias, audiencias e informes orales; manejo y conocimiento procesal para propiciar la economía de tiempo, esfuerzo y trabajo, a la vez que se protege el derecho e interés de las partes o el procesado. A este nivel la eficiencia y economía son la mejor forma de servir mejor a los usuarios por el valor de su dinero. Y a este efecto es importante prestar atención a la organización del trabajo del juez y a la imposición de cargas de trabajo realistas. En muchos países el número de casos asignados diariamente a los jueces hace imposible que estos dediquen ni el tiempo mínimo a otras tareas que no consistan en papeles. Al juez se le aplican criterios de rendimiento que serían inadmisibles para un ingeniero o un cirujano. Y aún así, la meta tiene que seguir siendo: el mejor servicio al menor costo. En los tres niveles, cuando es posible por las circuns-

tancias, la informatización presta una contribución importantísima. Pero debe recordarse igualmente que la informática es una herramienta detrás de la cual siempre estará un individuo.

EL COSTO DEL SERVICIO DE JUSTICIA

La queja que se oye con más frecuencia por parte de los jueces, ya sea en Cracovia, Luxor, Bandung, San Petersburgo, Ciudad de México, Buenos Aires o Quito es la falta de recursos económicos y la pobreza de los sueldos. Cómo puede funcionar un servicio, se preguntan, si no se le provee de recursos para remunerar atractivamente al personal, equipar las instalaciones, proveer bibliotecas adecuadas y ofrecer una comodidad decorosa, de acuerdo a las costumbres, para los jueces y usuarios. El problema es crítico en muchas partes. En Egipto el calor es tan elevado en el verano que, con la falta de aire acondicionado, los juzgados tienen que dejar de funcionar varios meses. El frío en los países del Asia Central es igualmente inclemente cuando no se tiene calefacción adecuada. La falta de seguridad en Colombia y el Perú, por citar dos casos, es sumamente seria. A cualquier empresario de un servicio privado le resultaría inconcebible funcionar en esas condiciones. Pero no parece haber muchos interesados ni en los gobiernos, ni en ninguna parte, en hacer un análisis del costo-beneficio de operar así. Los pocos que se han preocupado del costo lo han hecho, y siguen haciéndolo, de manera fragmentada e infiriendo conclusiones sin una base suficientemente financiera o económica.

Algunos autores hacen un análisis comparativo de los porcentajes asignados en el presupuesto de diversos países a la administración de justicia insinuando inferencias que no están justificadas por ese solo dato. Sería como juzgar el estado financiero de un banco tan sólo con la información de los depósitos recibidos, o de una empresa minera tan sólo con el volumen de ventas. A esto se añade, en algunas regiones, el mito o engaño de la justicia gratuita, porque no existe tal cosa como un servicio gratuito; ni el porcentaje asignado al Poder Judicial significa nada por sí solo. La administración de justicia cuesta mucho dinero en todas partes del mundo moderno. La verdadera cuestión importante es cómo se distribuye el costo en los diversos sectores de la comunidad. Una parte del costo es cubierta por los contribuyentes directos o indirectos, a través del presupuesto de los países. Otra parte del costo es cubierta, en diferentes medidas, por los usuarios del sistema. Y otra parte es pagada por la sociedad en general por el efecto que produce una buena o mala administración de justicia en la baja o alza de los costos generales de transacción. En los análisis que

se han hecho sólo se contempla una de las fuentes o, si se examina más de una, se analizan como si se tratara de factores que no están relacionados entre sí. La falta de recursos sólo puede satisfacerse a través de todas estas fuentes.

En la mayor parte, sino en la totalidad, de los países de América Latina la principal fuente de financiamiento es el contribuyente. En Costa Rica el porcentaje presupuestal dedicado a la justicia es posiblemente el más alto del mundo con el 6%. En sistemas tan eficientes como Japón, Estados Unidos o Alemania el porcentaje no llega ni al uno por ciento. Pero no es necesariamente así en otras partes del mundo. En Rusia son los usuarios los que pagan en muchos casos una parte importante del costo de la justicia. En Egipto los usuarios pagan casi el ochenta por ciento. Nuestras observaciones preliminares nos indican que en Polonia e Indonesia los porcentajes varían pero no son tan distintos, aunque en este último país las cifras aún deben ser confirmadas.

El porcentaje presupuestal tampoco dice mucho si no se conoce el tipo de impuestos predominante en el país de referencia. Así, en un país con predominio de impuestos directos a la renta y a la propiedad, y pocos impuestos indirectos, son los sectores más afluentes los que financian el presupuesto. Si en ese país la mayor parte del costo de la justicia es cubierto por el contribuyente se encontrará que los sectores más afluentes, empresas, bancos, compañías de seguros, son los que financian un sistema del que por lo general son los mayores usuarios para recobrar deudas e indemnizaciones y demandar el cumplimiento de contratos.

Si la justicia se financia en su mayor parte con el presupuesto, y los impuestos son indirectos, en un país con grandes diferencias económicas en la población y un gran número de habitantes de bajo nivel de ingresos, son los pobres los que financian a los usuarios más frecuentes que son los comerciantes, empresarios y propietarios. Si por otra parte, la justicia se financia por los usuarios, éstos están beneficiando a aquellos que no litigan pero que se benefician por la certeza que produce la seguridad jurídica y el bajo costo en las transacciones resultantes, si el sistema judicial es eficiente y efectivo. Las cifras de porcentajes del presupuesto o de los costos para el usuario sólo cobran sentido cabal dentro de un contexto fiscal y socio-económico. El resto es sólo jugar con cifras. Por eso, éste es un aspecto que debe ser analizado, estudiado y planificado por expertos profesionales que examinen los costos-beneficios, como en cualquier otro servicio y reconozcan cuando se está subsidiando indebidamente a un sector de la población.

Pero esto no es el final del problema porque como lo han observado North y luego Sherwood, Shepherd y de Souza³, la sociedad en general paga unos costos ocultos por un sistema judicial ineficiente. Primero, porque un sistema judicial ineficaz reduce las oportunidades de negocios al limitarlos a círculos cerrados de amigos, coterráneos o familiares por el alto costo y riesgo de transar con extraños. Segundo, porque ante sistemas ineficientes los costos de negociar se hacen más altos. Se ha calculado que un sistema ineficiente afecta la tasa de crecimiento de un país en no menos de quince por ciento. Cuando un juez de apelación anula un juicio por el cobro de una deuda debido a la falta de observación de una formalidad superflua, y así causa una demora de uno a dos años más, está causando que cuando su hermano o tío vayan a pedir un préstamo o contratar un seguro, tendrán que pagar un precio más alto. Todo mayor costo es, en última instancia, trasladado al consumidor.

Todo lo dicho, sin embargo, se refiere al financiamiento del sistema judicial y su costo-beneficio para la comunidad, globalmente. El otro aspecto, es el costo-beneficio para el usuario que recurre a los tribunales para proteger un derecho de propiedad o posesión, ejecutar un contrato, cobrar una deuda u obtener la reparación de un daño. Es el costo en el que tiene que incurrir individualmente, y su beneficio resultante. El usuario del sistema judicial antes de acceder a los tribunales tiene que contratar obligatoriamente en la mayoría de países los servicios de un abogado, cuyos honorarios en muchas partes no están sujetos a la ley de la libre oferta y demanda sino a la práctica oligopólica de una tabla de honorarios mínimos impuestos por una asociación a la que tienen que pertenecer los abogados para poder ejercer. En otros países, como Chile o Rusia, entre otros, la membresía no es obligatoria. Para otros servicios bajo régimen de control de precios se fijan tarifas máximas, pero los abogados y en algunos países los notarios, son unos de los pocos, sino los únicos casos en que se fijan honorarios mínimos. Además, están los gastos de tasas y derechos judiciales, multas y otros ingresos que cobran los tribunales; así como los costos de papel y copias, luego están los gastos de transporte, comidas y, algunas veces, hasta alojamiento para acceder al local de los tribunales y, finalmente, las horas y días de trabajo perdidos. Esto es, sumariamente, el costo individual de la justicia. A cambio de ello, en una cultura de servicio, como en el capitán del avión a quien me

referí al inicio de este artículo, el usuario espera consideración, buen trato, amabilidad, cortesía y la percepción de que es el centro y razón de ser del servicio y de la preocupación de los servidores. Porque el costo de los sueldos de los jueces y empleados y de las instalaciones está cubierto por los contribuyentes y usuarios y por nadie más.

En un país sudamericano que visité, cada vez que un usuario se dirige a un juzgado para informarse de su expediente debe formar una línea por cerca de dos horas ante las puertas de sólo dos elevadores en un edificio de veinte pisos, para que al llegar por fin a la ventanilla respectiva le digan, de mala manera, que la persona que busca ha salido. En otro país, de Europa Oriental, para presentar una demanda la parte correspondiente - y no su abogado - tiene que formar una línea desde la madrugada, y, en época de congestión, desde la noche anterior porque el juez debe revisar personalmente cada documento, y los jueces reciben demandas sólo dos veces por semana. Muchas veces, las partes con conexiones oficiales, sociales o familiares obtienen mejor trato, lo que incuba resentimientos y ofensas. La sensación que invade a la población es que está siendo maltratada por el poco o mucho precio que paga. Ningún Banco, Compañía de Seguros, Empresa de Transporte o de Espectáculos podría sobrevivir por mucho tiempo y mantenerse en operaciones brindando ese trato a sus usuarios o clientes.

LA PRESTACION DEL SERVICIO

El precio que la sociedad o el usuario pagan tiene que estar en relación directa con el servicio que se presta. Es decir, con la ejecución o prestación del servicio mismo y, en este punto, se presentan comúnmente tres problemas. El primero relacionado con las demoras, que es amplia y generalmente percibido; el segundo con el secreto y el tercero con la efectividad del servicio; éste último es apenas percibido por los interesados directamente afectados, y es comúnmente ocultado por todo el decorado y la tramoya de la retórica sobre la aplicación, majestad y autoridad de la ley y por la pérdida de la visión de la justicia como un servicio de solución de conflictos.

No vale la pena redundar más en lo mucho que se ha escrito y hablado sobre la demora de la justicia, (además del conocidísimo monólogo de Hamlet, hay hasta una opera de Janacek, "El Caso Makro-

³ Douglass North. El marco Institucional para el Desarrollo Económico. Lima 1995. Douglass Cecil North. *Transaction Costs, Institutions and Economic Performance*. 1992. Robert Msherwood, Geoffrey Shepherd, Celos Marcos de Souza. *Judicial Systems and Economic Performance*. 34 *The Quarterly Review of Economics and Finance*. 1994. p.101.

poulos", en el que el tema que sirve de telón de fondo a la trama es un juicio que dura más de setenta años) pero un aspecto en el que no se ha incidido mayormente y que sin embargo es extremadamente importante es el de las demoras como origen de la corrupción en un sistema. Polonia es, de los países en que he trabajado, uno de aquellos en que la justicia goza de mayor prestigio en cuanto su moralidad y honestidad. Contrariamente a lo que podrían imaginarse quienes analizan los sistemas en los textos y documentos, según los cuales aparece que el sistema de justicia en ese país depende en grado altísimo del Ministerio de Justicia, la realidad que resulta de las entrevistas con usuarios y abogados, es que la independencia, credibilidad, confiabilidad y honorabilidad de los jueces polacos es muy alta. No obstante, en una área de los tribunales, encargada del registro de las obligaciones, gravámenes, compañías y propiedades se han comenzado a producir demoras de alrededor de nueve meses. Simultáneamente, en especial en el personal de apoyo, se han comenzado a producir casos de corrupción menor para "acelerar" los trámites alterando el estricto orden de ingreso. Ya sea que esto se haga por una suma de dinero, amistad o influencia política, esta alteración comienza por resquebrajar la naturaleza monolítica del servicio y termina abriendo un boquete de corrupción difícil de controlar. En Jakarta según publicaciones aparecidas en los diarios, el eje de la balanza de la justicia se inclina hacia la oferta del mejor postor. En muchos países este es el primer problema.

Parte de la solución del problema de la corrupción pasa por el fuego purificador del escrutinio público. Mucho se ha discutido últimamente sobre el papel del periodismo y otros órganos de información en la justicia, y sobre el acceso de los medios de información a los tribunales y al secreto del proceso. En Italia y el Perú la discusión ha incluido la existencia de tribunales y jueces sin rostro, para proteger la vida de los magistrados, lo cual es ciertamente entendible. Pero también es cierto que la mejor forma de combatir la corrupción, los privilegios, las desigualdades y las irregularidades no es sólo con órganos de control y procesos disciplinarios, sino con la más absoluta transparencia y publicidad, con todos los inconvenientes que ello trae. Mucho se ha escrito y dicho sobre la publicidad que se dio en los Estados Unidos al juicio que se siguió al deportista y estrella de cine O. J. Simpson. Pero aparte de la gran discusión sobre si el fallo estuvo bien o mal, y sobre si el sistema es bueno o malo, el hecho es que nadie podría insinuar lo mínimo de corrupción o inmoralidad. Son estas cosas las que cimientan la confianza pública en un sistema, a pesar de los defectos que pueda tener. El secreto en las delibera-

ciones y toma de decisiones parece ser una de las características más difíciles de erradicar en la transición de una cultura de autoridad o de privilegios a una cultura abierta al servicio. En América Latina es muy común, a pesar de la existencia de audiencias públicas en las que se practican diligencias y se ofrecen informes y alegatos orales, que uno de los abogados o una de las partes en un litigio se entrevisten en privado con los jueces, magistrados y funcionarios. Esto no obstante que, además de lo inadmisibile del hecho, esta práctica ocupa una buena parte del tiempo hábil de los jueces y los distrae de sus ocupaciones, y así ayuda a retardar los procesos. Estas entrevistas en privado no colaboran ciertamente a la moralidad de la justicia. Sin embargo, muchos abogados toman a mal cuando en las audiencias públicas los magistrados interrumpen los despliegues oratorios para preguntar sobre los hechos o argumentos del caso. Los abogados también pierden la perspectiva del servicio que prestan.

Pero, aún en un escenario en el que no hubiera demoras y no se produjera ningún caso de corrupción, hay otra circunstancia frecuente que frustra el que se preste el servicio de resolver conflictos. En estos casos todo el despliegue y movimiento de la maquinaria judicial sólo produce la aplicación e interpretación de la ley, en una forma razonablemente predecible, docta y fundada, pero que no causa ningún impacto real en las partes que litigan ni, por cierto, en la sociedad. Dos ejemplos que ilustran esta perspectiva son: uno, el caso del pago de deudas de una economía inflacionaria. Cuando los procesos son dilatados y el interés legal aplicable al caso es muy diminuto comparado con la tasa inflacionaria, la decisión judicial de ligar el pago no al valor real de la deuda sino al nominal, alienta el incumplimiento al ser más productivo para el deudor mantener su dinero depositado en un banco ganando intereses mayores. Todas las citas de autores de la antigüedad y de países destacados por el desarrollo jurídico, toda la sabiduría académica y toda la sapiencia y brillantez literaria del mundo, no pueden convertir esa pieza jurídica primordial en un fallo judicial efectivo. Este fenómeno se produjo en la crisis inflacionaria en algunos países latinoamericanos, mientras que en otros - como Brasil, Argentina y parcialmente Venezuela - se reaccionó adecuadamente. El otro ejemplo es el pago de indemnizaciones en juicios por daños y perjuicios. Los fallos son correctos en la interpretación y aplicación de la ley, pero los montos tan diminutos otorgados a los demandantes por incumplimiento de contratos, daños a la propiedad, a la salud y aún la pérdida de la vida misma no estimulan el intercambio, ni alientan la inversión y al mismo tiempo que resulta irrisorio y contribuye al-desprestigio social

de la justicia, alienta la práctica distorsionadora del "Forum Shopping", en la que el campo internacional de los demandantes avezados demanda en múltiples jurisdicciones, buscando la que tenga posibilidades de otorgar montos indemnizatorios mayores. Además del conocido caso Bhopal de la India, varios grupos demandantes de América Latina han intentado presentar sus acciones contra empresas mineras o petroleras de los Estados Unidos en tribunales de ese país, porque no importa cuán grandes sean los daños, en muchos tribunales de América Latina las indemnizaciones no serán equivalentes al daño.

LA CALIDAD DEL SERVICIO

En el caso de la administración de justicia la calidad del servicio depende principalmente, de una parte, de los instrumentos, herramientas o equipo que se facilita al servidor para cumplir su tarea; y de la otra, de que el servidor esté poseído y entienda su misión frente al usuario, y, al mismo tiempo, la contribución que debe ofrecer a la sociedad en que le toca desempeñarse. Acerca de esto último es imprescindible que el juez tome conciencia de que no es un simple burócrata, mecánico aplicador de los textos legales, sino uno de los líderes que día a día, y caso a caso, va moldeando la estructura de la economía, la política, el comercio, la familia, el individuo y la paz de su comunidad. La responsabilidad del futuro corresponde no sólo a los políticos sino depende de manera principal de cómo se desempeñan los jueces de un país.

De los instrumentos con que trabaja el juez, el principal - más importante que las computadoras, escritorios, copiadoras y teléfonos - es la ley, ya esté contenida en textos legislativos, precedentes judiciales, textos doctrinarios o en la costumbre. La naturaleza y calidad de la ley influyen en mucho en el servicio que ofrece un juez. Que no es lo mismo que decir que un juez no puede prestar un buen servicio a pesar de una ley mala, salvo excepciones⁴. Parte de la situación que se da en países del tercer mundo, y en economías de transición, es la falta de información factual sobre la realidad. A esto se añade que el flujo de la opinión pública hacia los centros de toma de decisiones no es fácil ni frecuente. La combinación de estos dos factores resulta, muchas veces, en la adopción de modelos inadecuados diseñados para otras realidades. Igualmente, resulta en leyes de gran lógica y coherencia internas pero desajustadas a la realidad, respecto de la cual

queda un gran abismo por salvar. Cubrir el hiato entre ley y realidad, y ejercer toda la gama de facultades discrecionales de que goza es la misión del juez para cumplir con su función de resolver conflictos. Fernando de Trazegnies⁵ nos ha develado cómo la mente e intención del legislador constituyen un secreto inexpugnable. Pero quedan, entonces, flotando en el aire las preguntas: ¿Cómo? y ¿hacia dónde?

Me aventuro a dar una respuesta personal basada en lo que he vivido y en lo que he visto u oído de jueces sabios que me han honrado con su amistad.

En cuanto al cómo, pienso que el juez debe tener clara conciencia de que su misión es, primero, desentrañar los sentidos posibles de la ley; pero no solamente aplicar la ley e interpretarla sino, primordialmente, resolver los conflictos. Para eso debe usar al máximo las facultades que la propia ley le da o, al menos, le permite. No se trata de revolucionar el sistema dando al juez facultades y poderes que no tiene. En la gran mayoría de los casos los jueces no hacen uso ni del veinte por ciento de los poderes que les da la ley. Pero los jueces no sólo trabajan con la ley -que es sólo un instrumento- sino con hechos que deben evaluar ellos -y no sus delegados-; y deben tomar conciencia de que la única prueba no es la documentaria o escrita. Deben rescatar y revivir el valor de las pruebas, y sacarles el máximo de provecho, especialmente en los sistemas del mundo donde no funcionan jurados. Finalmente, el juez debe usar toda su inteligencia, capacidad, intuición, sensibilidad humana y percepción social, para, primero, reducir y simplificar las áreas en disputa y, luego, trabajar, dentro del marco de la ley, para inducir, estimular y, hasta donde sea permisible, forzar a las partes a llegar a un entendimiento extrajudicial. Es mucho lo que hay que escribir sobre este punto. Para los que piensan que sólo sería de aplicación en materias comerciales y civiles, les pido recordar la práctica del "plea bargaining" y de las leyes de arrepentimiento.

En cuanto a dónde debe ir el juez, es necesario volver a insistir en que el juez no es un simple burócrata. Muchos abogados repiten con frecuencia que el juez no debe ser tampoco un político, sino un técnico. Creo que un juez que no sea político no merece ocupar el cargo de juez. No político de partido o camarilla, por supuesto. Pero debe tener una concepción política de la sociedad en que vive y trabaja, y de los valores permanentes que mantie-

⁴ Roberto MacLean. Razonamiento Judicial y Realidad Social. Revista de Jurisprudencia Peruana. 1978. p.680.

⁵ La Muerte del Legislador. Lima, 1995

nen cohesionada a su comunidad, y debe trabajar y luchar por defender esos valores. Un juez debe ser lo suficientemente inteligente, culto y acucioso investigador para interpretar de la vida que lo rodea, y de su circunstancia, el sentido de la opinión pública de su país y de su tiempo. No la opinión del público, que cambia muy fácilmente, y puede oscilar de un extremo al otro, sino de los valores e intereses permanentes que se encuentran en los cauces más profundos de los individuos y de los pueblos. Las creencias religiosas, éticas y económicas; el amor a la vida y la libertad; el rechazo a las discriminaciones y desigualdades injustas; el deseo de la paz; el deseo de desarrollarse, entre muchos más, son ejemplos de una fuerza social que evoluciona y se transforma con el tiempo y varía de país a país, que es muchas veces invisible en la superficie, que es lo que aparece en gran parte de los medios de comunicación, pero que está presente en la conciencia de los individuos, en los lazos de las familias, en la libertad civilizada con que se discute en las universidades, en los programas y planes que se debaten en los partidos políticos, cámaras de comercio, sindicatos y asociaciones culturales. Esta fuerza, cuando se canaliza, es la que determina y forja la historia y constituye una avalancha incontenible. El juez en este sentido debe ser, además de jurista, un líder que interpreta la opinión pública de su comunidad. No todos los días puede un juez escribir un fallo como el de *Brown versus Board of Education*, que sin cambiar la Constitución o las leyes de los Estados Unidos, terminó con la segregación racial pública en ese país, pero pienso que es esa forma de entender la magistratura judicial la que debe servir de inspiración. Así, el juez debe interpretar y seguir la interpretación pública, y, a veces, con una ligera pero valiente y decidida presión, ayudar a darla a luz.

LA ESTRATEGIA PARA EL CAMBIO

En una época en que ha revivido el interés por la administración de justicia, y se ha hecho más realizable, con el apoyo de instituciones financieras internacionales y de gobiernos de otros países, una pregunta pertinente es qué estrategia se debe seguir. Un elemento no sólo importante sino indispensable son los estudios del sector. Otro elemento indispensable es la capacitación. Una aproximación que identifique los componentes de contexto, administración, economía, entrenamiento, procedimientos, medios alternativos, planta física, percepción por la comunidad, e impacto social, es ciertamente

también indispensable. Llevar adelante programas piloto es esencial. Sin embargo, realizar todos estos esfuerzos de tiempo, trabajo y dinero servirá de muy poco si no se comienza por involucrar en esta empresa a los propios jueces, luego a los otros actores legales, y finalmente a los miembros de la comunidad; e involucrarlos significa, para los jueces, hacerlos conscientes de su misión de líderes de la comunidad, que con su habilidad para resolver conflictos pueden causar un impacto en la sociedad de su tiempo. Esta es una estrategia que el Banco Mundial ha comenzado a aplicar con éxito. Hay mucho más que decir respecto a esto último pero tendremos que dejarlo para una próxima ocasión.

En palabras del Vice Presidente y Abogado General del Banco Mundial, Ibrahim Shihata, expresadas en diversas presentaciones y publicaciones:⁶

“El Banco Mundial presta ayuda a programas de reforma judicial a sus países miembros como parte de su preocupación por la creación de un clima estable para los negocios, en el cual la inversión productiva pueda expandirse y prosperar. Dentro de este contexto, la reforma judicial es considerada como un elemento crítico de la puesta en acción de cualquier reforma integral en un país dado, y un factor esencial en el fortalecimiento del estado de Derecho y del papel del Estado en garantizarlo. Por esta razón la reforma judicial debe ir de la mano con reformas administrativas y legales. El éxito o fracaso de cada una de este tipo de reformas depende del de las otras.

La ayuda del Banco para los diferentes esfuerzos dirigidos a reformar la administración de justicia, se presta a través de distintos instrumentos financieros. Estos incluyen préstamos de ajuste, préstamos de inversión, donaciones para desarrollo institucional y estudios de diagnóstico que se efectúan como preparación para futuros préstamos.

Bajo los préstamos de ajuste, que apoyan reformas de políticas a través del financiamiento de importaciones en general, el Banco ha acordado con ciertos países algunas acciones que afectan la administración de justicia. Estos incluyen la preparación de estudios por el país sobre la realidad de su poder judicial, unidos a medidas para mejorar la administración de las cortes, o el papel de los jueces en la aplicación adecuada de nuevas leyes y reglamentos. Los préstamos de ajuste se han utilizado, también, para acciones específicas en las cortes, incluyendo

⁶ *Judicial Reform in Developing Countries and the Role of the World Bank*, February 1993. *Judicial Reform: Issues Addressed in World Bank Projects*. Ibrahim F. I. Shihata, October 19-20, 1995

en algunas circunstancias la creación de nuevas cortes para ayudar a aliviar cuellos de botella en la solución de disputas sobre inversiones y actividades comerciales, en particular disputas entre los bancos comerciales y sus prestatarios. Se debe mencionar, sin embargo, que los préstamos de ajuste son préstamos de desembolso rápido y, por esta razón, típicamente adecuados para reformas que pueden ser puestas en práctica en el corto plazo. Una serie de estos préstamos al mismo país pueden intentar reformas a plazo más largo, si la extensión y secuencia de estas reformas pudiera ser identificada desde el comienzo.

Para el caso de reformas judiciales más típicas, que se ejecutan en un plazo relativamente mediano a largo, digamos de dos a cinco años, los vehículos principales para la asistencia del Banco Mundial son operaciones de inversión, especialmente de fortalecimiento institucional y préstamos de asistencia técnica. Estas operaciones están diseñadas para mejorar la eficacia de la administración de justicia, especialmente para hacer efectivas y ejecutar las transacciones del sector privado, así como para promover la transparencia y rendición de cuentas en los actos del gobierno. La relevancia de estos factores en el objetivo del Banco de facilitar y promover la inversión privada es evidente.

Además, las actividades del Banco en reforma judicial han incluido la preparación de estudios en profundidad con el fin de evaluar las necesidades para lograr una mejor administración de justicia. Estos estudios han sido efectuados ya sea por personal del Banco dentro de su trabajo de investigación normal, los llamados "estudios económicos sectoriales", como en el Ecuador, el Perú y Trinidad y Tobago, u otorgando donaciones a los gobiernos, como en el caso de Argentina, de fondos administrados por el Banco, tal como el Fondo de Desarrollo Institucional establecido en 1992 o programas de donaciones bilaterales que el Banco ejecuta.

Bajo cualquiera de las formas mencionadas, el apoyo a programas de reforma judicial es una tarea relativamente nueva para el Banco Mundial. Es también una tarea que presenta un conjunto especial de desafíos debido a su naturaleza compleja y a su dependencia de una gama de factores socio-culturales, económicos, políticos y legales. El Banco está envuelto en un proceso de aprendizaje en esta área.

Muchos de los componentes de préstamos del Banco para inversión con objetivos más amplios, así como operaciones independientes de asistencia técnica orientadas hacia la administración de justicia, son precedidos por sondeos e investigación en profundidad. En la experiencia del Banco ha resultado crucial realizar un trabajo exhaustivo de diagnóstico para identificar los elementos específicos y los problemas que causan ineficiencias en el funcionamiento del sistema judicial en un país en particular, a fin de diseñar programas de reforma que cobren sentido. El estudio realizado por el Banco del sector judicial en Ecuador es un ejemplo de un trabajo que ofrece al Banco un análisis de los principales problemas que afectan al poder judicial en aquel país.

Los problemas discutidos en ese estudio son, en realidad, comunes a muchos países. Proyectos que el Banco ya está financiando como el Proyecto de Infraestructura Judicial en Venezuela y el Proyecto de Reforma Judicial en Bolivia contemplan problemas similares. El Banco tiene, igualmente, proyectos independientes en preparación en Ecuador (como seguimiento del estudio), el Perú, Rusia, Albania y Polonia, y componentes de reforma judicial en préstamos de asistencia técnica a países como Bangladesh, Burkina Faso, Cambodia, Cabo Verde, China, Comoros, Ghana, Kazakhstan, Mozambique, Sri Lanka, Tanzania y Zambia. Los proyectos de Argentina y Sierra Leona están en suspenso, y se están efectuando trabajos preparatorios y discusiones para Trinidad y Tobago y Pakistan".

EPILOGO

Aunque he tratado de poner en este corto trabajo todo el amor, la alegría, y la esperanza de los que soy capaz, el escribir sobre cosas tan serias e importantes me ha dejado los labios y la boca secos y ligeramente amargos. Por eso para no despedirme así quiero pedir disculpas si termino estas líneas bebiendo de otras fuentes más frescas con una traducción libre del poema de W.H. Auden titulado "Las Leyes del Amor". Dice así:

"Como en el amor, no sabemos dónde ni por qué;"

"Como en el amor, no podemos obligar a nadie ni volar por el aire;"

"Como en el amor, con frecuencia lloramos;"

"Como en el amor, rara vez cumplimos."

**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!

INCIDENCIA DEL MERO HECHO EN LA RUPTURA DE LA RELACION CAUSAL¹

Atilio Aníbal Alterini
Profesor de Obligaciones Civiles y Comerciales
Universidad de Buenos Aires y de Belgrano,
Argentina

La relación de causalidad ocupa un lugar fundamental en la teoría de la responsabilidad civil, en cualquiera de sus dos acepciones: causalidad a nivel de autoría y causalidad a nivel de adecuación. Sin embargo, cuando el Derecho pretende determinar la autoría y consecuencias de un daño, resuelve el problema de la causalidad con criterios singulares; no basta la causalidad física, sino que a veces se requiere la denominada causalidad jurídica, que no se ciñe enteramente al plano de lo fáctico, sino que también atiende a criterios éticos o funcionales. En el actual derecho de la responsabilidad civil, orientado hacia la protección de las personas dañadas, no basta el mero hecho de la víctima o de un tercero para liberar de responsabilidad al causante del daño; por el contrario, en numerosos casos se requiere la culpa de la víctima o de un tercero para exonerar al causante de la responsabilidad que asigna la ley, e incluso hay ocasiones en que la culpa de la víctima sólo será exoneratoria cuando revista los caracteres de la fuerza mayor.

1. El desarrollo de la teoría de la relación de causalidad fue ajeno a la doctrina de los civilistas clásicos, quizá porque trasegaron el equívoco concepto de *faute*, que implica no sólo a la culpa, sino también al incumplimiento², e inclusive a la propia relación causal.³ "La noción de causalidad permaneció durante siglos dejada de lado" y, en el Derecho Civil, "apenas si tal materia comienza a configurarse como un problema a principios del siglo".⁴ En Francia, hasta poco tiempo atrás, "muy pocos juristas han querido abordar" el problema, por considerarlo "tal vez insoluble" o preferir resolverlo "por el sentimiento".⁵

Actualmente, en especial en la Argentina, el tema ha sido puesto en el centro de la teoría de la responsa-

¹ Agradecemos al Dr. Carlos Cárdenas Quirós por cedernos el presente artículo para su publicación.

² MAZEAUD, H. y L. - TUNC, A., Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo, t^o II, vol. II, Buenos Aires, 1963, núm. 1426, pág. 8; DELIYANNIS, J., *La notion d'acte illicite. Considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Paris, 1952, pág. 6, nota 19; ROUJOU de BOUBÉE, M. E., *Essai sur la notion de réparation*, Paris, 1974, pág. 60; PUECH, N., *Notion et rôle de l'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, Estrasburgo, 1971, pág. 68; DARBELLAY, J., *Théorie générale de l'illicéité en Droit civil et Droit pénal*, Friburgo, 1955, pág. 47; DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, t^o III, Paris, 1925, núms. 225/6, págs. 367/8; GAMARRA, J., Tratado de Derecho Civil uruguayo, t^o XIX, Montevideo, 1981, pág. 176. Sobre estas cuestiones, ALTERINI, A. A., Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil, 1ra. ed., Buenos Aires, 1970, capítulo VI [Causalidad], núm. 165 y sigs., pág. 135 y sigs.; ALTERINI, A. A., "Presunciones concurrentes de causalidad en la colisión plural de automotores", en *L. L.*, t^o 1986-E, y en *Derecho de daños*, Buenos Aires, 1992, pág. 189; ALTERINI, A. A., "El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual", en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, núm. 1, año 1990, pág. 16, y en *Derecho de daños*, cit., pág. 153; ALTERINI, A. A. - LOPEZ CABANA, R. M., "Presunciones de causalidad y de responsabilidad", en *L. L.*, t. 1986-E, p. 981, y en *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1988, p. 31.

³ MAZEAUD - TUNC, *ob. cit.*, t^o I, vol. II, núm. 384, pág. 38. En la doctrina actual estos elementos aparecen claramente escindidos: conf. "V Jornadas -Nacionales- de Derecho Civil" (Rosario, 1972): "La obligación de resarcir reconoce como regla los siguientes presupuestos: I. Antijuricidad; II. Daño; III. Causalidad; IV. Factores de atribución" (Recomendación 3, Tema V).

⁴ PEIRANO FACIO, J., Responsabilidad extracontractual, Montevideo, 1954, núm. 226, pág. 402. Agrega que Carrier -en 1818- y Giorgi -a fines del siglo pasado- no se ocuparon del tema, y que Toullier -en 1830- apenas lo sobrentendió; sostiene que Marcadé no acertó en esta materia, y que Sourdat, Demolombe y Larombière incurrieron en tautología al tratar de ella.

⁵ MAZEAUD - TUNC, *ob. cit.*, t^o II, vol. II, núms. 1422, pág. 6.

bilidad civil, en sus dos acepciones: la de causalidad a nivel de autoría, que concierne a quién responde; y a nivel de adecuación, que atañe a determinar por cuáles consecuencias se responde.

En el plano de la autoría, las soluciones atinentes a la causalidad, tanto en términos físicos como jurídicos, tienen importante punto de contacto en la teoría de la prognosis póstuma, mediante el cual se ensaya la supresión hipotética de una o de varias condiciones y se asigna la calidad de causa del daño a la condición, o a las condiciones, con cuya supresión aquél no se habría producido. Sin, embargo, no es dudoso que el Derecho va más allá de esa teoría de equivalencia de condiciones, y resuelve la cuestión de la causalidad con criterios peculiares.

2. Desde el punto de vista técnico puede considerarse que “el caso fortuito o fuerza mayor interrumpe el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño”⁶, y que en tal situación el deudor no puede ser considerado autor de aquél⁷.

En ese orden de ideas, en el área de la responsabilidad contractual, el artículo 513 del Código Civil dispone que “el deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o de fuerza mayor”. El texto tiene el sentido de no asignar responsabilidad al deudor por los daños “que originare al acreedor la falta de cumplimiento de la obligación, cuan-

do ella [falta de cumplimiento] resultare de caso fortuito”⁸. Por lo tanto atañe a la ruptura de la relación causal, puesto que considera que la causa de incumplimiento es el caso fortuito, y no la conducta del deudor; la idea causal también resulta de normas como la del artículo 2269 del Código Civil, que predica la irresponsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor “con tal que estos accidentes no hayan sido precedidos de alguna culpa suya, sin la cual el daño en la cosa no hubiese tenido lugar”.

En la órbita extracontractual el Código Civil no provee una norma genérica que regule la virtualidad del caso fortuito, pero su artículo 1128 dispone congruentemente -en materia de daños causados por animales- que cesa “la responsabilidad [...] en el caso en que el daño causado [...] hubiese provenido de fuerza mayor”.

Ahora bien. En el Derecho argentino, el deudor contractual sólo se libera cuando promedia caso fortuito en ciertas hipótesis puntuales: transporte terrestre de personas, y transporte acuático mediante pequeñas embarcaciones en cuanto no está comprendido en la Ley 20.094 de la navegación (artículos 184 y 206, Código de Comercio; artículo 65 de la Ley 2.873; artículo 11 de la Ley 13.146; artículo 316 de la Ley 20.094); daños a efectos del huésped de un hotel (artículo 2236, Código Civil); productos elaborados; daños contractuales derivados del riesgo de la cosa no regidos por Ley especial¹⁰.

⁶ “V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil” (San Rafael, Mendoza, 1978), Comisión 2, Recomendación 2-a.

⁷ ORGAZ, A., La culpa, Buenos Aires, 1970, núm. 104, pág. 257; MOSSET ITURRASPE, J., Responsabilidad por daños, t° I, Buenos Aires, 1971, núm. 89, pág. 217; BUSTAMANTE ALSINA, J., Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1972, núm. 705, pág. 223; BREBBIA, R. H., La relación de causalidad en Derecho Civil, Rosario, 1975, pág. 43; GOLDENBERG, I. H., La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1984, núm. 14, pág. 44; TRIGO REPRESAS, F. A. - COMPAGNUCCI de CASO, R. H., Responsabilidad civil por accidentes de automotores, t° 2-a, Buenos Aires, 1986, pág. 91; aclaración de los doctores J. Mosset Iturraspe, R. F. Garrido, I. H. Goldenberg y A. Kemelmajer de Carlucci, en “V Jornadas Sanrafaelinas” precits., Recomendación 3-4.

⁸ Ese texto fue propuesto, a instancias de J. Dassen, por el Instituto Argentino de Estudios Legislativos en oportunidad de analizar el Proyecto de 1936: conf. FEDERACION ARGENTINA DE COLEGIOS DE ABOGADOS - INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS, Proyecto de reformas del Código Civil. Actas de la Sección de Derecho Civil, Libro III, t° III, Buenos Aires, 1962, pág. 31.

⁹ La atribución objetiva de responsabilidad en materia de daños por productos ha quedado intacta, no obstante el veto dispuesto por el Decreto 2089/93 al artículo 40 de la ley 24.240: conf. Jornadas Nacionales de Derecho Privado en homenaje al doctor César A. Abelenda, Corrientes, abril de 1994 (Recomendación A-VII de *lege lata*, Comisión 3); II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, Rosario, mayo de 1994 (Recomendación 3 y 4, Comisión 3); III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Buenos Aires, julio de 1994 (Recomendación 4, Comisión 3); I Jornadas de Derecho Civil de Morón en homenaje al doctor Augusto Mario Morello, Morón setiembre de 1994 (Recomendación V-e de *lege lata*, Comisión 2); VIII Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, octubre de 1994 (Recomendación II-3, Comisión 2); VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, octubre de 1994 (Recomendación XI de *lege lata*, Comisión 1).

¹⁰ Sobre la responsabilidad contractual objetiva en general, ver BUERES, A. J., “Responsabilidad contractual objetiva”, en *J.A.*, t° 1989-II, p. 964; VAZQUEZ FERREYRA, R. A., “La responsabilidad contractual objetiva”, en *L. L.*, t° 1988-B, Pág. 998; TRIGO REPRESAS, F. A., “Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas inanimadas en el ejercicio de su profesión”, en *L. L.*, t° 1981-B, pág. 762.

En estas hipótesis también son últimamente invocables la culpa de la víctima y la culpa de un tercero extraño¹¹.

3. En cambio, es problemático si cuando la ley admite a la culpa de la víctima como circunstancia eficiente para la ruptura de la relación de causalidad jurídica, ello implica que también pueda ser argüido útilmente el mero hecho de una o de otro¹² en los casos en que la ley carga a determinado sujeto con una presunción de causalidad a nivel de autoría: tal es el del dueño de la cosa con riesgo o vicio (artículo 1113, 2da. parte, 2do. párrafo, Código Civil, según Ley 17.711), o el del transportista (artículo 184, Código de Comercio)¹³. Va de suyo que, si se entendiera que en estas situaciones el sistema legal otorga virtualidad para romper la relación causal al hecho de la víctima, o al de un tercero, no habría responsabilidad cuando el daño proviniera de un hecho voluntario no culposo, o de un hecho involuntario, como el de un menor de corta edad o el de un demente (artículos 897 y 921, Código Civil).

Por lo pronto, el hecho y la culpa son discriminados en varias normas del Código Civil: artículos 1109 ("todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa..."), 710 ("hecho o culpa de uno de los deudores"), 3777 (pérdida de la cosa legada "por hecho o culpa de uno de los herederos").

Asimismo, la ley acepta la eficacia liberatoria del mero hecho en casos de aplicación particulares: en el Código de Comercio, el "hecho del remitente o del destinatario" es una causal de exclusión de responsabilidad del porteador conforme a los artículos 177 y 182; el artículo 143 del Código Aeronáutico exime o atenúa la responsabilidad del transportador por el daño cuando un hecho de la víctima "lo ha causado o contribuido a causarlo". Otro supuesto de mero hecho de la víctima (en el caso el cargador) puede resultar del artículo 172 del Código de Comercio: el vicio de la cosa, naturalmente, no es invocable para excusar la garantía por vicios redhibitorios (loca-

ción de cosas: artículo 1516, Código Civil; locación de obra: artículo 1646, Código Civil; mandato comercial y comisión: artículos 227 y 232, Código Comercio), pero la ley lo considera útil para liberar al transportista.

Sin embargo, en mi opinión, esa eficacia liberatoria no reviste el carácter de regla general.

4. En términos conceptuales, la regla general debería coincidir con la teoría del caso fortuito. Pero ni siquiera éste es argüible en todas las situaciones, porque el sistema discrimina una y otra vez las circunstancias a las cuales les asigna entidad suficiente para romper la relación de causalidad jurídica.

a) Por lo pronto, en ciertas circunstancias el obligado sólo se libera cuando pierde totalmente el patrimonio. En las obligaciones de dar cosas inciertas - como las de dar dinero - el deudor únicamente podría excusar su responsabilidad si "todo el patrimonio fuera confiscado ilegítimamente por una autoridad investida de poderes que también sean solamente de hecho"¹⁴. En la quiebra, es desapoderado, y únicamente se libera de los saldos no satisfechos a los acreedores respecto de los bienes que haya adquirido luego de ser rehabilitado (artículos 111 y 253 de la Ley 19.551).

b) El caso fortuito no libera al deudor demorado¹⁵, ni al que lo asumió (artículo 513, Código Civil), ni al *accipiens* de mala fe (artículo 789, Código Civil), ni al poseedor de mala fe (artículo 2435, Código Civil), ni al locatario rural (artículo 1557, Código Civil), ni al comisionista (artículo 270, Código Comercio), ni al poseedor vicioso aunque su mora haya sido irrelevante (artículo 2436, Código Civil), ni al asegurador (artículo 2°, Ley 17.418).

c) Hay supuestos de garantía, en los cuales el caso fortuito tampoco libera al deudor, como en las garantías por evicción, que se deben aunque la privación o turbación del derecho "tenga causa anterior

¹¹ En cambio, en la responsabilidad del hotelero la culpa de un tercero sólo resulta relevante en situaciones excepcionales (artículos 2230 y 2237, Código Civil).

¹² Para el estado de la cuestión, PIZARRO, R. D., "Causalidad adecuada y factores extraños", en TRIGO REPRESAS, F. A. - STIGLITZ, R. S. (Directores), Derecho de daños. Primera parte. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, 1989, pág. 155, núms. 3.b.2 y 4.d.2. GOLDENBERG se pronuncia por la afirmativa: *ob. cit.*, pág. 165.

¹³ Sobre la presunción de causalidad a nivel de autoría, ALTERINI, A. A. - LOPEZ CABANA, R. M., "Presunciones de causalidad y de responsabilidad", *cit.*, núm. 5.

¹⁴ RESCIGNO, P., *Manuale del Diritto Privato italiano*, Napoli, 1985, pág. 653.

¹⁵ Ver LOPEZ CABANA, R. M., La demora en el Derecho Privado, Buenos Aires, 1989, *passim*. Lo cual no obsta a la teoría de la mora irrelevante, que resulta del art. 892 del Código Civil, y que es reiterada en sus arts. 789, 2295, 2435, 3426 y 3779.

o contemporánea a la adquisición" (artículo 2091, Código Civil); y por vicios redhibitorios, que compromete al enajenante "aunque los ignore" (artículo 2173, Código Civil)¹⁶.

d) Asimismo la ley suele descartar la eficiencia de hechos que, en sí, reúnen los requisitos genéricos del artículo 514 del Código Civil. Tal sucede en materia de infortunios laborales, en la cual sólo tiene relevancia la fuerza mayor "extraña al trabajo" del empleado (inciso b del artículo 7 de la ley 24.028); o de accidentes nucleares, en la que exige que haya hechos puntuales de "conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección" (párrafo 3, artículo IV, Convención de Viena de 1963, Ley 17.048).

5. Por otra parte, tanto en el moderno Derecho extranjero como en la reciente legislación argentina, es frecuente que ni siquiera la culpa de la víctima, o la culpa de un tercero, tengan aptitud para liberar al sindicado como responsable.

En Francia, el trascendente fallo *in re "Desmares"*¹⁷ decidió en 1982 que la culpa de la víctima sólo era exoneratoria para el guardián cuando revestía los caracteres de la fuerza mayor. Posteriormente, la Ley de Tránsito 85-677, del 5 de julio de 1985, estableció que no son oponibles a las víctimas ni la fuerza mayor ni el hecho de un tercero (artículo 2); que, para los daños a la persona, sólo es invocable por los conductores o guardianes la culpa grave de la víctima, si ella ha sido la causa exclusiva del accidente (artículo 3, primera parte); y tratándose de menores de dieciséis años, de mayores de setenta, o de grandes discapacitados, únicamente es argüible el dolo (artículo 3, segunda parte). La

culpa leve de la víctima solamente libera al conductor o al guardián cuando se trata de daños a los bienes (artículo 5).

La ley argentina 24.051 de residuos peligrosos dispone, en el artículo 47, que el responsable no se exime "por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso". Es así claro que no basta siquiera la culpa del tercero, a menos que haya sido inevitable; y esto enrola el tema en la teoría del caso fortuito, pues la inevitabilidad puede ser considerada la clave de su noción¹⁸.

6. Pienso, en síntesis, que en el Derecho argentino vigente el efecto eximitorio de responsabilidad que asigna la ley a la culpa de la víctima o de un tercero no puede ser extendido al mero hecho de la víctima o del tercero. A menos, claro está, que ese hecho constituya un caso fortuito, en los términos del artículo 514 del Código Civil.

a) Un primer argumento para llegar a esta conclusión es literal: cuando la ley menciona solamente a la culpa de la víctima o de un tercero como causales para la liberación del señalado como responsable, sería indiscreto entenderla como si incluyera también al mero hecho no culposo¹⁹. Pero este solo, y quizás endeble, argumento -que no subsistiría de convertirse en ley alguno de los diversos proyectos actuales de reformas al Código Civil²⁰ - es robustecido cuando se le anexan otras consideraciones.

b) De alguna manera la determinación de si el mero hecho de la víctima, o de un tercero, es suficiente, o

¹⁶ La noción de garantía también nutre la responsabilidad del principal por los daños causados por quienes "están bajo su dependencia" (artículo 1113, 1ª parte, Código Civil). Los artículos 1118 y 1119 del Código Civil suministran supuestos de aplicación, en los cuales hay responsabilidad a pesar de la prueba de que "ha sido imposible evitar el daño", esto es, de su inevitabilidad. Ver *infra*, texto y nota 17.

¹⁷ *Cour de Cassation, Chambre Civile 2e.*, 21.07.82, D. 1982-449.

¹⁸ GALLI, E. V., en SALVAT, R. M., Tratado de Derecho Civil argentino - Obligaciones en general, Tº I, Buenos Aires, 1952, núm. 145-a, pág. 155; CAZEAUX, P. N. - TRIGO REPRESAS, F. A., Derecho de las obligaciones, tº I (redactado por CAZEAUX), La Plata, 1969, pág. 358. Las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, precits., puntualizaron "diversas particularidades" del régimen de la Ley 24.051, y declararon que "el hecho del tercero y, por lo tanto, la culpa de la víctima, sólo son invocables cuando reúnen el requisito de la inevitabilidad (artículo 47), con lo cual atañen a la teoría del caso fortuito". Véase también LORENZETTI, R. L., "Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en el Derecho argentino", en KEMELMAJER de CARLUCCI, A. - PARELLADA, C. (Directores), Derecho de daños. Segunda parte. Homenaje al profesor doctor Félix A. Trigo Represas. Buenos Aires, 1993, pág. 339, núm. 5-c).

¹⁹ Cabe recordar que el artículo 1111 del Código Civil dispone que "el hecho que no cause daño a la persona, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna".

²⁰ Un proyecto de Código Unico de 1987 (Ley 24.032, vetada íntegramente por Decreto 2719/91), artículo 1113, 2º párrafo *in fine*; Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993 (sancionado por ella el 3 de noviembre de 1993), artículo 1113, 2º párrafo *in fine*; Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional de 1993 (Decreto 468/92), artículo 1590, primer párrafo *in fine*.

no lo es, para liberar a quien la ley adjudica responsabilidad con una presunción de causalidad a nivel de autoría, incursiona en el área de la política jurídica. Al respecto, y tratando el tema del *fait non fautif de la victime*, ha dicho Geneviève Viney²¹ que aceptar la eficiencia de ese mero hecho “va directamente contra toda la evolución del derecho de la responsabilidad civil que está orientado, evidentemente, hacia la protección de las personas dañadas”.

c) Más aún, en materia de accidentes de la circulación -a los que conciernen los ya citados artículos 1113, segunda parte, segundo párrafo, del Código Civil (según Ley 17.711) y 184 del Código de Comercio- se sostiene que el dueño, el guardián, o el transportista, no deberían liberarse ni siquiera en caso de culpa de la víctima, si ésta fuera leve. Habiendo seguro, el daño sólo repercute sobre el patrimonio del guardián, el dueño, o el explotador del vehículo, cuando incurre en culpa grave (artículo 70, Ley 17.048) pero, en “una situación altamente

paradojal, que no se puede justificar con ningún fundamento lógico, moral, social o filantrópico”, cuando se convierte en “un peatón inofensivo y amenazado” debe, en calidad de víctima “soportar las consecuencias de sus culpas o aun de sus errores más leves”²². No parece adecuado, pues, cargarle las que derivan de sus hechos voluntarios no culposos, o de sus hechos involuntarios.

7. Si se pretende dar cabal satisfacción a las preocupaciones jurídicas propias de los tiempos actuales no puede ser asignada virtualidad liberatoria genérica al mero hecho de la víctima, o de un tercero. Los razonamientos de la causalidad física deben por lo tanto quedar subordinados a los de la causalidad jurídica, la cual tiene sus propias reglas, que suelen transitar por un camino distinto.

Se trata, en definitiva, de la tensión, y a veces de la divergencia, que existen entre los mundos de la naturaleza y de la ética, del ser y del deber ser.

²¹ VINEY, G., *La responsabilité: Conditions*, en GHESTIN, J., *Traité de Droit Civil. Les obligations*, t° IV, Paris, 1982, núm. 433, pág. 512.

²² TUNC, A., *La responsabilité civile*, Paris, 1981, núm. 137, pág. 107.

Jaime A. Murguía Cavero

NOTARIO - ABOGADO

HORARIO CORRIDO

De Lunes a Viernes
9:00 am. a 5:45 pm.

Av. R. Rivera Navarrete 889 Of. 210 - San Isidro - Lima 27

☎ 442-0300 442-3467 442-6512 Fax: 442-0850

***Cuida tu mejor
sonrisa con***

Kolynos

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE CASOS DISCUTIBLES

Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Lima
Pontificia Universidad Católica del Perú

Entre los méritos atribuibles al Código Civil de 1984 destaca el haber dedicado a la prescripción y caducidad un libro especial, a diferencia del antiguo Código Civil de 1936, que incluía dichas figuras dentro del Libro de Obligaciones. Constituye además un avance significativo el haber otorgado a la caducidad un tratamiento legal propio, distinto del previsto para la prescripción.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que en numerosos casos no existen reglas claras de prescripción o caducidad, ocasionando confusión en los intérpretes y aplicadores de la norma, cuyo desconcierto se ve agravado, en algunas ocasiones, por una regulación que puede calificarse de reprochable.

En el presente artículo, el doctor Lohmann señala con agudeza los problemas que ocasiona la deficiente regulación de la prescripción y la caducidad en diversas áreas de nuestro Derecho Civil. Su crítica incide especialmente en el tratamiento brindado a la prescripción en materia de Derecho de Sucesiones; en efecto, el autor considera que el Libro IV del Código Civil -Derecho de Sucesiones- es singularmente defectuoso, puesto que contiene numerosas lagunas y errores, tanto conceptuales como de técnica legislativa, habiendo heredado sus pocos aciertos del Código anterior.

I. INTRODUCCION

En materia de prescripción y caducidad, el Código Civil de 1984 aportó importantes mejoras respecto del de 1936. Fueron dos las especialmente relevantes. La primera, el haber dedicado a estas dos figuras un Libro especial (el Octavo del Código), separándolas del Libro de Obligaciones, Sección de los Actos Jurídicos, a las que estaban adscritas "algo forzosamente"¹ en el *corpus* precedente. La segunda consistió en haber regulado la caducidad como categoría propia con tratamiento legal distinto del de prescripción.

No pretendo con este trabajo acometer el intento de hacer una presentación de los perfiles y características de estas instituciones, ni menos de su actual regulación normativa. Sobre ello ya se ha escrito². Lo que quiero en estas páginas es, fundamentalmente, compartir unas cortas reflexiones sobre algunos casos (posiblemente en el Código Civil habrá otros) en los cuales no hay reglas claras de prescripción o caducidad; sobre otros en los cuales la regulación es francamente reprochable; y, en fin, a propósito de otros más respecto de los cuales pueden asaltar severos problemas de interpretación y aplicación.

¹ Pero no tan erradamente como podría pensarse de primera impresión, pues a poco que se medite se advertirá que el transcurso del tiempo es en sí un hecho natural que, atendiendo a determinadas circunstancias y criterios, adquiere relevancia jurídica.

² En nuestro país, principalmente pueden verse: VIDAL RAMIREZ, Fernando: La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano, con un estudio de la relación jurídica. Cultural Cuzco, Lima, 1985; RUBIO CORREA, Marcial: Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil. Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987, y del mismo autor, Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil. Biblioteca Para Leer el Código Civil. PUCP., Lima, 1989.

II. LOS CASOS PROBLEMATICOS

1. La simulación

El artículo 2001.2 del Código Civil preceptúa que “Prescribe a los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado”.

La regla se presta a varias críticas. Aparte de que, en rigor, debió decir, “acción de indemnización por daños y perjuicios” (porque nadie acciona en procura de daños y perjuicios, sino para obtener una reparación), la regla es de difícil inteligencia. La cuestión más importante es que no establece distinción entre el acto simulado (conocido como de simulación absoluta) y el disimulador de otro (llamado simulación relativa).

En segundo término: ¿cuáles son las razones para dispensar un tratamiento que justifique una prescripción especial? Una de dos: o se admite que en la simulación hay un negocio estructuralmente válido y por lo tanto la acción indemnizatoria por el incumplimiento del acuerdo para simular prescribe a los diez años como las acciones personales; o nunca hubo en realidad tal negocio simulado, sino una simple apariencia; luego, la acción de indemnización debe prescribir como responsabilidad extracontractual. Con la actual situación, viendo los incisos 1 y 2 del artículo 2001, podría ocurrir el curioso caso de que al octavo año la parte afectada no podría reclamar indemnización porque la otra violó el negocio simulado, pero todavía le quedarían dos años para demandar la nulidad del negocio simulado. Y eso de nada le serviría si la violación del otro consistió en vender a un tercero de buena fe el bien que el vendedor tenía adquirido simuladamente. La parte no culpable de la violación se quedaría sin su propiedad y sin indemnización. Además, tampoco deja claro el precepto si la violación consiste en revelar la verdad oculta o en ejecutar como válido el negocio simulado. Verdadero incumplimiento puede haber en ambos casos.

Por último, recordemos que el inciso 2 del artículo 2001 sólo alude a las partes, no a terceros. Entonces: ¿cuál es el plazo de que disponen los terceros para resarcirse de los perjuicios de un acto absolutamente simulado o de su violación?; ¿y por qué habría de haber plazos distintos para las partes si el negocio tuviera una finalidad perjudicial o ilícita?; ¿es que acaso son inocentes los simulantes porque no saben lo que hacen? Son preguntas a las que no encontramos respuesta segura y el inciso queda para nosotros tan arcano como antes lo fue su antecedente 1168 en el Código de 1936.

De todo lo dicho parece que lo más recomendable hubiera sido extender a diez años el plazo para accionar la reclamación de indemnización por las partes o por terceros.

2. La ineficacia de los actos en fraude de acreedores

Ni en los artículos 195 al 200 Código Civil pertinentes al fraude existe disposición prescriptoria, ni la hay en el artículo 2001.

¿No la hay?. Explícitamente no, pero en verdad sí. El inciso 4 del 2001 estatuye que prescribe a los dos años la acción revocatoria. No cabe duda que con esta defectuosa expresión de “revocación” el legislador civil quiso referirse a la acción pauliana que intente el acreedor que se sienta perjudicado por un acto dispositivo de su deudor. No es posible llegar a otra conclusión, tanto porque en el Código Civil no existe caso alguno de acción revocatoria a la que suene pertinente la referida en el inciso 4 mencionado, como porque así, acción revocatoria, se llamaba en el Código precedente la actual pauliana de ineficacia.

Prescindiendo del problema de defectuosa denominación de la figura, hay otro problemita. ¿Desde cuándo empieza contarse el plazo de dos años?. De acuerdo al numeral 1993, “desde que puede ejercitarse la acción”. [Eso de “ejercitarse” es expresión indebida frecuentemente repetida en nuestro ordenamiento jurídico y no sé quién habrá sido el introductor. En verdad, los derechos y las acciones no se ejercitan, sino que se ejercen. Se ejercita quien hace ejercicio, pero no quien invoca la titularidad de algo, que lo único que hace es ejercer, pero no ejercitar].

Decía, ¿desde cuándo puede ejercerse la acción de ineficacia pauliana?. Con el sistema del Código de 1936 (artículo 1168) la situación era más clara y segura: los dos años se computaban desde la celebración del acto fraudulento, pese a que tal solución resultaba perjudicial si el acto se había mantenido oculto. Al disponer el nuevo ordenamiento que el plazo corre desde que puede ejercerse la acción, hemos de entender que es desde que el acreedor toma conocimiento de la disposición fraudulenta de bienes del deudor y de que con ello se le causa perjuicio, quedando claro, por cierto, que se presume conocida la transferencia patrimonial efectuada por el deudor si ha sido objeto de inscripción registral.

3. La prescripción en materia de Derecho de Sucesiones

Dejando de lado objeciones puntuales, el Código Civil de 1984 es, en general, un buen cuerpo normativo al cual, *grosso modo*, sólo se le puede recriminar: un exagerado intervencionismo legal, especialmente en materia de plazos (por ejemplo, clamoroso y censurable el artículo 1423) y de requisitos formales (por ejemplo, exigencias de comunicaciones notariales y no de otro modo fehaciente); que en algunas regulaciones ha quedado rezagado de nuevas realidades sociales y económicas; y falta de coherencia interna aunada a imperfecta redacción en muchos preceptos.

Pero en materia de Derecho de Sucesiones no hay halago ni aplauso que hacerle. Se trata, no cabe duda, de una disciplina arcaica, incompleta y errada en muchas de sus figuras. Si en los demás Libros del Código hay aciertos y defectos (luces y sombras, como expresivamente lo ha reconocido el Profesor Max Arias Schreiber), en sede de Sucesiones los aciertos son heredados del Código precedente y las sombras son abundantes. En tema de prescripción más que sombra hay oscuridad. A continuación menciono los casos que encuentro más llamativos.

3.1 La acción de petición de herencia

El artículo 664 Código Civil señala que las pretensiones a que se refiere son imprescriptibles. Es correcto el plural, porque el ancho concepto de petición de herencia regulado por este artículo cobija tres reclamos: (a) el genuino de petición de herencia, que es pura invocación de derecho a heredar; (b) el del contenido de la herencia por quien ya es heredero y tiene derecho a concurrir con otros; y (c) el de impugnación de preterición testamentaria o judicial. Ejemplo típico de lo primero es la demanda que el heredero legitimario (indebidamente llamado forzoso) dirija contra el voluntario en la hipótesis prevista en el inciso 1 del artículo 805 Código Civil. Ejemplo de lo segundo es cuando a un heredero cuyo título no se cuestiona se le niega el acceso a la herencia (y no necesariamente sólo a los bienes). Ejemplo de lo tercero lo tenemos en los casos de preterición judicial o testamentaria (artículo 806 Código Civil)

Lo que en cambio no me parece correcto, aunque admito que el tema es discutible, es que las tres pretensiones deban tener el mismo tratamiento en lo que a prescripción concierne.

Tal como veo las cosas, el único supuesto en el que verdaderamente cabe la imprescriptibilidad es el referido bajo el literal (b) antedicho, porque el recla-

mo lo formula quien ya tiene título jurídico firme sobre la herencia (y por lo tanto sobre los bienes), siendo de aplicación la regla de imprescriptibilidad de acciones entre condóminos (artículo 985 Código Civil).

Es decir, no me parece que sea conveniente la imprescriptibilidad en los otros casos. En estos otros dos casos el reclamante no es condómino, precisamente porque todavía no tiene título de heredero (ya que es materia de petición) o lo tiene sólo virtualmente por un testamento que por alguna razón todavía no ha tenido reconocimiento legal. Siendo estas las hipótesis, pienso que cualquier acción enfocada a obtener título hereditario y a privar total o parcialmente de derecho sucesorio a otro sujeto sí es acción que debe prescribir, tanto porque no hay razón para amparar a quien no es diligente en pedir el título hereditario a que se cree con derecho, como porque de lo contrario las posiciones jurídicas sucesorias y las transmisiones dominicales correspondientes nunca tendrían certeza. De todos modos, aunque se admita la imprescriptibilidad de la petición de herencia, sola o acumulada con la de preterición, es evidente que siempre tendrá su límite contra el adquirente por usucapión de bienes hereditarios singulares.

3.2 La acción de indignidad

El artículo 668 Código Civil establece que la acción de exclusión por indignidad prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado.

Es plausible la fijación de un plazo prescriptorio, de lo que en general el Código adolece en sede sucesoria, causando serios problemas e inconvenientes. A cambio, la duración del plazo y el término inicial de cómputo ofrecen algunas dificultades en lo que toca a la herencia principalmente, no tanto al legado.

En lo que atañe a duración, el plazo es francamente reducido, sobre todo porque en la práctica resulta altamente improbable que en tan corto tiempo pueda haber empezado el proceso penal de condena que interrumpa la prescripción, en los casos previstos en los tres primeros incisos del artículo 667. Con relación a los otros dos incisos el plazo no interesa tanto, porque lo razonable es que la indignidad se sustente precisamente en una de las causales referidas en tales apartados, de modo que en el mismo proceso civil se discutirá la existencia o no de la causal y la consecuente declaración de indignidad.

En lo que respecta al cómputo, hay que detenerse a reflexionar pese a la aparente sencillez de la regla.

Como cuestión previa piénsese en la *ratio legis*. ¿Qué es lo que el legislador ha querido que ocurra después de terminado el plazo? ¿Consolidar la posesión, o consolidar el título sucesorio? Si es lo primero, resulta que la “detentación” posesoria sucesoral goza de un tratamiento privilegiado. Si es lo segundo, no es razonable que el derecho a suceder a pesar de la indignidad quede legitimado por puro ejercicio de la posesión. Y, por otro lado, resulta absurdo, en todo caso, relacionar el plazo de ejercicio de la acción con un *status* posesorio, porque debe estar fuera de toda discusión que la acción de indignidad procede perfectamente aunque el indigno no tenga posesión alguna.

Mas ahí no acaba el asunto. Aparte de lo difícil que suele ser probar la fecha exacta de inicio de la posesión (máxime si la posesión empieza cuando está en discusión la causal de indignidad), surgen otros problemas:

(a) La posesión puede haber empezado momentos después de fallecido el causante. En tal caso, ¿cómo regular la situación de quien es indigno, pero heredero voluntario o legatario bajo condición? ¿Tendríamos que llegar a la absurda conclusión de que como en rigor no se sabe si estarán en aptitud de suceder hasta que la condición se verifique, si ésta ocurre luego del año estaría prescrita la acción? Otro caso: el del poseedor indigno que resulta llamado a la sucesión luego de un año de posesión, debido a que otro llamado previamente no quiere o no puede recibir la herencia o el legado. ¿Estaría prescrita respecto de él la acción de indignidad, a pesar que al inicio de la posesión no se le había deferido la herencia, puesto que antes había sido delatada en favor de otro?

(b) Por otra parte, al referirse el artículo 668 a «entrada en posesión de la herencia» la norma incurre en manifiesta impropiedad y de paso deja abierta una interrogante seguida de notable inseguridad. Efectivamente. En cuanto a la impropiedad es evidente que respecto de la herencia no puede haber “entrada” ni toma de posesión, porque la herencia no pasa de ser un concepto jurídico incorporeal que agrupa al *universum ius* (activos y pasivos) como conjunto del patrimonio relicto. Quiero decir, la herencia no es «poseible», pues “*possession es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento [...]. Ca las cosas que non son corporales [...] propriamente non se pueden posseer*”, como dice la Tercera Partida. Lo susceptible de posesión es el contenido material de la herencia y ni siquiera eso necesariamente es exacto, porque ni los derechos (créditos, por ejemplo) ni las obligaciones pueden ser objeto de posesión en sentido de apro-

piación o ejercicio de poder de propiedad real. Por lo tanto, sobre lo que cabe posesión es sobre los bienes corporales.

Así establecido el punto, pasemos a lo siguiente: la posesión de los bienes, (así, en plural) de la herencia. Naturalmente la norma no puede aludir a la llamada posesión civilísima, o sea aquella por la cual el sucesor se sustituye en el estado posesorio que tenía su causante. Se trataría, entonces, de posesión material, como ejercicio de hecho de uno de los poderes inherentes a la propiedad. Entonces, como la regla alude a posesión de la herencia, surgen varias preguntas que la Exposición de Motivos del ponente Dr. Lanatta deja intocadas:

(a) ¿Por posesión de herencia debemos entender la posesión de todo lo que al poseedor le hubiera tocado de no ser indigno, o basta la posesión de uno cualquiera de los bienes (que acaso, por ejemplo, fue objeto de anticipo de herencia con deber de colacionar?).

(b) ¿Por inicio de posesión de herencia debe entenderse el estado de sucesor?

A falta de toda orientación sobre la voluntad del legislador, pienso (aunque he de reconocer que el asunto se presta a dilatado debate) que por posesión de herencia ha querido aludirse a posesión de título sucesoral y esto sólo es posible desde que el indigno ha aceptado la herencia o el legado, o desde que por la (criticable) presunción legal del artículo 673 se han tenido como aceptados. Antes de ese momento podrá existir posesión, pero puede decaer por múltiples razones. La posesión que se tenga antes de la aceptación no es una posesión sucesoria, sino común y por tanto no relacionable con la posibilidad de pedir la indignidad respecto de quien acaso no llegue a ser sucesor. Posesión de herencia significa entonces, para mí, posesión de estado sucesorio y actuación con tal carácter sobre el patrimonio relicto, sin que interese específicamente la posesión (en la acepción de derecho real) de determinados activos componentes de la masa hereditaria.

3.3 La aceptación presunta de la herencia. El artículo 673 del Código Civil

Se trata probablemente de una de las más desafortunadas reglas de nuestro ordenamiento civil. Contrariando el principio de que nadie debe suceder a otro si no lo quiere, el artículo que comentamos establece la presunción *juris et de jure* de que la herencia es aceptada por el llamado a ella si han transcurrido los plazos que la norma señala y no se ha producido renuncia. El acto omisivo de renuncia impone, por

lo tanto, una sucesión obligada, una adquisición forzada transcurrido cierto plazo.

La norma plantea varios y gruesos problemas:

Primero: El precepto no dice desde cuándo se cuenta el plazo. Habla de un transcurso de tiempo, pero omite señalar el momento inicial del transcurso. Caben dos posibilidades. O que se cuente desde la muerte del causante de la herencia, esto es, desde la apertura de la sucesión, o que se cuente desde que el llamado está en aptitud de renunciar porque conoce la muerte y se le ha delatado la herencia, es decir, desde que le ha sido ofrecida.

El punto es álgido, porque la decisión legal se hace radicar en la inexistencia de renuncia, y lógicamente nadie puede renunciar anticipadamente a una herencia no causada (lo prohíbe el artículo 678 Código Civil), ni tampoco tendría por qué renunciarse a una herencia que no se sabe causada, o cuando el sujeto ignora que ha sido llamado y que la herencia está a su disposición.

Augusto Ferrero³ entiende que el plazo se computa “desde el fallecimiento del causante, aunque el Código no lo dice”. Lo mismo piensan Holgado Valer⁴ y Miranda Canales⁵. El Código anterior, que establecía los mismos plazos para la renuncia, aunque no se refería expresamente a ninguna presunción, incurría en el mismo defecto que ahora se advierte en el *corpus* vigente, pues no fijaba el momento inicial del plazo y los comentaristas de ese Código omitieron su opinión al respecto.

Si bien no dejo de coincidir con Ferrero, Miranda y Holgado en que de la norma puede entenderse que el plazo se computa desde la apertura de la sucesión, se me hace cuesta arriba que tal entendimiento deba ser el correcto. Frente a dicha tesis creo que debe sopesarse otra: la posibilidad de renunciar la herencia, que a su vez involucra la posibilidad inversa, que es la de aceptar. Y no hay manera razonable de aceptar o rechazar un derecho a heredar que se ignora que se tiene. Es imprescindible que la renuncia parta de quien está en posibilidad de renunciar, porque sabe que tiene un derecho al cual renuncia. Por ejemplo, puede ocurrir que el sujeto haya sido designado heredero voluntario por testamento

ológrafo. Y como el plazo para pedir la protocolización judicial de estos testamentos es de un año contado desde la muerte del testador (artículo 707 del Código Civil), el designado sólo se enterará de su designación cuando se abra tal testamento y se le notifique. Mientras tanto, naturalmente, ignora su calidad de heredero. Entonces hay que preguntarse, ¿cómo va renunciar o aceptar una herencia de la que desconoce ser sucesor?. Si el plazo se contara desde la muerte del causante, ¿habrá que suponer que por imperio del artículo 673 hay aceptación presunta desde vencido el plazo legal aunque el contenido del testamento con el llamamiento de heredero no se conociera al vencer el plazo?

Por otra parte, si el proceso judicial sucesorio al que se refiere el artículo 675 hubiera empezado al cuarto mes de la defunción, ¿a qué se podría renunciar ante el Juez el llamado a la sucesión? Técnicamente ya no sería posible, porque por mandato del artículo 673 ya se tuvo por aceptada la herencia si el llamado reside en el Perú.

Lo razonable, en suma, es que el plazo deba contarse desde la fecha en que el llamado a la herencia esté en aptitud de saber del llamamiento para ejercer su derecho. A mi juicio eso solamente puede ocurrir con certeza desde que, si hay testamento, el mismo es inscrito en el Registro de Testamentos, y si hay declaración de herederos *ab intestato*, desde que la resolución judicial firme se inscribe en el Registro respectivo.

Segundo: La norma omite contemplar el caso de nombramiento condicionado. Si en circunstancias generales ya resulta conflictivo aceptar que el plazo se cuente desde la apertura de la sucesión por muerte del causante, de admitirse la misma tesis tratándose de institución hereditaria condicional el artículo 673 constituiría un contrasentido.

Efectivamente, conforme a la segunda parte del artículo 738 del Código Civil, el testador puede imponer condiciones a los herederos voluntarios. Bien. Supongamos, pues, que se trata de institución condicional suspensiva, de manera que, aunque exista llamamiento testamentario, la delación sólo se va a producir cuando se realice el evento condicionante, porque si no se realiza no habrá delación

³ FERRERO, A.: Derecho de Sucesiones. Cultural Cuzco, Lima, 1993, pág. 244.

⁴ HOLGADO VALER, M. E.: Las sucesiones hereditarias en el nuevo Código Civil, pág. 46, al señalar enfáticamente que el “término se computa desde la apertura de la sucesión”.

⁵ MIRANDA CANALES, M.: Manual de Derecho de Sucesiones, pág. 81: “se entiende que se computa desde la apertura de la sucesión, o sea desde el momento del fallecimiento del causante”.

en favor de tal sujeto. Así puesto el ejemplo, ¿qué sentido tendría la aceptación presunta al vencer los plazos legales de tres o seis meses sin renuncia, dado que el condicionalmente instituido no puede renunciar a una herencia que todavía ignora si puede adquirir porque todavía queda plazo para la realización del evento que condiciona?

Lo coherente en un caso como el propuesto es que el plazo no se compute desde la apertura de la sucesión sino desde que se produce la delación. O sea, desde que se realiza el evento condicionante o llega a ser cierto que no puede realizarse porque ha vencido el plazo u otra razón.

Tercero: Problema similar se plantea cuando hay delación sucesiva. Contra la tesis de cómputo del plazo desde el fallecimiento también conspira el caso de los sucesivos o ulteriores llamados.

Tal puede suceder, por ejemplo, cuando hay renuncia o indignidad del llamado preferentemente. Es factible, por ejemplo, que la indignidad se declare después de vencidos los plazos que consigna el artículo 673, o que la renuncia se haga precisamente el último día del tercer mes, si es que el anteriormente delatado reside el país.

En tales circunstancias es imposible que dentro del plazo del numeral 673 el heredero sustituto (artículo 740 del Código Civil) o el llamado sucesivamente hayan estado en posibilidad de aceptar o renunciar a algo a lo que llana y sencillamente carecían de derecho dentro de tal plazo. Por eso, el artículo 679 *in fine* ha tenido que precisar que tratándose de sucesores de quien tenía derecho de aceptación o renuncia, el plazo comienza a contarse desde la muerte del primer llamado.

Cuarto: El problema de la duración del plazo. Según hemos visto, el plazo ha quedado fijado, en cuanto a su duración, en tres meses si el heredero (lo que no es correcto, porque mientras dure el plazo todavía no ha habido aceptación, y por tanto aún no se es heredero) «está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero». La redacción es a todas luces deficiente y pobre, y deja notorios vacíos.

(a) La norma es tajante. O se está en el territorio nacional o se está en el extranjero. Hay que preguntarse: ¿cuál debe ser, entonces, el tratamiento dispensable a quien está parte del tiempo en territorio peruano y parte en territorio extranjero?; ¿se exige duración continuada y no intermitente en uno u otro lugar?

(b) ¿Estar equivale a domicilio, es decir, a residencia habitual? Si es así, ¿cuál debe ser el tratamiento de quien tiene varios domicilios porque vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en el Perú y el extranjero, tal como contempla el artículo 35 del Código Civil? ¿Y cuál debe ser el tratamiento de la persona que en ejercicio de sus funciones reside en el extranjero, pero cuyo domicilio se entiende el último tenido en el Perú, según apunta el artículo 38 del Código Civil?

(c) ¿Extranjero significa territorio de otro país? Si esto fuera así, ¿qué sucede con aquellos cuyas ocupaciones habituales transcurren en alta mar, en embarcación de bandera nacional o extranjera? Además, eso de que «se encuentra» en el extranjero deja bastante que desear. Aparte de que el verbo *encontrar* es hallar lo que se busca y por tanto es difícil que uno no se encuentre a sí mismo, ¿cuándo ha de “encontrarse” en el extranjero?: ¿en el momento de la apertura de la sucesión, durante todo el plazo, o sólo en el momento de vencimiento del mismo?

(d) En el caso de menores o incapaces que por sí mismos no están facultados para aceptar o renunciar herencias, ¿se considera el lugar donde *están* ellos, o el lugar donde lo están sus representantes?.

Quinto: La naturaleza del plazo. El numeral 673 dispone *in fine* que los plazos que señala no se interrumpen por ninguna causa. No dice que se trate de plazo de caducidad, pero como la prescripción sí admite interrupción en los casos que enumera el artículo 1994 del Código Civil, no queda otra alternativa que suponer que efectivamente el plazo para renunciar es plazo de caducidad.

No obstante, tal decisión legal es francamente reprochable, porque si por cualquier causa el llamado está en imposibilidad de ejercer su derecho de renuncia, la presunción de aceptación no deja de ser inconveniente e injusta. Piénsese, por ejemplo, en el heredero que por razón de enfermedad no está en aptitud de expresar de su voluntad. Si el artículo 674 exige la capacidad para formular renuncia, no deja de ser poco consistente que este 673 condene con la aceptación a quien transitoriamente está impedido de hacer una renuncia válida.

3.4 Impugnación de renuncia. El artículo 676 del Código Civil

La norma establece que el plazo para ejercer la acción de impugnación es de tres meses contados a partir de la fecha que se tenga conocimiento de la renuncia.

La disposición no ofrece duda alguna sobre su entendimiento. Los problemas son, a saber: (a) la inconveniencia de computar el tiempo desde la fecha de conocimiento; (b) por qué es tan corto el plazo, y; (c) cuál es su naturaleza, si de prescripción o de caducidad.

(a) Que el plazo se empiece a contar a partir del conocimiento la renuncia ya es asunto criticable, porque es un dato eminentemente subjetivo. Si la renuncia debe cumplir, bajo sanción de nulidad, con la formalidad de escritura pública o en acta otorgada ante el Juez que conoce de la sucesión, ya se dispone de un elemento objetivo al que el acreedor diligente debe recurrir. Mejor estaría, desde luego, si legalmente se impusiera la obligatoriedad de inscribir registralmente la renuncia. Pero mientras esto no sea así, no es adecuado dejar el plazo en manos del acreedor, porque a éste le basta con alegar su desconocimiento, salvo que la renuncia le haya sido comunicada de alguna manera cierta.

Hecha esta salvedad, la disposición, por fortuna, no incurre en el defecto que, respecto de la acción de ineficacia pauliana, comete el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil, que, aparte de aludir indebidamente a acción revocatoria (que era el efecto de la pauliana bajo el Código precedente), omite decir desde cuándo se cuenta el plazo de dos años.

(b) El plazo de tres meses es draconianamente corto y, francamente, no se ve razón para que sea así. Lo más razonable es que sea el mismo de dos años establecido para la acción pauliana. Pero si acaso se pensara que el legislador creyó útil fijar un plazo reducido para no afectar o complicar la adjudicación y partición de la herencia o legado o, en general, no afectar el mecanismo sucesorio, tal argumento es de poca monta e inconsistente, pues si tres meses son breves, el plazo se alarga porque se cuenta desde que el acreedor afectado tomó conocimiento de la renuncia ... y eso puede ocurrir años después de haberse producido ésta.

(c) Aunque el precepto bajo análisis no lo dice, el plazo es de prescripción y no de caducidad, por analogía con la acción pauliana.

3.5 Plazos de protocolización de testamentos

Hay un vacío y dos problemas. El vacío consiste en no haber establecido plazo para protocolizar el testamento cerrado.

El primer problema se plantea así: de acuerdo al artículo 703 del Código Civil, el Juez ante el cual se sigue el proceso de protocolización del cerrado

puede disponer que valga como ológrafo si reúne los requisitos de éste pero no los de aquél. Ahora bien, dado que para protocolizar el testamento cerrado no hay plazo, pero para protocolizar el ológrafo el plazo es de un año, ¿puede el Juez disponer la convalidación fuera de ese plazo, si cuando se le presentó el cerrado para su comprobación ya había transcurrido el año?. Mi opinión personal es que sí, porque la función primordial que el plazo juega en esta materia es la de asegurar que no haya habido alteración de la voluntad del testador, y eso se logra si el testamento cerrado estuvo en poder de notario.

El segundo problema es que el artículo 707 del Código Civil establece que el testamento ológrafo debe ser protocolizado dentro del plazo de un año de fallecido el causante, previa comprobación judicial. Pero nótese que una cosa es proceso de comprobación y otra es la protocolización notarial. Puede suceder, por tanto, que aunque el testamento haya sido presentado con la solicitud de comprobación dentro del año, el proceso judicial se extienda y dure, de manera que concluya luego del año del óbito y por tanto que no se pueda protocolizar dentro del plazo señalado por el precepto. A mi juicio, lo que el legislador ha querido es que el proceso se inicie dentro del año, sin importar que la protocolización se haga luego de expirado el plazo.

3.6 Contradicción de la desheredación

A tenor del artículo 750 del Código Civil, la acción contradictoria de desheredación se extingue a los dos años desde la muerte del causante o desde que el desheredado tomó conocimiento del contenido del testamento.

La primera duda que se suscita versa sobre si el plazo es de prescripción o de caducidad. De acuerdo al texto de la norma citada, en concordancia con la del 2003 del Código Civil, pareciera ser de caducidad, aunque francamente no se ve razón para que sea de tal naturaleza y no prescripción. Sobre todo si para indignidad, que es caso similar al de desheredación, se ha previsto prescripción.

Aparte de ello, lo del cómputo del plazo sí es censurable. Que el plazo se cuente desde la muerte no tiene sentido si, por ejemplo, se está discutiendo judicialmente la validez formal del testamento que deshereda, de manera que hasta que quede firme no podrá cuestionarse la disposición desheredante, ya que si todo el testamento es inválido también lo será la disposición concreta. Además, puede existir un testamento cerrado no protocolizado (y recuérdese que no existe plazo para ello), de modo que hasta que no se compruebe judicialmente dicho testamen-

to no podrá saberse si hay o no disposición de desheredación contenida en él.

Y la otra posibilidad alternativa que el artículo concede, esto es, que se cuente desde que el desheredado tiene conocimiento, es dar pábulo a un subjetivismo terrible.

Lo razonable -y lo que debió haber dicho la norma- es que la acción prescriba al año de inscrito en el Registro el testamento que contiene la exclusión.

3.7 Las acciones de caducidad, preterición y menoscabo

Me estoy refiriendo a los supuestos contemplados en los artículos 805, 806 y 807, respectivamente, del Código Civil.

Por ninguna parte el legislador ha explicado a qué categoría(s) asignar los casos expuestos en dichos artículos. No dice si se trata de supuestos de ineficacia, nulidad, anulabilidad u otro.

Lo que resulta evidente es que en los casos de caducidad, preterición y menoscabo alguien puede ejercer las acciones correspondientes para defender el derecho que considera lesionado. Caben dos líneas de razonamiento. Según una, sería posible instar acción de petición de herencia que goza de (criticable) imprescriptibilidad, pero eso tropieza con el hecho de que la acción petitoria obedece a una razón distinta que la de protección de la legítima a que aluden los artículos 805, 806 y 807. Según otra, por la cual sufrago, el legitimario que se considere afectado tiene simplemente una acción personal que debe prescribir en el plazo normal de diez años.

4. Saneamiento

El Código ha dispuesto caducidad de las acciones de saneamiento (artículos 1488, 1500, 1514). Como se sabe, la caducidad se diferencia de la prescripción en que la primera no admite interrupción y extingue tanto el derecho como la acción respectiva. El Código precisa, además, que los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario.

En tema de saneamiento, sin embargo, la decisión legal es discutible y merecería reflexionar con detenimiento la conveniencia de permitir a las partes establecer plazos más largos. El tema se relaciona estrechamente con el de garantía previsto en el

numeral 1523, pues si éste autoriza, como es razonable, que el transferente garantice el bien por un cierto plazo, que puede ser superior al previsto en los artículos 1500 y 1514, tal pacto de garantía viene a significar, de alguna manera, que por medio del mismo el plazo de caducidad quede ampliado por estipulación entre las partes.

A donde voy, en síntesis, es a lo siguiente. Que no obstante que el plazo de saneamiento tiene caducidad cuyo plazo de duración no admite en teoría pacto en contrario, a través del pacto de garantía existe manera de ampliarlo.

Se dirá, tal vez, que la garantía contemplada en el numeral 1523 se refiere en exclusiva al buen funcionamiento. Pero a poco que se medite, el buen funcionamiento garantizado puede cesar por vicio oculto o por otra razón ajena al vicio original.

5. El cumplimiento contractual y las remuneraciones por servicios

Se trata, tal vez, de uno de los temas más arduos de dilucidar. Lo presentaré sumariamente.

El inciso 3 del artículo 2001 del Código Civil estatuye que prescribe "A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral".

Por otra parte, es sabido que la acción de cumplimiento de prestación y de indemnización por incumplimiento a que se refiere el artículo 1428 del Código Civil, es acción personal que prescribe a los diez años.

Así planteado el ámbito legal, la pregunta es la siguiente: ¿en qué plazo deben prescribir las acciones de cumplimiento e indemnización cuando lo incumplido ha sido la prestación de contractual de pago por servicios?. ¿A los diez años por tratarse de un incumplimiento, o a los tres por tratarse de una remuneración?.

Como cuestión previa, creo menester explicar los orígenes del inciso 3 citado. Su antecedente está en el inciso 4 del artículo 1168, aplicable a abogados, médicos, arquitectos y profesionales similares. La razón de ser de dicho inciso la explicó León Barandiarán⁶, señalando, en resumen, que se trata de asuntos del tráfico cotidiano entre personas naturales sobre los cuales las partes no suelen conservar

⁶ LEON BARANDIARAN, J.: Comentarios al Código Civil peruano. Derecho de Obligaciones. Acto Jurídico. EDIAR. Buenos Aires, 1954, Tomo I, pág. 560 y ss.

papeles, por lo que convenía darles un tratamiento especial con prescripción más corta que la común. La misma norma puntualizaba que el plazo de tres años se contaba desde terminados los servicios.

A partir del antecedente del 1168.4 del *corpus* anterior, el 2001.3 del Código actual parece haber ido más lejos: alude en general a remuneraciones por servicios, sin distinción de la naturaleza de los mismos, siempre que se trate de vínculo no laboral. El efecto es dramático y sospecho que no meditado por el legislador: el derecho de cobro de remuneraciones por todos los servicios no laborales (locación de servicios, contrato de obra, mandato, depósito, secuestro y aquellas relaciones contractuales de doy para que hagas y hago para que des) siempre e inevitablemente quedaría sujeto a este plazo trienal. Es decir, el legislador de 1984 -no sé si deliberadamente o no- amplió y generalizó lo que el legislador de 1936 había considerado algo excepcional, circunscrito a servicios determinados prestados por personas físicas. Con lo cual, me parece, se ha creado el problema que motiva estas líneas: es decir que en los contratos de servicios que se reclame el cumplimiento de pago la prescripción es de tres años.

En verdad se trata de un problema que parece no admitir compatibilidad entre los artículos. Esto es, una cosa u otra; o siempre prescripción general de diez años por incumplimiento e indemnización aunque la prestación incumplida sea de remuneraciones, o que siempre es de tres años cuando se reclame el pago de remuneraciones, en cuyo caso a la acción de cumplimiento implícita e indemnización adicional no se le aplica el plazo general sino este especial más corto.

Aun a sabiendas de que la disección conceptual que a continuación propongo carece de respaldo normativo creo, sin embargo, que la incompatibilidad es superable en algunos casos. En efecto, el 2001.3 se refiere escuetamente a "la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral". Por lo tanto, es factible entender dos cosas:

(a) Que al referirse a vínculo no laboral se ha querido aludir exclusivamente a servicios prestados por personas físicas sin relación de dependencia con un empleador, pero sin querer incluir sin excepción a todas las modalidades de servicios sin vínculo laboral, sean de personas naturales o jurídicas. Si se admite esta tesis, los reclamos remunerativos por servicios prestados por una persona jurídica quedarían fuera del marco de aplicación del inciso;

(b) Que las remuneraciones a las que alude esta norma son solamente remuneraciones líquidas y exigibles, cuantificadas y no controvertidas en su monto y derecho de cobro, de manera que la acción se limita a una exigencia de pago de lo que, digamos, ya ha sido facturado y no ha sido contradicho previamente por el deudor antes de la acción por el acreedor. Vale decir, que ha sido aceptado expresa o tácitamente, pero no cumplido. En tal caso el acreedor demandante no estaría reclamando propiamente el cumplimiento del contrato (aunque en realidad va implícito en su pretensión), sino una mera obligación de pago. En este supuesto sí se aplicaría el 2001.3 de prescripción corta.

En cambio, cuando lo que se reclama es el cumplimiento del contrato y, por ejemplo, a cuánto ascienden las remuneraciones, o los criterios para su determinación, o si se han devengado o no, y siempre que cuando para examinar el derecho a la remuneración o a su cuantía o exigibilidad se haga necesario interpretar el contrato, aunque el efecto final sea obtener el pago debido, creo que la prescripción debe ser de diez años.

Una idea más a modo de conclusión. El artículo IV del Título Preliminar del Código Civil es enfático al ordenar que las normas que establecen excepciones o restringen derechos no se aplican por analogía. Y aunque no lo diga, lo que también se quiso es evitar interpretaciones extensivas de estas normas excepcionales o restrictivas. Desde mi punto de vista, el 2001.3 constituye una clara excepción al régimen general de prescripción y además restrictiva de la posibilidad de hacer valer el plazo común ordinario de las acciones personales. Lo que quiero expresar, en suma, es que parecería contrario a Derecho invocar irrestrictamente el inciso 3 del numeral 2001, para con ello condenar a la prescripción corta trienal toda acción de cumplimiento contractual y la adicional de indemnización cuando lo incumplido sea el pago de la remuneración por servicios. Existe, por lo menos hasta donde yo lo advierto, una clara colisión: o tres años a diez. En esta tesitura, voto por lo que considero más apropiado: cuando se invoca cumplimiento e indemnización, el plazo debe ser de diez años; el plazo corto de tres solamente debe ser pertinente, a mi juicio, en casos donde el cumplimiento no está en discusión directa y cuando la remuneración es líquida, exigible y no ha sido contradicha.

De todas maneras, el tema es largamente discutible y dejo expuestas las anteriores breves opiniones hasta otra oportunidad.

6. El enriquecimiento sin causa

Estamos otra vez ante una figura de difícil aprehensión. La doctrina⁷ tiene señalado que el enriquecimiento indebido, sin causa o injustificado (que de tales distintas maneras se le llama), es cuando no hay motivo que lo respalde, o con motivo ilegítimo, o derivado de un acto ilícito -aunque sobre esto puede haber reparos-, o sin causa-fuente válida, o sin razón que lo justifique.

Naturalmente, tiene que acreditarse el empobrecimiento (o ausencia de enriquecimiento) del alegante, y que haya habido falta de culpa de su parte, porque el derecho no tutela al negligente.

El artículo 1955 del Código Civil puntualiza que no procede la acción de enriquecimiento indebido cuando quien dice haber sufrido el perjuicio pudo ejercer otra acción legal tipificada para remediar su daño. Esto es lógico. La ley no quiere que la acción por enriquecimiento sea una panacea para reclamaciones de derechos que la propia ley no quiere proteger más allá de ciertos límites o para las cuales diseña otra acción civil. Dicho de otro modo: esta acción es subsidiaria, y no se permite ejercerla para con ella eludir las reglas de la acción que normalmente procedería.

Lo anterior constituye el somero y resumido marco del tema que quiero desarrollar en las líneas venideras: el plazo de prescripción. Como premisa, deo lado la discusión de si esta acción procede o no en relaciones contractuales, es decir, cuando entre las partes existió un vínculo voluntariamente querido por ellas. La deo de lado, digo, tanto porque es asunto que se presta a debates y es ajeno al tema objeto de este trabajo, como porque si se admite la procedencia no encuentro mayor problema para encajar el reclamo dentro del plazo general de prescripción de diez años.

Mi preocupación va por otro lado: ¿en qué plazo prescribe esta acción cuando el enriquecimiento indebido no tiene conexión con una relación contractual entre reclamante y reclamado?. El punto se plantea de la siguiente manera: el artículo 2001 del Código establece, además de otras hipótesis que no son del caso, diez años para la prescripción de la acción personal y dos años para la responsabilidad extracontractual. El asunto problemático es que el

enriquecimiento indebido, cuando nada tiene que ver con una relación contractual, puede encuadrarse en ambas posibilidades. Que constituye acción personal y no real es cosa que no se presta a debate alguno. Y, de otro lado, tampoco hay duda que es acción indemnizatoria porque así lo dice el artículo 1954 del Código Civil, de modo que le sería aplicable el plazo de dos años.

El reparo que se le puede oponer a este plazo corto, es que la acción indemnizatoria a que se refiere el inciso 4 del 2001 respecta a "la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual", y nuestro Código categoriza a ésta de una manera tan concreta que, como fuente de obligaciones, tiene asignada una Sección especial del Libro VII, la cual precisamente responde al rótulo de Responsabilidad Extracontractual. Es decir, que aunque el enriquecimiento indebido tenga su origen en una responsabilidad no contractual del enriquecido (y por tanto extracontractual) y aunque cause un deber indemnizatorio a su cargo, no es la responsabilidad extracontractual a la que puede haberse referido el inciso 4 del artículo 2001. Dicho en otras palabras, que la acción por enriquecimiento prescriba a los dos o a los diez años depende de si la responsabilidad referida en el inciso 4 se interpreta en su ancho sentido dentro del cual cabe el enriquecimiento, o si la interpretación se inclina por la acepción restringida y sistemática según la cual la única responsabilidad extracontractual contemplada en el Código Civil es la regulada en los artículos 1969 a 1988.

Concluyo con un dato que agudiza el vacío y que no abogaría por conceder el enriquecimiento indebido la prescripción larga decenal. ¿Por qué el artículo 1274 del Código Civil ha fijado una prescripción de cinco años para el pago indebido que es figura que si no hermana sí es prima hermana del enriquecimiento?. La respuesta es sencilla: el legislador no quiso conceder plazo largo en este tipo de situaciones.

III. A MODO DE CONCLUSION

La Comisión de Reforma del Código Civil, creada por Ley 26394, tiene la misión de revisar el Código. No se trata de hacer un nuevo Código completo (aunque deben cambiarse por entero algunas de sus partes). Se trata, más bien, de examinar y rectificar los inconvenientes que en él se hayan puesto de

⁷ Véanse muy especialmente: LACRUZ BERDEJO, J. L.: Notas sobre el enriquecimiento sin causa. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N°470, Madrid, 1969, y más reciente DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis: La doctrina del enriquecimiento injustificado. Discurso de incorporación a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1987. En nuestro país puede verse principalmente la Exposición de Motivos de REVOREDO MARSANO, Delia, a los artículos pertinentes del Código Civil.

manifiesto desde su vigencia, pulirle sus asperezas, corregir la redacción de preceptos confusos o con expresiones de significado polivalente, suprimir disposiciones reglamentaristas o excesivamente formalistas y rígidas, para dotarle de más flexibilidad interna y conceder un mayor margen a la autonomía privada, y, en fin, adecuarlo a las nuevas necesidades o realidades familiares, sociales y económicas sobrevenidas.

Pero por sobre todo tiene que suprimir algunos vacíos e incoherencias (aunque de momento la mayoría de unos y otras se puede suplir con una sana y meditada interpretación). Con este trabajo sólo he querido presentar las dudas que me han surgido en algunos temas materia de prescripción y de caducidad en los que encuentro tales vacíos o incoherencias. Mientras el Código no sea modificado, queda sobre ello tarea para la doctrina y la jurisprudencia.

**ESTUDIO
JORGE AVENDAÑO V.
ABOGADOS**

Comunica a sus clientes y amigos su nueva dirección:

***San Ignacio de Loyola 160
Lima 18***

Central Telf.: 444-9002 Fax: 447-7019

NOTARIA Rodríguez Velarde

**DR. JAVIER RODRIGUEZ VELARDE
Abogado - Notario**

Horario de atención:

De Lunes a Viernes: De 9.00 am a 7.00 pm

Los Sábados de: 9.00 am a 1.00 pm.

Av. Cayma, Edificio Extebandes, Of. 3 (segundo piso) Telefax: 255-559 AREQUIPA

EL DRAMA SEXUAL DE LA PRISION PERUANA

Fernando Vega Santa Gadea
Embajador del Perú en España

La ejecución penal es un área poco visitada por la doctrina peruana, aun cuando -sin duda- reviste especial importancia puesto que importa la puesta en práctica del sistema represivo y rehabilitador de criminales y delincuentes. Puede decirse que pone a prueba la capacidad de la sociedad para redimir a quienes se apartan del orden. Y si el derecho penitenciario es prácticamente ignorado por las revistas jurídicas y académicas, el tema particular de este artículo pareciera estar condenado a la censura. Sin embargo, creemos que abordar la problemática sexual de las cárceles peruanas es una tarea urgente en un medio que se rehusa a afrontar esta realidad. Pero ello debe hacerse con la seriedad y la experiencia de quien conoce de cerca las prisiones de nuestro país. El autor es un reconocido penitenciarista peruano que ha trabajado en el sector carcelario, llegando a ser Ministro de Justicia. La versión original de este artículo se escribió hace 20 años pero la esencia del problema sigue vigente. Después de su gestión en el Ministerio de Justicia, el autor advierte el camino a seguir para superar el drama sexual de la prisión peruana. Mas para superarlo hay que conocerlo. En estas páginas el autor lo denuncia.

Aclaración Previa

“El Drama Sexual de la Prisión Peruana”, se escribió originalmente en 1974, a pedido del ilustre penitenciarista mexicano, Lic. Antonio Sánchez Galindo, para la revista de “Prevención y Readaptación Social”, de ese país, N° 16, enero a marzo de 1975.

En la actual versión, que será publicada en **THĒMIS Revista de Derecho**, se ha respetado el texto original y sólo se han agregado algunas anotaciones en pie de página, para mantener actualizadas las referencias de hace casi un cuarto de siglo.

Mantengo mi posición y mis ideas de esa época en relación a la política sexual carcelaria, que, por obra más de la casualidad que por merecimientos, pude concretar en los 50 meses que desempeñé el cargo de Ministro de Justicia. Este ensayo no podrá entenderse plenamente, si no se tiene a la vista, la publicación del Ministerio de Justicia “Política Penitenciaria en el Perú. Diagnóstico de la Realidad Carcelaria. Coordinadas para la creación de un Sistema Penitenciario”, que editamos en marzo de 1995.

Entre la realidad lacerante que denunciáramos en 1975 y la que hoy podemos exhibir, hay una diferencia cualitativa que merece considerarse, máxime si ese avance importa una mejora evidente en la infraestructura carcelaria nacional, en la puesta en funcionamiento de las “Salas de Visitas Intimas” en los principales Centros Penitenciarios del País y en la toma de conciencia de que, en ese aspecto, se ha escogido el camino correcto.

Somos conscientes de que en materia carcelaria queda aún mucho que realizar. La excesiva demora procesal y la insensibilidad del Poder Judicial y del

Ministerio Público, crean un factor criminógeno sumamente grave en nuestras congestionadas prisiones (80% de procesados y sólo 20% de sentenciados), pero confiamos en que los logros alcanzados en materia penitenciaria, continuarán y se perfeccionarán en la actual administración, para lograr -en la medida de lo posible- que la ejecución penal en el Perú, cumpla su función trascendente: readaptar el interno y devolverlo a la sociedad como elemento útil.

Consideraciones generales

La privación de la libertad en cumplimiento de una sanción penal, no es, de ninguna manera, la solución ideal como fase final del actual sistema repressivo. Y tan no lo es, que ya las modernas doctrinas penales contemplan la posibilidad de sustituirla por un tratamiento individual criminológico; o sea, reemplazar la pena, que es un medio aflictivo dirigido a causar sufrimiento, por una terapia o medida de seguridad.

Sin embargo, todavía es largo y difícil el camino por recorrer y no corresponde sólo a los penitenciaristas ofrecer una solución integral. Hay que tener en cuenta los planteamientos de los nuevos movimientos científicos, alguno de los cuales sostiene la necesidad de reemplazar el derecho penal restrictivo, por adecuados sistemas preventivos, teniendo como principio rector, el apotegma "no una pena para cada delito, sino una medida para cada persona"¹

Pero hasta que se llegue a uniformar criterios y definir una política que modifique el sistema coercitivo vigente; la prisión existe y los sentenciados tienen que ingresar a ella para cumplir su condena²,

y, desgaciadamente también los procesados, en un 80% ocupantes precarios, en espera de su juzgamiento. Ello hace necesario encontrar, dentro del régimen imperante, un camino que posibilite la readaptación del penado y su posterior reinserción a la sociedad, aunque se corra el peligro que advierte el venezolano Carlos Villalba, de que al perfeccionar las formas institucionales de tratamiento, se refuerce la estructura que pretendemos desquiciar.³

Un plan que considere el problema carcelario en su conjunto, es requisito penológico indispensable en una política estatal de prisiones: evitar que ese plan sea sólo un frío documento declarativo, para convertirse en un programa sustentado en sólida base doctrinaria, con señalamiento de metas, medición de resultados, metodológicamente preparado para abordar cada uno de los aspectos de la variada problemática penitenciaria, constituye un requerimiento complementario: tomar lo positivo de experiencias foráneas y adecuarlas a nuestra realidad, representará fijar las bases para iniciar en el país el tratamiento científico del delincuente, en la fase de ejecución penal.⁴

El problema sexual y el drama del recluso

Uno de los aspectos más sombríos y complejos de esta realidad carcelaria que ha motivado de antaño la preocupación de criminólogos y acuciosos trabajos científicos, ha sido el problema sexual en las cárceles, derivado de la continencia que se ven obligadas a guardar las personas que ingresan a prisión.

El drama sexual en las prisiones comienza desde que se consideró necesaria la separación de sexos.⁵

¹ Aunque no podría calificarse de una doctrina unitaria, el movimiento impulsado por Filippo Gramática: "Nueva Defensa Social", tiene prestigio internacional y periódicamente edita un órgano en Génova. Ver F. Cuello Calón. *Moderna Penología*. Bosch, Barcelona, 1958.

² Ya autores de la reconocida solvencia de Mariano Ruiz Funez, Luis Jiménez de Asúa y José Agustín Martínez habían expresado sus dudas sobre la eficacia de la pena privativa de la libertad en establecimientos penales. J. A. Martínez, afirmaba: "El fracaso de la cárcel, como instrumento de defensa de la sociedad contra el crimen, ya no se discute. Claro está que pueden obtenerse cárceles mejores, es decir, que sirvan mejor al fin que la sociedad se propuso al establecerlas, pero en general, su descrédito es grande y universal". Citado por Julio Altmann Smythe. *Bases para un Plan de Futura Política Penitenciaria*. Ed. Mejía Baca 1962. Lima; "El encarcelamiento de los criminales como medida de castigo y reforma, añade Gresham M. Sykes, es un método relativamente reciente; en la sociedad occidental, su desarrollo total y la generalización de su uso ocurrió en los siglos. Pero si la historia de la cárcel ha sido corta, también ha sido turbulenta. Denuncias severísimas sobre las condiciones de la prisión, ataques filosóficos, acusaciones de corrupciones y descuidos, y denuncias de los fracasos, se han manifestado una tras otra en un perpetuo sumario". *El crimen y la sociedad*. Ed. Paidós. Buenos Aires, 1961.

³ "Ello equivale -en el fondo- a edificar la prisión para más tarde derribar sus puertas". Carlos Villalba. *El estigma: Forma de Control Social*. Universidad de Carabobo. Facultad de Derecho. Valencia. Año 4, Nro. 6 págs. 127 y ss.

⁴ Informe sobre la política penitenciaria en el Perú. Fernando Vega Santa Gadea. *Mercurio Peruano* No. 477. Lima, enero-febrero de 1969. Págs. 658 y ss.

⁵ *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Constanza Bernaldo de Quiroz. Imp. Universitaria. México, 1963.

Cárceles para hombres y cárceles para mujeres o, por lo menos, secciones separadas para cada sexo en un mismo establecimiento. Esta discriminación, penológicamente es aconsejable; pero el hacinamiento de cientos de personas en estrechos e inadecuados locales por meses y años, sin una clasificación elemental, abandonados a su suerte, es inadmisibles⁶.

¿Conlleva la pena de privación de libertad, también accesoria, la de abstinencia sexual? Si así fuera, ¿cómo es que no se precisa en la sentencia? Si resulta evidente que no se puede imponer como pena secundaria, ¿en qué ley se establece que la mujer o la conviviente sufran -como consecuencia de la detención de su marido- continencia sexual hasta que éste recupere su libertad? Si así se reconociera, ¿no se estaría atentando contra una de las características esenciales de la doctrina de la sanción, o sea contra la personalidad de la pena? A nadie se le puede castigar por delito que no ha cometido.

¿Es posible que en 1972, catorce mil peruanos se encuentren aglomerados promiscuamente en las cárceles de la república, sin que se separe por lo menos primarios de reincidentes y procesados de sentenciados?

¿Puede concebirse castidad y virtud en estrechos e inmundos locales carcelarios, sin suficiente personal de vigilancia, donde por las noches, jóvenes y adultos se ven obligados a pernoctar con reclusos envilecidos por toda una vida delictiva de extrema pelgrosidad?

¿Puede aceptarse que por ese hacinamiento promiscuo, y la total indiferencia de las autoridades, sucedan los hechos delictuosos que hacen las delicias de los morbosos lectores de las crónicas rojas de los diarios?

Muchachos son violados por las noches en los penales del Frontón, Sexto y Lurigancho. Y lo que es más grave es el comercio que se practica con los reos primarios, a los que se pone precio ya sea por los capazotes -tasadores expertos de carne humana- o por algunos corruptos vigilantes de prisiones que permiten esa subasta -interesados en el tanto por ciento de comisión- a fin de que el mejor postor se lleve a su presa.

¿Puede consentirse ahora que se habla de mejorar los niveles de vida, modificar caducas estructuras sociales, devolver la dignidad a la persona humana, que en el Frontón se alquilen por noche 50 ó 60 perras para actos de bestialismo?⁷ ¿Cómo es posible que se haga la vista gorda a la prostitución homosexual, negocio de afeminados, que en tragicómica imitación -burdamente vestidos y maquillados,- ofrecen su mercancía en las covachas del Frontón, en las cabañas del Sepa o en las oscuras celdas del Establecimiento de Sentenciados?

¿No son en cierto modo responsables el juez y la autoridad penitenciaria, de las relaciones extraconyugales que pudiera tener la esposa de un sentenciado para satisfacer su instinto sexual con otro hombre que no sea su marido, obligada por la larga abstinencia que, siendo inocente, tiene que compartir? ¿No es esa relación extraconyugal la que genera a su vez imprevisibles reacciones en cadena, como la ruptura del vínculo cuando se entera el sentenciado o, en muchos casos lamentables, hechos de sangre cuando al salir tiene que "reparar el honor mancillado"?

Estas y otras preguntas se han formulado por años los tratadistas del derecho de ejecución penal y la respuesta a estas interrogantes ha sido tan variada, como la personal posición de quien la planteaba.⁸

⁶ "La característica de la pena de prisión ha sido de un modo general y continúa siéndolo en muchos países, la confusión de los detenidos. Parece como si el propósito de la justicia fuera sólo el de separar al delincuente de la sociedad, abandonando después toda preocupación por su suerte futura. Considerada así, la privación total de la libertad, dentro de un recinto de contención, cobra un mayor alcance y se convierte en un verdadero ataque contra la propia vida del reo". La crisis de la prisión. Mariano Ruiz Funes. Biblioteca Jurídica de autores cubanos y extranjeros. Volumen CXXXI. Jesús Montero, Editor. Habana, 1949; El asturiano Antonio Beristáin coincide con esa tesis, agregando: "según opinión bastante extendida, el criminal no tiene casi nada en común con los ciudadanos normales, pertenece a gente de otra clase, de segunda categoría, a gente ajena y alejable de nosotros. Muchos piensan en el transgresor de la ley únicamente para poner distancia entre medio, para estigmatizarlo, para castigarlo, para recluírlo... olvidando con frecuencia sus derechos elementales". El delincuente en el Estado Social de Derecho (Coordenadas para una reforma penitenciaria). Repres. S.A. Madrid, 1971.

⁷ Tratar de erradicar las perras en 1968, representó toda una epopeya. Hubo incluso un funcionario con mucha experiencia, que aconsejó "dejarlas porque sino se iba a levantar la población penal". Hasta el obispo del Callao, en carta dirigida al Ministro de Justicia y Culto, pedía el 14 de septiembre de 1968, en el punto 2º; "Eliminación de perros y perras que motivan situaciones antihigiénicas y en muchos casos, actos de degeneración".

⁸ "Hoy, al repensar en la cuestión, quiero hacerlo con además contenido. Tres facetas tiene el problema: la estrictamente jurídica, que se formularía preguntado: ¿Hay derecho a privar al recluso de su actividad venérea?, la segunda, psicológica, que abarca el estudio de la psiquosexualidad del penado; y la tercera práctica ¿Cómo poner remedio?" Luis Jiménez de Asúa. "La vida sexual en las prisiones". El Criminalista. Tomo III. págs. 268 y ss. Ed. Tea Buenos Aires, 1949. Es útil consultar el excelente libro "Eros Encadenado" de José Agustín Martínez. Editor Montero. La Habana, 1938.

Algunas medidas propuestas

Es así como se han sugerido muchas soluciones: Neuman las llama "terapéuticas carcelarias". Algunas son aceptables si se emplean técnicamente; otras ni siquiera deben tomarse en cuenta porque sólo son producto de la ignorancia o del desconocimiento del problema de quien las propone. Una medida acertada consiste en proporcionar a los reclusos una alimentación balanceada, carente de condimentos excitantes; realizar periódicamente un control médico del instinto sexual con drogas tranquilizantes; o programar actividades deportivas intensas a fin de que el recluso, extenuado, sólo desee descansar; o dotar a la biblioteca del penal, de libros y revistas de lectura escogida sobre temas de divulgación científica o de contenido ético o procurar espectáculos variados de recreación y esparcimiento.

Hay quienes afirman que la atención debe radicar en resolver preferentemente el desfogue sexual del interno casado o conviviente, porque al permitir la "visita íntima" se está motivando al recluso y asegurando la permanencia del vínculo familiar. Otros piensan que si bien se puede permitir el trato sexual del sentenciado, no debería autorizarse al procesado aunque esté casado o tenga concubina; agregan que esta prohibición se debe extender a todo recluso soltero, porque la única forma de satisfacerlos masivamente, sería con prostitutas. ¿Proxenetismo autorizado? ¡De ninguna manera! Éticamente es inaceptable.

No es extraño escuchar del ciudadano común opiniones radicales cuando se habla de delincuentes. "¡Que se les envíe a la selva para abrir caminos!" dicen, sin tener en cuenta que desterrándolos sólo se aleja al hombre más no al factor criminógeno que desencadenó el delito. Más tajantes son aún cuando se les pregunta sobre la posibilidad de que puedan ingresar mujeres a satisfacerlos. ¿Cómo, han matado, robado, violado, y todavía se les premia procu-

rándoles placer? Infelizmente, la mayoría piensa seguramente por falta de conocimiento del problema - que el recluso no debe tener, de ninguna manera, derecho al goce sexual. Este rechazo colectivo, rezago del sentimiento de venganza o Ley de Talión, que era característico del clan primitivo,⁹ sólo subsiste como fenómeno social, en tanto y en cuanto no se neutralice con la información científica elemental sobre las graves consecuencias que la abstinencia sexual provoca en las prisiones.

Igualmente, tradicionales instituciones de vetusta solvencia y decreciente prestigio, se oponen con vehemencia neurótica a cualquier iniciativa encaminada siquiera a discutir posibles soluciones. Este conservadurismo, barnizado de motivaciones ético-religiosas, completamente superados en naciones civilizadas, es todavía tan poderoso en nuestro medio, que puede paralizar la política estatal, neutralizando al funcionario penitenciario que no se atreve a tomar decisiones trascendentes por falta del respaldo necesario o por temor a provocar la indignación de estos retrógrados, que revestidos de un severo y enfermizo puritanismo victoriano, reclaman airados: ¡decencia, virtud y castidad para el recluso!¹⁰

Hay otros que cuando se habla sobre la problemática compleja de prisiones y se toca específicamente el tema del comportamiento sexual del interno, esperan con ingenuidad que el ingreso indiscriminado de mujeres permita aplacar el instinto de la totalidad de reclusos. Esta posición debe descartarse definitivamente. Si en la vida en libertad el impulso sexual no puede ser satisfecho por una gran parte de la población debido a alguna clase de convención social o frustración personal, en prisión, donde se reflejan agravados los conflictos sociales, menos se puede esperar conseguirlo. Pero demostrado que el contacto sexual masivo es impracticable, no se busca otra alternativa, sólo se exclama con disimulado alivio: ¡definitivamente no existe solución!

⁹ "Todos estamos de acuerdo con reconocer -decía Victoria Kent- una época bárbara, en la que nos encontramos con el periodo de la venganza privada, ley de Talión, y de la venganza pública. La justicia ha tenido unos comienzos muy humildes, el instinto de defensa, la respuesta, he ahí la cuna del Derecho". Prisiones de hoy y prisiones de mañana. Criminalia. Año XV, 1949 págs. 94 y ss. México. Un estudio serio y muy documentado puede hallarse en Crimen y Costumbres en la Sociedad Salvaje. Bronislaw Malinowski. Editorial Ariel, Barcelona, 1969.

¹⁰ Recuerdo que con motivo de inauguración del Centro Penitenciario de Cachiche en Ica, en diciembre de 1967, pude captar la preocupación de algunas personas notables de la localidad, que enteradas de la construcción del edificio anexo destinado para "visitas conyugales", me advirtieron sobre "los peligros de la carne". Trate de disipar sus dudas explicándoles que esa medida no era influenciada por el demonio sino por la necesidad de adecuar nuestra política al tratamiento científico del delincuente; pero cuantas más razones les daba, más preocupados y encolerizados estaban, lo que confirmó mis sospechas de que en materia de sexo la ignorancia es sinónimo de decencia y buenas costumbres. Lo irónico del caso es que como en los cuentos de hadas, todo terminó como querían los escandalizados vecinos. El local sirvió como pabellón de reclusas durante casi 20 años, porque los proyectistas del moderno establecimiento se olvidaron de que el antiguo era mixto. A la hora del traslado, no teníamos donde ubicarlas. Hoy se ha construido un pabellón especial para mujeres y, ya en 1996, funciona normalmente el programa de "visitas íntimas".

Este conformismo ante una realidad existente podría comprenderse en quienes, conociendo superficialmente las dificultades y tropiezos que confronta por ese motivo la administración penitenciaria, no tienen la responsabilidad de encausarla técnicamente. Incluiría también a los que con algunas nociones del derecho de ejecución penal, rechazan la finalidad readaptadora de la pena porque creen que el carácter intimidatorio y vindicativo de la sanción conlleva accesorias a la privación de la libertad, entre otras limitaciones, la continencia sexual. Pero resulta inadmisibles que autoridades del más alto nivel ejecutivo de prisiones, penalistas, criminólogos y penitenciaristas de renombre, respalden esa falacia, permitiendo que la situación aberrante de miles de peruanos hacinados en las cárceles de la república, continúe en ese abandono.¹¹ El Estado no puede limitarse a ser un espectador indiferente ante esta tragedia nacional.

Los continuos y desalentadores fracasos de las autoridades penitenciarias nacionales que promueven tímidamente acciones aisladas, incoherentes y desarticuladas en lugar de planificar científicamente una solución integral, sirve como base para considerar que la clave no está tanto en permitir el desfogue sexual normal del interno, sino en la aplicación de medidas auxiliares que repriman, mitiguen o sublimicen este impulso,¹² tratando de lograr una dicotomía sexo-espíritu.

Otras medidas menos científicas, son las que proponen aberraciones como las siguientes: castración de los perversos sexuales; esterilización masiva de la población penal; retornar al aislamiento celular nocturno y diurno de los regímenes americanos del

siglo XVIII, o finalmente, la medida salvadora: ¡olvidarse del problema!

El tabú sexual como factor determinante

Pero la ignorancia, la pudibundez, el temor y la vergüenza de los empíricos que proponen esos paliativos para soslayar el problema de fondo, no son sino -a la vez- el reflejo de nuestra alienante cultura judeo-occidental que Wainwright Churchill definió cáusticamente como erotofobia.¹³ El tema sexual -sinónimo hasta hace poco de suciedad y pecado- fue campo vedado al conocimiento y la investigación, permaneciendo por siglos recluido en la intimidad de la alcoba o del confesionario.

De la ignorancia a la luz

Hoy, la actitud ha cambiado positivamente. Descartados suficientemente los prejuicios medioevales en beneficio de la ciencia, la sexualidad constituye una dimensión esencial de la conducta humana; existe una clima propicio para plantear el tema sobre bases científicas sin temor al tabú. La psicología ha abandonado la rigidez de su aislamiento académico y la indagación tipo encuesta, ha servido para desechas tradicionales prevenciones. El informe Kinsey rectificó equivocados esquemas consagrados como verdades absolutas, al presentar el tema sexual bajo nuevas y reveladoras dimensiones.¹⁴ Sus conclusiones sirvieron para abrir las puertas hasta entonces cerradas para la investigación de la respuesta sexual humana. Posteriormente, Master y Johnson, Ford y Beach, Burgess y Walin, Chesser Fhromann, Albert Ellis y otros, han aportado nuevos y valiosos datos

¹¹ Cuello Calón es uno de los que afirman que aunque el problema es grave y delicado, y difícil su solución, "no debe desorbitarse su importancia", y luego cita a Von Hentg, que coincide con él, aconsejado, "no ignorar el problema sexual en la ejecución penal, pero no supervalorarlo". Ob. cit. pág. 505: Augusto Thorndike asegura, con ligereza y desconocimiento, que "probablemente exageran quienes afirman que en las poblaciones penales abundan en gran número los homosexuales natos" (Sic). La Sanción Penal Moderna. Tipografía Sesator. 1966, Lima.

¹² "La obligatoriedad del trabajo para los viciosos, es igualmente útil y debe ser parte de un sistema regular de combate de ese vicio. Los individuos que trabajan durante el día de manera intensa, llegada la hora de dormir, no resisten el cansancio y así no tienen tiempo para entregarse a los desvaríos de la imaginación, y por lo tanto, a las feas prácticas que los abaten". José Gabriel Lemos Britto. "A questao sexual nas prisoes". Editorial Livraria Jacinto. Río de Janeiro, Brasil 1934. Ver también Astor Guimarães Dias, *A questao sexual nas prisoes*. Ed. Saraiva. Sao Paulo, 1955.

¹³ Comportamiento Homosexual entre Varones. Wainwright Churchill. Ed. Grijalbo. México, 1969. Yo creo que una moral sexual, expresa Rusell, "no puede depender de la ignorancia, sino que debe recomendarse por sí sola a las personas bien informadas. Esto es parte de una doctrina más amplia, nunca sostenida por gobiernos y policías, pero indudable a la luz de la razón. Afirma esa doctrina que la ignorancia nunca puede, salvo raros accidentes, fomentar la conducta correcta, ni el conocimiento estorbarla". Bertrand Rusell. Matrimonio y Moral, Ed. Leviatán. Buenos Aires 1960.

¹⁴ Conducta Sexual del Varón. A. Ch. Kinsey. Ediciones Siglo Veinte. Buenos Aires, 1967. 2T. Del mismo autor: Conducta Sexual de la Mujer. En la misma editorial. Kinsey y la Sexualidad, Daniel Guerin. Editorial La Pléyade, 1969. Buenos Aires. La Revolución Sexual. Daniel Guerin, Editorial Tiempo Nuevo. Caracas, Venezuela, 1971.

que, perfeccionando el sistema, profundizan en este campo de incalculables posibilidades.

Las reglas mínimas, significado y trascendencia

Este progresivo avance en la investigación del comportamiento humano referido específicamente a la respuesta sexual y sus implicancias, actualizó el drama de las prisiones generando una corriente auspiciada por las Naciones Unidas en sus Congresos, iniciados en Ginebra en 1955, para suavizar el rigorismo de la ejecución penal y sustituir el concepto de pena=castigo, por el más científico de pena=readaptación social. Con ese fin se dictaron las "Reglas Mínimas de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente", como recomendaciones básicas para su aplicación en cada uno de los países miembros.¹⁵

Fue la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria (CIPP) de la desaparecida Sociedad de Naciones la que preparó la "primera propuesta concreta" sobre los derechos mínimos de los reclusos el año 1926 en Berna.¹⁶ Este es el antecedente más próximo a la redacción final de las reglas tal y como las conocemos ahora.

Como bien se expresa en la introducción del Documento de Trabajo para el Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Japón en 1970, "en la larga campaña de los reformadores penales en pro de un enfoque más lúcido y humanitario del problema de los delincuentes recluidos en establecimientos, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos señalan un avance importante. En la gran variedad de condiciones, valores, costumbres, tradiciones y niveles de vida existentes en todo el mundo, se intenta por medio de estas reglas proteger la dignidad humana, eliminar la crueldad, la negligencia y la degradación, y en general, reducir a un mínimo el efecto de la segregación de la comunidad, cualquiera que sea el delito cometido".¹⁷

Conquistas logradas en Latinoamérica

Al variarse el criterio tradicional de que la acción del Estado debía concretarse a la simple custodia de reclusos -en lo que Cooper llama con propiedad "la prisión archivo o depósito de delincuentes"- la política penitenciaria se adecúa a las modernas teorías de tratamiento que reconocen al condenado los derechos naturales que le son inherentes. Tedioso sería enumerar las conquistas logradas en el campo específico del tema de este artículo. Concretamente en nuestro continente, México legalizó la visita conyugal en el año 1924 y luego de superar tropiezos iniciales que casi hacen fracasar el sistema, puede hoy mostrar orgulloso la prisión de Toluca en el Estado de México, establecimiento modelo de impecable administración, que sobre un total de 600 reclusos autoriza la visita íntima a más de 180 sentenciados.¹⁸ Argentina experimenta soluciones desde 1932 en las cárceles de Corrientes y Salta; y en la capital federal, desde 1951, debido a la iniciativa de nuestro conocido Roberto Pettinato, asesor de la Dirección de Prisiones del Perú en 1966. Brasil, en la Penitenciaría Central de Rio de Janeiro en 1942, y más tarde con un régimen perfeccionado en los penales del Estado de Sao Paulo, permitió el trato sexual del recluso. Cuba legaliza la visita del cónyuge en 1938. Venezuela es el país que últimamente dedica especial interés a solucionar ese problema.

La preocupación de estos países latinoamericanos para afrontar el problema sexual y tratar de resolverlo, implica el reconocimiento de su importancia. Lo que equivale a preguntarse, ¿por qué otros países no intentan acciones similares? ¿No saben acaso los terribles efectos que la abstinencia sexual provoca en las prisiones?

En el Perú, el antecedente remoto que promueve el estudio científico sobre la vida sexual del recluso, puede ubicarse en el libro que sobre el tema publicara en 1931 el Dr. Julio Altmann Smythe. Este excelente trabajo -revolucionario para su época- fue precursor en nuestro continente de numerosos estu-

¹⁵ Aprobadas por el Consejo Económico y Social de N.U. 31 de Julio 1957, las reglas Mínimas aunque reconocen que las medidas destinadas a separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas, recomiendan que el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación. (Regla 57 y siguientes).

¹⁶ Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Manuel López Rey y Arrojo. Revista de jurisprudencia veracruzana. Tomo XI. 1960. págs. 345 t ss.

¹⁷ "Las reglas mínimas uniformes para el tratamiento de los reclusos y las últimas innovaciones en el campo correccional". Documento de trabajo preparado por la secretaría para el Cuarto Congreso de Naciones Unidas a celebrarse en Kyoto, Japón, 1970. Nueva York, 1970.

¹⁸ El Centro Penitenciario del Estado de México. Sergio García Ramírez. Revista de Derecho de la P.U.C. Lima, 1969. Conferencia del licenciado Antonio Sánchez Galindo en el Colegio de Abogados de Lima. Sept., 1972. Art. 533 de la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de México. Art. 12 de Normas Mínimas sobre Readaptación Social del Sentenciado, para el D.F. y Territorios Federales. México.

dios, que tomaron como obligada fuente de consulta la obra de nuestro compatriota.¹⁹

Un año antes, en 1930, el Dr. Bernardino León y León, Director General de Prisiones, citado frecuentemente por Jiménez de Asúa, Ruiz Funez y C. Bernaldo de Quiroz, trató sin éxito, de implantar la visita conyugal, impresionado por la tesis que ya preparaba Altmann, asesorado por el Dr. Hermilio Valdizán.²⁰ Asimismo, el médico Dr. Carlos Bamba-rén, maestro sanmarquino, forjador de varias promociones de excelentes criminólogos y delegado del Perú en muchos congresos internacionales, desde su recordada cátedra en la antigua facultad de Derecho, o en el extranjero, reclama que se destierre la improvisación y se inicie en el país el tratamiento científico del delincuente.

Unidad de normas de ejecución de sentencias condenatorias. Ley de ejecución penal peruana

El gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas (1968 - 1980) dictó el Decreto Ley 17581. "Unidad de Normas de Ejecución de Sentencias Condenatorias" el 15 de abril de 1969, tomando como modelo casi textual el Proyecto de Ley de Bases de Ejecución Penal que desde 1965 había elaborado la comisión presidida por el Dr. Domingo García Rada y que esperaba la aprobación del Congreso. Este proyecto y el decreto ley promulgado, tienen una misma fuente legislativa: La Ley Penitenciaria Argentina de 1958 y la Ley de Régimen Penitenciario Venezolano de 1961.

Si bien es cierto que la promulgación del decreto ley de ejecución de sentencias condenatorias, representó un significativo adelanto en la legislación penitenciaria peruana, no lo es menos que los integrantes de la comisión que la redactó, pudieron mejorar en mucho el proyecto preparado por la comisión García Rada y no limitarse a transcribirla casi textualmente, variando superficialmente la redacción de algunos artículos. Muy poco entusiasmo y escaso conocimiento de la realidad carcelaria

nacional demostraron quienes a la postre se llevaron el mérito de figurar como autores de una ley que se circunscribieron a reproducir.²¹

Disposiciones de hondo contenido doctrinario como el definitorio artículo 5 del proyecto fueron recortados, restándole precisión, seguramente por una mal entendida economía procesal. Requisitos obligatorios en toda ley moderna de ejecución, como el que exigía especialización previa para ocupar los cargos ejecutivos de la dirección general, fueron desnaturalizados al agregarse incomprensiblemente las palabras "de preferencia", que ha cerrado en los últimos años las puertas a los técnicos. Se ha omitido, entendemos que involuntariamente, cualquier referencia a una política sexual de prisiones, y esa omisión impediría, sino se subsana, llamar revolucionaria a la ley de ejecución vigente.

Agrava el panorama comprobar que luego de su promulgación, empieza el conformismo, y las medidas acertadas o equivocadas de otras administraciones no se continuaron o enmendaron. Pareciera ser que las autoridades carcelarias se contentan con poseer una ley meramente enunciativa de principios rectores, olvidándose que ésta es buena siempre que se pueda aplicar, y que una administración es competente si crea la infraestructura indispensable para llevar adelante un programa coherente y científico. No hacerlo así y dedicarse preferentemente al aspecto administrativo, es carecer de visión de conjunto, tener un concepto muy primario de lo que significa tratamiento readaptador, y limitarse a espectivas tan modestas, como pagar mensualmente sueldos a vigilantes y dar de comer diariamente a reclusos. Couture dice que "el derecho valdría lo que valen los hombres que lo apliquen" y comenta Cooper: "A fin de cuentas, el éxito o fracaso de la reforma penitenciaria depende de la idoneidad y entusiasmo de las personas encargadas de llevarla a cabo".²² No es suficiente declarar "que el condenado conserva los derechos naturales que le son inherentes", cuando todos los días se permite que la dignidad de los reclusos sea pisoteada.

¹⁹ El problema sexual en las prisiones. Julio Altmann Smythe. Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal. Buenos Aires, 1993, págs. 340 y ss., 477 y ss., 592 y ss. También en Ediciones Temas Sexuales. Talleres Tipográficos Editorial Ponce. Mexico, 1954.

²⁰ Se entusiasmó tanto el Dr. Bernardino León y León que "elaboró un inteligente proyecto de decreto, el que mereció la aprobación del Presidente de la República, señor Augusto B. Leguía. Este mandatario dio a conocer su interés por solucionar el problema sexual en las prisiones en su mensaje presidencial leído en el Congreso Peruano en el mes de julio de 1930". Altmann ob. cit. También lo reseña Jiménez de Asúa ob. cit.

²¹ No hay que ser muy perspicaz para captar la ironía de H.H.A. Cooper cuando sugiere comparar los dos textos para establecer diferencias y semejanzas, el plagio es evidente. "Comentarios sobre la nueva legislación penitenciaria en el Perú", pág. 12 H. H. A. Cooper. Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1972, Lima.

²² H. H. A. Cooper, ob. cit.

No deseamos una ley que sólo contenga declaraciones líricas. De poco sirve un Código de Ejecución Penal -que se dió para modificar una negativa realidad vigente- si no se puede utilizar en el tiempo en que esas condiciones persisten, ¿puede subsistir una ley general sin el complementario reglamento que viabilice su cumplimiento? Los principios doctrinarios de nada valen si no se logra superar el divorcio entre la promulgación de una Ley de Bases y su aplicación. La unidad de normas de Ejecución pudo ser necesaria en determinado momento histórico, pero si no se emplea en cuatro años, pierde vigor, trascendencia, y resulta inoperante.

Quizá por esta razón, los que de alguna u otra forma hemos tenido un contacto directo con la prisión, conocemos algo de sus necesidades y la cruda realidad que la circunda, estamos obligados no sólo a censurar -fácil y desacreditado oficio practicado por ciertos empíricos ilustrados prontos a opinar de lo que no saben y pontificar sobre lo que ignoran- sino, en una crítica constructiva, aportar ideas para que un aspecto de la vida carcelaria completamente descuidado, pueda corregirse en beneficio de miles de compatriotas privados de la libertad. Así, las instituciones creadas por la nueva ley y los principios en que se sustentan, dejarán de ser fantasía de teóricos para convertirse -al perfeccionarse el instrumento legal-, en el impulso motor que posibilite la readaptación del sentenciado.

La continencia sexual y sus consecuencias

Analizar con minuciosidad las graves consecuencias que produce la abstinencia sexual, sería rebasar en mucho el límite permitido a un artículo de divulgación, e incursionar en un campo de especialidad -que aunque vecino- no es el nuestro. Sin embargo, trataremos de concretar en apretada síntesis, todos los aspectos más saltantes del problema sexual del recluso.

Un enfoque correcto debe iniciarse estudiando los efectos que la abstinencia prolongada produce en el organismo y en la constitución psíquica del reo. Esta aclaración previa es importante porque si se demostrara que no afecta absolutamente, ¡santo remedio! Desgraciadamente se ha comprobado hasta la saciedad, los efectos devastadores de la continencia forzosa. Pero, analicemos: ¿agrava los

estados de neurosis maniáco-depresiva? ¿Produce, como reacción, agresividad creciente en el detenido? ¿Favorece la masturbación? ¿Puede generar impotencia o disminución de la vitalidad? ¿Promueve el afloramiento de latentes impulsos homo-sexuales?

El fundamento etiológico de la conducta criminal es su vida emocional. El ingreso a una prisión, edificio de ambiente sórdido y agobiante; la separación de su familia; la lentitud de la investigación judicial y su resultado incierto, producen en el recluso tensión, ansiedad y miedo. Esta psicosis carcelaria genera en el individuo privado de la libertad, crisis de llanto, estados de apatía con incapacidad de concentración, dificultad de pensar, insomnio, etcétera. No es extraño escuchar a familiares y amigos de reclusos cuando regresan de visitarlo, que lo encontraron "como ido".

Estos estados de ansiedad dice Harry L. Lipton, se producen por situaciones desencadenadas desde el comienzo del encarcelamiento, especialmente si el detenido es inmaduro afectivamente; agrega, que gran parte de estas manifestaciones desaparecen cuando se cambia de ambiente.²³ Pero cuando el encierro se prolonga, la obligada abstinencia sexual agrava el cuadro sintomático. Ya no es simplemente el desgano, la apatía o la crisis de llanto lo que caracteriza su comportamiento. Ahora se vuelve agresivo. Reacciona violentamente magnificando supuestos o reales agravios y se convierte en un ser conflictivo y peligroso.

No es difícil encontrar una explicación a esa reacción temperamental. El impulso genésico -instinto vital del ser humano- no puede prohibirse en virtud de un simple mandato judicial. "Los jueces tienen la facultad de hacer perder al delincuente su libertad, pero ninguna ley vigente -dice Neuman-, determina que se le inflija complementariamente el castigo de la continencia sexual".²⁴ "¿Puede la ley -se pregunta Constanza Bernaldo de Quiroz- al imponer una pena de privación de libertad, privar, a la vez al condenado de una de sus funciones orgánicas, la función sexual, desviándola hacia la masturbación o a la inversión sexual"?²⁵ "Forzar a hombres y mujeres en la edad en que se halla más plena e indomable la potencia genética, a que se abstengan de relaciones sexuales", -sentencia, Jiménez de Asúa-

²³ Enciclopedia de las Aberraciones. Editorial Psique. Buenos Aires, 1950

²⁴ Elías Neumann. El problema sexual en las cárceles. Editorial Criminalia. Buenos Aires, 1965.

²⁵ Constanza B. de Quiroz, ob. cit.

“es empujarlos por las rutas del onanismo y de la homosexualidad”.²⁶

Altmann es aún más radical, cuando agrega: “ninguna persona adulta, normalmente constituida podrá negar, si habla sinceramente, que no siente manifestarse en su organismo este instinto vital. Considero, pues, inútil tratar de comprobar lo dicho con argumentos y opiniones de autores. Todos, absolutamente todos los hombres normales, saben perfectamente que el instinto sexual existe y que éste se manifieste en forma más o menos exigente e imperativa”.²⁷

Kinsey, ya había afirmado que la fuerza de la sexualidad es tan irresistible que no puede ser contenida totalmente por ninguna prohibición social, y Master y Johnson confirman “que sólo el defecto físico o la depleción del proceso de envejecimiento pueden interferir en el interés innato del individuo de sexo masculino y en su habilidad de responder al estímulo sexual”.²⁸

Son tantas las opiniones coincidentes que inciden sobre el comportamiento sexual humano y la imposibilidad de reprimirlo, que sólo nos restaría preguntar ¿Cómo se canaliza, o desfoga el impulso sexual en nuestras prisiones?

¿Es posible que la frustración personal del detenido, puede desembocar en un peligroso proceso deteriorante de valores, y que su patrón de comportamiento -que creía normal- varíe para adecuarse a la satisfacción del instinto sexual, bajo las nuevas circunstancias que el encierro le impone?

¿Cómo reacciona el ser humano cuando estando privado de libertad, tiene necesidad de dar rienda suelta a sus impulsos?

La válvula de escape -como medida compensatoria- la encuentra el recluso en la masturbación; práctica común en la población penal del país.

El autoerotismo y la falacia masturbatoria

Anteriormente, hablar de masturbación era mencionar un acto perverso y sucio que provocaba impotencia y llevaba a la degeneración. No hay que remontarse hasta el anónimo autor de “Onania”, o revisar los exaltados argumentos de Tissot para encontrar opiniones radicales y actitudes intransigentes. En la actualidad autores serios y ponderados como Elías Neuman, pierden compostura cuando se refieren a la autoestimulación. Empieza incurriendo en el error de llamarla “onanismo”, para calificarla luego como “práctica vergonzosa”.²⁹ Altmann es pródigo en apoyarse en numerosos autores “enemigos del onanismo”; menciona a Garnier y Marestan, a los que cita textualmente cuando describen con morbosidad las terribles calamidades que sufren los que se masturban: “produce temblores, papiltaciones, convulsiones, epilepsia, neuralgia testicular, espermatorrea diurna y nocturna y la frigidez venérea (...) La masturbación arruina la inteligencia agota el organismo, conduce a la esterilidad, a la impotencia, al desprecio de las sanas alegrías compartidas y es tanto más terrible cuanto que nada les impide entregarse a ella varias veces al día”.³⁰

²⁶ Luis Jiménez de Asúa, ob. cit.

²⁷ Julio Altmann S. ob. cit.

²⁸ *Repuesta sexual Humana*, William H. Master, Virginia E. Johnson. Inter Médica. Editorial. Buenos Aires 1967. “La energía sexual -decía Wilhelm Reich- es la energía constructiva del aparato psíquico. Es ella la que forma la estructura sentimental e intelectual de los hombres. La sexualidad (en términos fisiológicos, la función sexual) es la energía vital productiva por excelencia. Reprimirla sería alterar no sólo en el terreno médico, sino más generalmente, las funciones vitales fundamentales”. *Sexualidad y Represión*. Carlos Pérez, editor. Buenos Aires, 1969. “Podemos observar que la actividad sexual es mucho más intensa en nuestros más próximos parientes”. Desmond Morris. *El mono desnudo*. Plaza y Janes, S.A. Editores. Barcelona, 1969. “El modo adecuado, pues, para incorporar el instinto sexual al sistema espiritual es no tomar su causa de estimulación como un simple y no inhibido deseo fisiológico de satisfacción, no imponerle una represión forzada y un intento de quebrar la conexión entre él y las otras partes del espíritu”. Julián Huxley. *Ensayos de un biólogo*. Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1939. “Es innegable que la abstinencia, la perturbación del curso de la excitación sexual y la desviación de esta última de su elaboración psíquica, dan origen a la génesis directa de angustia por transformación de la libido”. Sigmund Freud. *Inhibición, sintoma y angustia*. Editorial Grijalbo. México, 1969. “Es fácil comprender que un individuo que precisa de la sexualidad como vía de salida destinada a aliviar su angustia, tendrá especial incapacidad para soportar cualquier privación de tal índole, por breve que ella fuere”. Karen Horney. *La personalidad neurótica de nuestro tiempo*. Ed. Paidós. Buenos Aires, 1969.

²⁹ Elías Neuman, ob. cit.

³⁰ Julio Altmann, ob. cit.

En los últimos años, la sexología moderna ha liberalizado el concepto pecaminoso de la autoestimulación genital, desterrando el error generalizado de que el mal llamado "vicio solitario", es dañino.

"Hoy la mayoría de los grupos religiosos revisan alguna de sus actitudes respecto de la masturbación, y la opinión médica o psiquiátrica ya no toma en serio el presunto vínculo entre la masturbación y la enfermedad. Sin embargo los criterios tradicionales siguen firmes y su perduración se manifiesta en el hábito inalterable que tienen algunos padres de castigar a sus niños -verbal sino físicamente- cuando éstos se masturban, con la convicción todavía común de que esa conducta produce varias enfermedades, incluido el acné y otras afecciones dérmicas. Los vestigios de los criterios tradicionales también se reflejan en la actitud de muchos profesionales -entre los que se cuentan médicos, enfermeras y maestros-, quienes siguen pensando que la masturbación provoca trastornos neurológicos y mentales. En el mejor de los casos se la considera inmadura en el adulto".³¹

"No hay evidencia médica, -dicen Master y Johnson-, de que la masturbación, cualquiera sea su frecuencia, conduzca al deterioro mental, y asimismo no existen índices médicos que definan la masturbación excesiva. Es cierto, sin embargo, que muchos neuróticos o sicóticos se masturban a menudo. Si encontramos en un sujeto alto grado de masturbación, ése debe ser uno más de los síntomas de la enfermedad oculta más que la causa de ella. El concepto vago de la actividad masturbatoria excesiva es otra falacia fálica aceptada en nuestro medio en relación específica con el papel funcional del pene en la sexualidad masculina".³²

El profesor Benigno Di Tulio relata que los detenidos "recurren varias veces al día a las prácticas masturbatorias por una necesidad irresistible de satisfacer su preponderante erotismo y de aliviar la tensión de sus nervios".³³

El famoso psiquiatra americano Albert Ellis, demostró en un documentado estudio que "la masturbación no interfiere ni un ápice en los derechos o deseos sexuales de otros; está libre de peligros de la infección venérea y tiene un efecto de lo más calmante para las urgencias sexuales".³⁴

Si para satisfacer esas urgencias, cabe, -descartando la masturbación, como una aberración-, sugerir la posibilidad de una relación homosexual, yo pregunto a los detractores del autoerotismo, puestos en el dilema del recluso. ¿Qué escogerían? Algunos puritanos exclamarán ¡Ni lo uno ni lo otro!, pero para la mayoría la elección es evidente. Pero no se tome esta afirmación como panegírico en favor de la masturbación. Todo exceso es peligroso y toda actividad sexual indiscriminada dañina. El autoerotismo es ventajoso si alivia la tensión del encierro continente y aleja la tentación de una relación homosexual. Además no agravia a nadie porque es autoestimuladora y devuelve, aunque sea momentáneamente, la tranquilidad a quien la practica. Pero hay que tener en cuenta que su utilización excesiva por meses y años como sustituto del acto sexual, puede provocar el desvío del objeto erótico, que es el coito heterosexual, produciendo graves trastornos en la psiquis del individuo.

Etiología de la homosexualidad

Pero así como algunos reclusos resuelven su problema sexual con las prácticas autoestimulantes, la prolongada y continente privación de la libertad, la convivencia permanente con individuos de su mismo sexo en espacios generalmente reducidos, y el ocio obligado por falta de talleres de trabajo, hace aflorar tendencias homosexuales latentes. Esto puede ocurrir fácilmente en individuos fijados sexualmente en etapas inmaduras de su desarrollo, o con ignorada predisposición.

Hablar en la actualidad sobre lo homosexualidad, no sorprende a nadie; es más, cualquiera da opinio-

³¹ La Nueva Sexualidad, *Sex information and education council of the United States (S. I. E. C. S.)* granica editor. Buenos Aires, 1971.

³² Master y Johnson, ob. cit. Ford y Beach consideran igualmente ilógico calificar la autoestimulación como anormal o perversa. Afirman que "esa forma de expresión sexual parece tener sus raíces evolutivas en la tendencia biológica, perfectamente normal y adaptativa a examinar, manipular, limpiar o incidentalmente estimular los órganos sexuales externos". El diccionario de información sexual de Granica, Buenos Aires, 1972 expresa con claridad que "los psiquiatras han hecho comprender que el temor ligado a la masturbación provoca muchos más desórdenes que el acto mismo".

³³ *Spunti Sulla vita e Sulla patologia sessuale nelle carceri.* Benigno Di Tulio. *En Passegna di studi sessuali.* Roma, 1925. págs. 176-189.

³⁴ Masturbarse o no masturbarse. Albert Ellis. Revista Fascinum. Año 1 No. 1. Lima. Para una información más amplia, vale la pena leer Los Fabricantes de Angustia de Alex Confort. Granica Editor, Buenos Aires, 1970.

nes y expresa reservas. Pero hablar con propiedad de la etiología de la homosexualidad, es cosa diferente. Importa abarcar disciplinas y facetas tan diversas, que antes nos hubieran parecido completamente innecesarias. Por eso Evelyn Hooker señala, con acierto, que "la conducta homosexual adulta cae dentro de la psicopatología individual, terreno propio del médico; dentro de la patología social, dominio del sociólogo o del antropólogo interesado por las desviaciones sociales, o que es una anomalía biológica, cuyo estudio corresponde al endocrinólogo o al especialista en genética".³⁵

Las encuestas que realizaron los doctores Kinsey, Pomeroy y Martín entre los años 1938-1948, sirvieron -aparte de escandalizar, asombrando al mundo con sus conclusiones sobre la vida sexual del hombre y mujer norteamericanos- para debilitar la generalizada creencia de que la homosexualidad se reducía a las prácticas "contra natura en una ínfima minoría". El estudio comprensivo que efectuaron posteriormente Ford y Beach, sobre el comportamiento sexual de ciento noventa sociedades contemporáneas, reforzó la incipiente teoría del "equipo Kinsey", obligando a replantar la problemática homosexual para estudiarla, no tanto quizá con el clásico criterio de enfermedad y perversión, cuanto de empezar a considerarla como un comportamiento sexual diferente del estándar de normalidad que rige en nuestra sociedad, debida principalmente a factores psicológicos, sociales y culturales.³⁶

Indudablemente que este esbozo de interpretación de la conducta homosexual -sujeta a nuevas y más completas investigaciones- no goza de la aceptación de los que tradicionalmente entendieron que la homosexualidad era una enfermedad que podía contagiarse; una desviación del patrón de comportamiento susceptible de corregirse; una deficiencia hormonal que debía compensarse; o un error genético que tenía que aceptarse.³⁷ Pero las modernas corrientes que hemos mencionado tienen, nos agraden o no, suficiente solidez y el necesario rigor

y seriedad científica que caracteriza a una investigación estadística e interpretativa, en encuestas efectuadas sobre numerosos y diferentes grupos de población y no solamente en aislados casos de terapia individual.

La importancia de utilizar un lenguaje científico

Estos hechos que no podemos negar nos obligarían a corregir la terminología que usualmente se emplea cuando se habla del problema sexual carcelario. En diversos tratados consultados, hemos constatado la utilización de un lenguaje inadecuado. Se le califica al homosexual de "enfermo", "pervertido", "desviado", "incurable", "vicioso", y hasta "pobre infeliz".³⁸ Al criticar esta forma poco científica de tratamiento no estamos sugiriendo que, por el contrario, se le mire con simpatía y condescendencia; que se le llame simplemente "diferente" o que se consienta la homosexualidad en las prisiones. Eso sería un aberración. Sólo nos limitamos a exponer una realidad que, sujeta a nuevos estudios, pareciera ser que va a variar el concepto que teníamos sobre las causas que la originan.

Si bien la homosexualidad es, sociológicamente hablando, un elemento extraño a las normas de convivencia que rigen actualmente, ello no nos obliga a emplear una terminología estereotipada que condense el rechazo de la comunidad a esta forma atípica de conducta; porque aunque la sociedad mantenga rígidas formas de control y censura para una actividad humana que como en el caso de la homosexualidad, importa una marginalidad, el estudioso de ese comportamiento "debe ser capaz de considerar con despegue emocional a la vez que moral los datos que vaya recogiendo", y no adoptar una posición personal de condena, que le hace perder dimensión y perspectiva para realizar una encuesta científica y una aportación aprovechable. Por estas consideraciones, los penitenciaristas harían bien si evitan en lo sucesivo, atribuir al homosexual más características que las de sentir atracción erótica

³⁵ Los varones homosexuales y sus mundos. Evelyn Hooker. *Biología y Sociología de la Homosexualidad*. págs. 177 y ss. Ediciones Hormé, S. A. E. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1967.

³⁶ Frank A. Beach y Clellan S. Ford. *Conducta Sexual (De los animales inferiores al hombre)*. Editorial Fontanela. Barcelona, 1969. *Legalidad y Moral de la homosexualidad*. Tomas S. Szasz. Ed. Hormé, S. A. e. Paidós. Buenos Aires, 1967. *Las desviaciones sexuales*. Anthony Storr. Ed. Hormé, S. A. E. Paidós. Buenos Aires, 1965. *Etiología de la homosexualidad. Aspectos genéticos y cromosomáticos*. Ed. Hormé, S. A. E. Paidós, Buenos Aires 1967. *La tragedia sexual norteamericana*. Albert Ellis. Ed. Siglo Veinte. Buenos Aires, 1964. *La sexualidad en la sociedad moderna*. Multiautoral. Ed. Siglo Veinte. Buenos Aires 1965.

³⁷ "Los especialistas están cada vez más de acuerdo en que a los factores genéticos, orgánicos o glandulares les cabe un papel mínimo en el desencadenado de la homosexualidad en tanto que los factores psicológicos, sociales y culturales desempeñan un papel clave". *La nueva sexualidad* S. E. E. C. U. S. Granica Editor. Buenos Aires, 1971.

³⁸ Lemos Britto. Ob. cit.; Quintiliano Saldaña. *Siete Ensayos sobre Sociología Sexual*. (Citado por Altmann). Bertha Degregori de Nieto. *El problema sexual en las prisiones*. Cusco, 1967. Elías Neuman, ob. cit. José Luis Martínez, ob. cit. Augusto Thorndike, ob. cit.

ca hacía personas de su mismo sexo. Esto, en aras de evitar que se degrade aún más al recluso.

Es probable que ese trato que censuramos, tenga explicación en la experiencia vivida por los ilustres criminólogos y penitenciaristas, que impactados ante la crudeza de una violación, han reaccionado empleando duros calificativos. Esto es comprensible. ¿Quién, que haya tenido un trato más o menos permanente con la vida carcelaria, ha podido sustraerse de conocer hechos que repugnan? La vida en una prisión es muy dura; la misma arquitectura abruma y aplasta; la congestión sin una clasificación primaria, agrava el cuadro compulsivo; la despreocupación de las autoridades al permitir los atropellos, cuantifica el problema; y los fenómenos de comportamiento, venidos de la calle, en la cárcel empeoran y se hacen endémicos. Pero ¿no hay calificativos para los que, consciente o inconscientemente, permiten que estos actos continúen? La insensibilidad de los jueces, que retardan la administración de justicia a límites censurables (80% de procesados) ¿no es acaso un factor criminógeno que posibilita los traumas y agresiones sexuales en nuestras congestionadas prisiones?

Formas de relación homosexual

En una prisión existen tres formas básicas para entablar relación homosexual. Las dos primeras, de mutuo acuerdo. En un caso, como una relación de un preso a otro; o, con un homosexual prostituido que exige una cantidad de dinero u otra forma de pago; la tercera, significa violencia. Es un ataque que fuerza la voluntad de un detenido que tiene que verse sometido a una relación homosexual que no desea. Esta última forma, es desgraciadamente, muy frecuente en nuestras cárceles.

Los contactos homosexuales se realizan incluso en los prisiones de máxima seguridad, donde la vigilancia es constante y rígida. Los presos encuentran fácilmente la forma de burlar el control, realizando esos actos, ya sea por mutuo consentimiento o empleando la violencia física para forzar a otros compañeros que no lo desean.

Las consecuencias que se producen en cada caso difieren por las reacciones inmediatas o sus proyecciones, según se trate de una relación permanente y afectiva en los llamados matrimonios entre presos; de una violación; o de acercamientos ocasionales con homosexuales prostituidos.

Un contacto homosexual consentido presupone la existencia previa del factor erótico que incentive el acto sexual. Representa -cuando no se ha practicado anteriormente la ruptura de un patrón de comportamiento heterosexual, el abandono de convencionalismos sociales, censuras y objeciones morales. Significa la alteración de la armonía de la personalidad -por el recuerdo de prácticas que considera anormales- que lo inhibirá superficial o profundamente cuando, recuperada que sea su libertad, retorne a la relación normal con la esposa o conviviente, especialmente si la relación que adquirió en la cárcel fue más o menos durable y "cariñosa".

Es interesante hacer notar que una relación homosexual iniciada por un "pasivo" reviste todo un ritual de coquetería femenina. Los contoneos de caderas, la voz atiplada e insinuante, las frases de doble sentido, las cartas amorosas y los regalos, no son sino los prolegómenos de la proposición directa y formal de acoplamiento. Los que conocen algo la vida carcelaria podrán confirmar este aserto y coincidirán con la descripción de Arguedas cuando relata los devaneos de "Rosita".³⁹

La rigidez del reglamento versus la tolerancia del vigilante

Contra lo que se supone, estos homosexuales notoriamente feminoides, son contados en las prisiones. Otros, un poco más varoniles pierden esa apariencia cuando por las noches se dedican a la prostitución. Pero ambos pueden ser detectados fácilmente por cualquier experimentado vigilante y aislados en celdas individuales. Eso es lo recomendable; un control estricto y una vigilancia constante pueden atenuar el comercio homosexual; pero, éste, ya de por sí alarmante, se ve favorecido algunas veces por la inconsciencia de los propios custodios. En la Colonia Penal del Frontón, en una de mis frecuentes visitas, escuché indignado el relato del jefe de vigilantes que, riéndose contaba que la noche anterior, habían participado en la elección de la reina del carnaval entre un grupo de afeminados.

Existe igualmente lo que podríamos calificar como una tolerancia benigna al trato homosexual. Los vigilantes carcelarios, encallecidos por años de servicios y de convivencia diaria con los reclusos, si no promueven, por lo menos ignoran algunas actitudes. En la cárcel pública de Pucallpa -famosa por su inseguridad-, fui testigo de un hecho que sirve de ejemplo para explicar esa indiferencia. Me encon-

³⁹ José María Arguedas. El Sexto. Librería Editorial Juan Mejía Baca. Lima, 1961.

traba en el patio del penal conversando con el alcaide y varios reclusos, cuando observé que entre el cocinero y su ayudante -ambos internos-, se desarrollaba un juego amoroso que llegó en un momento a besos en la oreja y en el cuello. Le llamé la atención al alcaide, quien se dirigió a los amantes y les dijo: "eh, ¡ustedes!..., no pueden aguantarse hasta la noche" y luego, satisfecho se reintegró a la tertulia de nuestro grupo.

En otra ocasión, con motivo de un viaje de inspección a la Colonia Penal Agrícola del Sepa, las autoridades de esa prisión nos dieron un banquete de bienvenida. Días después el recluso que había atendido nuestra mesa, me confiaba escandalizado que la comida que sirvieron en esa oportunidad era "una porquería", comparada con la que él mandó preparar para su propia boda con otro interno, a la que asistieron invitados varios vigilantes y donde además, corrió mucho aguardiente y "masato".⁴⁰

El homosexual pasivo, aunque es un factor de peligro por la posibilidad de contagio y propagación de enfermedades venéreas, no es -pese a que se le ha dedicado preferente atención en tratados sobre sexualidad carcelaria- realmente conflictivo para la administración del penal, salvo cuando forma parte del negocio del proxenetismo, que usualmente está ligado al de narcotráfico de estimulantes o estupeficientes.

El verdadero problema, el homosexual activo

Existe, en cambio, el homosexual activo al que se ha prestado poco interés seguramente por el error de identificar "homosexual" con "feminoide" y creer que únicamente el recluso con apariencia y manera de mujer, puede ser peligroso. Este equívoco ha permitido centrar la atención donde realmente no correspondía, distraendo el verdadero problema. El "activo", agresivo, pendenciero, indisciplinado, que hace gala de machismo, está siempre pendiente del nuevo recluso, al que acosa, halaga, molesta, chantajea y finalmente viola. Todos los actos de indisciplina y los atentados son iniciados por él.

Este delincuente, ya sea sólo, o formando "collera" o "mancha", tiene el feudo de un pabellón o patio, donde ejerce un poder absoluto en el tráfico carnal,

introducción de pastillas estimulantes, coca, bebidas alcohólicas, servicios de guardaespaldas y hasta alquiler de colchones. Es el propiciador de todos los ataques contra los jóvenes recién llegados, a los que viola "a punta de chaveta", y luego incorpora a su grupo.

La violencia física o forzamiento de la voluntad del preso que se niega a tener relaciones homosexuales dejó de ser un acontecimiento esporádico en la vida carcelaria, para convertirse, por impulso de estos "capazotes" y el consentimiento de los propios vigilantes, en un espectáculo rutinario.

La secuela de una violación es imprevisible. Psicológicamente produce un trauma permanente. Como atentado físico se prolonga, desgraciadamente, por el tiempo que dura la reclusión, ya sea porque uno de los violadores lo tomó permanentemente como "compañera", o porque lo transfiere a otro recluso, previo pago. Estos homosexuales "a la fuerza" son los que, a su vez, atacan a jóvenes recién ingresados con tanta o más violencia de la que se ejerció contra ellos mismos. Este comportamiento particularmente agresivo, germinado en el marco compulsivo de la cárcel, no termina con el cumplimiento de la pena sino que continúa al salir en libertad, como un torrente extrovertido de rencor no tanto contra sus violadores, a los que muchas veces no pudo reconocer, sino contra la sociedad a la que responsabiliza por su indiferencia. Ese odio, graficado en nuevos y más graves delitos, lo vuelve a conducir a prisión; y comienza otra vez a repetirse el drama. ¡Y todavía hay quienes se escandalizan y no encuentran justificación a la peligrosidad cada vez mayor de los reincidentes!

Es difícil mantener un control y vigilancia permanentes para impedir los atentados contra reclusos jóvenes, especialmente si consideramos que nuestros centros carcelarios carecen de la infraestructura arquitectónica adecuada y más parecieran contruidos a propósito para facilitar atracos. La misma indiferencia de las propias autoridades de cada penal sirve de franquicia para la impunidad más absoluta. En el establecimiento de Sentenciados, ningún vigilante se aventura a recorrer los corredores del pabellón en la noche; a lo más mira receloso desde la reja del primer piso y si escucha ruidos

⁴⁰ La Colonia Penal Agrícola del Sepa está situada en plena selva peruana, en la confluencia de los ríos Urubamba y Sepa. Tiene una población penal promedio de 500 reclusos, sentenciados a penas de internamiento, penitenciaria o relegación. Vías de comunicación, por tierra: ninguna, navegación fluvial 8 días en lancha desde Pucallpa, por vía aérea esporádicamente sólo aviones de la Fuerza Aérea Nacional en viaje que dura 2 horas y cuarto. La colonia penal fue inaugurada solemnemente en el año 1951 durante un régimen de gobierno que se llamó "Restaurador", y por lo menos en lo que a política carcelaria se refiere, el nombre le resultó adecuado. ¡Restauró la pena de deportación abolida en toda nación civilizada. Actualmente, hace ya varios años que dicha prisión dejó de funcionar como tal, aunque en breve volvería a hacerlo bajo otra modalidad (ver cita 54). El masto o mashato es una bebida selvática a base de yuca fermentada por salivación.

anormales, no los reporta, para no buscarse complicaciones.

En las cuadras del Frontón, no hay un sólo custodio que se atreva a entrar después del encierro de la población penal; lo que equivale a reconocer que allí puede pasar cualquier cosa. Actualmente en el moderno penal de Lurigancho, algunas veces un solo auxiliar de readaptación tiene que hacer turno 24 horas seguidas en un pabellón de tres pisos que aloja a más de 300 reclusos.

Siendo Director General de Prisiones, dicté una disposición en el año 1967, para que los directores de los establecimientos penales realizaran una sumaria investigación de toda denuncia de violación, a fin de que se solicitara al juez instructor de turno, abriera la instrucción penal pertinente. Pasaban los días sin que mi despacho recibiera una sola denuncia de los establecimientos carcelarios de la capital, hasta que el médico del penal el "Sexto" informó que en la visita del día había encontrado a dos detenidos en muy mal estado. Acudí a ese penal y comprobé que en la noche anterior se había atentado contra dos muchachos "caídos en una redada de vagos". Llamados a declarar, señalaron como sus violadores a sus compañeros de celda, por lo que se procedió a poner a esos últimos -frontoneros reincidentes- a disposición de la autoridad judicial, ¡Cuál no sería mi sorpresa cuando el propio juez instructor me contó días después, que las víctimas se habían retractado! Inmediatamente llamé al primero de los agraviados y obtuve como única respuesta: "usted me pide que los denuncie y después se va tranquilamente a la calle; yo me quedo adentro y no tengo quien me proteja".

La literatura carcelaria. Aportación peruana

La literatura sobre la vida carcelaria es numerosa y variada. En calidad hay clásicos reconocidos: Silvio Pellico en "Mis Prisiones"; Fedor Dostowiesky en "La Casa de los Muertos"; G. Casanova en: "Memorias"; Oscar Wilde en "Balada de la Cárcel de Reading" y Jacobo Wassermann en "El Caso Mauricius".

En los últimos años, aparte de "Guillotina Seca" de Belbenoit, poco conocida en nuestro medio y "Celda 2455" de Caryl Chessman; han aparecido tres novelas extraordinarias: "El Astrágalo" de Albertine Sarrazin, "Papillón" de Henry Charrier y "La Isla de los Hombres Solos" de José León Sánchez. Los méritos de estas obras han sido resaltados con justicia

por los críticos de todo el mundo, no tanto quizá por su valor literario, cuanto por ser el testimonio de tres ex-convictos, que relatan, "de primera mano" su alucinante experiencia en un mundo donde impera la corrupción, la promiscuidad y la tortura.

En el Perú, "El Sexto" de José María Arguedas, analista profundo de la sicología del recluso, encabeza una trilogía que merece reseñarse. El desaparecido escritor relata sus impresiones en el penal que hoy conocemos como "Establecimiento de Sentenciados", y que Neuman equivocadamente dice que fue clausurado. Todavía sigue allí, señor Neuman, y si Arguedas viviera, podría escribir un testimonio más estremecedor que el que nos dejó hace 35 años.⁴¹

Esa novela reseña un aspecto cotidiano de la vida carcelaria; la violación que sufren los recién llegados.

"Contaban en el Sexto, que este vago fue de veras un estudiante de piano -se refería al vago conocido por el pianista-, y que cayó al Sexto durante la celebración de un 22 de febrero. No tenía documentos y lo echaron al primer piso. Puñalada se lo envió a Maraví. Lo violaron tres maleantes durante la noche y lo tuvieron encerrado en la celda cuatro días. Cuando lo arrojaron estaba ya enloquecido. Tocaba el piano en los suelos y en las barandas. Nadie lo conocía, nunca había sido aprista. Un soplón lo capturó para hacer méritos; lo encontró en una calle donde habían reventado una sarta de cohetes. Cuando Maraví lo arrojó de su celda, durmió después en la de todos los ladrones y de los vagos, hasta en la del negro que mostraba por 10 centavos su inmenso miembro viril".

Juan Seoane pasó varios años en la Penitenciaría Central de Lima, acusado de participar en un atentado contra el general Sánchez Cerro. De su libro, "Hombres y Rejas" sólo se conoce la edición de Populibros, sin fecha, pero aproximadamente de la década del 60, aunque sabemos que se editó por primera vez en Chile hacia 1940. Seoane aborda tangencialmente el problema sexual ya que su relato descansa más en el aspecto de la detención política y del régimen dictatorial que lo permitió. Sin embargo, vale la pena conocer la opinión de autor sobre la masturbación.

"¿Y qué te ha dicho el médico? ¿Qué tienes?"

"Yo estoy muy mal, García, orino sangre y me duele mucho los riñones... ando medio mareado siempre... ¿Sabe usted...? Cada día me masturbo más. El

⁴¹ José María Arguedas, ob. cit. Si bien al escribirse la primera versión de este artículo todavía era una cárcel, "El Sexto" fue clausurado como prisión en la década pasada, luego de uno de los motines más sangrientos que se hayan presenciado.

vicio me ha agarrado muy fuerte aquí en el encierro... Lo hago sin deseo... Y sólo porque se me ocurre que lo voy a hacer, y me viene el pensamiento y no tengo voluntad para contenerme... Es como una manía... Aquí encerrado se me ocurre que lo voy a hacer y ya aunque no quiera, lo tengo que hacer. Contra mi voluntad... mejor dicho sin mi voluntad porque voluntad ya no tengo... ¡Y así todo el día y tantos días!..."⁴²

Con "La Prisión" de Gustavo Valcárcel publicado en México, en 1951 y reeditada luego en Lima en el Fondo de Cultura Popular en 1964, termina esta reseña de la aportación peruana a la literatura carcelaria. Por triste coincidencia, los tres autores mencionados sufrieron prisión por causa de sus ideas y no por la comisión de delitos penados en la ley común. Esta aclaración vale tanto para situar la apreciación de cada uno en su exacto nivel, como para desear que esta etapa política de silenciar la oposición por los barros de una celda, se haya superado definitivamente en el Perú.

Valcárcel, como él mismo lo reconoce, "hace una recargada e innecesaria incidencia en lo sexual". Pero es reveladora su aportación penológica, por la cruda descripción de la vida en prisión, especialmente cuando menciona una perversa costumbre, especie de "voyerismo carcelario" que practican los homosexuales activos. "Tarifan" al recién llegado. Lo observan en sus mínimos movimientos y en todas las oportunidades para ver "como está el material".

"Llego, bájome los pantalones, el bípedo puja de adentro para afuera. Pero los negros andan observándome. Póngome en cuclillas. Me escudriñan. Estoy ruborizado del talón al cabello. Los cuatro ojos no se desprenden de mi cuerpo. No puedo, es imposible. Nunca me lo había imaginado. La más universal función fisiológica imposible de cumplirla por cuatro ojos. No se me había ocurrido. En el internado había tabiques para la vista aunque no para el oído. Pero acá... nada. Todo al aire libre. Súbome los pantalones y regreso con el trasero sellado de pudor".⁴³

En Latinoamérica, el chileno Raúl Morales Alvarez escribió "Denso Viene el Día" en Editorial Zig-Zag 1956. De esta obra sólo conocemos la referencia de Neuman. "Describe -dice el penitenciarista argentino- con fluidez pictórica, los diversos episodios de

la vida de El Fraile, el negro Panamá Jones, el Naita-e-tonto, don Pedro, el Manisanta y otros personajes, alojados en una cárcel chilena. Es tal la hermandad nacida de la sumisión a las rígidas normas carcelarias y de la continencia forzosa que para dar salida al impulso genésico aceptan la llegada imaginaria de una mujer singular y atrozmente sexual".

Una obra excepcional: "La Isla de Hombres Solos"

A principios de este año, llegó a Lima una obra realmente excepcional, escrita por un exconvicto costarricense, que pasó largos años en una prisión insular llamada "San Lucas", en el Océano Pacífico.

"¿Novela reportaje? ¿Reportaje novelado? Y qué más da tratándose de un libro como "La isla de los hombres solos", donde brillan intensamente los valores literarios?" dice Angel María de Lera, el director del Mirador Literario de ABC en Madrid y prologuista de la obra.

Este documento auténtico, testimonio desgarrador y doloroso de un submundo llamado "San Lucas", es mucho más meritorio como producción literaria, por tratarse de las memorias de un analfabeto autodidacto, que hoy reintegrado a la sociedad, se ha convertido en asesor de las Naciones Unidas en política penitenciaria. Su experiencia como "forzado" de un sistema penitenciario salido del medioevo, su versación penológica, su calidad humana trasuntada en cada página del libro, representan la esperanza de rehabilitación para muchos reclusos.

De esta obra del costarricense José León Sánchez hemos considerado oportuno, reseñar el aspecto de la prostitución homosexual.

"Alguna entre las noches, como en nuestro salón eran varias las parejas, a cualquiera hora uno escuchaba el ruido de la cadena".

"Es más: había una "señora" que antes de que pasara el soldado apagando la luz de aquella lámpara del centro, sacaba un espejito redondo quebrado por un lado y de un cajón un poco de polvos que "ella misma había hecho" con sólo moler arroz entre dos piedras y retocándose aquí y retocándose allá, se ponía un camisón blanco (o que alguna vez fue blanco) y hacía ademanes de "estar lista" en tanto que varios ojos ávidos la miraban".

⁴² Hombres y Rejas. Juan Seoane. Populibros Peruanos. Lima, s/f.

⁴³ La prisión. Gustavo Valcárcel. Fondo de Cultura Popular. Lima, 1964.

“Era como la mujer pública de nuestro salón y vestía regularmente bien, ya que cada noche recibía un cliente cuando menos. Cuando la luz del candil se apagaba (a las siete de la noche) un ir del sexo se desplazaba hasta donde esa mujer pública. Aunque no se podía mirar, se adivinaban marchas hasta su esquina. El precio, eso sí, era algo prohibitivo como “ella” solía decir”.

“La mujer que no se estime, no vale nada, decía pasando su mano endurecida por el machete, sobre su cabeza pelada de rape; por eso el que quiera estar conmigo tiene que darme diez panes o media libra de tabaco”.

“Y hacía el negocio”.⁴⁴

¿Existe una solución integral al problema sexual carcelario?

Hasta aquí hemos intentado exponer brevemente el drama sexual del recluso, indicando los estragos que desencadena la abstinencia sexual. Cabría preguntarse ahora ¿existe una forma o medio para resolverlo?

Hay que diferenciar claramente lo que entendemos por solución al problema sexual del detenido. Nosotros descartamos los paliativos destinados a sublimar o mitigar el impuesto genésico derivándolo hacia metas más “nobles y elevadas”. Suponer que se puede distraer el instinto erótico de gente angustiada, aglomerada en mazmorras, es ilusorio e infantil; equivale a creer en las “soluciones de escritorio” señaladas por Neuman. Opiniones generalmente vertidas de buena fe, por personas que nunca han conocido de cerca las urgencias de la vida en prisión. Así, se ha ido enriqueciendo la bibliografía y la doctrina, de tratados y proyectos gaseosos que emocionan a los poetas, contentan a los empíricos, encantan a los reprimidos, enemigos todos de la “solución sexual”, porque encuentran en esos argumentos el apoyo donde sustentar su negativa.

La solución de sublimar el instinto en una desexualización recreativa, de lectura, ejercicios físicos, alimentación balanceada, etcétera, debe desecharse -si se presenta como única alternativa- porque evade considerar la situación del cónyuge inocente.

¿De qué le vale a un sentenciado el sacrificio de controlar su constante erotismo, cuando sabe que su esposa, novia o conviviente no lo puede reprimir? ¿No estamos abogando por soluciones científicas? Abandonemos entonces las medidas impracticables, que aunque conforman a los improvisados, no remedian el problema.

Propiciar de otro lado, únicamente el desfogue sexual del recluso, es propender a un apareamiento zoológico masivo. Lo que se persigue es algo mucho más alturado y trascendente, crear una política sexual de prisiones destinada a mantener el vínculo matrimonial; reforzar la unión familiar; motivar al interno para un mejor y más responsable comportamiento; e impedir que desvíe su erotismo a prácticas sexuales anormales.

¿Puede entonces satisfacerse heterosexualmente a todos los detenidos que se encuentran en prisión?

Evaluados los planteamientos propuestos, analizados los estudios realizados y confrontadas las experiencias aplicadas en países que se atrevieron a enfrentarlo, afirmamos categóricamente ¡no existe una solución total al problema de la continencia sexual del recluso!

Cabe eso sí la posibilidad de adoptar una política estatal inteligente, que controle el mal e impida su propagación. Pero ésta debe ser consecuencia de nuestra propia experiencia, más que apasionada subordinación a ideas foráneas. Un personal penitenciario no se improvisa en semanas ni meses, sino en ciclos curriculares de estudios, aprendizaje “*in situ*” y experiencia. Sin el concurso de ese personal, técnicamente capacitado, nada se puede conseguir.⁴⁵ Algunas instituciones que han tenido éxito en otras

⁴⁴ José León Sánchez. La isla de los hombres Solos. Organización Editorial Navarro. Barcelona, 1972.

⁴⁵ Suprimir el Centro de Capacitación Penitenciaria a fines de 1968, fue una desacertada medida de la Dirección General de Prisiones, especialmente si se considera que la escuela había logrado formar tres promociones aceleradas de auxiliares de readaptación. Si bien la enseñanza que se imparte a los postulantes al cuerpo de prisiones, debe abarcar un período normal de dos años, el entusiasmo de querer hacer todo en poco tiempo forzó nuestra decisión de hacer funcionar el centro en ciclos semestrales, lo que puede catalogarse como “una barbaridad docente”. Pero, aunque reconocemos la equivocada política seguida, las circunstancias que la motivaron han permitido contar en la actualidad con 180 vigilantes, con nociones de ciencia penitenciaria, derecho de ejecución penal, derecho constitucional, psicología, sociología, criminología y legislación carcelaria. Por esta razón, aun coincidiendo con nuestro compatriota Luis Alberto Sánchez, en que ese tipo de enseñanza puede considerarse complementario, mas nunca supletorio, creemos que la administración vigente podría enmendar rumbos reabriendo la Escuela de Capacitación convenientemente estructurada, de acuerdo a modernas técnicas educativas; a un plan más completo y extenso de enseñanza, para que la formación y preparación técnica del personal de prisiones peruano sea permanente, que es lo que realmente interesa. Para el primer semestre de 1996 se terminará el moderno edificio que servirá como Centro de Formación Penitenciaria y Centro de Altos Estudios Criminológicos y Penitenciarios, en el Callao.

naciones, aquí serían de relativa utilidad si las aplicamos indiscriminadamente. Diferencias culturales, convencionalismos superados y años de duro esfuerzo, exigirían, a su vez, un largo proceso de maduración para imponerlas en nuestro medio, adecuándolos a nuestras particulares condiciones socioeconómicas.

La aplicación de una política gradualista y progresiva

¿Cómo conciliar esta aceptación de relatividad con el deseo de enfrentar el problema sexual? Nosotros creemos que ello no implica el reconocimiento anticipado de un fracaso ni debe propiciar un tímida intervención gubernamental, sino al contrario, promover variedad de operaciones agresivas y valientes, aplicadas ya sea simultánea, progresiva o alternativamente. Esto le dará coherencia sistemática al esfuerzo que se piensa realizar, teniendo presente el principio penológico de que el tratamiento debe ser, sino individual -que sería lo deseable- por lo menos en grupos de penados psicológicamente homogéneos y de condición jurídica y civil semejante.

La visita íntima como primera alternativa

La medida más aceptada y la que menos problemas iniciales de rechazo presenta, es la llamada "visita conyugal", conocida también como "visita íntima", y que anteriormente se mal denominó "venusterio"⁴⁶. Consiste en autorizar a esposas y convivientes de detenidos sentenciados, para que concurren al penal y mantengan relaciones carnales en habitaciones especiales y aisladas, preparadas para ese fin, cada 15 ó 30 días, o en la oportunidad que la admi-

nistración considere conveniente, según sea el comportamiento del reo.

Esto circunscribiría el campo de tratamiento a un tercio de la población penal peruana, conformada por reos sentenciados, de acuerdo a los resultados preliminares del primer censo penitenciario (71% de procesados, 29% de sentenciados).⁴⁷

El porqué de un tratamiento diferente a sentenciados y procesados

¿Por qué no consideramos a los procesados en los beneficios de una política sexual de prisiones? Existe una razón de mucho peso, que impediría por ahora, tenerlos en cuenta. Su situación jurídica no definida los colocaría fuera de la órbita penitenciaria. Casi 10,000 reclusos de los 14,000 detenidos, están bajo la jurisdicción del Poder Judicial.⁴⁸ Sus procesos y las diligencias investigatorias que se derivan, los tienen tan apremiados y el plazo de detención es tan variable... que cualquier proyecto que los incluya y cualquier tratamiento que se inicie, puede truncarse. Esto, sin considerar el excesivo celo que siempre han demostrado los jueces sobre los detenidos que tienen a su cargo.⁴⁹

Aceptando esta reducción, circunscribiéndonos a los sentenciados ¿qué establecimientos carcelarios apropiados tiene hoy el país para iniciar la visita conyugal? Sólo uno, el Centro Penitenciario de Cachiche en la ciudad de Ica, que cuenta con un local anexo especialmente construido para ese objeto, al que no se da la utilización debida.⁵⁰

Muchos protestarán, diciendo ¿qué seriedad puede tener un plan que limite los alcances de un servicio

⁴⁶ Uno de los últimos directores de prisiones, mostraba su preocupación en una reciente reunión del Colegio de Abogados, y refiriéndose al problema sexual, manifestaba: "todos hablan de venusterios, pero nadie sabe cómo hacerlos funcionar". Respetuosamente me permito contestarle: decir venusterio es utilizar un arcaísmo. Si usted se refiere al régimen de visita conyugal, le sugiero lea este artículo, que es de iniciación elemental; aunque cabría contestarle: Si en la administración pública nacional, los directores generales -técnicos de alto nivel ejecutivo no saben que hacer, ¿a dónde vamos?.

⁴⁷ "De una población penal de 12065 reclusos, 8392, tenían la condición jurídica de procesados y 3613, eran sentenciados". Informe preliminar del Primer Censo Nacional Penitenciario. Fernando Vega Santa Gadea. Lima, diciembre de 1967. En 1995, de una población penitenciaria de 22000 reclusos, casi 18000 son procesados.

⁴⁸ La cifra de 14,000 detenidos, corresponde extra oficialmente a la calculada por la Dirección General de Establecimientos Penales, para establecer una cantidad aproximada para la partida de "alimento de reclusos", en su presupuesto bienal. 1971-1972.

⁴⁹ El temor de que se le comprenda en una investigación judicial, fue hasta hace poco "la espada de Damocles" del funcionario penitenciario; y ese recelo estaba en parte justificado. Algunos jueces instructores utilizaron -pensamos que con cierta liberalidad- el recurso de abrir instrucción a ejecutivos de la administración carcelaria cada vez que, por ejemplo, se producía una fuga. En 22 meses de Director General, concurri varias veces al Palacio de Justicia a rendir instructiva. En otra ocasión, tres altos funcionarios de penales viajaron urgentemente en avión a Chachapoyas para prestar declaración sobre la huida de un preso de esa localidad. Hoy pareciera ser que por fin se ha entendido que las evasiones se producen hasta en las prisiones más seguras del mundo; que la fuga es un derecho de todo hombre que sufre privación de libertad, y que, si bien debe iniciarse una investigación judicial, ésta debe dirigirse a determinar qué grado de responsabilidad le alcanza al vigilante o custodio que tenía la obligación de custodia directa sobre el evadido.

⁵⁰ (Ver nota 10). A finales de 1995, 25 Centros Penitenciarios recién inaugurados, 15 nuevos y 10 íntegramente remodelados, contaban con un pabellón para visitas íntimas en actual funcionamiento.

asistencial a sólo 300 ó 400 penados, de una población total de 14,000, o sea ni el 3%? Considerando que en el penal de Cachiche habían sólo 100 sentenciados, no es el 3% sino menos del 1%.

Estas cifras oficiales irrefutables, demostrativas de una negativa realidad, comparativamente con la de otros países, son pavorosas. Sin embargo, no se debe sólo a la errada política carcelaria, al empirismo, la improvisación, la desidia y al descuido de décadas. Esas son las principales causas. Hay también otros factores -algunos ajenos a la problemática penitenciaria- que influyen para agravarlas. La lentitud del procedimiento judicial, consecuencia no sólo de códigos anacrónicos, procedimientos coloniales, escasez de jueces, que, además no tienen una preparación adecuada ni una remuneración acorde con sus funciones; la proclividad delictual en aumento debida, entre otras causas, a nuestra sociedad de consumo -que impulsa a esa avaricia de poseer e incapacidad de postergar-; la desocupación y el desempleo, la superpoblación marginal, ascendente por una incontrolada migración campesina; la crisis generacional de valores, etcétera; contribuyen a conformar este panorama desolador.

Pero, aunque los inicios de un plan nacional en el aspecto sexual carcelario se presentan poco prometedores y muy modestos, se pueden ejercitar otras acciones que lo modifiquen gradualmente; por ejemplo el Centro Penitenciario de Lurigancho, aún descuidado y con la anárquica administración existente, puede convertirse en un penal susceptible de incorporar la visita conyugal; existe espacio disponible para la construcción de un edificio apropiado. Igualmente, al penal inconcluso de Cuzco, en Quenquero y Qochapata, una vez terminado, se le puede comprender en ese beneficio. Estas medidas aumentarían el probable número de reclusos favorecidos, a 1,600. 100 de Ica, 1,200 de Lurigancho -la mitad de su capacidad real- y 300 del Cuzco, siguiendo el mismo criterio.

Reclusos casados y solteros

¿Todos los reclusos sentenciados deben tener derecho a la visita íntima? Pensamos que sólo los casados civil y religiosamente, o los que mantengan una relación de concubinaje más o menos permanente.

Los sentenciados solteros, viudos o divorciados sólo podrían tener acceso carnal con prostitutas. En otras partes se ha intentado una experiencia análoga y hasta donde yo sé, en todas ha fracasado. Las causas varían. A una administración generalmente corrupta como la penitenciaria, se le encarga contratar prostitutas y administrar el comercio carnal, lo

que equivale a juntar el hambre con la necesidad. Se prestaría a fomentar el lucrativo negocio del proxenetismo, disimulado por el ropaje oficial que le daría el tono de respetabilidad y la seguridad de impunidad requerida. Los reclusos con recursos económicos se convertirían -en mérito a ese consentimiento- en autoridades, y éstas -por la "coima"- en sus fieles servidores. Se incrementaría el tráfico de narco-estimulantes. Peligraría la seguridad misma del penal por la fácil introducción de armas. La salubridad sufriría un serio deterioro con la proliferación de enfermedades venéreas. Todo lo cual relajaría la moral institucional y resentiría la disciplina. ¿De qué rehabilitación social podríamos hablar, si se comercia con prostitutas y se favorece el tráfico de estupefacientes?

Para contrarrestar ese desequilibrio, la administración carcelaria deberá propiciar que los reclusos formalicen legalmente su unión y que los viudos, solteros y divorciados tengan las facilidades necesarias para contraer matrimonio o formalizar, de alguna manera su relación convivencial. Así aumentarían los sentenciados aptos de ser considerados en la política sexual.

Aunque se carece de estadísticas oficiales se puede deducir supletoriamente por el índice delictual promedio, 20 a 25 años, que no más del 50% de los sentenciados son casados o convivenciales. Es decir, que sólo 800 reclusos pueden ser autorizados para tener visitas conyugales.

El servicio social criminológico y la infraestructura indispensable

Con los datos reseñados y los cálculos tentativamente establecidos ¿estamos en condiciones de iniciar en el Perú el programa de visitas íntimas? ¡De ninguna manera! Falta lo indispensable, crear la infraestructura que lo lleve a cabo. Un servicio de asistencia e investigación social, entidad dependiente del servicio social criminológico, que califique y de el visto bueno por cada familia encuestada; un personal penitenciario idóneo, verdadero auxiliar de readaptación, que sirva dentro del penal para estudiar directamente la conducta y el comportamiento del reo solicitante; un equipo profesional, conformado por psicólogos, psiquiatras, médicos, pedagogos y el capellán de la prisión, los que previa observación científica, opinen sobre la conveniencia de la visita. Con estos requisitos, la dirección del penal autorizará la experiencia propuesta.

La visita íntima, sería la primera de otras alternativas a seguirse, no la única. Aquí vale la pena incidir nuevamente -aunque seamos reiterantes- en el error

que representa ceñirse tercamente a una sola y exclusiva opción en materia de política sexual. La experiencia ha demostrado que ese encasillamiento ha sido la causa de los fracasos que siempre han rondado a los que prefirieron ese comportamiento, con prescindencia de otras posibilidades.

El permiso de salida como adecuado complemento

En algunos países latinoamericanos se ha establecido una medida accesoria para suavizar el tratamiento, al implantar una etapa de prueba conocida como "el permiso de salida". Si bien en nuestro medio, "la Unidad de Normas de Ejecución" lo contempla, circunscribe su empleo a determinadas condiciones, ninguna de las cuales se ajusta al caso concreto que nos ocupa. En efecto, la regla 23 establece que los permisos especiales de salida podrán otorgarse hasta por un máximo de 48 horas, procediendo sólo por enfermedad grave -debidamente comprobada- de un familiar cercano; nacimiento de un hijo y gestiones personales y de trabajo. La presencia permanente y fiscalizadora del guardia-vigilante, excluiría cualquier tratamiento compensador.

Sin embargo, debidamente reglamentado, el permiso de salida, concordando con el numeral quinto del citado cuerpo legal, podría ampliar su finalidad haciéndola más compatible con el reconocimiento de los derechos que le son inherentes, y transformándose en una autorizada salida de "visita familiar", susceptible de otorgarse al condenado que reúna determinados requisitos (mitad de la condena cumplida, buena conducta y demostrada vocación de rehabilitación). Salida los sábados para regresar los lunes a primera hora. Este permiso se podría otorgar cada mes y para casos especialmente estudiados. Es cierto que existe la posibilidad de una fuga; es cierto también que en los países que se otorgó, la frecuencia con que éstas se produjeron hizo peligrar o fracasar el régimen. Pero por un solo recluso que regrese al penal al término del permiso, más integrado socialmente, y más convencido de la bondad y finalidad de la experiencia, bien vale la pena correr el riesgo.

Vacaciones de reclusos. ¿Una experiencia revolucionaria?

Otra medida ensayada con excelentes resultados en Rusia hace casi 50 años, consiste en "vacaciones concedidas a reclusos".⁵¹ Para muchos resultará risible pensar siquiera en la posibilidad de que sentenciados a penas privativas de libertad, puedan gozar de vacaciones. Para otros, la sola idea debe repugnarles. Pero para unos pocos, puede significar una experiencia revolucionaria.

Indudablemente que se produce un conflicto abismal entre proponer una solución de ese tipo en países subdesarrollados, y aplicarlo luego con éxito. No dejamos de reconocer que esta solución sea objeto de reservas y blanco de fácil crítica. Algunos dirán: eso es propiciar fugas masivas; otros añadirán: los guardias estarían dedicados sólo a recapturarlos. Pero, adoptada experimentalmente en un penaltipo de nuestra sierra, por ejemplo en la zona del valle del Mantaro, Cajamarca, Huaraz, de fácil acceso, y con determinada calidad de sentenciados, puede ampliarse progresivamente, si la orientación inicial es cuidadosamente planeada; representando un positivo avance penológico en el proceso de rehabilitación del penado serrano.

Las vacaciones otorgadas a los reclusos, consistirían en permisos de 10 ó 15 días en épocas de siembra, e igual período para la cosecha. Se escogería a los penados de mejor conducta que hayan cumplido la mitad de su condena, autorizándolos para reintegrarse a sus comunidades o caseríos de origen. Los beneficios serían incalculables, hablando en términos de integración social. En los valles, laderas y cumbres de la sierra, el minifundio está considerablemente extendido y a falta de padre -en prisión- la mujer y sus menores hijos, la trabajan con enorme sacrificio.

El recluso de esa región nacional, ha sido objeto siempre de un trato inhumano. Hasta el nombre "serrano" es sinónimo de desprecio, por aquellos que añoran pasadas épocas de blasones y escudos y abominan de los nuevos conceptos de integración.⁵² El detenido de la sierra es desarraigado brutalmente

⁵¹ Luis Jiménez de Asúa, ob. cit.

⁵² El Dr. José Bustamante y Rivero, expresidente de la República y expresidente de la Corte Internacional de la Haya es premonitorio cuando dice que "es penoso comprobar que aunque se haya hablado y escrito mucho sobre la cuestión indígena, una fuerte proporción de los habitantes blancos del país no la conoce, ni la siente ni se da cuenta de su magnitud" y agrega "Los hombres de la costa no sienten la emoción de lo indígena por que no han sufrido nunca la agresión de la puna, ni los ha mordido el viento de los pajonales ni saben lo que es la soledad de un pastor a 4,000 metros de altura -entre el yermo y las nubes- ni han visto al ser humano convertido en animal de carga ni tienen idea de los métodos crueles del gamonalismo". Mensaje al Perú. Ed. Universitaria. 1960. Lima.

de su entorno natural para “desubicarlo” en un penal capitalino. Su esposa o conviviente se ve obligada a desprenderse de su único patrimonio, “su chacrita”, para solventar los gastos más urgentes del juicio. El dinero desaparece en manos del “tinterillo” de turno o del “causionario” -que es casi lo mismo, pero con diploma-, que cobra honorarios sin ejercitar ninguna acción legal. Y así se pierde el juicio y llega la condena. Recién comienza la odisea. El serrano no se queda en Lurigancho. Se le traslada a la prisión insular del Frontón o a la Colonia Penal Agrícola del Sepa. En esos establecimientos es escarnecido permanentemente por los “palomillas costeños” y explotado por los vigilantes. Unese a ello la dolorosa separación de su familia, que ya no lo puede acompañar. La nostalgia de su terruño, el clima distinto, la comida extraña y la diferencia del idioma, lo impactan traumatizándolo. No es raro encontrar grupos de tejedores serranos en el pabellón aéreo del Frontón o chancheros y madereros en las chacras ubicadas de las márgenes del río Urubamba, cerca del Sepa. Pero siempre separados de los otros, silenciosos, resentidos, inmunes a cualquier tratamiento.

¿Cómo se puede franquear ese muro invisible de odio y rencor? ¿Cómo se consigue motivar al recluso de nuestra sierra abriéndolo a los beneficios de la readaptación? ¿No es sugerente la propuesta de “vacaciones”?

Las colonias familiares penales

En su libro “El problema sexual de las prisiones” Altmann propuso como solución, la implantación de las colonias familiares penales. Si bien desde esa época las condiciones socio-económicas del país han variado sustancialmente, la situación de los reclusos sigue igual sino peor, lo que relievra la tesis germinal de nuestro compatriota.⁵³ La idea es buena y actualizada puede utilizarse convenientemente. Consistiría en la construcción de edificios de material prefabricado, en lotes de terreno agrícola de 10

a 20 hectáreas de extensión, con un régimen de semilibertad, a fin de que sentenciados puedan tener opción a vivir con sus familiares durante el tiempo de condena, dedicados a faenas agrícolas o de granja.

Estas colonias, bien administradas, pueden convertirse en corto plazo en autosuficientes. Los gastos de instalación son considerablemente menores que los que requieren los edificios de material noble de las grandes ciudades. El personal de custodia no es numeroso y el personal técnico puede reducirse a un médico, un psicólogo, un experto agrícola o un veterinario, según sea la extensión de la tierra o el número inicial de animales. La capacidad máxima de penados no deberá exceder de 100, considerándose a éstos por familias. Así, la labor del psicólogo sería realmente eficaz; tratamiento individual o en pequeños grupos de reclusos.

Una prudente política estribaría en construir inicialmente dos colonias. Una en la zona norte, entre los departamentos de Lambayeque y La Libertad. Los valles costeños de esa región son fértiles y el clima estable; las vías de comunicación accesibles a una serie de poblados y villorrios. La superpoblación de las ruinosas cárceles de Chiclayo y Trujillo se aliviaría enormemente. Otra colonia podría ubicarse tentativamente en la campiña arequipeña; las mismas condiciones de la tierra y la facilidad de vías de acceso, recomendaría esa zona. El antiguo penal “siglo veinte”, hermosa construcción de sillar, aunque no sufre el agobio de espacio de las prisiones norteñas, tiene un alto porcentaje de campesinos o chacareros, entre los que se escogerían a los primeros ocupantes de la nueva prisión, abarcando, como zona de influencia, a los penados de los departamentos de Moquegua y Tacna.⁵⁴

De acuerdo con la práctica alcanzada, si se comprueba su eficacia, se podría extender el régimen de colonias familiares construyéndose otros tres penales. Dos en la sierra y el restante en la selva.⁵⁵ Puno

⁵³ Julio Altmann Smythe, ob. cit.

⁵⁴ Las regiones y departamentos indicados como sitios probables para la construcción de colonias familiares penales no fueron escogidas al azar. Según los datos arrojados por el primer censo penitenciario esas zonas eran las de mayor incidencia carcelaria en el país. Los resultados provisionales del Censo de Población y Vivienda realizado en junio del presente año, corroboran este aserto y demuestran fehacientemente que la encuesta efectuada por la Dirección General de Establecimientos Penales en junio de 1967, fue correcta. Informe Preliminar del censo penitenciario citado. Revista del Primer Ministro. Año 1, No. 2. En el plan penitenciario 1992-95, se aprobó convertir la Colonia Penal Agrícola “El Sepa” en la primera Colonia Penal Agrícola Familiar; con una población inicial de 50 a 100 familias. En el presupuesto para 1996 se considera una partida para ese objetivo.

⁵⁵ El 20 de julio de 1968 la Dirección General de Establecimientos Penales presentó un proyecto a la Cámara de Diputados titulado: Readaptación del Delincuente en el Departamento de Puno, en el que recomendaba la construcción de una “colonia familiar agropecuaria” en ese departamento. Como antecedente es bueno recordar que ya en 1946 se intentó crear una de esas colonias en la isla de Taquille (Lago Titicaca); pese a que el sitio no era adecuado, ya en esa época el Dr. Altmann, entonces Director General de Prisioneros contemplaba la posibilidad de incorporarlas al sistema carcelario peruano.

en la sierra sur y Cajamarca en la sierra norte son dos zonas adecuadas. La población penal numerosa y los establecimientos carcelarios en pésimas condiciones, son razones suficientes que avalan esa decisión. La colonia puneña podría asumir algunos penados de Cuzco, y la colonia cajamarquina, a los de la sierra de Piura y La Libertad. En la Selva, Iquitos, por ser sede de distrito judicial, es un lugar apropiado. En los alrededores de la ciudad una colonia agrícola o de carácter mixto, con aserradero y utilización industrial de la madera podría fácilmente convertirse en un penal modelo.

Régimen diferente para el recluso costeño

¿Por qué preferimos a reclusos del campo, prescindiendo de los de la ciudad? El hombre del campo puede fácilmente llevar a su esposa e hijos. Trabajaría en labores que no le son extrañas, en condiciones y niveles de vida similares a los que desempeñaba en libertad. El recluso costeño, especialmente el de ciudad, difícilmente se acostumbraría al cambio y aunque aceptaría de buen agrado cualquier variación que mejore su *status*, tendría problemas de ambientación familiar muchas veces insolubles.

Permiso de fin de semana para el cónyuge. Experiencia brasileña

Para el sentenciado originario de Lima podría escogerse la alternativa aplicada satisfactoriamente por Brasil, en las prisiones de Baurú y San José de Río Preto, consistente en un permiso de fin de semana para que la mujer del recluso pueda pasar dentro del penal 48 horas con su marido o conviviente.⁵⁶ La implantación de este régimen obligaría a construir un penal de tipo mixto agrícola-industrial fuera de la capital. El camino a Canta, recomendado anteriormente por los técnicos, sería un buen lugar, por su cercanía. Tendría anexo al local central, departamentos o *bungalows* para recibir las visitas los sábados al mediodía, hasta el lunes por la mañana. La concesión del permiso, dependería de la investigación científica del equipo especializado y la buena conducta del penado, que lo haría acreedor a este beneficio penitenciario.

La prisión abierta, solución para un régimen perfeccionado

Extendida esta medida, según los resultados alcanzados, propiciaría a su vez otra, que actualmente despierta creciente interés y admiración de criminólogos y penitenciaristas "La prisión abierta". Esta innovación penológica descansa básicamente en dos aspectos, uno de condiciones de la ejecución penal: ausencia de rejas, muros y vigilancia contra posibles fugas; y otro, subjetivo, basado en el autocontrol y disciplina personal de cada interno. Para muchos tratadistas, más que una etapa perfeccionada del régimen progresivo, es un nuevo régimen penitenciario, basado en medidas preventivas de control, que superan las punitivas de privación.⁵⁷

La prisión abierta, desarrollada para el grupo familiar -recluso, mujer e hijos- sería la consecuencia de todas las otras medidas propuestas. La autorización para vivir en un establecimiento de ese tipo circunscribiría el tratamiento a sólo un 10% o 15% de sentenciados, porque los beneficios que importe, no pueden otorgarse sino a los mejores reos, seleccionados por su aptitud y característica de adaptabilidad; además su implantación en el país importaría haber superado con éxito las otras alternativas y preparado un personal penitenciario escogido, moralmente intachable y técnicamente capacitado, que es el único que podría llevarla a cabo.

Otras medidas complementarias

Como medidas complementarias que refuercen las soluciones planteadas, la administración carcelaria deberá propender a que en los establecimientos carcelarios existentes, especialmente en Lurigancho, se dé preferencia a las actividades de recreación, deportes intensivos y educación sexual. Va a pasar todavía algún tiempo para que el porcentaje de procesados en relación al de sentenciados varíe considerablemente⁵⁸. Por esta razón las medidas que se adopten (control médico, comidas balanceadas, etc.) podrán servir de ayuda a los reclusos que no puedan acogerse a los beneficios propuestos.

⁵⁶ Elías Neuman. Prisión Abierta. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1962.

⁵⁷ Aunque en dichos establecimientos se experimenta con éxito el régimen de prisión abierta, Neuman señala que también se otorgan permisos de visita familiar. Neuman, ob. cit.

⁵⁸ Este ensayo se escribió hace más de 20 años. En el mes de Febrero de 1996 la población penal del Perú era aproximadamente: 80% de procesados y sólo el 20% de sentenciados. Entre 1975 y 1995, la morosidad judicial se agudizó dramáticamente y no tiene visos de solución inmediata.

Poder cumplir con un proyecto como el que planteamos, supone superar una serie de obstáculos; ninguno tan difícil de vencer entre todos, como el de la incomprensión o intolerancia sexual. Los prejuicios religiosos y los convencionalismos sociales, productos de la ignorancia o pseudoconciencia, han creado un monstruo sagrado llamado "tabú", todavía muy poderoso como para que el penitenciario no lo tome en cuenta. Y valga esta aclaración para salvar una aparente omisión: el problema sexual de las reclusas no ha sido tocado. Y es que proponer soluciones al desfogue del instinto sexual de las sentenciadas en las actuales condiciones, sería ilusorio e imposible de cumplir. Primero quebreemos la resistencia de los retrógrados demostrando la factibilidad de las medidas formuladas en relación a los sentenciados varones, luego ampliamos la política como lo hace México con sus reglas mínimas de 1971. Además, el número de reclusas en el país, 354, (según el censo total de 1967), significa sólo un 3% de la población total carcelaria en condiciones de vida comparablemente, mucho más llevaderas que la de hombres⁵⁹.

Y así casi sin desearlo, estamos hablando de medidas de largo alcance y planeamiento estructural. Y es que la planificación se desarrolla en años de trabajo y no con discursos de fin de año. El esfuerzo que demanda su realización debe ser la consecuencia de una acción continua, armónica y coherente, para que esa misma continuidad le de garantía de solidez y esperanza permanente de perfección.

La autonomía en la dirección general de prisiones

La implantación en el Perú de éstas y otras medidas, debe ejecutarla el organismo que por ley está encargado de llevar a cabo la ejecución de sentencias condenatorias. Esa responsabilidad, recae sin embargo, en una dirección general de prisiones que no es autónoma. El Poder Judicial retiene -indebidamente en nuestro concepto- la facultad de señalar en la sentencia, el penal donde deberá cumplir un sentenciado.⁶⁰

Esto es un contrasentido. ¿Cómo se puede individualizar científicamente un tratamiento, cuando una administración ajena lo obstaculiza?

Es necesario restituirle a la dirección de penales la autonomía de que debe estar premunida. Nadie se atreve a discutir que la individualización judicial es competencia del juez; nadie debería cuestionar entonces que la individualización penitenciaria sea atribución exclusiva de la Dirección de Prisiones que es la que debe fijar, mediante la observación de un equipo técnico, el tratamiento a seguir con cada condenado, y el penal al que debe ser asignado para propiciar su rehabilitación social.

Consideraciones finales sobre política penitenciaria

El problema sexual constituye "un caso particular" del problema general penitenciario. Quizá por esta razón ninguna medida orientada a terminar con la lacra sexual en nuestras prisiones puede tener éxito si se circunscribe a una acción aislada e independiente y no forma parte de una solución integral que abarque toda la compleja problemática carcelaria.

Buscar una salida al problema sexual del recluso es ocuparse de satisfacer la necesidad fisiológica primaria de un ser que -como persona- es una totalidad que debe contemplarse globalmente y no sólo en sus instintos más elementales. Este hombre, complejo microcosmos de apetencias, anhelos, inhibiciones, y frustraciones, debe ser objeto de un tratamiento readaptador encaminado a reintegrarlo a la sociedad. Esto representa de por sí la gran motivación criminológica, porque para resocializarlo, hay que llegar a la esencia misma del ser, buscada a través de su finalidad trascendente; fomentar sus valores morales; compensar sus deficiencias culturales; eliminar y modificar los factores criminógenos de su personalidad, adiestrándolos para el trabajo honrado y revitalizar la fe y confianza en sí mismo, para el momento crucial -cuando recuperada que sea su libertad- tenga que enfrentarse a su destino.

¿Qué es lo accesorio y qué es lo principal en un sistema correccional como el nuestro? y no me retracto del término en su más cruda realidad. ¿Cómo debe encauzarse la acción del Estado para que los escasos recursos de que dispone, no se diluyan en estériles esfuerzos? En materia penitenciaria nada es marginal, todo es importante y merece atención

⁵⁹ En 1995 existen en el Perú varios penales mixtos o de mujeres que cuentan con el programa de visitas íntimas. Para 1996 el Penal de Mujeres de Chorrillos tendrá un pabellón para esa finalidad.

⁶⁰ El artículo 285 del C.P.P. establece que la sentencia condenatoria deberá contener entre otras especificaciones. "el lugar donde debe cumplirse la condena". Código de Procedimientos Penales, Fernando Guzmán Ferrer. 5a. Edición. El actual Código de Ejecución Penal (1992) precisa que le corresponde a la administración penitenciaria (INPE) señalar el penal en el que debe permanecer un detenido.

preferente, porque el planeamiento carcelario debe ser la expresión ordenada de una política global y consistente. La intervención estatal no debe centrarse únicamente en administrar establecimientos carcelarios, sino sustancialmente en recuperar al hombre. Por esta razón, resolver el problema sexual del sentenciado importa tanto al penitenciario, como tener un personal científicamente preparado y moralmente intachable; disponer de suficientes talleres eficientemente organizados, para aplicar masivamente y no en forma discriminada el beneficio de la redención de penas por el trabajo; contar con aulas y profesores en cantidad y calidad necesarios para empezar una auténtica reforma educativa, superando el alto índice de analfabetismo detectado en el censo penitenciario de 1967,⁶¹ poseer los recursos presupuestales necesarios, el equipo especializado de arquitectos e ingenieros y un elaborado plan para la construcción de nuevos y mejores establecimientos carcelarios, ajustando el proyecto, diseño y ubicación de los locales a modernas técnicas arquitecturales, densidad de población penal, recomendaciones de las reglas mínimas y principalmente a los postulados de la ciencia penitenciaria;⁶² desterrando para siempre este afán elefanteásico de edificaciones faraónicas, fáciles de inaugurar, difi-

les de equipar e imposibles de administrar competentemente, como lo fue Lurigancho que hoy, con 5000 reclusos, es un penal inmanejable.

Nadie que conozca lo que es un programa de ejecución penal, puede concebir que éste se lleve a cabo sin el auxilio del psicólogo, el psiquiatra, el sociólogo, el sexólogo, el asistente social y los expertos en trabajo y educación penitenciarios.

Esos requerimientos son indispensables para lograr una auténtica política de readaptación, en donde la progresividad del tratamiento deje de ser una profecía de teóricos, para convertirse en realidad tangible, merced a la aplicación de actualizados métodos individuales.

En esta fase de la relación punitiva Estado-reo, lo que en última instancia importa, es la recuperación del sentenciado. Ese hombre, momentáneamente segregado y permanentemente estigmatizado, es, como todos los hombres, quiérase o no, el sujeto principal de la historia y la célula básica de una sociedad que no ha sabido darle la importancia prioritaria que en realidad se merece.

⁶¹ El censo penitenciario comprobó que de 7438 reclusos, 31% de la población penal nacional eran analfabetos o semianalfabetos. Informe preliminar citado.

⁶² "Para proyectar y edificar un establecimiento penal, no es bastante saber construir y embellecer un edificio conforme con las nociones generales de las disciplinas arquitectónicas. No es suficiente que el profesional se haya compenetrado en los conocimientos de la arquitectura. Es preciso, además que él se encuentre imbuido de básicos principios de la actualizada ciencia penitenciaria que continuamente evoluciona". Julio Altmann Smythe. *Arquitectura Penitenciaria*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Pags. 56 y ss. 1970. En 1995, la mitad de la población penal del Perú cuenta con modernos centros carcelarios, construidos entre 1992 a 1995 y esa política de crear una infraestructura carcelaria debería continuar, consistentemente durante el próximo quinquenio.

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.

MORA Y DEMORA¹

Roberto M. López Cabana
Profesor Titular
Universidad de Buenos Aires
Universidad Católica

1. UBICACION DE LA PROBLEMÁTICA

Lo que concierne al incumplimiento temporal debe ser considerado desde un doble punto de vista: la concepción tradicional de **mora** y la operatividad de uno de sus componentes esenciales: la **demora**, cuyo protagonismo es creciente.

2. LA MORA. NECESIDAD DE SU ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN EL MERCOSUR

Resulta prudente comenzar por reseñar la legislación sobre la mora en los países del Mercosur, en atención a que quienes lo componen se han comprometido a armonizar sus textos legales (artículo 1 del Tratado de Asunción), proceso que resulta especialmente viable por la común raíz romanística de los Códigos civiles latinoamericanos.²

En las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, Argentina, 1993) se recomendó insistir en la trascendencia de los principios generales del Derecho latinoamericano, con raíz en el Derecho Romano (com. 8) y armonizar el Derecho patrimonial en el Mercosur, entre otros aspectos asegurando la más amplia protección de los derechos de la víctima, afirmando que "a todo daño corresponderá una reparación adecuada" (com. 9).

La concepción tradicional de la mora, con el componente subjetivo que le es propio, no se condice con el dinamismo propio de las modernas relaciones patrimoniales, ya que es un procedimiento con infinitos matices y de difícil acceso para los no iniciados. En tal sentido, el doctor López Cabana propone difundir el criterio que prescinde de la interpelación, y atribuir cada vez mayores efectos al simple retardo en el cumplimiento de la obligación; de esta manera se evitarán arduas pesquisas y procedimientos engorrosos, favoreciéndose a quienes resultan dañados por el incumplimiento.

¹ Agradecemos al Doctor Carlos Cárdenas Quirós, miembro del Comité Consultivo de THEMIS, por cedernos este artículo para su publicación.

² ALTERINI, Atilio A. - BOLDORINI, María Cristina, "Estructura general", en ALTERINI, Atilio A., El sistema jurídico en el Mercosur, N°1, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 104.

Utilizaré un criterio que no se vincula con el orden alfabético o la extensión territorial de los países miembros, sino con la antigüedad de los textos legales, que ubica a la República Oriental del Uruguay en primer término; haciendo notar, sin embargo, que la ancianidad de su legislación sobre la mora va en desmedro de la ansiada armonización.

Desde el 1º de enero de 1869, el artículo 1336 del Código Civil uruguayo dispone que “el deudor cae en mora, sea por interpelación judicial o intimación de la protesta de daños y perjuicios, sea por la naturaleza de la convención, o por efecto de la misma, cuando en ella se establece que el deudor caiga en mora por sólo el vencimiento del término”.

Esta norma magníficamente explicada en el Uruguay por Peirano Facio y Gamarra³ exige, como lo hacía el antiguo artículo 509 del Código Civil argentino, la **interpelación**, con características singulares: el requerimiento judicial a través del juez, del alguacil, o del escribano público, y más recientemente -según me ilustró el profesor Ordoqui Castilla- por telegrama colacionado, según una ley uruguaya que deriva del Código General del Proceso (artículo 81).

También exigen interpelación los Códigos francés, belga y luxemburgués (en el mismo artículo 1139 de cada uno); monegasco (artículo 994); haitiano (artículo 930); holandés (artículo 1274); español (artículo 1100); de Puerto Rico (artículo 1053); guatemalteco (artículo 1428); boliviano (artículo 340); peruano (artículo 1333); y la requieren -pero sin comprender la hipótesis de obligaciones a plazo- los Códigos alemán (párrafo 284); suizo de las obligaciones (artículo 21); libanés de las obligaciones y de los contratos (artículo 257); italiano (artículo 1219); portugués (artículo 805); griego (artículo 340); panameño (artículo 985).

En la Argentina el artículo 509 del Código Civil (texto original de Vélez Sársfield) también requería la interpelación para la constitución en mora.

Los proyectos de reforma fueron coincidentes en conservar esa regla: Anteproyecto Bibiloni (artículo

1020), Proyecto de 1936 (artículo 572), Anteproyecto de 1954 (artículo 860).

El artículo 717 del Proyecto de reformas al Código Civil del Poder Ejecutivo⁵ establece un principio general similar al que contenía el artículo 509 histórico: “Para que el deudor incurra en mora es necesario que se requiera judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación”. Es decir, “persigue restablecer el principio de la mora *ex persona*”⁶.

El proyecto de reformas al Código Civil de la Cámara de Diputados de 1993, siguiendo el criterio del Proyecto de Código Unico de 1987 (convertido en Ley 24.032 y vetado íntegramente por Decreto 2719/91), procuró, en cambio, mantener en lo sustancial el sistema actualmente vigente, que prevé para las obligaciones con plazo expreso, la automaticidad de la mora por el solo transcurso del tiempo: “*dies interpellat pro homine*”.

La Argentina, desde 1871 tenía una normativa semejante a la Uruguay, adoptada dos años antes. Pero en 1968, a través de la ley 17.711 se sustituyó el artículo 509 por el siguiente: “En las obligaciones a plazo, la mora se produce por un solo vencimiento. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable”.

Para evitar caer en las redes que tendía al contratante el cumplimiento ulterior de requisitos intrínsecos para tener por constituida la mora, se prefirió pactar que el mero cumplimiento del plazo tenía ese efecto, puesto que la ley permitía esta excepción. De hecho, se convirtió en una cláusula de estilo en la contratación anterior a la reforma de 1968, que subsistió, al

³ PEIRANO FACIO, Jorge, Estructura de la mora en el Código Civil, Bogotá, 1983; GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil uruguayo, tº XVII, vol. 1º, 2ª ed., Montevideo, 1978.

⁴ ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LOPEZ CABANA, Roberto M., Derecho de Obligaciones, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, N° 392, pág. 167.

⁵ BELLUSCIO, Augusto Cesar; BERGEL, Salvador Dario; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa; LE PERA, Sergio; RIVERA, Julio Cesar; VIDELA ESCALDA, Federico N.; ZANNONI, Eduardo Antonio; Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92, ed. Astrea, Buenos Aires, 1933, pág. 387.

⁶ TRIGO REPRESAS, Felix A., “Obligaciones en general”, en ALTERINI, Atilio A. - LOPEZ CABANA, Roberto M. (dir), Las reformas al Código Civil, N°2, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 35.

compás del principio de inercia jurídica, a contratos posteriores aun cuando la modificación legal convirtió a esa previsión en prescindible.

Otra excepción a la interpelación estaba dada por las situaciones en las cuales el plazo era esencial, y conforme a las circunstancias de la obligación el incumplimiento de la prestación en el plazo designado desinteresaba al acreedor de un cumplimiento tardío. Estas hipótesis estaban ilustradas con ejemplos clásicos: la entrega del vestido de novia el día de la boda, la contratación del servicio de *lunch* ese mismo día, o la de un servicio fúnebre, casos todos que no admiten dilación.

En el Brasil, su Código Civil de 1916, dispone que: "se considera en mora al deudor que efectúa el pago y al acreedor que no quiere recibirlo en el tiempo, lugar y forma convenidos" (artículo 955).

En el Paraguay, el artículo 424 del Código Civil de 1987, coincidentemente con el argentino (texto reformado según la Ley 17.411) establece que: "en las obligaciones a plazo la mora se produce por el solo vencimiento de aquél. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el juez, a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada en la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor deberá probar que no le es imputable. Si la obligación deriva de un hecho ilícito, la mora se producirá sin interpelación".

La comparación de las normas legales relativas a la configuración de la mora vigentes en los países signatarios del Mercosur, demuestra que solamente la República Oriental del Uruguay mantiene como regla general la interpelación, relegada a un papel residual en los restantes Códigos Civiles.

El razonable criterio que prescinde de la interpelación debería generalizarse, puesto que el sistema de la constitución en mora, basado en tal requisito, condice para nada con el dinamismo en que hoy se desenvuelven las relaciones patrimoniales. Sus exigen-

cias, a veces inextricables, y los infinitos matices que brinda la casuística disponible, lo convierten en un enigma, de acceso limitado para los "iniciados"⁷.

3. LA DEMORA. IMPORTANCIA DE SU CONFIGURACION

La mora, tal como está estructurada, con el componente subjetivo que le es propio, forma parte de una artificiosa regulación que poco contribuye para llevar al ánimo de los destinatarios de la norma legal cuáles son en verdad sus alcances y desde cuándo se van a producir sus muy importantes y graves efectos.

La demora, en cambio, en cuanto prescinde de pesquisar cualquier subjetividad, permite: 1) una más simple y eficaz captación del fenómeno de incumplimiento temporal, y de las consecuencias que se derivan de la extemporaneidad y; 2) facilita la búsqueda, dentro del ordenamiento jurídico vigente, de efectos que se van a producir en situaciones que además de demoradas, resultan morosas, y en otras en las que cabe hallarlos prescindiendo de la ortodoxia de la "constitución en mora".

Así como ha podido detectarse la crisis del contrato, después de tanto tiempo de reinar en plena soberanía, tal como lo destacara Marco A. Risolía⁸, ha quedado evidenciada hoy otra crisis, la de la culpa, que arrastra -por vía de consecuencia- a la propia mora, en cuanto ella misma involucra culpabilidad, en sentido lato.

Este crítico panorama, la influencia creciente de las normas que, nacidas para regular relaciones mercantiles, fueron **comercializando** el Derecho civil, y la valorización del tiempo, acentuada en la era posindustrial, imponen descartar cualquier interpretación que impida clarificar, en el más breve lapso, la situación concreta de quienes son alcanzados por las reglas de la morosidad.

De lege ferenda cabe sostener que se requieren reglas de juego claras, que eviten caer en pormenorizaciones perniciosas, y que pongan el acento en la exigibilidad del crédito como punto de inicio de las consecuencias del estado de morosidad.

Es necesario revitalizar, entre tanto, la figura del simple retardo o **demora**, cuya relevancia se advierte si se asumen los importantes efectos que le son

⁷ LOPEZ CABANA, Roberto M., La demora en el derecho Privado, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 12.

⁸ RISOLIA, Marco Aurelio, Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil, 2ª ed., Abeledo-perrot, Buenos Aires, 1958, pág. 279.

propios, y que en la doctrina argentina fueren advertidos por Luis Moisset de Espanés, en un primer desarrollo

A partir de la noción genérica de **ilicitud objetiva**, o del incumplimiento **en sí propio**, desenvuelta tempranamente, de manera sistemática, por Atilio A. Alterini¹⁰, es dable abordar una de sus situaciones específicas: la demora.

Desde esta perspectiva, puede demostrarse la vigencia creciente del simple retardo, y de su aptitud para satisfacer la problemática de los desajustes temporales involucrados.

4. PREVALENCIA DE LOS CRITERIOS OBJETIVOS PARA LA CONCESION DE INDEMNIZACIONES

La doctrina privilegia la reparación del daño injustamente sufrido, antes que el injustamente causado¹¹.

Este criterio no significa que siempre deba resarcirse todo daño. Lo que pretende evitar es el abandono de la víctima a su suerte, forzándola a quedar sin resarcimiento cuando no puede demostrar las connotaciones negativas del psicologismo de algún obrar dañoso.

Existen variante legislativas que, haciéndose cargo de la necesidad de la víctima de obtener una reparación, la limitan en su cuantía¹².

Orgaz, fundándose en el creciente aumento de los riesgos, había previsto que se llegaría a acortar también la indemnización, como en materia de acci-

dentos de trabajo, contemplándola como una solución de asistencia social (repartición de riesgos)¹³.

Con un criterio más amplio, se indemniza, sin limitación alguna, en la solución que consagra la ley 17.711 en el agregado al artículo 1113, Código Civil, cuando el daño se produce por las cosas¹⁴.

Algunas legislaciones van más allá, y exigen, del sindicado como responsable, la contratación de seguros forzosos¹⁵, en regímenes legales que pueden incluir para asegurar la percepción de la indemnización, la constitución de fondos de garantía, especialmente concebidos con esa finalidad¹⁶.

Finalmente el seguro social generalizado en la legislación neozelandesa, es el exponente máximo del criterio de enjugar siempre el daño injustamente sufrido¹⁷.

5. LA CONVENIENCIA DE MANTENER EL PRINCIPIO DE LA CULPA Y SU VINCULACION CON LA REDUCCION DE LOS COSTOS DE PRODUCCION EMPRESARIALES

No hay que dejar de reconocer, no obstante, que el decadente principio *pas de responsabilité sans faute*, ha favorecido el proceso de industrialización de la economía, toda vez que, al eximir al empresario de responder por los daños causados sin culpa, se aligeraron notablemente sus costos¹⁸.

La insistencia en mantener este criterio se observa, sobre todo en los países socialistas, en los cuales el

⁹ MOISSET DE ESPANES, Luis, "Efectos del simple retardo", en Homenaje a la profesora doctora María Antonia Leonfanti, Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Rosario, 1982, pág. 293.

¹⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal, El cumplimiento considerado en sí propio (Enfoque objetivo del ilícito civil), ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1963, *passim*.

¹¹ LOPEZ OLACIREGUI, José María "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, tº 11, pág. 941.

¹² LOPEZ CABANA, Roberto M., "Limitaciones a la íntegra reparación del daño", en ALTERINI, Atilio A. - LOPEZ CABANA, Roberto M. (dir), La responsabilidad. Homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg, pág. 273, Buenos Aires, 1995

¹³ ORGAZ, Alfredo, La culpa (Actos ilícitos), ed. Lerner, Buenos Aires, 1970, pág. 188.

¹⁴ LOPEZ CABANA, Roberto M., "La atribución objetiva del deber de reparar con indemnización limitada en la proyectada unificación de la legislación civil y comercial", en Dictrina Jurídica. Revista del Foro salteño, año II, Nº5, Salta, 1988.

¹⁵ LOPEZ CABANA, Roberto M. - LLOVERAS, Néstor L., "La responsabilidad civil del industrial", en E. D., 64-575.

¹⁶ VINEY, Genevieve, en GHESTIN, J., *Traité de Droit civil. Les obligations. La responsabilité. Conditions*, París, 1982, pág. 30.

¹⁷ TUNC, André, *La responsabilité civile*, ed. Economica, París, 1981, pág. 79.

¹⁸ VILLEY, Michel, En torno al contrato, la propiedad y la obligación, ed. Gherzi, Buenos Aires, 1981, pág. 89.

Estado-empresario es el principal interesado en disminuir tales costos de producción¹⁹.

6. LA DEMORA COMO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La infracción temporal al cumplimiento de la obligación contractual exenta de toda valoración subjetiva, puede servir de razón suficiente para reclamar judicialmente la prestación. Excepcionalmente, llega *per se* a generar responsabilidad civil. Cuando no alcanza efectos indemnizatorios puede -no obstante- constituirse todavía en su antecedente más significativo.

7. LA DEMORA COMO RAZON SUFICIENTE PARA RECLAMAR JUDICIALMENTE LA PRESTACION

Cuando el retraso de la prestación es de naturaleza objetiva y, sin producirse los efectos de la mora, el acreedor está obligado a esperar, y a tener su contraprestación en disposición de ser cumplida, puede -sin embargo- fundarse exclusivamente en la demora para reclamar judicialmente la prestación. Solo después de su condena podrá exigir indemnización de daños por incumplimiento²⁰.

8. LA DEMORA QUE LEGITIMA EL RECLAMO RESARCITORIO

Cuando el simple retardo entraña el incumplimiento absoluto o definitivo de la obligación, ese sólo hecho genera para el acreedor la legitimación para accionar por los daños compensatorios que entran en sustitución del objeto debido. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la demora provoca la falta de utilidad en recibir la prestación, en las obligaciones de no hacer (que no consistan en dejar de hacer) y -en general- en los supuestos en que la demora coincide con el estado de mora asignado legalmente.

9. LA DEMORA COMO SIMPLE ANTECEDENTE DEL RECLAMO INDEMNIZATORIO

Otras veces la falta de cumplimiento puntual no impide que ulteriormente se cumpla útilmente. Ello

puede ocurrir en las obligaciones de prestación positiva, y en las negativas que impongan al deudor el dejar de hacer lo que venía haciendo²¹. Mientras subsista el interés del acreedor en el cumplimiento tardío, requieran o no la interpelación para la constitución en mora del deudor, dichas situaciones configuran casos en que la demora sólo opera como antecedente necesario pero no suficiente para legitimar el reclamo indemnizatorio.

10. LA DEMORA. DIVERSAS SITUACIONES

El desajuste temporal, objetivamente verificado, respecto de la prestación debida, o del cumplimiento de un deber jurídico, en tanto configura la demora, dilación, retraso o simple retardo, puede dar lugar a distintas situaciones que cabe distinguir: 1) que, concurriendo con los demás requisitos de la mora, integre ese estado, provocando el incumplimiento temporal, susceptible de ser redimido ulteriormente, 2) que se confunda con el incumplimiento definitivo, o 3) que no llegue a originar el estado de mora, por faltarle algunos de los recaudos que exigen su caracterización como tal. Examinaré el rol de la demora en cada uno de estos supuestos.

11. LA DEMORA COMO INTEGRATIVA DE LA MORA

Cuando la demora integra la mora y ésta carece de **automaticidad**, para que la interpelación como hecho jurídico, unilateral, y especie de declaración de voluntad recepticia se tenga por efectuada, bajo cualquier forma, y ya sea judicial o extrajudicialmente, con todas las condiciones de idoneidad -intrínsecas y extrínsecas- que deben concurrir, según la prolija casuística que describe la doctrina²², resulta imprescindible un conocimiento especializado que permita sortear todos los inconvenientes generados por un sistema que fue calificado como complicado y, a veces, verdaderamente absurdo²³.

La simple demora, obviamente, está desligada absolutamente de semejantes requisitos.

¹⁹ IONASCO, Trajan, "La faute comme élément de la responsabilité patrimoniale des organisations socialistes, dans les contrats économiques. Analyse critique des théories visant à objectiver ou à éliminer la notion de faute", en *la responsabilité civile dans les Etats del Est*, Universidad Libre de Bruselas, 1967, pág. 39.

²⁰ LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, trad. J. Santos Briz, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, tº I, pág. 359.

²¹ MOISSET DE ESPANES, Luis, "Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1975, LXX, Nº4, pág. 345.

²² LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, tº I, pág. 135/150.

²³ BORDA, Guillermo, "La reforma del Código Civil. Mora", E.D., 29-752.

12. LA DEMORA COMO SITUACION JURIDICA SUBJETIVA

A pesar de tratarse de un mero retardo en el que objetivamente debe ponderarse el transcurso del tiempo con un criterio material, que exige de toda investigación sobre el comportamiento de quien la provoca o, simplemente, deja que se configure; la demora es una verdadera **situación jurídica subjetiva**, puesto que es de las que hacen nacer principalmente prerrogativas para sus beneficiarios a diferencia de las **situaciones jurídicas objetivas** que generan, en cambio, ciertos efectos -derechos o deberes- preestablecidos imperativamente y con independencia de la voluntad de sus titulares²⁴.

13. LA DEMORA COMO INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO

Si, como se ha dicho, la mora pretende justificar los efectos que produce en la medida que esté referida a un incumplimiento temporal, por la relevancia jurídica que adquiere la constitución en ese estado, cuando el incumplimiento material de una obligación afecta al tiempo en que la prestación debió ser realizada, de manera que involucra un incumplimiento definitivo, sobre el cual no se puede volver, carece de razón de ser la distinción entre mora y demora, puesto que, aun tratándose de un mero retardo, si este entraña un incumplimiento definitivo, genera *per se* el derecho de reclamar daños compensatorios. El mero retardo así, sin que sea necesaria una formal constitución en mora, o una verificación de sus presupuestos legales para que quede configurada como tal, es -de pleno derecho- suficiente para hacer nacer la responsabilidad del deudor por el daño que la inejecución ha causado al acreedor.

El principio de puntualidad concierne al objeto del pago²⁵, y si éste no se hace en el tiempo debido, de manera tal que su falta de realización configura un incumplimiento no redimible ulteriormente, el acreedor no está compelido a recibirlo, ni aun cuando se quisiera anexar el pretendido daño moratorio, por cuanto el único daño observable es el que debe enjugarse, sustituyendo a la prestación incumplida.

Si después del tiempo debido, no puede cumplirse la prestación, no parece razonable aplicar, las normas sobre mora para arreglar las consecuencias dañosas no moratorias del incumplimiento definitivo.

Por ende, no es otra cosa que un eufemismo comprender los casos de incumplimiento temporal y definitivo en forma promiscua, bajo el común denominador de la morosidad y tratarlos como supuestos en los cuales el deudor queda constituido en mora sin necesidad de interpelación, para que a partir de esa calificación, que tiene mucho de mágica, recién pueda considerarse abierto el camino del resarcimiento.

Todo parece indicar que la vía indemnizatoria está abierta sin necesidad de cubrir teóricamente un requisito baladí -aunque se llame rimbombantemente **mora sin interpelación**- y ello es así, en la medida que concurren los presupuestos de la responsabilidad civil: **incumplimiento** (en este caso limitado a la demora), **daño, relación causal, y factor de atribución suficiente** (subjetivo u objetivo, cualquiera sea el origen de la obligación, contractual o extracontractual).

14. LOS ACTOS ILICITOS Y EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO

En los actos ilícitos es doctrina corriente afirmar que "el responsable está incurso en mora, a todos los efectos legales, desde la comisión del hecho"²⁶. Pero, ¿es realmente así?

En verdad sin acudir a esta ficción de morosidad, que no se aviene con la comisión de un acto ilícito, puede afirmarse que al sindicado como responsable se le enrostra el deber de reparar, con todas las consecuencias que ello implica, desde que se causa cada perjuicio, por haber incumplido definitivamente su deber genérico de no dañar. Una vez producido cada daño, no hay retorno. No tiene sentido esperar pacientemente que el autor sea más cuidadoso, y no genere el daño, en el caso de un cuasidelito, o que deje de ser malvado, si cometió un delito. Y si el cumplimiento ulterior no es posible, parece una ironía computar como daño **moratorio**

²⁴ ROUBIER, Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, ed. Dalloz, Paris, 1963.

²⁵ GRECO, Roberto Ernesto, "Objeto del pago" en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, tº21, pág. 237.; ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LOPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones cit.*, Nº222, pág. 107.

²⁶ COLMO, Alfredo, "De las Obligaciones en General", 3º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, Nº94, pág. 74; LAFAILLE, Héctor, *Tratado de la Obligaciones*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1947, tº VI, Nº163, pág. 163; SALVAT, Raymundo M. -GALLI, Enrique V., *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, 6º ed.; Tea, Buenos Aires, 1952, tºI, Nº106 a, pág. 117; REZZONICO, Luis María, *Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil*, 9º ed., Depalma, Buenos Aires, 1961, tºI, pág. 137, Nº7.

al ya sufrido, que solo genera una expectativa compensatoria²⁷.

Si no corresponde reparar en especie, o si la víctima opta "por la indemnización en dinero" (artículo 1083, Código Civil Argentino), puede anexas, a la condenación que obtenga (capital), los intereses computados desde cada perjuicio;²⁸ pero esos intereses no representan un daño moratorio, sino que integran la reparación que, idealmente, debió obtener en el mismo momento de sufrir cada daño, y que no logró, por resistencia del responsable, por las dificultades derivadas de la iliquidez del crédito,²⁹ o -aún- por haberse demorado en el reclamo³⁰.

15. DISTINCION PROPIA DE LAS OBLIGACIONES DE NO HACER

En las obligaciones de no hacer, es opinión generalizada que no tiene cabida el requisito de la interpelación: "una vez realizado por el deudor el hecho prohibido, el incumplimiento de la obligación queda definitivamente establecido"³¹.

En realidad, corresponde decir que la cuestión excede del mero marginamiento de este recaudo interpelatorio, puesto que el propio régimen de la mora, por lo general, resulta ajeno a estas obligaciones. Así lo dispone expresamente el Código italiano: después de exigir, en forma genérica la intimación o requerimiento hecho por escrito, para la constitución en mora (artículo 1219), sincera esta hipótesis de incumplimiento definitivo y la sustrae de "las disposiciones sobre la mora", al entender que "todo hecho cumplido en violación de (las obligaciones de no hacer) constituye por sí incumplimiento".

Sin perjuicio de reconocer la existencia de algunas obligaciones de no hacer que admiten un incumplimiento temporal -como la violación de la abstención

prometida, si consistía en suspender una actividad, o continuar una inactividad³²-, en las que tiene sentido aplicar las reglas de la mora, en las demás, que implican un incumplimiento definitivo e irreparable³³, no es adecuado sostener que es innecesaria la interpelación para hallar incursión en mora al deudor. Un incumplimiento ulterior ya no es viable, y carece de todo interés articular artificiosamente un ingrediente de morosidad, cuando el daño moratorio está fuera de cuestión: la reparación subroga sin más la prestación incumplida, y queda descartado el examen de la previa constitución en mora³⁴.

16. IMPROPIEDAD DE SOMETER EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO A LAS REGLAS DE LA MORA

En las situaciones en las que la demora es, al mismo tiempo, incumplimiento definitivo, su sola configuración abre la vía de la responsabilidad civil, en cuanto concurren sus presupuestos propios, y sin que la mora juegue papel alguno.

17. CONSIDERACION OBJETIVA DE LA DEMORA

La demora que sólo produce un incumplimiento temporal, sin hallarse unida a los demás elementos que le permitan ser reconocida como "mora", puede también ser jurídicamente relevante, aunque no produzca idénticos efectos que la mora. Su consideración se detendrá en el examen del desajuste temporal, y bastará para que, prescindiendo de toda connotación subjetiva, o de la concurrencia de formalidad alguna, genere otras consecuencias, independientemente de la reparación de daños. En la doctrina española se ha juzgado útil distinguir la mora del "simple retraso relevante", o simple retardo culposo, en la medida que la mora sólo se confi-

²⁷ V. MEZA BARROS, Ramón, Responsabilidad civil, ed. Edeval, Valparaíso, 1980, pág. 50; BANCHIO, Enrique C., Responsabilidad obligacional indirecta, ed. Astrea, Buenos Aires, 1973, pág. 39.

²⁸ Cámara Nacional en lo Civil, en pleno, 16/12/58, en L.L., 93-667. V. BREBBIA, Roberto H., Responsabilidad pre contractual, ed. La Rocca, Buenos Aires, 1987, pág. 38.

²⁹ TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto civile*, 28a. ed., Cedam, Padova, 1986, N°231, pág. 548.

³⁰ Cámara Nacional en lo Civil, en pleno, 16/3/76, en L.L., 1976-B-230.

³¹ LLAMBIAS, Tratado cit., t°I, N° 131, pág. 161.

³² MOISSET DE ESPANES, Luis, ob. cit., pág. 161.

³³ V. CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil español, común y foral, Derecho de Obligaciones, 13ª ed., Reus, Madrid, 1983, t°3, pág. 211.

³⁴ GRECO, Roberto E., "La mora del deudor en la reforma de 1968", en Revista del Notario, N°716, pág. 478.

gura allí desde que el cumplimiento haya sido exigido por el acreedor, judicial o extrajudicialmente (artículo 1100 del Código Civil español) e involucra los casos en que, no cumplida esta formalidad, la concurrencia parcial de los demás elementos: retardo y culpa, provocan en el ordenamiento hispano efectos particulares³⁵.

En el Derecho argentino, habiendo sido sustituido el artículo 509 del Código Civil, y desaparecido el requisito genérico de la interpelación, no ofrece el mismo interés la apuntada distinción.

18. EFECTOS DE LA DEMORA

La importancia intrínseca que tiene la demora en una valoración reconstructiva del régimen jurídico argentino queda evidenciada en la cantidad y calidad de los efectos que su sola presencia produce, aún antes, o sin necesidad de configurarse el estado de mora propiamente dicho³⁶.

Los expresados efectos, en una enumeración que no es taxativa, son los siguientes:

- a) La simple demora en el cumplimiento de los deberes de colaboración, a los que tiene derecho a acceder quien tenga *jus solvendi*, le abre las vías legales para liberarse con intervención judicial.
- b) La simple demora en aceptar, del destinatario de una oferta, o del beneficiario de una estipulación, es relevante para hacerle perder la facultad respectiva como consecuencia del derecho de revocación que incumbe al oferente y al estipulante.
- c) La exigibilidad del crédito, unida al retardo de ambos sujetos de la obligación, es suficiente como para que el plazo de prescripción empiece a correr, pues la ley no especifica que alguno de ellos deba ser constituido en mora.
- d) Los plazos de caducidad, a los que se subordinan ciertos derechos en cuanto a su ejercicio, comienzan a computarse desde el retardo en hacerlos valer, sin que tampoco -en este caso- haga falta que ninguna de las partes haya constituido en mora a la otra para que corra el plazo de caducidad que la ley haya fijado.
- e) A veces la ley, sin disponer la extinción de una acción, ni de un derecho, impone un plazo que,

luego de transcurrir, genera una presunción a favor de una de las partes de la relación obligatoria.

- f) La demora en el ejercicio del mandato conferido en forma irrevocable, una vez transcurrida su limitada vigencia, provoca el efecto de concluir con la irrevocabilidad que lo distinguía.
- g) En las obligaciones alternativas regulares basta el simple retardo del deudor, y en las irregulares el del acreedor, para que en el primer caso quede facultado el acreedor para demandar el cumplimiento, y en el segundo lo esté el deudor para intimar la elección u obtener autorización judicial para hacerlo por sí.
- h) Cuando existen obligaciones recíprocas o correspectivas, en las cuales la prestación de uno es la causa de la del otro, no es necesario que haya mora para que pueda hacerse valer la *exceptio non adimpleti contractus*.
- i) No se requiere más que el simple retardo en cumplir con la obligación a su cargo, o en allanarse al cumplimiento, para que la otra parte se torne invulnerable a la constitución en mora.
- j) En la compensación, la ley no exige la previa constitución en mora de los que resultan deudores de cada una de las obligaciones, para que pueda operarse la neutralización de ambos créditos, y -consiguientemente- el efecto extintivo.
- k) Habiendo un pacto comisorio expreso puede bastar el simple retardo para que el acreedor de la prestación incumplida ejerza su derecho a resolver el contrato. Tampoco cabe, en principio, exigir la previa constitución en mora, en el supuesto de cláusula resolutoria implícita, legal o tácita.
- l) La mera dilación en el cumplimiento de un deber jurídico emergente de sanciones conminatorias, sin que resulte necesario pesquisar sobre la subjetividad que ha determinado su renuencia.
- m) Para la viabilidad de la acción subrogatoria, la desatención del deudor puede estar caracterizada por el mero retardo en ejercer los derechos que el crédito le confiere a su favor, sin que el acreedor esté precisado a constituir en mora al deudor indiferente, para poder representarlo en

³⁵ CARDENAL FERNANDEZ, Jesús, El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones, ed. Montecorvo, Madrid, 1979, pág. 57.

³⁶ LOPEZ CABANA, Roberto M., La demora en el Derecho Privado cit., pág. 125.

el ejercicio de los derechos que haya dejado de utilizar.

- n) No se requiere constituir en mora al deudor para que el acreedor pueda ejercer la acción directa, en los casos en que tal acción es procedente.
- ñ) Toda vez que se subordina la resolución de un contrato a la demora en el cumplimiento de la obligación, el mero retardo tiene suficiente entidad para provocar la extinción del vínculo obligacional, sin que haga falta la previa constitución en mora.
- o) El derecho de retención puede reconocer su origen en el mero retardo del deudor en cumplir con las obligaciones que hayan nacido *cum re junctum*.
- p) La legislación permite, en algún caso, mejorar la situación del que se retrasa, disminuyendo el monto indemnizatorio a su cargo.
- q) El solo transcurso del tiempo señalado por la ley para solicitar que se decrete la separación de los cónyuges los habilita para ello, sin necesidad de acreditar culpa alguna. Basta el mero retardo en el cumplimiento del deber de cohabitación que impone el matrimonio, para requerirla, y el mero transcurso de un año más, para pedir su conversión en divorcio vincular.
- r) La impotencia matrimonial que trasunta la cesación de pagos puede evidenciarse aún sin mora, y tener la relevancia requerida por la ley de concursos para decretar la quiebra. El mero retardo en cumplir con las obligaciones a su cargo habilita, en forma indistinta, al acreedor, o al deudor, para pedir la declaración de quiebra, sin entrar a investigar todavía sobre el componente subjetivo de la conducta que ha llevado a esa situación.
- s) El desajuste temporal en la ejecución del programa prestacional es idóneo, por sí, para solicitar la adopción de medidas cautelares.
- t) Las normas supletorias que rigen en materia de cláusula penal son reveladoras de la falta de necesidad de acreditar elemento subjetivo alguno para ejercer la opción por la pena, cuando el deudor incurre en un mero retardo en el cumplimiento.
- u) Antes del dictado de la ley de convertibilidad de la moneda nacional, en el año 1991, el derecho a

la actualización monetaria no dependía exclusivamente del estado de mora, ni estaba fundado en la responsabilidad civil. La indexación de la deuda dineraria cuyo cumplimiento se encontraba retardado era un efecto propio de la demora.

- v) Durante la vigencia del austral no convertible, era computable la demora como un supuesto de entidad suficiente para descartar la aplicación del desagio, ante su sola configuración.
- w) La ley impone, en ciertos casos, intereses retributivos ajenos a la idea de mora, como una manera de restablecer el equilibrio patrimonial, e impedir que se produzca un enriquecimiento sin causa.

19. CONCLUSIONES

Cabe formularlas con un doble enfoque:

A) En el *lege de lata*, la consideración del sistema jurídico vigente -esto es, el constituido por las normas legales y la interpretación que se hace de ellas- autoriza a predicar:

1. Que el simple retardo tiene significativa relevancia en el área del Derecho Privado.

Ello resulta, por lo pronto, de que el tecnicismo de la mora está -de alguna manera- en vías de extinción. La virtualidad de la simple demora resulta, por ejemplo, de la extensión creciente de los conceptos de mora automática y mora legal, casos en los cuales el mero retardo -el retardo material, se decía en la doctrina tradicional- tiene por sí solo consecuencias de morosidad.

Este sinceramiento, que concurre con el incremento de hipótesis en las cuales el simple retardo tiene significación jurídica, coincide también en el reconocimiento de la **crisis de la culpa**.

2. Que, casos notorios de aplicación del **simple retardo**, se encuentran, entre muchos otros:

- a) Los contenidos en preceptos del Derecho clásico, no obstante que habían pasado inadvertidos como tales.
- b) Las singulares consecuencias que se aceptan para la sola demora, en consecuencia con la ideología ahora dominante en la doctrina y la jurisprudencia.

c) Las crecientes situaciones en las que el tiempo adquiere un papel protagónico, como derivación de la importancia de la puntualidad en el cumplimiento de las relaciones jurídicas que es propia del tráfico comercial, y cuyas exigencias se han expandido, penetrando visceralmente la trama del Derecho Común.

B) En el de *lege ferenda*, la proposición básica es:

1. Acentuar la idea de exigibilidad de la obligación como punto inicial de las consecuencias del estado de morosidad.

2. Independientemente de ello, el simple retardo debe ser relevante:

a) En los supuestos particulares de ejercicio de la facultad resolutoria y cláusula penal.

b) En general, en la perspectiva de un Derecho nuevo para un hombre nuevo, cuyas expectativas - también nuevas- deben ser satisfechas como manera idónea de afianzar el sentido de justicia con los alcances del Preámbulo que la Constitución Nacional de 1994 afortunadamente mantiene.

Ya en el anterior número de THĒMIS - Revista de Derecho inauguramos la más reciente sección de nuestra revista, denominada "Cuento Jurídico". En aquella oportunidad publicamos el relato ganador del primer premio del concurso del mismo nombre. Toca ahora dar difusión a la narración que obtuvo el segundo puesto. Se trata por cierto, de un cuento totalmente distinto al anterior, lo cual sólo demuestra la diversidad y la riqueza inherentes a la literatura. Así lo entendió el jurado conformado por los doctores Luis Jaime Cisneros, Abelardo Oquendo y Fernando de Trazegnies, al colocar este relato entre los ganadores. Su autor, estudiante de Literatura de la Facultad de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú, desarrolla un estilo propio y desenfadado, a la vez irónico y sugerente. Pareciera querer expresarse en un tono mordaz y al mismo tiempo ingenuo, de lo cual es acaso muestra el pseudónimo que utilizó en el concurso: "Luke Skywalker". Este relato, en buena cuenta, evidencia que la creación literaria excede en sí misma cualquier parámetro aún cuando exista un tema al que deba hacer referencia; en este caso, algo relacionado al Derecho o sus fundamentos. Nuestro concurso pretende encontrar convergencias entre dos disciplinas que a menudo apasionan a las mismas personas. Busca también dar la oportunidad a jóvenes autores de publicar sus obras. Acaso nuestros ganadores alcancen algún día la fama.

UN WESTERN

Antonio Bechtle Otoya

Jamás el Oeste había sido tan lejano como en su mirada, aunque a él no le gustaba nada de esto. Y a quién le iba a gustar encontrarse en medio de toda esa tierra árida y de esos montes rocosos, donde sólo había matas secas rodando entre uno que otro cactus, y algunas lagartijas corriendo por ahí, únicas muestras de vida -muy poco esperanzadoras, por cierto-, y encima verlo todo más lejano que nunca. Ahora su rumbo no estaba por ninguna parte, no se había preocupado en encontrarlo: sólo esperar a que el lento trote de su fiel caballo lo lleve hacia donde su animal instinto diga que se debe ir. Y es que esa era la historia de su vida, si es que se le puede llamar vida a una serie de rechazos y rencores, pues nadie se le acercaba, tal vez por su gesto agresivo, tal vez por su olor a licor barato. Pero a él, la verdad, no le interesaba mucho ese asunto. Al contrario, prefería no tener contacto con la gente, ésa que nunca le había hecho muy bien, y él tampoco esperaba que se lo hiciera. Era un solitario, como todos los fugitivos.

Pues sí, fugitivos, porque él era un fugitivo. Era uno de esos cientos de perseguidos por la justicia, esa justicia dura y algo inexperta de aquella época, de la de horcas por aquí y horcas por allá. Pero, a pesar de su dureza y del largo brazo que dicen que tiene, no había podido atraparlos. Y es que él, con un instinto efectivísimo y con una suerte

del tamaño del desierto, lograba siempre escapar después de cada crimen. Era el mejor.

O quizás el peor, pues lo perseguían por miles de asesinatos, muchos por venganza, varios por pleitos de borrachos y unos cuantos por gusto. Pero la ley es implacable, y su retrato era el adorno común de todas las paredes de las ciudades importantes, recalcando una enorme cifra por su cabeza. Por eso siempre se escondía en los pueblos más recónditos, y hacía una huraña aunque tranquila vida unos cuantos meses, a lo más un año. Después venía eso de la compulsión y otras cosas psiquiátricas que pocos entienden bien, y su mirada cambiaba por completo. La Muerte le pedía almas, y él iba tras ellas. Entraba en algún bar, pedía un whisky, y luego venía, por lo general, uno que otro amago de pelea, y pocos minutos después venían los balazos. Sus balas nunca fallaban: herida o muerte, jamás otra cosa. Por eso era el mejor, aunque, como ya dije, también por eso era el peor.

Pero esta no era una huida normal, pues el desierto al que estaba acostumbrado desde niño le parecía ahora más salvaje y árido que de costumbre. Tal vez era la sensación de cansancio que iba aumentando poco a poco, o ese sudor frío que no había sentido antes. No, no, nada de eso, era la herida ganada en el último pueblo del que escapó galopando toda la noche. Sí, debía ser eso, pero quién se iba a imaginar que ese viejo de mierda iba a tener todavía fuerzas para dispararme, después del balazo que le metí. Porque le había metido un balazo desde antes, apenas salió por la ventana de ese bar oscuro y sucio, donde andaba buscando lío, poco después de que ese huevón le diga que se rinda, que estaba rodeado, que no había escapatoria. Carter, *it's all over*, y él no esperó más para salir volando por el primer lugar que se le ocurrió -la ventana-, pegando de inmediato un tiro certero, *bang!*, que le cayó en pleno pecho al *sheriff* de pacotilla ese, casi perforándole su estrella de plata. Pero al correr velozmente desde su parapeto hacia su caballo, mientras iba matando -*bang! bang!*- uno a uno al resto de los que le disparaban -muchos de ellos vulgares cazarecompensas-, fue cuando el viejo, desde el suelo donde yacía, logró acertarle un tiro en el hombro izquierdo, *damn!* Sin embargo casi no lo sintió, y logró subir a su caballo para, una vez más, escapar milagrosamente.

Donde no hubo milagro fue en lo de su herida, pues no todo es como en las películas, donde un balazo es un rasguño y esas cosas. Esto sí es de verdad, no hay acá nada falso, y la realidad es dura, no tiene piedad. Y con el sol del mediodía en la cara, una noche galopando sin descanso, el sudor frío, la pérdida de

sangre y encima eso de la dura realidad, ni él, el más cruel asesino del momento, pudo aguantar. Cayó a tierra en medio de una nube de polvo con un ruido seco. Todo se había oscurecido.

Pero llegó la luz, una mañana nueva, distinta, entrando por la abertura de esa extraña guarida de cuero. Se levantó con algo de dificultad por el dolor que le causaba su herida, a pesar de estar ahora extrañamente curada con hierbas, aunque unas hojitas encima no apuntaban a quitarle esa aguda explosión del hombro. En fin, se levantó y salió a ver dónde diablos estaba, y su sorpresa no pudo ser mayor: vida. Había plantas por todos lados, un río a corta distancia, un bosque a la otra orilla y hasta pájaros de colores cantando. Sólo un par de cerros áridos hacia el Este rompían el paisaje, aunque eran opacados por lo verde del resto. Parecía estar soñando, tal vez había muerto. El desierto perpetuo ya no estaba, se lo habían llevado. Su sensación inmediata fue de paz, hasta de armonía. Pero también estaba esa sensación de la que no se había podido desprender nunca, ésa de que todos estaban mirando. Pues efectivamente, muchos ojos lo estaban mirando con caras sin gesto, sin vida. Y he aquí un error: su sorpresa sí pudo ser mayor: indios, *shit!*

Sus ropajes, sus plumas y sus caras pintadas los delataban, no le cabía ya la menor duda. Casi como por instinto se llevó la mano al cinto en busca de su revólver, pues él era un vaquero, y, como todo el mundo sabe, los vaqueros y los indios no se llevan nada bien. Pero sus dedos, por más que buscaron, no pudieron hallar el frío metal. Era obvio, lo habían desarmado esos hijos de puta. Tal vez lo querían vivo para tenerlo como esclavo o algo así, quién sabe, son indios. No pensaba en nada, pero su efectivo instinto, el que siempre lo había salvado, lo llevó a intentar escapar sin hacer ruido, lentamente, a pesar de que lo seguían mirando como a un bicho raro. Pero no fue hasta que dos indios se levantaron y se encaminaron hacia él que su instinto cambió radicalmente. Ahora debía correr, esquivando las posibles flechas y tiros de rifle, correr y correr, parapetarse en alguna roca y escabullirse por allí hasta hallar un buen escondite, para luego, al anochecer, escapar en silencio. Pero fue demasiado optimista, pues el dolor en el hombro le hizo perder velocidad y cinco indios lo alcanzaron fácilmente. Ahora su orgullo le dolía más que la herida. Cayó al suelo luego de un pequeño forcejeo, para quedar con la cara hacia el sol, distinguiendo las cinco anónimas siluetas emplumadas contrastadas como cinco montañas en el horizonte. Casi al instante se le apareció una más, y podría jurar que vio, entre la penumbra y el enceguecimiento, un ligero brillo de blancos dientes, algo parecido a una sonrisa que lo

dejó totalmente sereno y sorprendido. Luego, con dos delicadas manos de mujer, la silueta cambió las hierbas de su herida por otras hojas untadas de un líquido verdoso. Se sintió como un niño malcriado. Dejó de hacer fuerza, ruborizado por la amabilidad, y luego permitió que lo escoltaran hasta su tienda. Aún seguía sorprendido por la sonrisa, extraña para sus ojos de asesino.

Pero su sorpresa se convirtió, al cabo de unos minutos de pensar bien lo que había hecho, en una gran vergüenza, la vergüenza de un niño arrepentido. Así es que no fue hasta la noche en que, aliado a la oscuridad, se decidió a salir de su tienda. La fogata bailoteaba en medio del campamento, y todos estaban sentados a su alrededor. Se sintió mirado nuevamente, y su blanca piel se puso como un tomate a pesar de la penumbra. Se sobrepuso y siguió avanzando lentamente, inseguro, hasta que la muchacha que lo había curado en la mañana - reconocida por su sonrisa- se dirigió hacia él y lo guió hacia un lugar cercano a la fogata, donde pudo sentarse. Desde allí veía de frente al que imaginó que era el Gran Jefe, un anciano de cabellos blancos y trenzados, lampiño y oscuro -igual a todos los Grandes Jefes indios que salen en los *westerns*- que llevaba en su cabeza un tocado que parecía haber dejado desplumadas a medio centenar de aves. Estaba realizando una especie de ritual, pintando con los dedos sobre la piel de unos muchachos que portaban filudas lanzas. Al terminar, los jóvenes recién pintados empezaron a bailar alrededor de la fogata con un gesto de fiereza aún inexperto, que más parecía un gesto pujante, como de estreñimiento. Al rato se empezó a repartir la comida en unos platos de barro cocido, y a él le tocó un trozo generoso de buena carne, cosa rara para su famélico estómago de ilegal, servido, por supuesto, por su amiga de la sonrisa. Empezó a pensar que tal vez, detrás de su barba a medio crecer y de sus pequeñísimos ojos, ella había podido encontrar algo que le había gustado. Pero de inmediato quiso descartar esa posibilidad, pues nadie quiere a los asesinos.

Luego de la danza el jefe hizo una seña, poniendo la palma hacia adelante, como los famosos *hau*, esos que hacen todos los indios cuando saludan en los dibujos animados. De inmediato otro indio se acercó con un collar de piedras de río, y el jefe lo tomó y se lo colocó a Carter en el cuello, diciendo unas palabras en un lenguaje que para él era chino. Luego se enteraría de que, a partir de ese día, ya era oficialmente parte de la tribu.

Las piedras del collar brillaban ante sus ojos, contrastando demasiado con su oscuro pasado. Pero a todos nos llega la hora, y ésta vez le tocó precisa-

mente a su pasado. Era el momento de fabricar uno nuevo, pues su collar necesitaba algo que hiciera juego con su pureza, simple cuestión de estética. Y esa misma noche de la fogata se marcó el inicio de su nuevo pasado, pues, ya cuando todos dormían, las llamas de la fogata, seguro por el viento, crecieron demasiado, alcanzando de inmediato a las tiendas más cercanas. El calor se iba extendiendo, y el destino hizo que Carter fuera el primero en sentir el peligro. Apenas se dio cuenta salió corriendo, casi sin pensarlo, y empezó a gritar como loco y a intentar detener las llamas echándoles tierra encima. Muchos fueron evacuados de sus tiendas por él mismo, en especial algunas mujeres y niños. Y mientras se portaba como todo un bombero del lejano Oeste, se iba sorprendiendo cada vez más de la nueva capacidad de su instinto: ya no sólo le servía para huir.

A pesar del desastre, a la noche siguiente se hizo otra fogata, pero esta vez con otro motivo. Se podía ver a Carter ante el Gran Jefe, y también se podía ver a toda la tribu alrededor. También se veían claramente las manos arrugadas del Gran Jefe colocándole un tocado de plumas -aunque no de muchas aves- en la cabeza, todo en una actitud bastante solemne, como con trompetas de fondo. Acababa de ser bautizado como El-que-salva-vidas, aunque en ese momento no se daba cuenta de lo que pasaba. Era el héroe ahora. Su nuevo pasado ya tenía nombre -aunque sea en chino-.

Y así su pasado continuó pasando, casi como por inercia. Y es cierto, pues las cosas empezaron a pasar para él casi sin darse cuenta. Como por inercia aprendió a comunicarse -en chino-, y casi sin darse cuenta ya había ayudado a mejorar los campos de cultivo que tenían en el campamento, y también por inercia se había ganado ya la confianza plena del Gran Jefe. Con menos inercia, aunque casi igual, se casó con la muchacha de la sonrisa -como pasa no sólo en los *westerns*-, y aún con menos inercia tuvo una pareja de lindas criaturas por descendencia.

Los años no son nada, pero son mucho, y eso se notaba al ver el collar de piedras idéntico, como recién puesto en el cuello de un hombre ya algo canoso y arrugado, portando en su cabeza ese adorno de muchos pájaros con un aire de sabio indiscutible. Sí, ahora El-que-salva-vidas era el Gran Jefe que había reemplazado al anterior al momento de su muerte. Ahora las responsabilidades eran muchas y muy grandes, pues debía controlar la distribución igualitaria de los alimentos y esas cosas importantes que hacen todos los Grandes Jefes. Pero lo más difícil era la administración de la justicia, y no por lo de descubrir quién es el que tuvo la

culpa y eso, aunque no era tan fácil tampoco, sino porque había que averiguar los motivos que había tenido el culpable, pues podía esconderse detrás el descontento de toda la tribu. A pesar de la dificultad nadie se quejó nunca de su juicio, y el cariño de su comunidad se le metió en el bolsillo.

Pero también estaba la otra justicia, la ya olvidada del principio, la de las horcas por todos lados, la que llegó desde el Este, en manos del ejército, pues andaban buscando a una tribu de indios que había atacado a un grupo de soldados que pasaba por los alrededores. Y como indios son indios, atacaron a la primera tribu que encontraron, que, por eso de la dura realidad, aquella que vimos, heridos, en medio del desierto, le tocó ser a la tribu de El-que-salva-vidas.

El ataque empezó de pronto, por sorpresa, mientras se trabajaba en un cerco nuevo para el ganado, y la nube de tierra empezó a bajar desde los cerros aledaños llena de disparos y gritos de guerra. De inmediato todos subieron a sus caballos, incluyendo El-que-salva-vidas, quien salió a la cabeza del ataque cargando su fusil en la mano y su antiguo revólver en el cinto. Los niños y las mujeres permanecieron en la aldea. Y la nube de tierra bajaba, y los disparos, *bang! bang!*, y los gritos de guerra, *ATTACK!!! KILL THAT SON-OF-THE-BITCHES!!!*, porque las batallas no son cosas de educación, eso sólo es en los *comics*, en la realidad las guerras son fuertes, con lisuras y todo, porque yo escuché cómo gritaban en "Pelotón", la película esa, y los caballos que se acercaban hacia el inevitable encuentro con su destino, el que llegaría lleno de dolor o de gloria.

Pero El-que-salva-vidas no se encontró con su destino, se encontró con su pasado. Ya disparados los últimos tiros se podía ver la tremenda destrucción

que reinaba sobre la que fue un día una feliz aldea india. El-que-salva-vidas escuchaba con dolor los gritos de las mujeres violadas mezclados con sus gritos de impotencia. Había sido tomado prisionero luego de una desigual batalla, en la que las bajas eran incontables -los cuerpos emplumados se confundían unos sobre otros, amontonados sobre la tierra-. Él sería llevado a juicio como traidor, pues había ayudado a los indios a pelear contra el ejército de su país. Era lógico, cualquiera notaría a leguas que él no era un indio. Y al llegar a la ciudad se dieron de narices con la noticia de que ese hombre era buscado por asesinatos múltiples en varios pueblos. La justicia nunca olvida, dicen por ahí, porque los años no son nada, aunque también son mucho, por eso de las arrugas.

El juicio se llevó a cabo muy rápidamente, con el único exabrupto de las risas que la sala soltó ante la traducción del nombre indio de Carter: El-que-salva-vidas, ja, qué ironía, qué atrevimiento. Y en medio de ese juicio y de esas preguntas de si usted mató a tal o cual persona, preguntas que sólo podían admitir un sí, y ninguna explicación más, porque los asesinos no merecen hablar, se puso a recordar todos esos muertos, emplumados, asesinados por la justicia de nube de tierra y gritos de guerra, ésa que ahora lo juzgaba y que le había quitado su collar de piedras de río y su tocado de plumas, esa justicia que lo insultaba por la boca de toda la ciudad al ir camino a la plaza, para que allí, frente a la horca, oyendo a su sentencia ser leída por una voz fría y desconocida, corrieran sus lágrimas, las lágrimas de Carter, El-que-salva-vidas, el asesino, mojando sus labios de John Wayne, esos labios que ahora se volvían morados por el cumplimiento de una condena de esas que hay a cada rato, en cada plaza de esta realidad dura y sin piedad de los *westerns*, ésos que vemos desde que éramos chicos.

EL GOBIERNO DE BUSTAMANTE Y RIVERO*

Jorge Basadre
Historiador y Abogado

El presente artículo inédito del doctor Jorge Basadre es el último de cuya existencia conocen sus descendientes. Por ello resulta especialmente satisfactorio para quienes hacemos THĒMIS - Revista de Derecho, poder publicarlo en nuestras páginas. Ciertamente, también nos causa enorme satisfacción su contenido, esclarecedor de uno de los episodios más trascendentales de la historia peruana del siglo XX. Porque esa historia es una de las preocupaciones de los miembros de esta publicación; su conocimiento nos forma, nos enriquece, nos previene. Y si la consecución de dicho conocimiento de la historia pasa por la pluma de Basadre - amena y lúcida -, nuestras expectativas se ven más que satisfechas.

El gobierno de Bustamante y Rivero es una época que siempre dará que hablar y discutir. Pero lo cierto es que el diálogo y aún la discusión deben asentarse sobre bases sólidas y desapasionadas. El autor de este artículo fue no sólo testigo sino también protagonista de esta época de nuestra historia, que se caracterizó por pasar del consenso al exabrupto, de la concertación a la pugna, con demasiada facilidad. Por toda la autoridad que le dió a Basadre su condición de protagonista de dicho tiempo, pero en especial por la que le confiere el hecho de ser uno de los más preclaros historiadores peruanos de todos los tiempos, el presente artículo reviste ineludible interés. Ese interés será tanto mayor, cuanto más serio sea nuestro compromiso con el Perú, con su historia y en especial con su futuro.

El régimen inaugurado el 28 de julio de 1945 fue la más bella coyuntura del Perú del siglo XX para un gran salto adelante en su vida colectiva. Fue otra primavera cívica, como la de 1845 y la de 1895.

Nacido de una limpia contienda electoral, cuyos resultados fueron acatados por el país entero, no sólo implicó la perspectiva de un gran ensayo de convivencia entre todos los peruanos, sin excepción, reconciliados en el culto a la patria común. Simbolizó, dado el carácter

* Agradecemos al doctor Jorge Basadre Ayulo por la gentileza de cedernos este artículo inédito para su publicación.

renovador de su génesis, la posibilidad de una nueva organización del Estado.

A base de una afortunada coincidencia con el final de la Segunda Guerra Mundial, pudo dar margen a una política de inmigración europea en gran escala. Y como ella no es viable sin un plan vasto de industrialización, fue ese el momento para que se formulara dicho plan, al menos en sus comienzos, al amparo de la paz interna, a todo lo cual pudo teóricamente unirse el incremento del poder adquisitivo del pueblo, la reforma agraria, la ayuda inmediata a los industriales, los pequeños agricultores y comerciantes; el mejor planteamiento de los problemas de educación, alimentación, vivienda y vestido, y un sistemático conjunto de esfuerzos para dar salida nacional a las grandes cuestiones nacionales, creando o acrecentando gradualmente la tendencia al Perú justiciero y vigoroso.

No hay pesimismo vano al afirmar, ya en 1947, que esas esperanzas se han esfumado en gran parte, o que no existe el "*maximum*" de probabilidades para su pacífica o plena ejecución.

¿Es válida la afirmación de que el Perú confió demasiado entonces en una rápida jornada electoral, de confusos antecedentes?

Todo ello se malogró. Sobre las cómodas explicaciones fatalistas, cabe siempre, sobre todo a quienes fuimos testigos y actores, el útil cálculo de probabilidades. En este caso, como tantas veces, hubo en el Perú probabilidades no aprovechadas, ocasiones perdidas. Verdad es que contra el equilibrio político, en el segundo semestre de 1945 conspiraban muchas circunstancias: falta de previsión en la confección de las listas parlamentarias del Frente Democrático Nacional, ausencia de organización en

los elementos no apristas dentro de este Frente, pasividad o inercia de esos mismos sectores en las elecciones de las mesas directivas de ambas Cámaras en julio de aquel año. A pesar de todo, habían evidentes posibilidades de restablecimiento o creación de un equilibrio entre los dos Poderes del régimen que entonces empezaba sus labores, si el Presidente de la República personalmente hubiera tomado la iniciativa de cohesionar los grupos parlamentarios que libremente quisieran acompañarlo a seguir sus aspiraciones. Ellas le hubieran dado entonces, fácilmente, la mayoría. No para luchar contra la Célula Parlamentaria Aprista, cuya constitución misma ya sugería graves reflexiones, pues sus miembros habían entregado en blanco sus renuncias al jefe vitalicio y supremo del partido; y los discursos, palabras, votos y actos de cada uno estaban rigurosamente enmarcados dentro de una secreta y tenaz disciplina. Dicha organización habría tratado de marchar de buena fe junto con la Célula Parlamentaria Aprista, ofreciéndole diarias pruebas de cordialidad, para la realización del programa de gobierno unguído en las elecciones; aunque creando un instrumento que pusiera coto o sirviese de barrera ante cualquier tentativa de desborde.

El doctor José Luis Bustamante y Rivero, flamante presidente de la Nación (y no únicamente de quienes por él sufragaron) no quiso nada de eso. El Dr. Bustamante y Rivero confió noblemente en la sinceridad de su aliado, el Partido del Pueblo, y creyó en una reacción contra anteriores desbordes de la autoridad presidencial, que cualquier movimiento dentro del Parlamento debería ser de generación espontánea, sin padres y ni siquiera padrinos. ¡El Dr. Bustamante y Rivero llevaba a la primera magistratura del Estado un caudal tan excepcionalmente rico y puro de valores!

BREVE HISTORIA DE LA AMAZONIA PERUANA DURANTE EL INCARIO, EL VIRREINATO Y LA INDEPENDENCIA

José Antonio del Busto Duthurburu
Historiador
Profesor de Historia del Perú
Pontificia Universidad Católica del Perú

La pacífica convivencia entre el Perú y el Ecuador ha sufrido a lo largo de toda nuestra historia republicana reveses leves y durísimos; guerras, escaramuzas, incidentes diplomáticos, etc.

La solución equilibrada y pacífica de los diferendos sólo podrá lograrse a la luz de dos disciplinas: el Derecho y la Historia. Serán los diplomáticos quienes las manejen directamente para arribar a los respectivos acuerdos. Sin embargo, es también una obligación de todo peruano conocer los aspectos más relevantes de la evolución histórica de nuestras fronteras. Es por ello que esta publicación pone al alcance de sus lectores el presente artículo del prestigioso historiador José Antonio del Busto sobre la amazonía peruana y su relación con el Ecuador. Desde una perspectiva interdisciplinaria -donde confluyen la historia y el derecho internacional público- el autor logra exponer de manera didáctica, como buen catedrático, las razones por las que el Perú ejerce una soberanía jurídica y de facto sobre sus territorios amazónicos. Sus conclusiones son contundentes pero desapasionadas. Pone de manifiesto que la posición peruana es asistida no sólo por el Derecho y la razón, sino también por la historia, sustento del patriotismo.

Debido a que en los últimos 35 años se ha dado una situación difícil entre el Perú y el Ecuador -pese al inobjetable Protocolo de Río de Janeiro de 1942 y al Fallo Arbitral de 1945- se considera oportuno presentar los antecedentes de la cuestión limítrofe dentro del ámbito cronológico del Curso de Historia del Perú I. Las presentes líneas persiguen ofrecer una visión breve, coherente y clara sobre la Historia de la Amazonía Peruana.

¿Qué fue el actual territorio de la República del Ecuador durante el Incario?

Durante el Incanato, lo que hoy es el Ecuador fue una provincia del Tahuantinsuyo. La conquistó el Inca Túpac Yupanqui entre 1460 y 1470, aproximadamente, mediante dos expediciones al Chinchaysuyo: la primera llegó hasta Tumipampa y la segunda hasta Quito. Con

el siguiente Inca, Huaina Cápac, se terminó de conquistar el país, ganándose hasta los Quijos y extendiéndose así la obra colonizadora de los Incas. No pasaron éstos de la selva alta (Rupa-Rupa), por lo que no conocieron la selva baja (Omagua), sin embargo, la influencia de los quechuas llegaría hasta el Bajo Napo y aún el Putumayo, nombre este último que se traduce el Río de los Mates en la lengua del Emperador del Cuzco.

¿Y durante la Conquista española?

Durante la Conquista el primero que se aproximó a la selva fue el capitán Alonso Mercadillo, natural de Zamora, quien partió de Jauja a descubrir el País de los Chupachos o Iscaingas y llegó por el Huallaga a la provincia de Maina (¿Maynas?). Por este mismo tiempo el capitán Pedro de Vergara, El Flamenco, descubrió Pacamaru, el Bracamoros posterior, fundando inclusive una ciudad, pero hubo de despojarla para salir a ayudar al nuevo Gobernador Cristóbal Vaca de Castro, a cuyo lado luchó en la batalla de Chupas. Ambas expediciones se dieron entre 1538 y 1539.

¿Y cuando el descubrimiento del Amazonas?

Lo que ocurrió fue que Francisco Pizarro, Gobernador del Perú, nombró Gobernador de Quito a su hermano Gonzalo Pizarro, haciéndolo también Capitán General de la expedición descubridora al País de la Canela. Francisco Pizarro no tenía facultad para crear una Gobernación, tampoco para investir Gobernador a un hermano suyo. En resumen, ambos hechos resultaron nulos. Además, nunca los convalidó el Rey. Empero, en lo tocante al cargo militar de Capitán General, hubo pleno derecho para efectuar el nombramiento. Legalmente no hay nada que decir, Gonzalo Pizarro, a su vez, nombró por su lugarteniente al capitán Francisco de Orellana, quien en una salida de avanzada descubrió el Río Grande de las Amazonas, hallazgo que se efectuó el 12 de febrero de 1542. Por ser Orellana capitán dependiente, su hallazgo fue para su jefe (Gonzalo Pizarro) y para el jefe de éste (Francisco Pizarro), lo que permite decir -abreviando- que el descubrimiento del Amazonas fue peruano en su totalidad, pues se hizo desde el Perú, por el Perú, para el Perú y en el Perú. Jurídica y militarmente no hay otra manera de entender este hecho.

¿Y en cuanto al punto de partida de una expedición?

El que la expedición descubridora del Amazonas haya salido en primera instancia del Cuzco y en segunda de Quito, tiene valor histórico pero no alcanza posesión ni propiedad. Recordemos que del

Perú salieron las expediciones descubridoras hacia Chile, Bolivia y Tucumán, pero ello no le da derecho al Perú a reclamar esos territorios como suyos. También desde el Perú salió la expedición descubridora y conquistadora de Quito, pero tampoco eso da pie a que el Perú pretenda que la tierra quiteña sea suya. Todavía más, desde Quito se descubrió y ganó Pasto y Popayán, pero el actual Ecuador nunca ha pretendido que sean suyos esos territorios colombianos.

¿Y qué papel juega en esto la creación de la Audiencia de Quito?

La creación de la Audiencia de Quito el 29 de agosto de 1563 no añadió ni restó nada. Fue una Audiencia subordinada como la de Charcas (1559) y la posterior del Cuzco (1787), lo que significaba que formaba parte del Virreinato del Perú. En otras palabras, si el Virrey de Lima hubiera ido a Quito, el Regente o Presidente de la Audiencia quiteña le hubiera cedido su asiento rector, por ser el Virrey perulero el verdadero Presidente de esa Audiencia. El Regente dirigía mientras no estuviera presente el Virrey, pero llegado el gobernante se convertía en la autoridad máxima de esa Real Audiencia y de toda su jurisdicción. Todavía más. Cuando el Virrey moría se hacía cargo del Virreyno la Real Audiencia de Lima (por ser virreynal) con título de Audiencia Gobernadora, quedando bajo ella la Audiencia de Quito (por ser subordinada) en calidad de sufragánea.

Algo similar ocurría con el Obispado de Quito. Cuando el Papa Paulo III creó el 11 de febrero de 1546 el Arzobispado de Lima, las diócesis de Cuzco, Quito, Panamá, Nicaragua y Popayán quedaron sujetas y dependientes a la arquidiócesis limense.

¿Y en lo que continuó del Virreynato?

Todo siguió igual. Por eso, cuando en 1638 remontó desde el Brasil el río Amazonas el portugués Pedro Texeira y se presentó en Quito, la Audiencia quiteña no supo qué hacer y, lejos de actuar, remitió el asunto a Lima, al Virrey del Perú. Este, que lo era el Conde de Chinchón, dispuso que Pedro Texeira regresara al Brasil, acatándose lo dispuesto e iniciando el portugués el tornaviaje.

¿Y con la creación del Virreynato de Nueva Granada?

Aquí sí cambiaron las cosas. El 27 de mayo de 1717 la Corona creó el Virreinato de Nueva Granada, suprimido el 5 de noviembre de 1723 y resucitado el 20 de agosto de 1739. En los años de vigencia del

virreino neogranadino la Audiencia de Quito pasó a depender del Virrey de Bogotá, incluyendo las gobernaciones de Yahuarzongo, Macas y Quijos y las regiones de Tumbes, Jaén y Mainas. El Virrey del Perú, notificado oficialmente, acató la disposición del Rey, y todo el territorio de la Audiencia quiteña pasó a integrar el virreino neogranadino.

Más de sesenta años prevaleció esta situación, pero los Informes de Francisco de Requena del 16 de noviembre de 1779 y del 29 de marzo de 1799, influyeron en la Corona y Carlos IV, el 15 de julio de 1802 expidió la famosa Real Cédula que devolvía la Comandancia General de Mainas al Virreinato del Perú, creando en ella un Obispado y entregando a los franciscanos del convento de Ocopa, en Jauja, las misiones que habían dejado los jesuitas en 1767, entre ellas Santa María de la Luz de los Iquitos, hoy capital de nuestro Departamento de Loreto. Así pasó Mainas al Perú: en lo político, en lo militar y en lo eclesiástico, pero también en lo judicial y lo hacendario. La Real Cédula fue acatada por el virrey de Nueva Granada el 29 de marzo de 1803, por el Presidente de la Real Audiencia de Quito el 19 de febrero de 1803 y por el Virrey del Perú el 14 de marzo de 1803. Otras Reales Ordenes de 1805 y 1819 confirmaron, total y definitivamente, la anexión de Mainas al Perú.

¿Y qué siguió a todo esto?

Los siguientes pasos fueron que el Barón de Carondelet, Presidente de la Real Audiencia de Quito, comunicó al Comandante General de Mainas la orden de incorporarse al Virreinato del Perú (20 de febrero de 1803); que el Visitador General de los franciscanos de Quito invitara a sus frailes a sumarse al Colegio de Santa Rosa de Ocopa para servir a las misiones de Mainas (11 de marzo de 1803); y que el Virrey de Nueva Granada Pedro Mendinueta y Músquiz informara al Virrey del Perú que la Real Cédula había sido comunicada al Comandante General de Mainas y, además, ejecutada, (29 de marzo de 1803). Finalmente, el Papa Pío VII, el 28 de mayo de 1803 erigió la diócesis de Mainas, siendo su primer Obispo el franciscano Hipólito Sánchez Rangel, quien tomó la posesión de su obispado en Jeberos, el 23 de abril de 1808.

¿Qué significó la dación de Mainas al Virrey de Lima?

Significó que el Virreinato peruano recibiera en forma total y definitiva la propiedad y posesión de la parte septentrional de la Amazonía peruana. Por eso somos un país amazónico. Con el Río Grande de las Amazonas se nos entregó el Marañón y el

Huallaga, el Napo y el Ucayali y los ríos menores como el Morona, el Pastaza, el Yaraví, el Putumayo, el Yapurá y otros; los pueblos de Lamas, Moyobamba y Santiago de las Montañas; la Gobernación de Quijos en el Alto Napo y la región de Canelos en el Alto Pastaza; así como las misiones del Putumayo y del Yapurá. Todos estos ríos pasaron a poder del Perú hasta casi sus nacientes, vale decir, hasta donde por sus saltos y raudales dejaran de ser navegables. En resumen, la tierra concedida por la Real Cédula de 1802 venía a ser toda la parte norte del Departamento actual de Loreto (norte del río Marañón y norte del Río Amazonas), región de la que luego sería capital la sede de la antigua misión de Santa María de la Luz de Iquitos, fundada en 1740 por el jesuita José Bahamonde; también nuestros actuales Departamentos de Amazonas y San Martín.

¿La Real Cédula de 1802 fue un documento estatal o eclesiástico?

Fue estatal. Nunca una Real Cédula puede ser un documento eclesiástico. La firma el Rey de España. Puede tratar de asuntos eclesiásticos en forma total o parcial, pero eso no la hace documento eclesiástico. Cuando el Rey trata de lo eclesial es en virtud del derecho del Regio Patronato. Por eso las Reales Cédulas son documentos estatales válidos en los aspectos político, militar, judicial, económico y religioso. Puede tratar de un asunto militar, pero no es un documento militar, puede tratar de un asunto hacendario más no por ello es un documento económico. La Real Cédula de 1802 trata de un asunto político (la dación de Minas al Perú) y de un asunto religioso (la creación del Obispado de Mainas y su jurisdicción sobre las misiones). En resumen se trata de una Real Cédula que obliga a todos (no es una Real Provisión o un Real Privilegio), otorgada por el Rey Carlos IV (la única autoridad competente para hacerlo), en la Villa y Corte de Madrid (lugar de otorgamiento) el 15 de julio de 1802 (fechado de registro). Es auténtica, no es apócrifa, en consecuencia no adolece de vicio alguno y goza de toda legalidad. Tiene una primera parte expositiva y una segunda resolutive, una explica, pero la otra ordena que la Comandancia General de Mainas pase definitivamente al Virreino del Perú.

¿Y cómo se relacionaría esto con el Ecuador?

La Real Audiencia de Quito, hemos visto, pasó a integrar territorialmente el Virreinato de Nueva Granada y, luego de la Independencia, el territorio de la Gran Colombia. Al romper con esta última e iniciar su vida independiente en 1830-pues antes no hay Ecuador ni el nombre se usa para designar a toda la Audiencia quiteña- sólo tuvo tres Departamentos

mentos: uno en la costa (Guayaquil) y dos en la sierra (Ecuador, propiamente dicho, al norte, y Azuay, al sur). Sus provincias iniciales en la costa fueron Manabí y Guayaquil, y en la sierra Imbabura, Pichincha, Chimborazo, Cuenca y Loja. La selva, para el Ecuador naciente de 1830, sencillamente, no existe. El Ecuador, y esto está clarísimo, nació sin Tumbes, Jaén ni Mainas.

¿No están Tumbes, Jaén ni Mainas?

No está Tumbes, vale decir, el pueblo de San Nicolás de Tumbes, dependiente de la ciudad de Piura, porque se independizó el 7 de enero de 1821, optando por la causa patriota del Perú; tampoco está Jaén,

que en parte pertenecía al Perú por Real Cédula del 1 de junio de 1784, porque juró su independencia el 4 de junio de 1821, decidiendo pertenecer al Perú; y tampoco está Mainas, perteneciente al Perú desde 1802, porque juró su independencia en Moyobamba el 19 de agosto de 1821, naturalmente por la causa peruana. Tumbes, Jaén y Mainas pertenecen al Perú por el principio de la Libre Determinación de los Pueblos, que es el definitivo; Tumbes y Mainas, además, por el principio del *Utti possidetis*; y Tumbes, Jaén y Mainas, finalmente, por un tercer principio que es el de la Posesión Efectiva y Continuada y la Acción Civilizadora. En base a estos tres principios indiscutibles es que Tumbes, Jaén y Mainas son parte entrañable del Perú.

LOS TRATADOS DE DEFINICION DE FRONTERAS

El Diferendo territorial entre la Jamahiriya árabe-libina (Libia) y la República de Chad

Paul Duclós Parodi
Bachiller en Derecho
Ex-miembro del Comité Directivo de
THĒMIS-Revista de Derecho

La Corte Internacional de Justicia es el órgano de arreglo judicial de mayor importancia en el Sistema de Naciones Unidas. Este rol se configura a partir de la obligación de los Estados miembros de recurrir a medios pacíficos para solucionar sus controversias y conflictos.

La jurisprudencia de la Corte, sin ser obligatoria para los Estados no demandantes, se constituye en un valioso aporte al desarrollo, estudio y esclarecimiento del Derecho Internacional¹. Su práctica resolutoria, que consiste en referirse a sus anteriores decisiones, ha permitido la elaboración de una jurisprudencia (principios de decisión²) constante respecto de determinadas materias³. Una de ellas es la referida a la cuestión de los litigios fronterizos de importancia siempre presente.

La búsqueda y establecimiento de las fronteras aparece en la doctrina internacional como una condición *sine qua non* de la constitución de una nación y de su transformación en Estado⁴. Poco a poco, el concepto estricto de "línea de frontera" fue imponiéndose al de "zona-fronteriza" (espacio territorial que abarca regiones limítrofes de ambas partes de una frontera, pero que conforman una unidad sociológica, étnica y económica y que no puede ser artificialmente negada)⁵. Esta distinción cobra hoy vigencia con esas mismas prerrogativas cuando se distinguen los términos "límite" de "frontera".

¹ Cabrera R., Augusto. La Corte Internacional de Justicia como medio jurídico de solución de controversias en el nuevo contexto mundial. Tesis Academia Diplomática del Perú. 1995. p.240.

² Estos principios no sólo constituyen reglas prácticas sino poseen un carácter legal. Malloy, M. P., *An analysis of the jurisprudence of the concerning boundaries*, Thessaloniki, 1985, p.282.

³ Benadava, Santiago. El Derecho Internacional Público. Santiago de Chile, 1982, p.322.

⁴ Blumann, Claude. *Frontieres et limites*. En: *La Frontiere*. p.4.

⁵ Daillier, Patrick y Pellet, Alain. *Droit International Public*. L.G.D.J., 1994. p.471.

Una frontera definitiva es considerada como un atributo del Estado moderno y se encuentra consagrada en el artículo 2 inciso cuarto de la Carta de Naciones Unidas. Esta necesidad surge a partir del principio fundamental del "exclusivismo territorial" que exige y requiere que las fronteras se encuentren rigurosamente fijadas.

El presente trabajo a propósito del diferendo fronterizo entre la Jamahiriya árabe-libina y la República de Chad resuelto en 1994 busca revisar, comprender y analizar algunos aspectos vinculados a este tema a partir de la interpretación de la Corte Internacional de Justicia como la instancia máxima de aplicación del Derecho Internacional en construcción.

1. ANTECEDENTES

En 1885 la República francesa inicia la conquista del actual territorio de Chad, terminando con la proclamación de un Protectorado en el año de 1900, el cual pasaría a formar parte del Africa Ecuatorial Francesa en 1910.

En 1958 Chad accede a una fórmula autónoma dentro de la Comunidad Francesa y dos años más tarde proclama su completa independencia sucediéndose en la soberanía de dichos territorios. En 1978, después de acusar a Libia de violaciones fronterizas, Chad rompe relaciones con este país.

En 1981 las tropas libias invaden Chad ocupando su capital N'Djamena, pero se retiran a instancias de Francia.

Desde ese momento diversos incidentes se sucedieron en la frontera de ambos países hasta la firma del "Acuerdo-Marco sobre el Reglamento Pacífico del diferendo territorial entre la Gran Jamahiriya árabe-libina popular y socialista y la República de Chad"⁶, que fuera propiciado por Argelia.

1.1 Competencia de la Corte Internacional de Justicia

El 3 de setiembre de 1990, la República de Chad procede a depositar al Greffier de la Corte Internacional de Justicia una demanda introductoria de instancia contra la Jamahiriya árabe-libina popular y socialista, ésta se funda en el artículo 2a) del "Acuerdo-Marco sobre el Reglamento Pacífico del diferendo territorial (...)" y, a título subsidiario, en el artículo 8 del tratado franco-libio de amistad y de buena vecindad del 10 de agosto de 1955.

Este acuerdo-marco dispone, en su artículo primero, que:

"Las dos partes se comprometen a reglar, en primera instancia, su diferendo territorial por todos los medios políticos, en el plazo de un año, citado como referencia, a menos que los Jefes de Estado decidan otra cosa."

y, en su artículo segundo:

"A falta de un reglamento político en su diferendo territorial, las dos partes se comprometen:

a) a someter el diferendo a juicio de la Corte internacional de Justicia..."

El 31 de agosto de 1990 la Jamahiriya árabe-libina, en base también a este acuerdo-marco presenta una demanda introductoria de instancia por lo que el procedimiento en especie es determinado por la Corte según el artículo 46, párrafo 2 de su Reglamento decidiendo por ordenanza del 26 de octubre de 1990 (C.I.J. Recueil 1990 p.149), que cada una de las partes depositaría una memoria y una contra-memoria fijando para ellos plazos de expiración.

Chad designó a Sr. Georges M. Abi-Saab y la Jamahiriya árabe-libina designó a M. José Sette-Camara para presidir en calidad de jueces *ad hoc*.

Por ordenanza del 14 de abril de 1992 (C.I.J. Recueil 1992, p.219), la Corte decidió autorizar la presentación por cada parte de una réplica, fijando al 14 de setiembre de 1992 como fecha de expiración.

El procedimiento oral tuvo lugar del 14 de junio al 14 de julio de 1993. En el curso de 19 audiencias públicas, la Corte oyó las exposiciones de Libia y Chad.

El 3 de febrero de 1994, la Corte emitió en audiencia pública la sentencia (C.I.J. Recueil 1994, p.6).

2. PRETENSIONES DE LAS PARTES

Chad, sostiene la existencia de una frontera perfectamente delimitada y demanda a la Corte el señalar cual es ésta (localización efectiva de la misma para una posterior demarcación), en vista que desde 1971 Libia había venido ocupando una parte importante de su territorio (casi 500,000 kilómetros cuadrados), ubicado en la "Franja Aouzou" de la parte norte del país. En tanto, Libia considera que no existe una frontera delimitada con la República de Chad y

⁶ Notificado a la Corte el 31 de agosto de 1990.

demanda a la Corte el determinar una (atribución de un territorio).

Chad reivindica la frontera sobre la base del "Tratado de amistad y buena vecindad entre la República francesa y Libia", firmado el 10 de agosto de 1955; así como en los derechos de sucesión de las excolonias y posesiones francesas que estén en relación con los tratados anteriores, o independientemente de aquellos.

Libia, por su parte funda su reivindicación sobre una intrincada gama de derechos y títulos de carácter histórico, étnico y social: aquellos que surgen a partir de la herencia de pueblos autóctonos del Orden Senoussi, del Imperio Otomano y de Italia y en fin, los de la Libia misma. Así, como en la falta de vigencia de aquellos tratados anexados que definen la delimitación de su frontera con Francia en el Tratado de 1955.

2.1 Procesos de fijación de fronteras

Los diferendos fronterizos gozan a menudo de una gran complejidad dado que a las tradicionales dimensiones histórica y jurídica, se añade la dimensión política, jamás ausente. La doctrina permite distinguir cuatro niveles de conflictos limítrofes, siendo estos producidos por: la atribución de soberanía de una frontera, la delimitación, la demarcación y la gestión de la misma.⁷

La operación de fijación de una frontera se descompone en varias fases. La fase primera es la **delimitación**, entendido jurídico y político que fija un límite (espacio) de carácter internacional.

El establecimiento de una línea de frontera supone la existencia de comunidades humanas encargadas a una entidad estatal⁸.

La delimitación deberá ser precisada en un instrumento jurídico formal (tratado) de obligatorio cumplimiento y validez para las partes al cual el Derecho Internacional le exige ciertos requisitos formales con el fin de preservar la real voluntad y competencia del órgano negociador del Estado contratante.

Los tratados de límites presentan una naturaleza particular que se manifiesta en su intangibilidad y

en su permanencia en el tiempo. La C.I.J. en la presente sentencia clarifica aún más este sentido cuando señala que el establecimiento de esta frontera es un hecho que, desde su origen, ha tenido una **existencia jurídica propia**, independiente de la suerte del tratado que la determina. Es decir, su persistencia no depende de la supervivencia del tratado por la cual fue convenida.

La segunda etapa corresponde a la **demarcación**, actuación técnica de ejecución en los términos de la delimitación previamente establecida, pudiendo los responsables de ésta ser habilitados a variar dicha delimitación para corregir las imperfecciones debidas a un mal conocimiento del terreno por los negociadores.

La tercera y última fase consiste en el **amojonaamiento**, que implica la materialización de la frontera en el terreno mediante la construcción o erección de hitos en la forma, a su vez, convenida.¹⁰

El proceso de establecimiento de una frontera implica así, un compromiso hacia el futuro. Su naturaleza intrínseca lo convierte en un acuerdo **peremne e inmutable**.

La Corte Internacional de Justicia en su sentencia del Templo de Preah Vihear señala:

"De una manera general, cuando dos países definen entre ellos una frontera, uno de sus principales objetivos es encontrar una solución estable y definitiva" (Rec, 1962, p.34)

Claude Blumann, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Poitiers, le otorga aún un mayor reconocimiento a este hecho, al mencionar que:

"La práctica internacional confirma que en todas partes la objetividad, la estabilidad de las fronteras es elevada al rango de norma fundamental, y por qué no, imperativa, del Derecho Internacional."

Este reconocimiento es considerado por dicho autor como un gran avance en el Derecho Internacional aunque sin dejar de señalar que presenta un inconveniente y una laguna. El inconveniente estribaría en el riesgo de petrificación de las situaciones terri-

⁷ Duteil de la Rochere, *Les Procédures de règlement des différends frontaliers*. En: *La Frontière*, p.112.

⁸ Daillier, Patrick y Pellet, Alain, op. cit, p. 469.

⁹ C.I.J., Diferendo territorial Libia y Chad, Rec, 1994, p. 37.

¹⁰ Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. Clarendon Press-Oxford, 1972, p. 125.

toriales en el mundo. Y la laguna estaría en la ausencia de una autoridad imparcial susceptible de repartir con justicia los territorios o de modificar su consistencia según las necesidades respectivas de los Estados.¹¹

Es así, que la materia primigenia de discusión implica el análisis respecto a si se puede hablar o no de una frontera debidamente delimitada entre Libia y Chad, vía la existencia de un título claro que lo determine.

3. EL TRATADO DE AMISTAD Y BUENA VECINDAD ENTRE FRANCIA Y LIBIA

Este Tratado que fuera firmado en 1955 presenta una naturaleza compleja, comprendiendo cuatro convenciones y ocho anexos que abarcan una vasta gama de relaciones hacia el futuro. Una de éstas, es la referida a la delimitación de la frontera, tratada en su artículo tercero y en su anexo primero.

Señala el artículo tercero:

“Las dos Altas Partes contratantes **reconocen** que las fronteras que separan los territorios de Túnez, Argelia, el Africa Occidental francesa y el Africa Ecuatorial francesa de una parte, y el territorio de Libia por otro lado, son aquellas que **resultan de actas internacionales en vigor a la fecha de constitución del Reino Unido de Libia**, tales que son definidas en el intercambio de cartas acá adjuntadas (anexo 1)”

Al respecto debemos analizar tres cuestiones:

- a) La sucesión de los Estados, es decir si las fronteras establecidas por un Estado predecesor (en este caso Francia) son norma obligatoria y se suceden, a su vez, al Estado emergente (Chad),
- b) La forma correcta de interpretación del término “actas internacionales en vigor” en donde existe a su vez una controversia a ser dirimida por la Corte y,
- c) Si la remisión al anexo I que señala la forma de delimitación de la frontera refiriéndose a una serie de convenciones y acuerdos entre la Repú-

blica francesa con Inglaterra e Italia, entre 1898 y 1919, es una forma válida aceptada por el Derecho Internacional para este tipo de cuestiones.

3.1 La sucesión de los Estados

La estabilidad de las fronteras es considerada en la doctrina como un verdadero dogma. Blumann señala que la prueba de ello estaría en la materia concerniente a la sucesión de Estados, ya que si contrariamente al tratamiento internacional no se admite que un nuevo Estado esté ligado a los tratados concluidos por el Estado predecesor, se llegaría al absurdo de que este quedaría inmerso en todos los acuerdos fronterizos del pasado. No podemos entonces, negar la necesidad de esta transferencia de obligaciones que implica una distinción y una trasmisión particular y directa de estos acuerdos.

Es más específico cuando al hablar de la experiencia africana señala que: el “sacro-santo” principio de derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, cede paso frente a aquel que preconiza la intangibilidad de las fronteras coloniales. Situación que es asimilada a su vez, a la mayoría de los Estados del tercer mundo¹².

Este derecho, por tanto, estaría limitado en el marco administrativo fijado por la potencia administradora o en las fronteras coloniales ya precisadas¹³.

La sentencia de la C.I.J. en el caso de disputa fronteriza entre Burkina Faso y la República de Mali, refuerza esta posición:

“Al momento de la independencia, el nuevo Estado adquiere soberanía con la base territorial y las fronteras dejadas por el poder colonial. Esto es parte de la operación ordinaria de la maquinaria de la sucesión de los Estados. El Derecho Internacional y consecuentemente el principio del *uti possidetis* - aplicado al nuevo Estado (como tal)- se aplica no con efecto retroactivo, sino inmediatamente y desde ese momento hacia adelante”.

Jacqueline Dutheil¹⁴ señala al respecto, que dos actitudes serían teóricamente posibles para los Estados nuevos que acceden a la independencia: 1) Revisar totalmente las fronteras resultantes de tratados

¹¹ Blumann, Claude. op cit, p. 14.

¹² Blumann, Claude. op cit, p. 13.

¹³ Daillier, Patrick y Pellet Alain. op cit, p. 465.

¹⁴ Dutheil, Jacqueline. op cit. p. 114.

desiguales o delimitaciones que no tengan ninguna ligazón con la realidad del territorio o, 2) Aceptar como fronteras aquellas que ya existían (de hecho o de derecho) como límites internacionales o administrativos desde la época colonial y buscar un reglamento definitivo sobre esta base.

La realidad se sitúa a mitad de camino. Los numerosos conflictos tanto en América como en África, utilizaron frecuentemente el principio del *uti possidetis* en la incorporación de territorios bajo su soberanía, lo que permitía “helar” una contienda territorial vía la aplicación del *status quo* administrativo.

Sin embargo, esta regla del derecho romano que versa: “Como poseéis, seguiréis poseyendo” puede ser también fuente de divergencias y tensiones, como en el caso americano en donde los Derechos y Reales Cédulas españolas que establecían los antiguos límites eran imprecisos para el establecimiento de las fronteras de los diversos Virreinos y Capitanías Generales.

Los Estados africanos no tuvieron éxito en inscribir este principio en la Carta de la Organización de Estados Africanos (O.U.A.). Sin embargo mediante resolución 16-1 de esta organización (julio de 1964), y en la Declaración de la Conferencia de Países No Alineados de El Cairo de octubre de ese mismo año, se comprometieron a respetarlo.

Esta evolución doctrinaria que se explica a partir de la necesidad de estabilidad de las relaciones interestatales y en la vigencia de las obligaciones y tratados acordados, se vería plasmada en la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, del 23 de agosto de 1978. En su artículo 11 al referirse a los regímenes de frontera, señala que la sucesión no afectará de por sí a) a una frontera establecida por un tratado; ni b) a las obligaciones y los derechos establecidos por un tratado y que se refieran al régimen de una frontera.

En consecuencia, esta fórmula se presenta como la reconocida y aceptada por el Derecho Internacional para el nacimiento de nuevos estados y Libia, por tanto, no podría contestar el derecho de Chad de invocar contra ella toda disposición concerniente a esta frontera en virtud de la herencia colonial recibida de Francia y la sucesión estatal producida.

3.2 La interpretación de los tratados

La Corte recuerda que en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, se expresa que todo tratado debe ser interpretado de buena fe siguiendo el sentido común y atribuyendo sus términos a su contexto y a la luz de su objeto y de su fin.

Así, cuando el artículo 3 del tratado de 1955, señala que las partes “reconocen” que las fronteras (...) son aquellas que resultan de ciertos actos internacionales, la Corte asigna al verbo “reconocer” la existencia de una obligación jurídica que es contraída. Dice: “Reconocer una frontera, es antes que todo “aceptar” esta frontera, es decir, deducir las consecuencias jurídicas de su existencia, respetarlas y renunciar a contestarlas en el futuro”.

Lo que se busca determinar es el contenido exacto del compromiso así tomado, en referencia a los actos internacionales “en vigor” a la fecha de constitución del Reino Unido de Libia.

Libia pretendió sostener que los acuerdos mencionados en el anexo I sobre los cuales Chad se apoya no estaban en vigor en la fecha pertinente y, por lo tanto, el Tratado de 1955 no puede ser aplicado.

La Corte, correctamente, desecha dicha tesis al indicar que una interpretación de buena fe del artículo 3 no apunta simplemente a los actos internacionales en vigor a la fecha de constitución del Reino Unido de Libia, sino los actos internacionales “en vigor” a esta fecha “tales que son definidos” en el anexo I y que el trazar una lista de actos jurídicos aplicables dejando para un examen posterior la cuestión de saber si estaban o no en vigor hubiera sido desprovista de sentido. La buena fe en la interpretación de un tratado implica el hacerlo mediante un procedimiento recto y honrado¹⁵.

La interpretación de un tratado debe estar de acuerdo a su sentido razonable, dando por supuesto que abrigan propósitos con ese fin y no incompatibles con los Principios del Derecho Internacional. De esta forma, si una estipulación es ambigua deberá preferirse el sentido razonable al ilógico, partiendo del supuesto que las partes aspiran a la producción de ciertos efectos.¹⁶

¹⁵ Solari T., Luis. Derecho Internacional Público. Librería Studium. 1983. p.39.

¹⁶ Oppenheim, J.L. Tratado de Derecho Internacional Público. Barcelona, 1961. T.I, Vol. II, p.548-551.

El texto del artículo traduce claramente la intención de las partes de otorgar una solución definitiva a la cuestión de sus fronteras comunes, lo que es coincidente al objeto y fin del tratado de 1955. La Corte es enfática cuando señala que toda otra lectura de estos textos sería contraria a uno de los principios fundamentales de interpretación de los tratados, aquél del efecto o fin útil, es decir que de "la interpretación de un tratado no se puede concluir un absurdo o un concepto contrario al propósito para el que fue suscrito dicho tratado"¹⁷ o no congruente con las expectativas compartidas razonablemente por las partes contratantes¹⁸.

3.3 La forma de establecimiento de una frontera

La fijación de una frontera depende de la libre voluntad de los Estados soberanos directamente interesados. El Derecho Internacional no impone ninguna técnica particular para su establecimiento. Nada impide a las partes considerar por común acuerdo una cierta línea como frontera. La elección entre "fronteras naturales" y "fronteras artificiales" dependerá del conocimiento más o menos exacto que los negociadores tienen respecto de la zona que atravesará la línea fronteriza definida.

De esta manera el reconocimiento de una frontera podría también revestir diversas formas y estar referido a otros instrumentos jurídicos si ello es requerido y pactado. Así lo atestiguan las convenciones y la jurisprudencia internacional. Entonces, cuando el artículo 3 precisa que las fronteras reconocidas por el tratado de 1955 son "aquellas que resultan de los actos internacionales" definidos en el anexo I, esa mención es perfectamente válida y conforme al Derecho Internacional.

4. OTRAS PRECISIONES ESTABLECIDAS POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

4.1 La cuestión de los antecedentes históricos

El territorio en disputa tenía una larga y compleja historia que servía de fundamento a Libia para reclamar una zona territorial mayor en virtud de títulos de ese orden.

Esta pretensión surge a partir de la crítica a la delimitación y posterior ratificación de las fronteras

coloniales que usualmente no toman en cuenta los deseos de los pueblos concernidos en esta, ni sus características sociológicas, étnicas o económicas mal conocidas o simplemente obviadas en la época de su determinación. Estos territorios podrían ser reivindicados mediante la aplicación del principio de la "libre determinación de los pueblos".

Alberto Ulloa Sotomayor al celebrarse el 25° aniversario del Protocolo de Río de Janeiro al respecto dice:

"Esta libre determinación era filosófica, histórica y políticamente afín con la idea de la Independencia. Los pueblos que se emancipaban, en una frágil superposición geográfica con las circunscripciones coloniales, adaptaban la Independencia al sentido humano de la vida y del espíritu de los hombres que, por razones del mismo carácter humano, además de otros materiales de comunicaciones y de comercio, se unían voluntariamente a uno u otro de los nuevos Estados, realizando lo que se llama su Constitución inicial, que es inseparable jurídicamente de los títulos coloniales, e, históricamente, del nacimiento de los Estados."

Sin embargo, en el presente caso, este argumento no puede ser tomado en consideración dado que Libia fue parte original del tratado de límites en donde se resuelve la cuestión territorial de su frontera sur.

La Corte entiende que ya no hay necesidad de estudiar las materias referidas a cuestiones históricas o de otro tipo, si la delimitación resulta de un acuerdo aceptado por un Estado descolonizado. En ese contexto el recurso al principio del *uti possidetis* tampoco sería necesario, ni procedente.

De esta forma, Libia con su firma estaría aceptando taxativamente como suyos, los acuerdos a que se refiere el anexo I entre Inglaterra e Italia respectivamente con la República de Francia, y que delimitan su frontera.

Ello se explica -y tal como la sentencia lo reafirma- en una validez plena y enfática de los principios del Derecho Internacional de *Pacta Sunt Servanda* y *Res Judicata* (entendidos como una abstracción de normas jurídicas realizada para facilitar la sistematización del Derecho Internacional¹⁹) y que

¹⁷ Solari T., Luis. op cit, 1982 p. 40.

¹⁸ Ramacciotti, Beatriz. La Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América en el caso Alvarez Machain a la luz del Derecho Internacional. En: Revista Derecho y Sociedad, 1992 p. 29.

¹⁹ Moncayo G.R. y otros. Derecho Internacional Público. Buenos Aires. 1981, p. 131.

en materia de fronteras ejercen una función homóloga.²⁰

El principio de *Pacta Sunt Servanda* que es de universal aplicación, implica el deber de todo Estado de cumplir las obligaciones contraídas a partir de acuerdos internacionales válidos y con arreglo a las normas de Derecho Internacional reconocidas. Su aplicación es obligatoria y rígida en la práctica, porque conlleva en sí misma la estabilidad del ordenamiento jurídico internacional, lo cual es reconocido a su vez por la calidad de "cosa juzgada" de los acuerdos de límites.

Este principio, asimismo, se encuentra consignado en los principales instrumentos jurídicos internacionales, como la Carta de Naciones Unidas en su artículo 2.2, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 26 y en la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre otros.

4.2 Las actitudes de las partes siguientes al Tratado de 1955

Las actitudes de las partes son consideradas como de particular importancia al reconocer que el comportamiento de cada uno de los Estados marca una tendencia de valoración frente a los instrumentos jurídicos cuestionados²¹. De esta forma la Corte certifica que ningún acuerdo posterior entre Francia y Libia o entre Libia y Chad se remite a la frontera de este sector desde el tratado de 1955 habiendo las partes, en consecuencia, reconocido la existencia de una frontera determinada y obrada. La Corte relleva, a su vez, que la conducta de Chad jamás varió en lo concerniente al emplazamiento de su frontera.

Ello se condice con la posición doctrinaria de J. L. Oppenheim, quien establece que la conducta observada por las partes con posterioridad a la estipulación del tratado puede servir como un instrumento de interpretación al mismo, con respecto a las obligaciones que las partes han reconocido en la práctica con su manera de proceder.²²

5. DICTAMEN FINAL

Habiendo llegado a la conclusión que las partes contratantes entendieron por el tratado de 1955,

especialmente por su artículo tercero, que estaban definiendo su frontera común; la Corte determina que esa es la frontera actual y definitiva entre Libia y Chad.

Ello es especificado por medio de:

- a) La declaración franco-británica de 1899, que define la línea limitando la zona francesa al noreste hacia Egipto y el valle del Nilo al este del meridiano 16°, línea posteriormente precisada en forma cartográfica e interpretada por la convención de 1919. En la medida en que los Estados partes de esta convención son los mismos que concluyeron la declaración de 1899, no hay ninguna duda en que esa es la interpretación correcta.
- b) La determinación al oeste de la línea del meridiano 16° por el acuerdo franco-italiano (intercambio de cartas) del 1ro. de noviembre de 1902 donde se precisa que el límite será la frontera de la Tripolitaine indicado en el mapa anexo a la declaración de 1899, y que se encuentra consignado en el "Libro Amarillo"²³.

No obstante, las disposiciones del artículo 11 señalando que: "El presente tratado es concluido para una duración de 20 años", y que puede ser terminado en forma unilateral, el tratado de 1955 debe ser considerado como el que ha establecido una frontera permanente, dada la naturaleza de la materia que rige y puesto que nada indica que la frontera convenida debería ser provisional o temporal. La frontera lleva al contrario todas las marcas de definitiva.

5.1 Sentencia

La Corte, por 16 votos contra 1,

- 1) Dice que la frontera entre la gran Jamahiriya árabe-libina popular y socialista y la República del Chad está definida por el Tratado de Amistad y Buena Vecindad entre la República francesa y el Reino Unido de Libia;
- 2) Dice que el trazado de la frontera es el siguiente: Del punto de intersección del meridiano 24° este y del paralelo 19°30' norte, una línea derecha hasta el punto de intersección del trópico de Cáncer y del 16° meridiano este; y de este último

²⁰ Belaúnde M., Antonio. "Nuestro Problema con el Ecuador", 1995, p. 137.

²¹ Parágrafos 66 a 71 de la Sentencia de la C.I.J.

²² Oppenheim, J.I., Op. cit., T.I., Vol. II, 1961, p. 552.

²³ Publicación realizada por las autoridades francesas a fin de esclarecer dicha cuestión limítrofe.

punto una línea derecha hasta el punto de intersección del meridiano 15° este del paralelo 23° norte.

Esta líneas son indicadas, a título de ilustración, sobre el croquis n° 4.

Pour: Sir Robert Jennings, *Président*; M. Oda, *Vice-Président*; MM. Ago, Schwebel, Bedjaoui, Ni, Evensen, Tarassov, Guillaume, Shahabuddeen, Aguilar, Mawdsley, Weeramantry, Ranjeva, Ajibola, Herczegh, *juges*; M. Abi-Saab, *juge ad hoc*.
Contre: M. Sette-Camara, *juge ad hoc*.

6. CONCLUSIONES

1. La cuestión materia de *litis* se centra en la existencia o no de una frontera delimitada y válida entre la Gran Jamarihiya árabe-libina y la República de Chad.
2. La naturaleza de los Tratados de límites otorga a la frontera una permanencia en el tiempo y una supervivencia más allá del tratado que le dio origen.
3. Una sucesión de Estados mantiene en vigencia la base territorial y trasmite las obligaciones del Estado predecesor al emergente, en este caso las de Francia a Chad. El principio del *uti possidetis* se utiliza para respetar los límites administrativos coloniales, y es norma universal aceptada a fin de no poner en peligro la independencia y estabilidad de los nuevos Estados.
4. La interpretación del contenido y de los términos de un tratado debe ser realizada a partir de ciertos principios que no tergiversen el objeto y el fin determinado por las partes contratantes dentro de un contexto razonable de ejecución.
5. Los antecedentes históricos y las características sociológicas de un determinado territorio serán utilizados como elementos de estudio que coadyuven a la delimitación de una frontera en la medida que no exista ya un tratado válido que la haya designado.
6. El principio *Pacta Sunt Servanda* se constituye como uno de aplicación obligatoria y básica en las relaciones de los sujetos de Derecho Internacional y conlleva en su naturaleza la esencia de la estabilidad y vigencia del ordenamiento jurídico internacional.
- 7.- El límite entre la Gran Jamahiriya árabe-libina Popular y Socialista y la República del Chad es el definido por el Tratado de amistad y buena vecindad concluido el 10 de agosto de 1955 entre la República francesa y el Reino Unido de Libia.

FORUM: PERSPECTIVAS PARA LA INVERSIÓN PRIVADA DESPUÉS DE LA REFORMA ECONÓMICA

Como consecuencia de la progresiva implantación de una economía basada en el mercado y la libre competencia se viene produciendo un fenómeno que reviste gran importancia para el desarrollo de nuestro país: el crecimiento de las inversiones privadas. Las inversiones, sean nacionales o extranjeras, han pasado a ocupar el lugar protagónico en el escenario económico peruano, convirtiéndose en la principal fuente de riqueza y trabajo, además de dinamizar una economía estancada por varios años de intervencionismo.

El Derecho no puede permanecer ajeno a las repercusiones de estos cambios; por tal motivo, la revista THÉMIS reunió en el fórum "Perspectivas para la Inversión Privada Después de la Reforma Económica" a destacados especialistas de diversas áreas (abogados, economistas, empresarios e ingenieros) con el fin de brindar un panorama interdisciplinario, pero centrado en las ciencias jurídicas, de un tema de gran actualidad como es la inversión privada.

El mencionado evento se llevó a cabo los días 23, 24 y 25 de abril en el auditorio de PETROPERU y contó con la participación como expositores y panelistas de renombrados expertos como José Amado, Albert Forsyth, Oscar Jasau, Juan Inchaústegui, Alberto Bustamante, Michel del Buono, entre otros.

SEMINARIO: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional es, sobre todo en estos momentos, un órgano clave para el desarrollo del Estado de Derecho y la defensa de los principios y derechos establecidos en la Constitución. Por tal motivo, es necesario reflexionar acerca de la implantación del Tribunal Constitucional, señalando sus alcances y limitaciones, incidiendo en su rol como supremo intérprete de la Constitución. Estos temas de gran actualidad fueron tocados en el seminario "El Tribunal Constitucional", organizado por el Taller de Derecho.

El evento se realizó en el Auditorio Juan Pablo II de la Pontificia Universidad Católica del Perú, los días 13, 14 y 15 de mayo; entre los expositores se encontraban los doctores Jorge Danós, César San Martín, Samuel Abad y Francisco Eguiguren.

SEMINARIO: PLANTEAMIENTOS PARA UNA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

Los días 17, 19, y 21 de junio, se llevó a cabo en el Auditorio de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica, el Seminario "Planteamientos para una reforma del Código Civil". El evento, organizado por el Centro Federado de Estudiantes de Derecho, brindó perspectivas novedosas sobre temas que han cobrado gran actualidad, como la prueba del ADN en los procesos de filiación, la multipropiedad o la responsabilidad civil médica. Dichos temas fueron tocados por prestigiosos juristas entre los que figuraban los doctores Alfredo Bullard, Gastón Fernández, Hugo Forno y Eduardo Benavides.

II SEMINARIO DE ADMINISTRACION DE CONFLICTOS: DERECHO Y ECONOMIA EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Luego del I Seminario de Resolución de Conflictos, realizado durante el mes de junio de 1995, la Dirección de Proyección Social en Derecho (PROSODE) ha organizado un nuevo Seminario sobre el tema, pero esta vez centrado en un análisis jurídico-económico. El incorporar variables económicas al enfoque jurídico permite ampliar nuestra perspectiva, de manera tal que podamos evaluar los costos de la Administración de Justicia y los beneficios o

perjuicios que pueda ocasionar a sus usuarios. El Seminario, además, incidió en los órganos resolutores de conflictos en materia tributaria, dado que han cobrado singular importancia en la actual coyuntura.

El evento se llevó a cabo los días 18, 19 y 20 de junio, en el Auditorio Juan Pablo II, y en él participaron catedráticos de nuestra casa de estudios como los doctores Armando Zolezzi, Humberto Medrano y Fernando de Trazegnies, y prestigiosos economistas como Gabriel Ortiz de Zevallos.

PARTIDO DE FULBITO THEMIS VERSUS IUS ET VERITAS (Marcador 7-1)

Recientemente se llevó a cabo un encuentro deportivo entre los miembros de THĒMIS-Revista de Derecho y los de Ius et Veritas, publicaciones jurídicas editadas por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con ocasión de estrechar los vínculos entre ambas instituciones, se enfrentaron en un amistoso partido de fulbito en el que resultó ganadora nuestra revista por 7 goles contra 1. Fernando Molina, miembro de THĒMIS, anotó 5 goles, mientras que Diego R. La Rosa, del mismo equipo, metió los otros dos. Por su parte, el gol de honor de Ius et Veritas fue obra de Edgardo Cavalié. Próximamente ambas revistas han acordado jugar la revancha.

LA CONSIDERACION JURIDICA DEL INDIJO COMO PERSONA EN LA COLONIA (Siglos XVI y XVII)

Tesis sustentada por el doctor Gorki Gonzales Mantilla, para obtener el grado de Magister en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, ante el jurado conformado por los doctores César Landa, Juan Morales Godo y Marcial Rubio Correa, con mención sobresaliente.

El Perú es un país de gran riqueza humana por su diversidad racial y cultural. Al mismo tiempo sufre graves fracturas de racismo y marginación, no formales, pero de indudable existencia.

En el largo trayecto histórico de nuestra sociedad, estas fracturas se superan, no sin sobresaltos pero con continuidad. Llegará el día en que todos podamos reconocer y respetar nuestras diferencias enarbolando, al propio tiempo, la peruanidad común que nos une.

Parte importante de este esfuerzo de construcción nacional es recuperar la conciencia histórica de las desigualdades que llegaron hasta nosotros, de su naturaleza y de su evolución. Más allá de nuestros deseos, o de nuestra buena fe, las desigualdades continúan existiendo en nuestras vidas y tal vez, las traslademos subconcientemente a nuestros hijos. No de otra manera sobreviven el racismo y la marginación social en un país que se declara republicano e igualitario desde hace casi dos siglos.

El indígena llevó la peor parte; creemos que, aún, mucho más de lo que la Metrópoli le quiso imponer con sus normas de organización de la sociedad colonial. Esto fue agravado, entre otros factores, porque los indios fueron los derrotados militarmente y por la manera como se llevó a la práctica la relación entre las repúblicas de indios y la de españoles.

El Derecho y la historia de la vida social se hallan totalmente entremezclados en el derrotero de la condición del Indio en el Perú. Las normas le impusieron cargas y límites y la conciencia social colectiva lo desvalorizó. Con toda seguridad, estos dos factores crearon una espiral descendente por la que el indio descendió profundamente durante muchísimos años. No podemos, así, desligar los problemas del presente de las decisiones, y las equivocaciones, del pasado.

Gorki González dedica este trabajo a analizar la condición jurídica del indio en el Perú durante el siglo XVI. Vista desde el título, la tesis parece un texto dedicado a lectores eruditos, alejados del presente. Indudablemente ese público tiene particular interés en esta tesis, pero también lo tiene el estudioso del Perú actual. Una de las cosas que nos ha llamado la atención al revisar sus páginas, es la cantidad de convicciones usuales del Perú de hoy, que se originan casi textualmente en opiniones vertidas hace cuatro siglos. En textos del siglo XVI podremos encontrar muchas afirmaciones tremendamente discutibles, que muchos peruanos del siglo XX toman por verdades de perogrullo.

González ha analizado fuentes sobre un marco rico de conceptos. La reconstrucción del pensamiento de los autores trabajados, en las condiciones de su tiempo, para darnos la tercera dimensión del Derecho en lo que toca a este problema, es sugerente no sólo para comprender lo que pasó entonces, sino para adentrarnos en ese mundo y poder explorarlo por nuestra propia cuenta.

El trabajo realizado por el autor en Roma, con profesores romanistas de primera línea, para poder desarrollar adecuadamente el trabajo de las fuentes de aquel entonces, teñidas del espíritu del Derecho Romano predominante, muestra sus resultados en el tratamiento

de los temas y la elaboración de las conclusiones.

Cada disciplina aporta lo propio al conocimiento de las cosas. La historia de estos temas ha sido poco mirada por los juristas en el Perú y, por consiguiente, los íconos del Derecho encerrados en las formas existentes no han sido claramente analizados.

Los españoles traen a América su Derecho, moldeado en base a las reinterpretaciones medioevales del Derecho Justiniano, redescubierta y vuelta a aplicar en Europa a partir del siglo XIII. Muchas de las instituciones que elaboran, y entre ellas las decisiones que toman sobre la condición del Indio, son recreaciones de las soluciones que, a su turno, encontraron los romanos para relacionarse con otros pueblos en la larga época de desarrollo del Imperio Romano.

Conocer la dimensión jurídica de esta historia, por consiguiente, contribuye a dar nuevos significados a las fuentes, a las opiniones de la época y, en definitiva, a la comprensión de qué pasó en el pasado y cómo llegamos al presente.

Luego de leer esta obra, el lector tendrá más claro dónde, y porqué tomamos este rumbo que nos llevó a las diferencias entre nosotros, que son tan difíciles de superar. Recuperar lo esencial de este libro, y ser capaz de retornarlo a la sociedad a través de una praxis más igualitaria, es algo de primera importancia en la construcción de este nuevo Perú, más peruano, que aparece y se desarrolla doquier.

Además del valor académico del trabajo, creemos que colabora a entender la actualidad. Es un aporte adicional y del presente, que puede encontrarse tras los cuidadosos pliegues teóricos con los que Gorki González nos ha confeccionado esta interesante obra.

Marcial Rubio Correa

MARCO LEGAL DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES EN EL PERU Y SU ROL EN LA PROMOCION DEL DESARROLLO

Tesis sustentada por la señorita Sara Haydée Sotelo Aguilar para optar el Título de Abogado, ante el jurado conformado por los Doctores Walter Albán, Cecilia Flores y Elvira Méndez Chang, con mención sobresaliente.

En las últimas décadas, el rol de las organizaciones no gubernamentales (ONGs) ha ido ganando importancia en el campo de la cooperación internacional para el desarrollo. Ello ha permitido un mayor flujo de fondos a países del Tercer Mundo para realizar actividades que propugnen el desarrollo integral sostenido. Frente a este fenómeno, el rol del Estado en cuanto a la canalización de los recursos de cooperación es replanteado, surgiendo una serie de problemas respecto a la sujeción de las ONGs a la competencia de los tribunales y leyes peruanos, a la fiscalización de los recursos que reciben y en relación a la ejecución de proyectos de cooperación internacional para el desarrollo. En general, el derecho interno peruano, no ha permitido mejorar su funcionamiento y la consecución de sus fines, toda vez que algunas normas, especialmente de carácter administrativo y tributario, han obstaculizado las actividades de las ONGs. Asimismo, se ha advertido que el marco legal existente carece de la flexibilidad necesaria para poder aglutinar las distintas entidades que cubren diversos fines, afectando a la ejecución de proyectos.

El trabajo de investigación fue estructurado en tres capítulos. El primer capítulo estudia la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho al Desarrollo, partiendo del análisis de las nuevas concep-

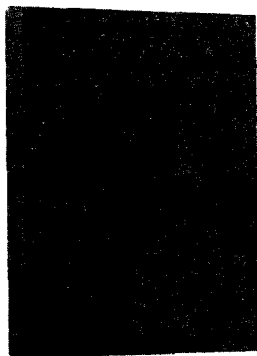
ciones de desarrollo y de Derecho al Desarrollo, e incide en la identificación de nuevos elementos y principios, surgidos en el seno de las Naciones Unidas, que subrayan tanto la dimensión individual como colectiva de esta materia.

El segundo capítulo versa sobre el marco legal de las organizaciones no gubernamentales de desarrollo (ONGDs) en el Perú -como especie del género ONGs, referida a la promoción del desarrollo- incidiendo en su subjetividad, rol, obligaciones y su participación en la ejecución de proyectos. Asimismo, se señalan las nuevas modalidades de recursos de cooperación técnica internacional que resultan relevantes. Con ello, se logra un análisis que concluye en la determinación de los aciertos y desaciertos de nuestra legislación, con especial referencia a aspectos administrativos (como el registro de las ONGDs) y tributarios (el régimen de beneficios).

El tercer capítulo presenta una propuesta para la promoción del desarrollo a través de las ONGDs en el Perú. Esta hace referencia a la necesidad de modificar el marco legal existente, incidiendo en la creación de incentivos para su desempeño, y la flexibilización de la relación entre Estado-ONGDs. Los lineamientos generales planteados resultan claros y adecuados, siendo un aporte importante para la regulación de las ONGDs en nuestro país.

La Tesis sustentada es producto de una investigación exhaustiva sobre un tema novedoso y de actualidad, siendo un texto de lectura básico para quienes tengan interés por profundizar el estudio del tratamiento de las ONGDs en el Perú.

Elvira Méndez Chang



FERNANDO CANTUARIAS
SALAVERRY Y
MANUEL DIEGO ARAMBURU
YZAGA

*EL ARBITRAJE EN EL PERU:
DESARROLLO ACTUAL Y
PERSPECTIVAS FUTURAS*

Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1994, 660 pags.

Contenido:

- Capítulo 1: Inevitabilidad del Arbitraje
- Capítulo 2: Arbitraje Doméstico y Arbitraje Internacional
- Capítulo 3: El Acuerdo de Arbitraje
 - 3.1 Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral
 - 3.2 El Convenio Arbitral
 - 3.3 El Convenio Arbitral en la Ley General de Arbitraje del Perú
 - 3.4 Mecanismos de protección del Convenio Arbitral
 - 3.5 El Convenio Arbitral en las Relaciones Jurídicas Estándares
 - 3.6 La Interrupción de la Prescripción en los Arbitrajes
- Capítulo 4 Los Arbitros
- Capítulo 5 Procedimiento y Laudo Arbitral
- Capítulo 6 Ejecución de Laudos Arbitrales dictados en el Perú y reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales emitidos en el extranjero
- Capítulo 7 El Estado Peruano en el Arbitraje con particulares
- Anexos

La presente obra -una de las más completas en su especie- es el fruto de una profunda investigación realizada por sus autores, dos jóvenes abogados peruanos con estudios de postgrado en prestigiosas universidades de EE. UU.

El libro bajo rescensión no es un texto jurídico común. No se limita a exponer el tema desde un plano de abstracción, ni se contenta con explicar la realidad tal cual es. Es una obra de opinión, comprometida con una idea, a la que defiende vigorosamente y con sólidos argumentos. Pretende transmitir la convicción de los autores y contribuir a generar un cambio de mentalidad acerca de la utilidad del arbitraje como sistema de solución de controversias.

Desde el inicio, los autores revelan una gran objetividad en el análisis, al advertir que la necesidad de dar mayor impulso al arbitraje no debe ser entendida como el demérito de la judicatura pública, ya que la crisis de la administración de justicia no puede resolverse simplemente con la introducción del arbitraje. Este no es la panacea, ni mucho menos un mecanismo llamado a suplir al Poder Judicial, sino uno de los tantos métodos que la sociedad puede utilizar como alternativa para solucionar pacíficamente las controversias.

Asumiendo la necesidad de difundir sus características más importantes, parte del capítulo I se dedica a reseñar los orígenes y concepto del arbitraje. Se analizan las diversas teorías que pretenden explicar su naturaleza jurídica y se exponen las razones por las cuales -a juicio de los autores- el arbitraje es "inevitable": ayuda a reducir la masificación de las causas judiciales; brinda soluciones más rápidas, eficientes, económicas y satisfactorias a las partes; permite que el asunto sea resuelto por expertos en la materia de que se trate y con mayor confidencialidad.

Al señalar que uno de los pilares fundamentales del arbitraje se sus-

tenta en la libertad de las partes de elegir a las personas que conocerán del asunto y resolverán la controversia, los autores ponen el acento en la importancia que tiene el proceso de selección de los árbitros. Los requisitos exigidos para ser árbitro, la aceptación del cargo, los derechos y obligaciones recíprocos que el nombramiento genera -tanto para los árbitros cuanto para las partes- son cuidadosamente analizados a la luz de los principios imperantes en el derecho comparado, estableciendo el paralelo con la legislación peruana. Digno de ponderar es el tratamiento dado a las obligaciones éticas de los árbitros, tema que -en general- no ha merecido demasiada atención por parte de la doctrina.

El capítulo VII es todo una novedad en obras dedicadas al arbitraje, desde que incursiona en la problemática del Estado sometido a arbitraje. Como anticipan los autores, es un lugar común -equivocado- suponer que el Estado solo puede ser demandado ante los tribunales judiciales. Dada la participación de los Estados en transacciones internacionales y la relatividad del concepto de inmunidad en lo referente a actividades comerciales, no son pocos los casos en que -ante la eventualidad de tener que ocurrir a tribunales extranjeros- los Estados han preferido incorporar cláusulas de arbitraje.

En el caso particular del Perú, la nueva Constitución de 1993 admite de manera expresa la posibilidad de que el Estado someta ciertas controversias a arbitraje.

El volumen cuenta con un anexo de suma utilidad para el estudio del arbitraje. Contiene allí las disposiciones pertinentes de la Constitución peruana, la Ley General de Arbitraje, diversas normas internas referidas a arbitraje, los principales Tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones, la Convención sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales

(Nueva York, 1958), el Convenio Interamericano (Panamá, 1975) y la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL de 1985.

Esta obra, en suma, ofrece al lector un estudio sistemático del tema, que no escatima opiniones en procura de lograr el objetivo que se propone: exhibir la conveniencia de impulsar el arbitraje como uno de los medios alternativos de solución de controversias que más eficacia ha demostrado.

Cumple acabadamente su finalidad: convence. Riguroso en la investigación y ameno en la exposición, el libro conjuga así dos virtudes fundamentales para un trabajo de esta naturaleza.

Roque J. Caivano



VORTICE
Revista de Literatura
(Editada por estudiantes de la
Facultad de Letras de la Pontificia
Universidad Católica del Perú)
Numero 3. Mayo, 1996

Muchas inquietudes pueden alborotar el pensamiento de aquellos a quienes todos tratamos de encasillar como jóvenes. A veces, esa simple terminología conlleva la muerte de nuestros proyectos. Sin embargo, propuestas como las de VORTICE nos hacen creer cada día más en el rechazo a asumirnos como una generación X.

VORTICE nace de la mediocridad, de aquellos proyectos condenados al fracaso y de aquel espíritu juvenil que muchos desearían ver mo-

rir. Nace con la convicción de ser un primer vínculo entre aquellos que inician la vida universitaria y la creación artística. Nace con el reto y compromiso que la continuidad impone a toda iniciativa maravillosa.

A diferencia de otras manifestaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú, esta Revista de Literatura - y he aquí su mérito- es producto del espíritu inquieto que debe albergar cada alumno universitario y que nos orgullese sobremanera. Sabemos por experiencia propia de las dificultades que se presentan en esta difícil meta de "...partir el silencio" como ellos mismos señalan; por ello nuestro saludo y beneplácito al encontrar amigos en esta búsqueda de canales de expresión. Cada uno a su manera.

Lejos de ser un intento incipiente, VORTICE nos brinda, en este tercer número, una edición de calidad tanto en contenido como en presentación. Cuenta con una interesante entrevista a Mario Bellatin, joven escritor peruano que ha ido elaborando una obra literaria de gran calidad cuyas resonancias han alcanzado incluso a México. Asimismo, artículos de Alonso Cueto y Ricardo Sumalavia nos muestran que la función del editor no se agota en la transcripción. Por el contrario resulta esencial como vínculo entre el escritor y el público. También se destaca la obra del joven poeta Miguel Idefonso -finalista de los Premios Nacionales de Poesía "Cesar Vallejo" del diario El Comercio y A.P.J.P.-, así como también poemas de Javier Hidalgo, Ernesto Reátegui, Carlos Villacorta, Alejandra del Valle y Franco Salcedo. Finalmente, la narrativa se presenta a través de los cuentos de Alex Salas, Florentino Díaz, Erika Céspedes, Luzmarina Eguren y Luis Landa. Todos ellos jóvenes que encuentran en VORTICE un excelente modo de decir que estamos con vida.

AGRADECIMIENTOS

THĒMIS - Revista de Derecho agradece a todas las personas 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:

Salomón Lerner, José Daniel Amado Vargas, José Luis Balta Chirinos, Alfredo Bullard, Carlos Cabrerizo, Juan José Cauvi, José Antonio del Solar, Gorki González, César Luna-Victoria, Roberto Mac Lean Ugarteche, Martín Mejorada Chauca, Javier Neves Mujica, Ismael Noya de la Piedra, Manuel Noya de la Piedra, José Antonio Payet, Jaime Quijandría, Luis Carlos Rodrigo, Raúl Villavicencio Pedraza, Juan Zegarra Russo, Armando Zolezzi Möller.

Asimismo, agradecemos a las siguientes personas:

Celinda Ampuero, Angela Arrescurrenaga, Ana María Asmat, Gladys Cadenillas, Rossina Caballero, Rubén Caballero, Carlota Cassalino, Patricia Castillo, Yamila Chávez Candiotte, Guiselle Chichizola, Juan Antonio Egüez, Familia Lesem Guerra, Familia Vega Sánchez, Gianina García, Gianina Gotuzzo, Carlos Hamann García Belaunde, José Juan Haro, Zoila Horna, Lucía Janto, Gustavo Lazo, Mónica Llosa, Paola Madueño, Jesús Merino, Teresa Mulanovich de Zegarra, Johan Otoya, José Miguel Porto, Gloria Robles, Rosario Rodríguez, Elena Romero Mejía, Mariel Rubini, Hugo Sifuentes Domenack, Jorge Taboada, Filiberto Tarazona, Godofredo Torreblanca, Mercedes Trinidad, Raúl Valenzuela, Delia Vásquez, Jorge Wiese, María Yshimura

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS - 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 enviar sus trabajos a la casilla postal 110711 - Lima 11 (con una copia en diskette) o a nuestro correo electrónico: themis@pucp.edu.pe.

THĒMIS - Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

THĒMIS - Revista de Derecho agradece el apoyo de las siguientes instituciones :

ESTUDIO JORGE AVENDAÑO VALDEZ

AVILA & VIDAL, ABOGADOS - CONSULTORES

BARRIOS, FUENTES & URQUIAGA, ABOGADOS

ESTUDIO JAVIER DE BELAUNDE, ABOGADOS

ESTUDIO CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE, ABOGADOS E.I.R.L.

ESTUDIO JUAN JOSE CAUVI & ASOCIADOS

DUANY & KRESALJA ESTUDIO DE ABOGADOS

ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCIA

ESTUDIO GARCIA CALDERON, GHERSI & CATERIANO, ABOGADOS

ESTUDIO GRAU ABOGADOS

LUIS HERNANDEZ BERENGUEL ABOGADOS

LAOS, AGUILAR, CELI & VINATEA, ABOGADOS

ESTUDIO LLONA & BUSTAMANTE, ABOGADOS

ESTUDIO OLAECHEA

ESTUDIO OSTERLING, ARIAS - SCHREIBER, VEGA, ORBEGOSO & ASOCIADOS

RODRIGO, ELIAS & MEDRANO, ABOGADOS

ESTUDIO RUBIO, LEGUIA, NORMAND & ASOCIADOS

ESTUDIO VALLE MANSILLA & ASOCIADOS

ESTUDIO YORI & BUSTAMANTE, ASOCIADOS

