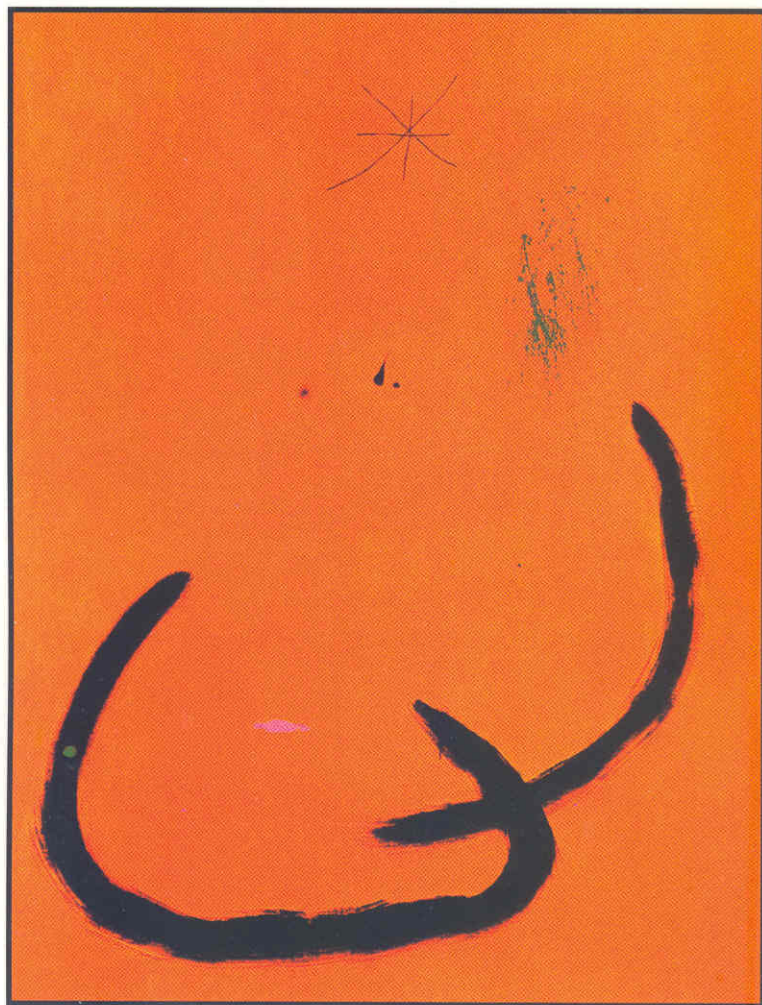


THĒMIS

Revista de Derecho



Baldo Kresalja Rosselló • Jorge Avendaño V. • Fernando de Trazegnies Granda
Javier Neves • Domingo García Belaunde • Marcial Rubio C. • Alfredo Bullard
Beatriz Boza • José Juan Haro S. • Enrique Felices S. • Gastón Fernández Cruz
Duncan Kennedy • Roxana Jiménez V. M. • Eduardo Sotelo • Jacqueline Chappuis
Fernando Cantuarias S. • Luis Pásara • Martín Mejorada • María Teresa Quiñones
José Daniel Amado V. • Bruno Amiel R.C. • Juan Espinoza • Gonzalo Zegarra M.
Carlos A. Patrón • Alberto Rebaza • Leysser L. León • Carlos Alberto Montaner
Stefano Rodotà • David W. Kennedy • Salomón Lerner Febres • Nelson Manrique

1965 - 2005

INDICE

Página	Artículo Autor
7	LO QUE A MÍ NO ME ESTÁ PERMITIDO HACER TAMPOCO DEBE PERMITÍRSETE A TI (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas) Baldo Kresalja Rosselló
33	SEGURIDAD JURÍDICA, SERVICIO PÚBLICO Y CONFIABILIDAD JUDICIAL (A PROPÓSITO DEL CASO LAN PERU) Domingo García Belaunde
39	LA PRESCRIPCIÓN LABORAL Javier Neves Mujica
47	EL FIDEICOMISO, THEMIS Y LAS FRÍAS MAÑANAS DE INVIERNO Jacqueline Chappuis Cardich
59	LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS José Daniel Amado V.
69	INTER ESTUDIOS, ESCÁNDALOS Y CRISIS: THEMIS Y LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL PERÚ Beatriz Boza
73	MERCADO ELÉCTRICO EN EL PERÚ: ¿UNA UTOPIA? María Teresa Quiñones Alayza
87	CUESTIONES GENERALES APLICABLES A LAS CAUSALES DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DICTADOS EN EL FORO Y A LAS CAUSALES PARA NO RECONOCER Y EJECUTAR LAUDOS ARBITRALES DICTADOS EN EL EXTRANJERO Fernando Cantuarias S.
97	¿PARA QUÉ TE QUIERO OPA? SUS PRINCIPIOS Y SUS MALENTENDIDOS Alberto Rebaza
109	GARANTÍAS DEL CRÉDITO BANCARIO: ¿SÁBANA O PAÑUELO? Martín Mejorada C.
119	POTESTAD TRIBUTARIA Y TRIBUTOS DE LA ESPECIE TASA Eduardo Sotelo

- 137 **ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS PARA EL FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA: EL NUEVO ROSTRO DEL PROJECT FINANCE**
Enrique Felices S.
- 151 **CONTRA LOS EXCESOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA**
Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas
José Juan Haro Seijas
- 169 **“Y MI PALABRA ES LA LEY”: INDECOPI, PUBLICIDAD COMPARATIVA E INTERPRETACIÓN CONTRA LEGEM**
Gonzalo Zegarra Mulanovich
- 199 **MODELOS Y FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**
Stefano Rodotà
- 207 **LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO**
Fernando de Trazegnies Granda
- 217 **CUANDO LAS COSAS HABLAN: EL RES IPSA LOQUITUR Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL**
Alfredo Bullard G.
- 223 **REFLEXIONES EN TORNO AL CONTRATO DE...¿REPORTE?... ¿EN EL PERÚ?**
Carlos Enrique Arata Delgado
- 237 **DE LA CULPA ÉTICA A LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA: ¿EL MITO DE SÍSIFO? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)**
Gastón Fernández Cruz
- 273 **LOS DAÑOS INMATERIALES: UNA APROXIMACIÓN A SU PROBLEMÁTICA**
Roxana Jiménez Vargas-Machuca
- 283 **¿AMO O SIRVIENTE? Consideraciones funcionales en torno a la responsabilidad vicaria a propósito del artículo 1981 del Código Civil**
Carlos A. Patrón
- 295 **SPAMMING Y RESPONSABILIDAD CIVIL** **Compensación pecuniaria y protección resarcitoria ordinaria en el régimen jurídico del correo electrónico comercial no solicitado**
Leysser L. León

- 313 **LA TUTELA JURÍDICA DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA DE LOS BANCOS**
Juan Espinoza Espinoza
- 323 **"LA CONTROVERSIA POLÍTICA ES PARTE DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO"**
Entrevista a Duncan Kennedy
- 329 **"LA CORTE PENAL INTERNACIONAL FUE UNA MALA IDEA"**
Entrevista a David W. Kennedy
- 337 **MESA REDONDA: CONSIDERACIONES EN TORNO A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL PERÚ Y SU VINCULACIÓN AL SISTEMA DE JUSTICIA: UN LEÑO MÁS AL DEBATE**
- 349 **MESA REDONDA: ¿SON LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA GOBERNABLES?**
Un análisis sobre gobernabilidad y democracia en la Región
- 352 **CRÉDITOS**

* La numeración de las páginas es coincidente con la de la revista en su versión impresa, más no, en su versión electrónica.

LO QUE A MÍ NO ME ESTÁ PERMITIDO HACER TAMPOCO DEBE PERMITÍRSETE A TI (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas)

Baldo Kresalja Rosselló*
Fundador de THEMIS, Primera Época
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

En este interesante y extenso trabajo, el destacado jurista hace un profundo análisis de los actos de violación de normas en el Derecho de Competencia Desleal. Esto es, en qué casos el incumplimiento de una norma por parte de un agente económico –como un instrumento para obtener ventajas en la lucha concurrencial–, es susceptible de ser sancionado en el ámbito de la Competencia Desleal (a través del nuevo Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución 0493-2004/TDC). Además, y en estrecha relación con lo anterior, el autor nos propone un modelo de interacción (o sistematización) entre las áreas del Derecho de Competencia, a partir de su finalidad y valores protegidos.

Toda esta discusión, como no podía ser de otra manera teniendo en cuenta la preocupación social y política del autor, está enmarcada en la realidad social peruana, donde conviven agentes económicos de tipo formal e informal, lo que, como se verá, tiene importantes repercusiones en la aplicación de los criterios estudiados.

* Ex Ministro de Justicia. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Este trabajo está dedicado a los estudiantes que conducen hoy THEMIS.

Cuando en 1965, hace nada menos que 40 años, por iniciativa de Domingo García Belaunde se fundó THEMIS, los jóvenes de entonces teníamos algunas inquietudes, preferencias y cuestionamientos que también comparten los muchachos de hoy, en el ámbito de la educación legal, el Derecho y la política. Pero como cada generación viene con su mochila, no todas las preferencias e inclinaciones pueden ser compartidas, más aún cuando en los últimos 50 años se han producido cambios muy significativos en varias áreas del conocimiento, lo que ha tenido y sigue teniendo gran influencia en el Derecho. Así, podemos constatar que parte importante y significativa del ejercicio profesional de los abogados de mi generación, los de la primera etapa de THEMIS, tiene débil relación con lo que nos enseñaron en la Facultad. Quizás el único territorio en el que hoy podríamos competir con ventaja no se encuentra en el campo del Derecho, sino en una parcela de lo afectivo.

Porque las cosas se dieron, como tenía y siempre tiene que ocurrir, en forma distinta a las de hoy. Vivíamos en un ambiente con mayores diferencias en lo que a educación básica se refiere –hoy hay menos analfabetos– pero no en ciudades y barrios tan radicalmente diferenciados en ingresos y preferencias culturales. Estábamos convencidos, a pesar de las exclusiones políticas y las nuevas realidades de los asentamientos urbanos marginales, que el futuro nos pertenecía y que podíamos construir un país mejor. Nos entusiasma estudiar un post-grado en el extranjero, pero no pensamos emigrar. La profesión de moda era la ingeniería industrial, el mundo de la empresa con presencia del capital nacional y las nuevas tecnologías. Y eso era así porque estábamos convencidos que el latifundio y el sistema de hacienda tradicional tenían señalada ya fecha de defunción.

Las diferencias en la enseñanza del Derecho y las facilidades materiales y bibliográficas, comparadas con las actuales, son inmensas. Por eso hoy los estudiantes son mucho mejores a lo que fuimos nosotros. Saben y estudian más. También tienen mejores profesores. Me estoy refiriendo a la Facultad en que ustedes estudian. Las inclinaciones profesionales son distintas y es lógico que así sea, más aún cuando todo indica que continuarán los cambios acelerados en los próximos lustros. Pero también hay problemáticas que se mantienen, servicios profesionales similares para problemas similares en el tiempo. Y las leyes en estos espacios no han cambiado tanto. La circunstancia de introducir la informática en el Poder Judicial puede haber mejorado el sistema de información, pero no ha mejorado la administración de justicia. Ahora, por

cierto, hay nuevos problemas profesionales, pero también parecidas tareas de interés público cuyas soluciones están pendientes, tareas a las que son pocos inclinados los estudiantes de hoy. Una de ellas es la proliferación de Facultades de Derecho, algunas de las cuales expulsan jóvenes de pésima formación, futuros jueces, fiscales y colegas. Al igual que algunas maestrías, fábricas sin control de calidad, con ofertas curriculares que parecen un menú popular. Eso no existía antes. Pero hay también carencias comunes: ni en mi época ni ahora se estudia o se investiga el llamado Derecho Indiano, a pesar quizás de haber sido una época de parcial pero auténtica creación legislativa, que no se ha repetido durante la República.

Pero antes y ahora, como he dicho, existen preocupaciones comunes. Siendo como somos, el Perú digo, cuando se fundó THEMIS y ahora que ha cumplido 40 años, un país poco desarrollado, muchas de las soluciones legislativas a problemas nuevos o antiguos con novedosos ingredientes, se han diseñado y aplicado antes en otros países, y sólo después se incorporan en nuestras leyes. Los de mi generación ya nos preguntábamos sobre si esos modelos legislativos se podrían aplicar correctamente entre nosotros y si contenían las soluciones más adecuadas. Pues bien, esa pregunta se la pueden también hacer ustedes, y la vida misma les dará la respuesta, para emprender la tarea por su derogación, interpretación, modificación o permanencia. Se trata entonces de un problema que es común a ustedes y a nosotros, aunque los casos concretos sean distintos.

Pues bien, el artículo que sigue trata de un problema actual que, desde mi punto de vista, plantea la adecuación de una norma proveniente de otra realidad socio política y económica a la nuestra, y que tiene un conjunto de derivaciones prácticas, políticas y éticas, que la hacen merecedora de una reflexión. Y, como podrán apreciar, en su parte final se plantean interrogantes que ustedes más adelante, en su vida profesional deberán absolver. De esta manera, creo, se produce una conexión de intereses a través del tiempo que tiene como vehículo a esta querida revista, cuya supervivencia y excelencia es mérito de ustedes y también, en proporción diversa, de todos los que os antecedieron.

I. INTRODUCCIÓN

1. Marco legal general

La Constitución Política de 1993 declara como derecho de la persona humana el de participar, en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación (artículo 2.17), pudiendo trabajar libremente (artículo 2.15) y contratar con fines lícitos (artículo 2.14). En el

Capítulo I del Régimen Económico Constitucional ello se ratifica cuando se afirma que la iniciativa privada es libre (artículo 58) y que el Estado garantiza la libertad de empresa (artículo 59). Todo ello opera dentro de lo que se denomina “economía social de mercado” (artículo 58), asumiendo el Estado la obligación de facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo toda práctica que la limite, así como el abuso de posición de dominio (artículo 61). Muchas otras normas de menor jerarquía ratifican y reglamentan lo señalado en la Constitución. Lo dicho concentra el derecho “activo” de la persona a participar en la vida económica y a hacerlo bajo el régimen de competencia. De ello no cabe duda alguna. Otra materia son las limitaciones razonables a ese ejercicio, las mismas que usualmente se apoyan en consideraciones de interés público o general. Cuando la persona participa en la vida económica, vamos a decir de forma “pasiva”, en calidad de consumidor o usuario, entonces cuenta también con un conjunto de derechos y con el apoyo del Estado, que se ha comprometido a defender sus intereses (artículo 65).

Así, pues, en materia económica, por mandato de la Constitución y de la realidad, tanto los operadores u oferentes como los consumidores y usuarios están o se encuentran en el mercado, en un mundo en el que rige la competencia. Las leyes que la protegen y regulan han proliferado en el mundo entero durante las últimas décadas, por considerar –razones ideológicas y prácticas sirven de apoyo– que es de esa manera como mejor se satisfacen los intereses individuales y colectivos en materia económica. Nosotros, en el Perú, no hemos sido ajenos a ese proceso. Dos son las principales normas, no las únicas, que resultan aplicables, el Decreto Legislativo 701 sobre defensa de la competencia económica y el Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal.

El más importante organismo administrativo encargado de resolver los conflictos que se presentan en el mercado y que caen bajo el ámbito de esas leyes es el INDECOPI, creado en el año 1992. Sus tribunales, en materias que suelen ser de importancia, de cuando en vez ponen en vigencia los denominados “precedentes de observancia obligatoria” (Decreto Legislativo 807, artículo 43), que son guías a tenerse en cuenta por los operadores en el mercado y por los consumidores y usuarios, y que, como su nombre lo indica, son obligatorios para la administración pública encargada de esas materias. Pero los involucrados en controversias posteriores a la emisión del precedente pueden pedir su modificación o cambio, o decidirlo el mismo tribunal, y a veces así sucede; un cambio de esta naturaleza es lo que motiva este artículo. Siempre, claro está, los interesados pueden acudir, una vez agotada la instancia administrativa, al Poder Judicial, a cuyos jueces esos

precedentes no obligan. Pero hay que recordar que, en la vida cotidiana vinculada a las actividades económicas, los precedentes tienen gran importancia, sobre todo para las empresas, pero también para sus directivos y para los abogados.

2. La recíproca función complementaria de la Disciplina de la Competencia Desleal y del Derecho Anti-trust

Como sabemos, el Derecho de la Libre Competencia (Derecho *Anti-trust*) y la Disciplina de la Competencia Desleal tienen como presupuesto común la libertad de empresa. Pero ésta ya no se entiende en nuestros días únicamente como un derecho subjetivo del empresario, sino como uno que debe ejercerse conforme a un orden establecido y garantizado por el Estado, primero en la Constitución Económica y después en las normas especiales, y dentro del cual ocupa un lugar de especial relevancia el régimen legal de defensa de la libre y leal competencia económica. A las empresas, a su vez, se les exige responsabilidad social, una actitud respetuosa tanto del trabajador como del medio ambiente y del entorno democrático.

En efecto, en coherencia con los nuevos principios y valores normativos incorporados en las modernas Constituciones Económicas, el Derecho de la Competencia ha pasado a ser un ordenamiento comprometido con la institución de la competencia en interés no sólo de los empresarios, sino de todos los sujetos que participan en el mercado. A pesar, entonces, de estar dividido en dos grandes disciplinas, la de la Competencia Desleal y el Derecho *Anti-trust*, se entiende hoy como un ordenamiento unido, vertebrado, acoplado mutuamente, y jurídicamente fundamentado en la Constitución Económica, la que reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía social de mercado, y que da protección a los consumidores y usuarios.

En nuestros días es misión del Estado establecer las reglas del juego económico y velar por su cumplimiento. Ya no se acepta el antiguo *laissez faire*, porque se entiende y acepta que la libre competencia lleva en sí misma el germen de su propia destrucción. En efecto, la libertad de participar en el mercado lleva consigo la posibilidad –ilícita la mayor parte de las veces– de celebrar acuerdos para suprimir la competencia, o para abusar del poder económico alcanzado, lo que perjudica a los consumidores. Ahora bien, la intervención del Estado debe ser “pro-mercado”, lo que significa proteger al individuo y a su libertad de acceso al mercado, pero también, y sobre todo, al sistema económico constitucionalizado. En síntesis, el Estado ya no interviene, como ocurría antes, únicamente para garantizar la libertad individual de

participar en el mercado, sino a la propia competencia como institución del sistema de economía social de mercado. No se trata tampoco de que “dirija” la economía en el sentido intervencionista tradicional, sino que la encauce hacia la consecución de ciertos objetivos constitucionalmente predeterminados, que constituyen un interés público¹.

De otro lado, la Disciplina de la Competencia Desleal tenía hasta hace no mucho tiempo por finalidad principal la protección de los intereses privados de los comerciantes o empresarios, frente a los daños que pudiera inferirle un competidor en la lucha concurrencial destinada a la captación de clientes, esto es, protegía al empresario o comerciante frente a la inobservancia de un mínimo de corrección por parte de un competidor. Pero ello ya no es suficiente, puesto que ahora, en compañía del Derecho *Anti-trust*, tienen el mismo objetivo: la protección de la institución de la competencia, esto es, no sólo de los competidores, sino también de los consumidores y del interés público que exige la *estabilidad del sistema*.

En efecto, en la Disciplina de la Competencia Desleal de las democracias capitalistas occidentales “el interés protegido no puede ser ya –asumidas por el Estado la defensa de la libre competencia y la protección de los consumidores– únicamente el de los empresarios, sino que en la valoración de la deslealtad han de entrar los intereses de los consumidores y el interés público”². De esta forma, la Disciplina de la Competencia Desleal se integra en un Derecho General de la Competencia o Derecho del Mercado. El ilícito de la deslealtad se convierte en el “ilícito general” del Derecho de la Competencia, y su cláusula general en la norma general de enjuiciamiento de las conductas de mercado³, esto es, una conexión funcional u operativa de las leyes citadas, reconociéndose en ambas una recíproca función auxiliar o complementaria, “en el sentido de que cada una de ellas suple las carencias de la otra con el fin último de proteger el orden concurrencial del mercado”⁴.

La ley de Competencia Desleal puede entonces apreciarse como una ley de defensa de la competencia,

y la ley *Anti-trust*, en cuanto sanciona a aquellos que desean falsear la libertad de competencia, como desleal desde la perspectiva valorativa de los comportamientos en el mercado. En efecto, lo *Anti-trust* es también desleal por cuanto sanciona el abuso de la libertad de competir que quiebra la exigencia de uso leal y, por ende, no abusivo de la libertad. Debe pues enfatizarse que todo comportamiento que pueda considerarse abusivo del derecho a competir en el mercado es también desleal, “por suponer una infracción de las reglas objetivas que configuran los contornos de la institución de la competencia”⁵.

Mientras el Derecho *Anti-trust* trata de garantizar prioritariamente la existencia y la libertad de competencia, la Disciplina de la Competencia Desleal tiene por objeto preservar la calidad de la competencia. Como señala Gómez Segade “el derecho de la competencia debe entenderse como un todo armónico que tiene por objeto la defensa cuantitativa y cualitativa de la competencia. Pero las dos ramas o polos del derecho de la competencia no constituyen compartimientos estancos, sino que se encuentran en una estrecha relación funcional”⁶.

Además de las tareas señaladas, el Derecho de la Competencia apunta a la ampliación de las posibilidades de elección de los consumidores y las oportunidades empresariales, fomentando la formación de mercados, favoreciendo la entrada en éstos y protegiendo a los participantes de las prácticas excluyentes. Cabe advertir, finalmente, que algunos cuestionan la regulación del fenómeno concurrencial en dos legislaciones separadas –*Anti-trust* y competencia desleal– pues consideran que las conductas prohibidas por las normas *Anti-trust* constituyen actos de competencia desleal, convirtiéndose el Derecho de la Deslealtad en la Ley General respecto del Derecho de Competencia, ocupando el lugar que antes tenía el Derecho *Anti-trust*. Todo ello en virtud de que “la cláusula general de la competencia desleal, además de su normal función reguladora de las conductas desleales *per se*, estaría así llamada a cumplir también una función de cobertura respecto de la ley *anti-trust*, teniendo en

¹ ROBLES MARTIN-LABORDA, Antonio. “Libre competencia y competencia desleal”. Madrid: La Ley. 2001. p. 43 y siguientes. Por cierto, debe recordarse que representantes de la famosa Escuela de Chicago, donde se desarrolló el análisis económico del Derecho, han manifestado en más de una ocasión su desconfianza frente al Derecho de la Competencia, pues en general consideran que toda intervención estatal es más perjudicial que beneficiosa y que el mercado tiene suficientes elementos de auto corrección, y que estos mecanismos pueden ser destruidos si el Estado interviene antes de tiempo. Este apasionante debate no puede tener lugar, obviamente, en el propósito perseguido por este artículo, pero lo dejo anotado.

² Ibid. p. 68.

³ FONT GALÁN, Juan Ignacio y Luis María MIRANDA. “Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos”. Madrid: Marcial Pons. 2005. p. 9 y siguientes.

⁴ Ibid. p. 12.

⁵ Ibid. p. 29.

⁶ GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio. Prólogo a HERNÁNDEZ, Francisco. “Precios predatorios y derecho antitrust”. Madrid: Marcial Pons. 1997.

cuenta que está en condiciones de cubrir un área de acción mucho más amplia que ésta en la represión de conductas que lesionen la estructura del mercado”⁷.

En síntesis, el Derecho de la Competencia del Estado Social y Democrático de Derecho da una especial relevancia a la siguiente trilogía de intereses: de los empresarios (deslealtad frente al competidor); de los consumidores (deslealtad frente al consumidor); y de la colectividad y el sistema económico (deslealtad frente al mercado)⁸. Pero todo ello sin olvidar que el ilícito desleal es hoy el ilícito general del sistema jurídico del Derecho de la Competencia, mientras que el ilícito *Anti-trust* es uno especial.

3. La obligación de competir y otros fines perseguidos por el Derecho de la Competencia

La legislación *Anti-trust* cambia el planteamiento del liberalismo decimonónico: en éste el empresario tenía el derecho de competir; ahora no sólo tiene ese derecho, sino la obligación de hacerlo. En efecto, si realiza concertaciones para no competir o para restringirla, entonces estará actuando ilegalmente y estará sujeto a las sanciones que la ley establece⁹. Esa obligación se basa en la idea de que el sistema de economía de mercado, como hemos ya dicho, es el más eficiente; y, por tanto, la ley establece como objetivo el de mantenerlo. Por eso, para que el mercado funcione correctamente, el empresario está obligado a competir. El sistema competitivo se basa en el supuesto que cuando compiten varios empresarios triunfará el más eficiente, y ello beneficiará a los consumidores.

Pero, obviamente, la obligación de competir no basta. En efecto, el triunfo en el mercado obedecerá a quien sea más eficiente, a las ventajas ofrecidas en el precio, en la calidad de los productos o servicios, y otras condiciones variadísimas. Pero es preciso que la clientela captada lo haya sido por esos motivos, no por actuaciones que distorsionan el sistema y que no responden a la eficiencia empresarial. Que es lo que ocurre cuando, por ejemplo, se denigra a los

competidores, cuando se realiza una publicidad engañosa, cuando se produce confusión en los productos por apropiación de marcas ajenas, etc. La obligación de competir no puede pues cumplirse de cualquier modo, ya que existe el convencimiento de que no todo método es válido y que deban sancionarse las actuaciones incorrectas. La protección contra la competencia desleal responde a esta exigencia, y no sólo en defensa de los empresarios afectados, sino porque existe un interés público –y este fue el aporte del Derecho *Anti-trust* en que el sistema competitivo funcione, que es también por cierto el interés de los consumidores. Ello es también lo que persigue la ley peruana.

4. El interés de los consumidores

Tal como hemos visto, la vinculación entre mantenimiento del orden económico constitucionalizado y la represión de la competencia desleal hace que la protección normativa se dirija a todos los que participen en el mercado, esto es, a los que intervienen económicamente en el proceso de intercambio de bienes y servicios, con prescindencia de su carácter profesional y con independencia de que se hallen del lado de la oferta o de la demanda¹⁰. Además de la protección de un interés público, al que nos hemos ya referido, “la represión de la competencia desleal integra, en suma, los intereses de todos lo que esperan la obtención de sus objetivos económicos y la satisfacción de sus necesidades económicas (y también personales, sociales, culturales...) en y a través del mercado, considerados tanto individual como colectivamente”¹¹.

Y la protección del interés de los consumidores se da porque estos son los maximizadores de las utilidades empresariales, porque tienen el rol de regulador último del mercado, ya que sus preferencias determinan calidad, cantidad y precio de los productos y servicios. Para que ello ocurra el consumidor debe estar en condiciones de adoptar decisiones racionales, es decir, debe decidir sobre sus preferencias estando bien informado, debiéndose

⁷ ROBLES MARTIN-LABORDA, Antonio. Op. Cit. p. 79. Cabe advertir que los desarrollos jurisprudenciales en los EE.UU., influidos en forma importante por el análisis económico, consideran que el Derecho debe intervenir sólo cuando no existen condiciones para que el mercado funcione correctamente, pues tiene como fin la consecución de la eficiencia económica, lo que se traduce en una mayor permisividad hacia el poder del mercado, pues se excluyen otro tipo de fines políticos o sociales. Y al sostener que el Derecho *Anti-trust* tiene como finalidad la maximización de la eficiencia, ello equivale a afirmar, dicen los que defienden esta posición, que su objetivo es maximizar el bienestar de los consumidores. Pero una corriente de pensamiento más reciente –dice Robles– no considera que el bienestar de los consumidores coincida exactamente con la maximización de la eficiencia, pues es necesario tomar en cuenta aspectos dinámicos como la mejora futura de las condiciones de mercado como consecuencia, entre otros, de inversiones en innovación (p. 81 y siguientes).

⁸ FONT GALÁN, Juan Ignacio y Luis María MIRANDA. Op. Cit. p. 25.

⁹ BERCOVITZ, Alberto. “Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal”. En: BERCOVITZ, Alberto (coordinador). “La regulación contra la Competencia Desleal en la ley de 10 de enero de 1991”. Madrid: Cámara de Comercio e Industria. 1992. p. 14 y siguientes.

¹⁰ MASSAGUER, José. “Comentario a la ley de competencia desleal”. Madrid: Civitas. 1999. p. 113.

¹¹ Ibidem.

sancionar cualquier agresión consistente en la supresión o restricción a su libertad de decisión. El falseamiento del rol atribuido al consumidor es entonces una agresión al orden concurrencial, razón por la cual todo acto realizado en esa dirección es ilícito, y está considerado como desleal. Y esta protección legal es por cierto distinta a la que la ley provee específicamente a los consumidores; esto es, la represión de la competencia desleal no es el Derecho de Defensa de los Consumidores y Usuarios, no es la vía para responder a los problemas socio-jurídicos nacidos del tráfico de bienes y servicios entre empresarios y consumidores a causa de la desigualdad en que se encuentran unos y otros. No, el bien protegido por la prohibición de la competencia desleal es el orden concurrencial por sí mismo considerado, “con la consecuencia de que el interés de los consumidores aquí relevante es su interés en la vigencia y mantenimiento de un orden concurrencial libre y no falseado”¹².

5. Competencia prohibida y competencia desleal

A pesar del marco constitucional y de las leyes especiales que regulan la competencia económica, no siempre es posible competir, pues a veces está prohibida. En efecto, principalmente por mandato de la ley, los ciudadanos y las empresas deben en ocasiones abstenerse de competir. Y ello también ocurre por voluntad de las partes, esto es, por haberse así lícitamente pactado en un contrato. En el primer caso ello ocurre cuando por ley se crean monopolios estatales, sean en actividades productivas o cuando se dan ciertas concesiones, por ejemplo, en el caso de patentes de invención. Por cierto, en todo lo que no está expresamente prohibido la competencia es posible y deseable.

Pero para que pueda ocurrir un acto de competencia desleal debe haber competencia, las actividades deben ser en principio lícitas. Lo que se prohíbe es ejercerla por medios reprobables, el causar un daño concurrencial indebidamente. No debe pues decirse que la Competencia Desleal es parte de la competencia prohibida, pues ello lleva a confusión. Los actos desleales alteran la igualdad de oportunidades de los competidores, toman ventaja del rival por medio ilícitos, esto es, no por el precio, la calidad y los servicios ofrecidos por un determinado producto o servicio, sino porque ganan el favor de los consumidores mediante el engaño, la confusión, la denigración, etc. Y dentro de los actos desleales se

encuentra uno *sui generis*, la violación de normas, acto al cual nos referiremos en este artículo.

II. EL DECRETO LEY 26122 Y EL ACTO DESLEAL POR VIOLACIÓN DE NORMAS

1. Objeto de la norma

El Decreto Ley 26122 se promulga en el año 1992, en un momento en el cual se ponen en vigencia un número importante de dispositivos destinados a liberalizar la economía y a romper con una excesiva – y poco eficiente – intervención estatal. En cierta forma, anuncian lo que en el Congreso Constituyente Democrático, que dará lugar a la Constitución vigente, sería opinión dominante en materia de regulación económica. Y si bien parte del contenido del Decreto Ley 26122 había estado ya vigente en la legislación anterior referente a la Propiedad Industrial (Ley 13270 y Decreto Supremo 001-71-IC/DS), tiene una estructura y un contenido mucho más ambicioso y técnico que sus antecedentes, y acusa la influencia de la ley española en la materia (la Ley 3/1991), que responde a un modelo concurrencial distinto al nuestro, aunque siempre hay estipulaciones similares en la legislación comparada sobre Competencia Desleal.

El artículo 2 del Decreto Ley 26122 es muy claro: la finalidad es “evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas”. En síntesis, el bien superior a resguardar es la “libre competencia”, por lo que la norma ratifica la creencia tanto política como ideológica, en el sentido que las prácticas desleales “no contribuyen a que pueda desarrollarse a cabalidad la libre competencia, razón por la que debe evitarse se produzcan, y adicionalmente desalentar a los agentes económicos a que las practiquen y las consideren usuales”¹³.

Adicionalmente, el Decreto Ley 26122 amplía los intereses tradicionalmente protegidos por las disposiciones sobre Competencia Desleal, pues sus normas no están ya únicamente destinadas a la defensa de la conducta leal de los empresarios y comerciantes –que, por cierto, son la inmensa mayoría de quienes ofrecen bienes y servicios en el mercado–, sino que además –y así lo dispone su artículo 2– es de aplicación a todo tipo de personas naturales o jurídicas, incluidas las asociaciones sin fines de lucro y los gremios, sin otro requisito que realizar actividades económicas en

¹² Ibid. p. 116.

¹³ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. “Comentarios al Decreto 26122 sobre represión de la Competencia Desleal”. En: Derecho 47. 1993. p. 31.

el mercado, lo que confirma el interés en la protección a los consumidores y también al interés público. Por eso es que el antiguo requisito para interponer la acción –o denuncia– que es el de la existencia de una relación de competencia entre el denunciante y el denunciado ya no es ahora exigido en todos los casos, “bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público” económico, tal como señala el artículo 5 del dispositivo bajo comentario. Como bien señala Bercovitz, la Disciplina de la Competencia Desleal afirma “la vigencia del principio de corrección en el tráfico económico”¹⁴.

De otro lado, el Decreto Ley 26122 es de aplicación a cualquier actividad económica, superando así la tendencia parceladora de esta normativa, que fue mayoritaria durante el siglo XIX y en buena parte del XX, y que también tuvo expresión en las normas peruanas que le sirvieron de precedente, pues vinculaban los actos desleales en gran medida a los institutos de la Propiedad Industrial.

Los “Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial”¹⁵ del INDECOPI no pueden dejar así de reconocerlo y es por ello que señalan que la Disciplina de la Competencia Desleal es “un conjunto normativo destinado a proteger principalmente el interés público del Estado en el correcto funcionamiento de la economía social de mercado y el interés colectivo de los consumidores como agentes que cumplen un papel importante dentro de este modelo económico”.

De lo anterior se deduce la pertinencia de que estén legitimados para iniciar acción legal no sólo los competidores que se consideren afectados, sino también los consumidores, organismos públicos y no gubernamentales, asociaciones y gremios, etc. Tal como lo dice el artículo 20, a iniciar la acción cuando el acto se esté ejecutando, cuando exista amenaza que se produzca e, incluso, cuando ya hubieran cesado los efectos del acto desleal¹⁶.

2. Vinculación con la publicidad

Dicho ello, hay que recordar que el mayor número de actos desleales se cometen o manifiestan a través de la publicidad, de anuncios comerciales que persiguen atraer clientela, aunque por cierto existen

actos publicitarios ilícitos que no tienen una relación directa con la Competencia Desleal. Como confirmación de la vinculación de todas estas normas con la defensa de la libre competencia, el artículo 7 del Decreto Legislativo 691, que regula la publicidad, dice que “todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia” y que es de aplicación a cualquier actividad económica, independientemente del hecho que el destinatario del mensaje sea un consumidor final o un intermediario o proveedor de bienes y servicios. Los principios que, según la ley peruana, deben presidir la actividad publicitaria son los de veracidad, legalidad y no denigración.

Todas estas normas persiguen que el consumidor¹⁷, “el rey del mercado” que como árbitro da o quita éxito a los competidores, esté correctamente informado. Pero como en muchas ocasiones se encuentra en una situación de desventaja frente a los competidores, se le debe proteger y defender; eso manda el artículo 65 de nuestra Constitución y tiene expresión concreta en el Decreto Legislativo 716.

Ahora bien, existen tipos de publicidad estrechamente vinculados a los actos desleales, tales como la publicidad que induce a confusión, la denigratoria y parasitaria, a veces la comparativa, etc. Hay otros tipos que no tienen esa vinculación, como aquellos contrarios a la dignidad de la persona o la prohibida. Lo cierto es que frente a un acto publicitario desleal cabría la posibilidad que fueran aplicadas alternativa o conjuntamente las normas sobre competencia desleal y sobre publicidad, pero la interpretación más correcta sería que los preceptos sustantivos de la ley de publicidad fueran interpretados según las exigencias de la ley de Competencia Desleal. En efecto, la fuerza interpretativa que tienen los principios y normas del Decreto Ley 26122 respecto al Decreto Legislativo 691 la hacen tener primacía y deberían servir como criterio decisivo¹⁸. En verdad, una buena técnica legislativa aconsejaría que las normas sobre publicidad se encuentren en las disposiciones sobre Competencia Desleal o sobre protección a los consumidores, o en ambas a la vez.

Sin embargo, en la realización del acto de competencia desleal que vamos a tratar en este artículo, la “violación

¹⁴ BERCOVITZ, Alberto. Op. Cit. p. 23.

¹⁵ Aprobados por Resolución 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI del Directorio del 13 de julio de 2001. Estos lineamientos no tiene carácter vinculante, sirven para orientar a los agentes económicos sobre los alcances y criterios de interpretación de las normas (artículo 9, Decreto Legislativo 807).

¹⁶ Existen diversas posiciones sobre la amplitud de quienes puedan accionar. Ver: KRESALJA, Baldo. Op. Cit. p. 64.

¹⁷ El “estándar” de “consumidor razonable” adoptado por el INDECOPI en muchas de sus resoluciones es motivo de debate, más aún si se decide aplicarlo en todo tipo de controversias, que es lo que ha venido sucediendo. Algunos consideran que el “estándar” de “consumidor medio” debería ser también aplicable en algunos casos. Pero este interesante problema no es materia del presente artículo.

¹⁸ MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 66.

de normas”, la publicidad no parece tener importancia tan grande como en otros casos.

3. Contenido y función de la cláusula general

Lo usual en los sistemas de represión de la Competencia Desleal mediante una ley, como es el caso peruano, es que se incluya una cláusula general prohibitiva seguida de una enumeración de supuestos concretos –como la “violación de normas”– de comportamientos sancionables. Su existencia obedece a que “la experiencia ha acreditado que no es posible ejemplarizar todos los supuestos de un modo estricto de acuerdo a la técnica de la tipicidad”¹⁹ y que, por lo tanto, se requiere de una fórmula omnicomprensiva de todas las manifestaciones concretas de deslealtad. Así, “la cláusula general establece la prohibición en unos términos que permiten incluir supuestos no específicamente previstos, sea por su carácter extraño o marginal, o bien por la evolución de las prácticas comerciales que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos”²⁰. El Decreto Ley 26122 contiene una cláusula general en su artículo 6, que considera acto de competencia desleal a “toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas”. A continuación de este artículo, señala varios supuestos concretos de competencia desleal.

Como ya hemos dicho, el ilícito de deslealtad es el abuso de la competencia, como institución que gobierna toda la actividad económica, y para su expresión en la ley se ha recurrido a la buena fe, lo que es correcto, pues ésta encarna la esencia de la antijuridicidad del abuso del derecho. En este contexto, la buena fe se entiende como principio de buena fe objetiva. Como dice Massaguer: “la antijuridicidad reside en la conculcación de las normas de conducta que emanan del principio de la buena fe y se alcanzan como límites al derecho a desarrollar libremente una actividad económica en el mercado y a concurrir en ello con otros”²¹.

La cláusula general en nuestra ley cumple un doble cometido: de un lado, fija los caracteres del acto de competencia desleal como ilícito objetivo de naturaleza

extracontractual y, de otro, establece una norma sustantiva, suficiente para determinar la deslealtad de las conductas que la contravengan²². “Y la buena fe objetiva –dice Bercovitz– sirve para expresar la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado en que todos los que actúan en él tendrán una conducta correcta”²³; esto es, puede violarse esa legítima confianza sin necesidad de que quien lo haga actúe subjetivamente de mala fe, (aunque la mayoría de los casos se realizan con mala fe subjetiva), de ahí el acierto del artículo 6 del Decreto Ley 26122 al emplear la expresión “normas de corrección”.

Ahora bien, el INDECOPI en varias resoluciones, siguiendo a una parte de la doctrina española²⁴, ha señalado –erróneamente en nuestro concepto– que la cláusula general “sólo es aplicable cuando el hecho materia de denuncia no se encuentra tipificado expresamente en la ley. Por esta razón –dice INDECOPI– en aquellos casos en que las conductas denunciadas se encuentren contenidas en alguno de los artículos de la ley, la Comisión declara improcedente la denuncia por infracción al artículo 6 (cláusula general) y se pronunciará respecto de los supuestos tipificados”²⁵. Esta opción se apoya en la consideración siguiente: la cláusula general tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio frente a actos que han merecido un tipo particular, esto es, no dispone un ilícito que deba o pueda aplicarse general o individualmente en forma conjunta o acumulada a las normas que tipifican actos concretos, pues la conculcación de éstos no constituye una violación de la cláusula general. Por el contrario, dice Massaguer, a quien venimos siguiendo en este párrafo, ella debe aplicarse de forma autónoma respecto de tipos que no han encontrado acomodo entre los supuestos de hecho, por lo que, si la conducta denunciada corresponde con la tipificada en particular, no puede ya considerársela contraria a la cláusula general²⁶.

Encontramos que esta posición no tiene sustento, pues si la cláusula general existe justamente para definir o delimitar cuales son los actos que deben considerarse como desleales, esto es, señalando exigencias que les son a todos comunes, no alcanzamos a comprender por qué no puede aplicarse conjunta, acumulada o individualmente a un acto desleal en concreto. Ello dependerá de las características de cada caso, pues en

¹⁹ KRESALJA, Baldo. Op. Cit. p. 25.

²⁰ Ibid. p. 35.

²¹ MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 148.

²² Ibid. p. 149.

²³ BERCOVITZ, Alberto. Op. Cit. pp. 27-28.

²⁴ Ver: MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 152 y siguientes.

²⁵ “Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial”. Op. Cit. pp. 10-11.

²⁶ MASSAGUER, José. Op. Cit. pp. 152-153.

verdad toda ley –cualquier ley– que busque reprimir la competencia desleal podría eliminar la mención de casos concretos, tipificados, y dejar a las autoridades administrativas o judiciales encargadas de decidir lo hagan a la luz de la aplicación o interpretación de la cláusula general. Desde el punto de vista de la finalidad que persigue la norma, ello bastaría. Sin duda, es conveniente, y facilita la labor de juzgamiento que la ley mencione ejemplarmente –como lo hace el Decreto Ley 26122– aquellos casos de actos desleales más comunes, pues ello hará a sus resoluciones o sentencias más claras y pedagógicas. Lo dicho no significa desconocer que, en la práctica nuestra y de otros países con normas similares, la cláusula general sirve para sancionar actos desleales que no están específicamente contemplados como ejemplares, pues –después de todo– su misión es de ser omnicompreensiva, como ya hemos puesto de relieve.

4. El supuesto concreto de violación de normas

4.1 Generalidades

El acto desleal de violación de normas es una conducta que incide en las posibilidades de actuación de los participantes en el mercado, impidiendo el correcto funcionamiento de éste, tal como ocurre con los actos de discriminación o los actos de engaño vinculados a la difusión de indicaciones incorrectas o falsas (afirmar en la publicidad la posesión de premios no obtenidos, o el empleo no autorizado de una denominación de origen, por ejemplo). Otros actos desleales están dirigidos a aprovecharse del esfuerzo ajeno, como aquellos que crean confusión sobre la procedencia empresarial, o constituyen ataques a otras empresas, como los actos de denigración.

Como bien señala Alfaro, desde el punto de vista del agente que opera en el mercado, la deslealtad competitiva constituye una “ilicitud interna” al sistema, frente a las infracciones de cualquier otra norma del ordenamiento jurídico ajena al Derecho de la Competencia Desleal que se conecten en el desarrollo del proceso competitivo y que, por oposición, puede denominarse “ilicitud externa”. El problema está en determinar “las circunstancias bajo las cuales la ilicitud externa deviene, además ilicitud interna al sistema de la competencia desleal”²⁷, lo que supondrá un juicio añadido al de ilegalidad de la actuación.

La delimitación correcta de este ilícito desleal está sujeta a dos peligros²⁸. De un lado, el riesgo de generalización

que se produciría si afirmamos el carácter desleal de cualquier infracción legal, porque de esta manera terminaríamos convirtiendo a la infracción de normas en una sanción general añadida a la que se halle prevista por la norma vulnerada, y atribuyendo al Derecho de la Competencia Desleal una función de refuerzo que no le corresponde, que sería la de garantizar el cumplimiento por los agentes económicos de todo el ordenamiento jurídico. El otro riesgo es el de la vanalización, consistente en privar de relevancia a cualquier infracción desde la perspectiva del Derecho de la Competencia Desleal, cuando lo que hay que afirmar es que el que abusa de su derecho a la libre iniciativa económica, es decir, actúa con deslealtad, es el agente económico que compete desde la ilegalidad.

En otras palabras, cualquier infracción legal no es necesariamente una conducta desleal, pero tampoco toda infracción es irrelevante para la Disciplina de la Competencia Desleal. El común denominador de los actos que caen bajo este supuesto es que son estrategias competitivas que sólo son posibles por la infracción de normas jurídicas, esto es, el infractor utiliza la violación de la norma como un instrumento para obtener ventajas en la lucha concurrencial.

Ahora bien, en nuestros días, para calificar como desleal a un acto ya no se le vincula o reconoce como una práctica generalizada de los agentes económicos, ni tampoco se efectúa una valorización moral de la conducta infractora. Si eso se hiciera, volverían a tener vigencia afirmaciones tales como que la evasión o fraude fiscal no es un acto desleal si lo admiten como válido el común de los hombres de negocios, pues –se dice– todos están dispuestos a cometerlos si tuvieran ocasión. Los comportamientos ilícitos desleales tienen hoy relevancia, lo hemos dicho antes y ello se asienta en las Constituciones Económicas modernas –también en la peruana–, en la relevancia de la infracción para el mantenimiento del sistema de competencia, libre y leal.

En general, la violación de cualquier norma susceptible de provocar ahorros que permitan al empresario trasladarlos a la lucha concurrencial obteniendo ventajas y rompiendo el principio de igualdad, cae bajo el supuesto desleal de violación de normas. Así, tenemos los supuestos de economía sumergida, subterránea o informal, en la cual pueden violarse normas fiscales (fraude tributario); aduaneras; laborales (legislación sobre higiene y seguridad, por ejemplo); y en general las normas que regulan la producción de bienes y servicios (normas técnicas obligatorias,

²⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Competencia Desleal por infracción de normas”. En: Revista de Derecho Mercantil 2002. Madrid. 1991. p. 668.

²⁸ Ibid. p. 670 y siguientes.

protección del medio ambiente, etc.). Ejemplo paradigmático de acto desleal por violación de normas, citado por Alfaro, y que tiene especial relevancia en nuestro país, es el del empresario que ofrece sus mercancías a un precio inferior al de sus competidores porque ellas han sido objeto de contrabando²⁹.

Cuando la infracción afecta de forma positiva la posición competitiva del infractor, al romper el principio de igualdad frente a otros competidores que sí cumplen con la ley, es cuando altera el funcionamiento del mercado. De ahí la afirmación que Alfaro toma del tratadista alemán Ulmer y que sirve de título a este artículo “lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsele a ti”³⁰. El interés protegido, lo repetimos, es el interés general en que el mercado funcione de acuerdo con la competencia por eficiencia y no por ilicitud.

4.2 La ley peruana

La violación de normas, que no tiene antecedentes legislativos en el Perú al interior de las normas sobre Competencia Desleal, se encuentra en el artículo 17 del Decreto Ley 26122, que a la letra dice:

“Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa”.

Varios son los elementos a considerar en el artículo, a saber: a) una actuación en el mercado; b) la obtención de una ventaja competitiva ilícita; c) ventaja que debe ser significativa; y, d) todo ello por infracción de las leyes. Veamos.

a) Una actuación en el mercado.- Ello significa, básicamente, dos cosas: la primera, que el infractor se encuentra en competencia económica –no es, pues, un caso de competencia prohibida– y lo hace con el objeto de que su oferta de bienes o servicios le sirva para conservar o incrementar su clientela.

b) Obtención de una ventaja competitiva ilícita.- La infracción de normas legales supone la ruptura de condiciones de igualdad que deben prevalecer en la lucha concurrencial que se realiza en el mercado. Pues bien, quien comete este acto desleal logra una ventaja frente a sus rivales que no obedece a su eficiencia o mayor competitividad, esto es, a precios menores, mejor calidad o más pronto y eficiente

servicios *post*-venta, sino al incumplimiento de deberes de acatamiento que tienen influencia grande en la lucha contra sus rivales. De otro lado, toda infracción legal es de por sí ilícita, por lo que, esta mención en el artículo bajo comentario parece innecesaria.

No se trata aquí del deber de todo ciudadano de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, tal como lo manda el artículo 38 de la Constitución Política, pues ésta es una obligación de tipo genérico, no por ello, claro está, menos importante, pero no dirigida específicamente a la actividad económica que se realiza en el mercado, que es la que aquí nos interesa. Como ya hemos dicho, no es función del Derecho de la Competencia garantizar el cumplimiento del conjunto del ordenamiento jurídico por parte de los agentes que participan en el mercado. En efecto, la sanción por deslealtad recae exclusivamente sobre la infracción por un agente de normas ajenas a los supuestos por competencia desleal que tienen efectos negativos en la lucha concurrencial y, en forma particular, sobre la posición de igualdad frente a la ley. “Este es el fundamento –dice Massaguer– que explica y justifica que la ilicitud externa de la conducta (la infracción de una norma no integrada en la legislación contra la competencia desleal) devenga así mismo ilicitud interna al sistema contra la competencia desleal, esto es, un acto de competencia desleal (...). La calificación como desleal de la infracción de una norma no es, por lo tanto, una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación al tiempo que una sanción distinta a la prevista en la norma vulnerada, tendiente a la prevención y represión de un éxito en el mercado que no se basa en la eficiencia de la oferta sino en la actuación desde la ilegalidad”³¹.

La ruptura de las condiciones de igualdad se produce porque la violación de normas se dirige a socavar los estándares de conducta de un competidor honrado o promedio, que no sólo mejora las condiciones competitivas del infractor frente a sus competidores, sino que, al hacerlo, perturba el funcionamiento del mercado, pues lo hace menos transparente y competitivo. La infracción de normas le permite a quien compite desarrollar una estrategia competitiva y obtener unas ventajas que no pueden disponer los competidores respetuosos de las leyes.

²⁹ Ibid. p. 672.

³⁰ Ibid. p. 676.

³¹ MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 432.

c) *La ventaja debe ser significativa*.- Rafael Illescas señala, y “Los Lineamientos” lo repiten, sin citarlo, que por ventaja significativa se entiende aquella que, en la generalidad de los casos, signifique una disminución en los costos o distribución de productos o servicios, y que por ese motivo el infractor obtiene “un diferencial de competitividad respecto de los restantes operadores, determinante de su acceso, permanencia o triunfo en el mercado, más allá de lo que en términos de competencia de prestación hubiera sido razonable esperar u obtener”³².

José Massaguer, por un lado, dice que la ventaja para ser significativa ha de tener una “magnitud apreciable”, esto es, alcanzar un nivel que provoque la desviación de la clientela, o que obligue a los competidores a reducir sus márgenes, o a realizar innovaciones para estar en condiciones de neutralizar la ventaja obtenida por la infracción de normas; por lo tanto, señala, es “preciso comprobar la talla de la desigualdad de posición competitiva”³³.

Desde esta perspectiva, por ejemplo, si la cuantía del tributo, impuesto o tasa es poco significativa, es dudoso que ello dé lugar a una ventaja significativa. Pero si las autorizaciones administrativas implican el cumplimiento de estándares muy elevados o costosos, entonces sí puede considerarse una ventaja significativa el acudir al mercado sin cumplirla. Y para calificar la ventaja también será conveniente apreciar si la infracción es sistemática o continuada, pues entonces la escasa cuantía no debe impedir su represión.

d) *Por infracción de leyes*.- En este supuesto de competencia desleal es preciso conocer qué debe entenderse por “leyes”, es decir, si se trata de normas que tienen únicamente esa categoría o si debe interpretarse de forma más abierta, entendiendo esa referencia a todo tipo de normas, incluidas las de menor rango (decretos, resoluciones u ordenanzas, etc.). La doctrina española se inclina por esta última posición siempre que sean imperativas, generales, coercibles y vinculantes, pues la deslealtad no puede depender del rango normativo del precepto vulnerado, sino del hecho de obtener una ventaja competitiva³⁴, en otras palabras, no toda violación o infracción de normas puede ser calificada de desleal.

No son normas jurídicas, en el sentido del artículo 17 que venimos comentando, las obligaciones nacidas de contrato, (artículo 1361 del Código Civil, “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos...”) pues no tienen un alcance general, o la trasgresión por terceros de los derechos que puedan emanar de un contrato de exclusividad; tampoco aquellos preceptos que determinan el contenido y ámbito de los derechos subjetivos conferidos a los particulares (patentes, derechos de autor, etc.) pues afectan únicamente la esfera individual de su titular y es a éste a quien corresponde defenderse³⁵.

Ahora bien, en aquellos casos poco claros o dudosos es conveniente extremar la prudencia, especialmente cuando aún no se haya expedido la resolución administrativa que declare la infracción³⁶. Este es un asunto de importancia que ha sido incorporado en el precedente de observancia obligatoria que veremos más adelante.

4.3 Norma de cierre

El supuesto de violación de normas asume la defensa y salvaguardia de la estructura jurídica de la competencia económica diseñada por el legislador. En efecto, ello es así porque a través de esta infracción no sólo se obtiene una ventaja competitiva ilegal frente a los competidores, los clientes o los proveedores, y se alteran las condiciones de la competencia en el mercado, sino también porque la eventual sanción está desvinculada de la trasgresión a los fines a que atiende la norma vulnerada, proyectándose hacia la defensa del sistema económico constitucionalizado. En este sentido, y ello es de gran relevancia, el artículo 17 del Decreto Ley 26122 opera como norma de cierre al sistema de Derecho de la Competencia.

Pero para la calificación del acto desleal como violación de normas, la actuación en el mercado del infractor debe generar una ventaja competitiva significativa, la misma que, como veremos más adelante por el precedente de observancia obligatoria incorporado por la Resolución 0493-2004/TDC-INDECOPI, requerirá de una decisión previa y firme

³² ILLESCAS, Rafael. “La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal”. En: BERCOVITZ, Alberto (coordinador). Op. Cit. p. 116.

³³ MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 440.

³⁴ Ibid. p. 435; ILLESCAS, Rafael. Op. Cit. p. 115; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Op. Cit. p. 715; MOLINA BLAZQUEZ, Concepción. “Protección jurídica de la lealtad en la competencia”. Madrid: Montecorvo. 1993. p. 293; y OTAMENDI, Juan José. “Competencia Desleal”. Pamplona: Aranzadi. 1992. p. 183.

³⁵ MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 435 y siguientes.

³⁶ Alfaro refiriéndose al caso de España, donde –dice– el incumplimiento de normas administrativas es muy frecuente, la ley de competencia desleal ha puesto en manos de particulares una poderosa arma para llevar a cabo chantajes, etc., consistentes en amenazar con demandar por infracción de normas si el infractor no se aviene a “compensar” al demandante. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Op. Cit. p. 712.

de la autoridad competente en la materia en que se haya verificado la infracción.

5. El incumplimiento generalizado

Apreciando nuestra realidad y siguiendo a Rafael Illescas, hace unos años comenté el acto de competencia desleal por violación de normas, diciendo que “los casos clásicos y más comunes subsumibles en este supuesto son los del empresario que opera en la informalidad, en la denominada economía subterránea y sumergida, donde se incumplen en gran medida las reglamentaciones aplicables al ejercicio de la actividad empresarial, especialmente en las áreas del Derecho Tributario, Laboral y de la Seguridad Social”³⁷, agregando “que en nuestro medio es un problema de gran magnitud que debe ser enfrentado mediante un conjunto de medidas que rebasan absolutamente a una ley de represión de la competencia desleal, e ingresan al terreno de la política, la economía y la educación”³⁸.

Illescas señala que el tipo de infracciones citadas pueden hacer disminuir notablemente los costos de las empresas incrementando su competitividad. Y que la infracción se consuma con independencia de la actitud subjetiva del infractor, porque la distorsión del mercado tiene lugar por la mera actuación del competidor cuya conducta es sancionable, “incluso si los beneficios obtenidos a través de actos desleales son destinados por el que así los obtiene a fines, por ejemplo, filantrópicos o políticos”³⁹. El ánimo de lucro del infractor, dice Illescas, “resulta desechable a la hora de catalogar su conducta como desleal”⁴⁰.

Debe tenerse presente que frente a los actos aislados de infracción de una norma legal existen infracciones permanentes de la legalidad que, más que un acto desleal, generan un “estado de competencia desleal”⁴¹. Este estado o situación permanente, al que nuestra ley no hace referencia, tiene una mayor importancia que el acto desleal aislado en sus efectos económicos y en lo que al distorsionamiento del mercado se refiere, y “supone en la mayoría de los casos una deslealtad mucho más intensa y perjudicial que la puramente ocasional”⁴².

Ahora bien, Massaguer sostiene que debe negarse la

calificación de ventaja significativa, y, por tanto, sancionable el acto como desleal, cuando los operadores del particular mercado en el que se produce la infracción “incumplan de modo generalizado y en igual forma la norma en cuestión”⁴³. Y esto es así, porque en estos casos la violación de normas no ha permitido la obtención de una ventaja ni puede afectar la estructura competitiva del mercado o su funcionamiento, y porque no incide en la eficiencia de los competidores en cuanto a precio, calidad o servicios. Señala Alfaro que “cuando la ley es desobedecida por la generalidad de los competidores, cabrá sancionar administrativamente a todos, pero el mercado no se ve en absoluto afectado por la infracción”⁴⁴. A este respecto añade Massaguer: “dado que la conducta infractora de la norma que regula la competencia no se califica de desleal en sí misma considerada sino en atención a sus consecuencias típicas, la violación de esta clase de normas dejará de ser reprochable a la luz del Derecho contra la competencia desleal cuando se compruebe que, no obstante su incumplimiento, subsiste un mercado en el que no se han alterado las condiciones de la competencia y en el que los oferentes o demandantes (aún desde la ilegalidad) compiten según su propia eficiencia. El juego de la excepción, por tanto, ha de permitirse haciendo total abstracción de la subsistencia de otros efectos negativos en el plano social, cultural, económico (...) como consecuencia de la situación de incumplimiento generalizado. Y ello, en suma, porque, de forma consecuente con la neutralidad del reproche de deslealtad, la represión de la violación de normas en el ámbito de la legislación contra la competencia desleal no puede asumir directamente la protección de intereses metaconcurrentiales. Por supuesto, el incumplimiento todavía no generalizado sino sólo predicable de algunos (o la mayoría) de los operadores del sector (y claramente cuando se trate sólo de los agentes que operan en un determinado segmento de un mercado objetivo más amplio) no puede esgrimirse como excusa de la conducta infractora por uno de ellos, como tampoco por los restantes operadores aún respetuosos con la norma para exculpar su conducta incumplidora en lo sucesivo”⁴⁵.

A este respecto, Alfaro califica de “supuesto dudoso”⁴⁶ aquella situación en la que convive el incumplimiento

³⁷ KRESALJA, Baldo. Op. Cit. p. 59.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ ILLESCAS, Rafael. Op. Cit. p. 116.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibid.* pp. 114-115.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ MASSAGUER, José. Op. Cit. p. 440.

⁴⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Op. Cit. p. 709.

⁴⁵ MASSAGUER, José. Op. Cit. pp. 442-443.

⁴⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Op. Cit. p. 710.

generalizado con otros competidores que sí cumplen con la norma, y que es un caso frecuente entre nosotros. Y se pregunta si los escasos competidores respetuosos con la norma podrían demandar la cesación, respondiendo negativamente, porque los infractores no obtienen, en tal caso, una ventaja significativa de la infracción, ya que, si bien obtendrán una ventaja sobre los competidores respetuosos con la norma, no lo harán con respecto a la mayoría infractora.

Vemos de estas citas que el acto desleal por violación de normas adquiere connotaciones que van más allá de la lectura, aparentemente simple, del texto de la ley. Y es que el tema del llamado incumplimiento generalizado no puede pasarse por alto sin un análisis detenido. En primer lugar, hay que delimitar bien la actividad y el número de agentes que participan en ese mercado, así como su proyección competitiva en la propia área o actividad, y en su influencia hacia otros sectores del negocio, hacia escalones anteriores o posteriores en la relación de competencia. También apreciar si dentro de una misma empresa pueden existir actividades con violación de normas que inclusive representen “un subsidio cruzado” a otras que sí realizan dentro del marco legal.

Hay que tener en cuenta que el incumplimiento generalizado no sólo afecta a los competidores, sino también lo puede hacer con intereses de terceros, en la medida que tengan naturaleza concurrencial, como es el caso de oferentes de prestaciones alternativas, proveedores, clientes y potenciales entrantes al mercado, pues en estos casos podrá, no obstante la generalización del incumplimiento⁴⁷, constituir un acto de competencia desleal encuadrado en el artículo 17 del Decreto Ley 26122, sin perjuicio de ser considerado además como una conducta colusoria al amparo del Decreto Legislativo 701.

III. EL PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DE LA RESOLUCIÓN 0493-2004/TC-INDECOPI, TURISMO CIVA S.A.C. VS. EXPRESO CIAL S.A.C.

1. El precedente de 1996: resolución 053-96-TRI-SDC

En mayo de 1995, la Empresa Multinacional de Hidrocarburos (en adelante, “EMHI”) denunció ante la repartición pertinente del INDECOPI a la empresa Llama Gas (en adelante, “LG”) por comisión de actos de competencia desleal descritos en los artículos 8, 9 y

17 del Decreto Ley 26122; interesándonos aquí lo correspondiente al artículo 17, violación de normas.

EMHI señaló que LG se dedicaba a la venta de gas licuado de petróleo como combustible automotor sin tener autorización para ello de la Dirección General de Hidrocarburos (en adelante, “DGH”), violando el respectivo reglamento aprobado por Decreto Supremo 001-94-EM, lo que había ya ocasionado una sanción por la DGH, que había sido publicada en el Diario Oficial. De las visitas inspectivas que se realizaron se comprobó la veracidad de los hechos, a pesar de lo cual la denunciada alegó no haber violado la ley y declaró estar a la espera de recibir la autorización correspondiente para comercializar el gas licuado de petróleo en la forma antes dicha. Posteriormente se comprobó que la única empresa con inscripción para funcionar en este rubro era EMHI. La DGH confirmó que la comercialización efectuada por LG era irregular e informal, y que por tal motivo era una infracción sancionable. El 5 de diciembre de 1995 la Comisión, primera instancia administrativa, declaró improcedente la denuncia, porque consideró que al no haber obtenido la empresa denunciada la autorización debida de la DGH, su conducta cae dentro del supuesto de competencia prohibida, esto es, que “dentro del concepto de competencia prohibida se encuentra aquella que ocurre cuando un sujeto realiza una determinada actividad económica sin cumplir con los requisitos que la administración exige para poder desarrollarla; siendo que tales requisitos pertenecen más a la disciplina del acceso al mercado que a la de la competencia desleal”. EMHI interpuso recurso de apelación, pero la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI confirmó en todos sus extremos la resolución de primera instancia, lo que dio lugar además a un precedente de observancia obligatoria.

La Sala consideró que era conveniente distinguir, al interior de la competencia prohibida, entre absoluta y relativa. La primera, cuando se cierra jurídicamente el acceso al mercado a algunos agentes económicos o cuando no existe posibilidad de ejercer la actividad. La relativa, cuando el legislador ha dispuesto el cumplimiento de ciertos requisitos como presupuestos para la actuación de los agentes económicos en determinadas áreas del mercado. La Sala consideró a esta última como una prohibición legal de competir que puede ser superada, justamente, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos exigidos *ex ante*.

⁴⁷ Ibidem.

Señaló la Sala que la finalidad de las normas de competencia desleal es diferente a las que tienen aquellas normas que establecen prohibiciones absolutas o relativas de entrar al mercado, pues las primeras –que son las que interesan a INDECOPI– persiguen corregir actos que distorsionan la competencia entre agentes autorizados a competir, mientras que las otras buscan que las empresas no accedan al mercado, salvo que hayan cumplido con determinados requisitos. Dijo la Resolución 053-96-TRI-SDC que “el fin perseguido por la sanción de un acto de competencia desleal es corregir una deformación de la competencia, mientras que en el caso de la competencia prohibida es la de no competencia mientras no se cumpla con los requisitos establecidos *ex-ante*”. Y agregó que aquellos que se sientan afectados por la comisión de actos que falten a la prohibición de competir deben recurrir a la Policía Nacional, la Fiscalía y demás autoridades encargadas del control del acceso al desarrollo de la actividad prohibida, que son las competentes para esas materias.

La Sala concluyó diciendo que las actividades que realiza LG sin la debida autorización no constituyen un acto de competencia desleal, sino uno de competencia prohibida relativa. Señaló, que el artículo 17 del Decreto Ley 26122 sobre violación de normas debe aplicarse a aquellos casos en que los agentes no están impedidos de competir, y que es justamente cuando compiten que obtienen, por infracción de normas, una ventaja competitiva ilícita significativa. Y así lo señaló en el precedente de observancia obligatoria que instituyó la Resolución que venimos comentando.

2. El cambio ordenado por la Resolución 0493-2004/TDC

El 17 de febrero de 2004 Turismo Civa denunció a Expreso Cial por actos de competencia desleal en las modalidades de confusión, engaño y explotación de la reputación ajena, señalando, entre otros, que no contaba con la concesión administrativa de rutas dentro del servicio de transporte que ofrecía y que el establecimiento principal de Cial no contaba con permiso de construcción. En primera instancia, la Comisión se inhibió de conocer la denuncia presentada por tratarse de un supuesto de competencia prohibida relativa, siguiendo el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Resolución 053-96-TRI-SDC al que nos hemos referido en el acápite anterior. Civa apeló la decisión de primera instancia.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI decidió estudiar la apelación, entre

otros, para saber si correspondía confirmar la improcedencia de la denuncia en el extremo referido a la presunción de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas (que, afirmó, es una de las modalidades más comunes) lo que le permitió a su vez ingresar al análisis del precedente sobre “competencia prohibida relativa” al que nos hemos antes referido. En ese sentido, la Sala ratificó que el Decreto Ley 26122 no se aplica a los actos de competencia prohibida y que sostener lo contrario implicaría contravenir el principio de tipicidad que rige la potestad sancionadora administrativa contemplada en el artículo 230.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, indicando que la ilicitud de las conductas que constituyen competencia prohibida se encuentran en un momento anterior al ejercicio de la concurrencia en el mercado. Por tanto, ratificó que la distinción efectuada entre competencia desleal y competencia prohibida por el precedente aprobado por la Resolución 053-96-TRI-SDC se adecua correctamente al ordenamiento jurídico nacional.

Sin perjuicio de ello, puso en cuestión la distinción de ese precedente entre competencia prohibida absoluta y relativa, indicando que la primera no presenta mayores problemas, pero que la noción de “competencia prohibida relativa” no corresponde al concepto general de competencia prohibida, “puesto que la aceptación de concurrir al mercado dejaría de ser ilícita al obtenerse las autorizaciones correspondientes, es decir, la misma conducta calificaría en un primer momento como competencia prohibida y, en un segundo momento, como competencia permitida, siendo la autorización estatal el elemento determinante de esta variación en la naturaleza de la conducta. Esto significa (...) que la concurrencia en el mercado para realizar actividades económicas se encuentra inicialmente prohibida pudiendo levantarse dicha prohibición con una autorización del Estado. Esta conclusión no es correcta pues contraviene el derecho a la libre iniciativa privada reconocido en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú”.

Dijo a continuación, correctamente, que las normas con rango de ley deben ser interpretadas a la luz de la Constitución, en observancia del principio de supremacía constitucional (artículo 51 de la Constitución), esto es, el contenido del artículo 17 del Decreto Ley 26122 debe ser encontrado a la luz del citado artículo 58 de la Constitución y de los derechos fundamentales garantizados por ésta. Reconoció, en la Resolución que venimos comentando, que la libre iniciativa privada consiste en el derecho que tiene toda persona a dedicarse a la actividad económica de su preferencia dentro del

marco legal vigente, por lo que, el que esté sujeta a ciertos requisitos legales no puede suponer la privación de contenido del derecho a la libre iniciativa privada, pues lo que hacen es canalizar su ejercicio dentro del marco legal.

La Sala fundamentó su punto de vista de la forma siguiente: “La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones correspondientes no constituye competencia prohibida, sino competencia desleal en la modalidad de violación de normas, pues la ilicitud no se encuentra en el solo hecho de participar en el mercado sino en la ventaja competitiva derivada de no sujetarse al marco legal vigente para ejercer el derecho a la libre iniciativa privada. Ello se ve más claramente si se tiene en cuenta que, obtenidas las autorizaciones pertinentes, cesa la ventaja competitiva obtenida ilícitamente y, por tanto, cesa la ilicitud. En resumen, la competencia desleal en la modalidad de violación de normas contraviene la buena fe comercial al brindar una ventaja competitiva indebida a los competidores desleales que se valen de la infracción del marco legal”. Por este motivo, la Sala decidió reformar el precedente anterior, aclarando que la competencia prohibida únicamente se configura en aquellos casos donde la ilicitud se encuentra en el solo hecho de concurrir al mercado, esto es, cuando en forma excepcional –dado el marco constitucional vigente– el ejercicio de la iniciativa privada se encuentra vedado por el ordenamiento.

De otro lado, en la misma Resolución señaló que para la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se requiere que exista una infracción del marco legal, de la cual se derive una ventaja competitiva significativa, debiendo la autoridad competente determinar de manera previa la existencia de una infracción del marco legal sujeto a su supervisión, y que esa determinación deberá tener el carácter de firme.

3. El nuevo paradigma

En el nuevo precedente de observancia obligatoria, INDECOPI dice que el concepto de lealtad “establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia justa en el mercado y aquella otra conducta excesiva que constituye una infracción que merece ser sancionada”.

Afirma también que “la competencia prohibida es una situación excepcional que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Para que se configure la competencia prohibida, la sola concurrencia en el mercado debe encontrarse negada”.

Asimismo, y variando el precedente anterior, dispone que “la concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes no constituye competencia prohibida, sino que configura competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa”.

Y en su parte final el precedente afirma que la configuración de un acto desleal en la modalidad de violación de normas “requiere una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada”.

En síntesis, en primer término, el nuevo precedente de observancia obligatoria precisa el concepto de lealtad en el mercado, ratifica el mandato constitucional que dispone que la iniciativa privada y la competencia económica son los cimientos fundamentales del sistema, siendo la intervención del Estado y de la competencia prohibida de carácter excepcional. En segundo lugar, que constituye un acto desleal de violación de normas la concurrencia al mercado sin las autorizaciones legales correspondientes, cuando ello represente una ventaja significativa para el infractor, pero que esa infracción debe estar comprobada por la autoridad administrativa encargada de la vigilancia del sector o área económica correspondiente.

4. Valoración: reservas sobre un acierto

En nuestra opinión, el precedente de observancia obligatoria introducido por la Resolución 0493-2004/TDC-INDECOPI, que sirve de acuerdo al mandato de la ley, artículo 43 del Decreto Legislativo 807, para interpretar con carácter general el sentido de la legislación, constituye una rectificación adecuada al precedente obligatorio anterior, pero de consecuencias jurídicas y metajurídicas que deben evaluarse detenidamente. En efecto, el nuevo precedente se entronca mejor que su antecesor con el sistema económico constitucionalizado y con el derecho fundamental a la iniciativa económica y el ejercicio de la libertad de empresa. El precedente anterior lo había recortado mediante una interpretación poco feliz de lo que denominó “competencia prohibida relativa”, la misma que otorgaba a los órganos administrativos del Poder Ejecutivo, en forma indirecta, un poder reforzado que podía acrecentar no sólo su discrecionalidad sino también su arbitrariedad, dejando a los competidores leales –y esto es lo sustantivo– en situación de inferioridad y desamparo frente a aquellos que concurren al mercado violando normas legales.

La consecuencia indirecta era un fortalecimiento de las actuaciones informales de los agentes económicos,

pues el INDECOPI se abstenía de pronunciarse en situaciones reales y comprobables de ocurrencia en el mercado, que adicionalmente perjudicaban seriamente la estabilidad del sistema económico que estaba obligado a defender, al no atreverse a sancionar a quienes –probanza de por medio– estaban compitiendo deslealmente.

Pero, obviamente, el nuevo precedente introducido por la Resolución 0493-2004/TDC-INDECOPI debe apreciarse con cautela, no en lo que se refiere a su definición de lealtad, sino al mandato implícito que contiene frente a las autoridades administrativas encargadas de pronunciarse sobre la inobservancia de normas legales por parte de competidores que se encuentran bajo su ámbito, pues deberán ahora actuar con gran diligencia y prontitud, y el INDECOPI a su vez prepararse para calificar adecuadamente en qué momento se produce una ventaja competitiva significativa. A ello se adiciona la expectativa a que puede dar lugar este precedente en todas aquellas empresas que trabajan dentro de la formalidad legal y que se ven atacadas y sin defensa por un eventual alto número de competidores que, justamente, no acatan el mandato de las leyes.

No puede dejarse de reconocer, de otro lado, que el análisis y sanción posterior de los actos desleales por violación de normas va a requerir de unas herramientas a las que están poco habituados los funcionarios del INDECOPI, entre otros factores, por una presencia probablemente poco significativa en materia publicitaria por parte de los infractores, así como por las dificultades que implica la orden de cesación de actos desleales y el dictado de medidas cautelares, ya que ellas afectarán la estabilidad económica y laboral de aquellas empresas que reciban orden de paralizar total o parcialmente sus actividades, en un ambiente de crispación, desencanto político y escándalos mediáticos.

Pero, de otro lado, debe anotarse que el anterior precedente tenía una actitud conservadora en esta materia, pues a través de la interpretación de lo que llamó “competencia económica relativa” dejó de lado, esto es, eliminó de su ámbito o competencia y de su obligación de optar a un buen porcentaje de aquellos actos vinculados a la infracción de leyes por agentes en situación de informalidad, en especial aquellas infracciones de incumplimiento generalizado, que son las que tienen, por su alto número, mayor significación para los gobernantes. Y ello puede interpretarse como un cumplido obsequio de la Sala de esa época al gobierno autocrático de turno a la fecha de emisión del primer precedente, gobierno tan inclinado a la manipulación política, mediática y económica, tan afecto a la defensa de los intereses de las empresas transnacionales, y tan poco dispuesto a sostener y ayudar

al empresariado nacional, en especial al vinculado a la industria manufacturera, que es el mayormente afectado por estos actos de deslealtad de violación de normas. Todo ello queda refrendado, por desgracia, por el éxito alcanzado en volvernos a definir, durante la década del 90, como un país primario exportador y, a su vez, importador de todo tipo de productos de segunda o tercera mano; sectores estos muy poco perjudicados por eventuales actos desleales por violación de normas.

Pero, de otro lado, el antiguo precedente podría interpretarse también desde otro ángulo, uno más ideológico vinculado al mercado como medida y pauta excluyente de la eficiencia y la “felicidad terrenal”. Desde esta perspectiva, una entidad tan promovida y bien considerada en el imaginario neoliberal como el INDECOPI de esa época, no debería de tener el poco popular encargo de combatir la deslealtad en materia de violación de normas, porque ello hubiera significado enfrentarse y desgastarse con los informales, lo que le habría hecho perder “imagen”. Más aún porque lo que existe en nuestro país es una infracción generalizada, habida cuenta que el sistema económico neoliberal por el que se optó en la década del 90, y que sólo toma lo que le interesa del constitucionalizado pues olvida todo lo referente a los derechos fundamentales, no está en condiciones de enfrentar satisfactoriamente los retos de la formalidad así como tampoco los de generación masiva de empleo. Y es así entonces, en virtud de ese precedente ya cambiado, que se dejó en manos y a discreción de las autoridades administrativas del gobierno autocrático el de sancionar o no a los infractores. Por tanto, el antiguo precedente, que era jurídicamente débil e incorrecto, podía ser al momento en que se expidió “políticamente correcto”.

Con el nuevo precedente la situación ha cambiado. Es, más bien, jurídicamente correcto, pero hay que examinar si es funcionalmente eficaz desde una perspectiva social, económica y política. Estas últimas consideraciones son siempre aplicables al Derecho, pero más en algunas especialidades que en otras. La historia de la evolución de la normativa en la Disciplina de la Competencia Desleal muestra, como muy pocas otras, ser terreno fértil y apropiado para esas disquisiciones.

IV.OBSERVANDO EL (LOS) MODELO (S) CONCURRENCIAL (ES): HECHOS E INTERROGANTES VINCULADOS A LA LEGITIMIDAD SOCIO-POLÍTICA DEL PRECEDENTE

1. Cuestionando un axioma

La ignorancia de la ley no exime de culpa, se afirma con rotundidad en los predios del Derecho. Es cierto que el artículo 2.24.a de la Constitución Política da

garantía a los ciudadanos al decir que no están obligados a hacer lo que la ley no manda. Pero también es cierto que, en virtud del artículo 119 de la Constitución, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación, salvo disposición contraria de la misma que posterga su vigencia en todo o en parte. Existe, pues, una presunción de que una vez publicada la ley todo el mundo la va a conocer, para hacer lo que ella manda, o para hacer aquello que ella no prohíbe. Sabemos, sin embargo, que el diario oficial El Peruano no llega o llega tarde a muchos lugares de la República, pues inclusive la empresa Editora Perú se niega hasta hoy, a pesar de los justos reclamos de los abogados, a colocar *on line* a las disposiciones legales que diariamente publica, para conocimiento inmediato de las mismas en lugares apartados.

No podemos olvidar que el Derecho positivo es el Derecho viviente, un medio al servicio de los valores de la comunidad, que según los casos se adecua mejor o peor a esas exigencias ideales. Si bien la norma es válida sólo cuando sigue determinadas exigencias de forma y fondo, no es posible olvidar que existen costumbres que hacen de la violación normativa algo usual y que son llamadas "costumbres contra la ley"⁴⁸, aunque por más generalizadas que puedan ser no invalidan la norma, en parte, sin duda, por el poco respaldo que el Estado da para su aplicación. Sin embargo, también es pertinente recordar que la mayoría de las leyes son acatadas voluntariamente y sólo cuando ello no ocurre interviene el Estado mediante procedimientos administrativos y judiciales preestablecidos.

En el Estado moderno la administración pública es un instrumento de regulación social y la llamada justicia administrativa, que sería por ejemplo la que el INDECOPI brinda, trata de eliminar las malas consecuencias de los procedimientos complicados, costosos y largos de los tribunales ordinarios, pero, de otro lado, esa intervención tiende a restringir y disminuir la esfera de los derechos individuales, aunque en ocasiones ello puede ser necesario para mantener y hacer viable el Estado de Derecho. Lo señalado no puede hacer olvidar que es pertinente poner un límite a la discrecionalidad administrativa con el objeto de evitar abusos y arbitrariedades, que es cuando trata dos situaciones iguales de manera diferente. Recordemos que el tratamiento igual a situaciones iguales es la exigencia fundamental para la recta administración de justicia.

Nada de lo anterior altera la afirmación que el edificio jurídico-positivo descansa sobre la realidad social que se apoya en el reconocimiento al poder por quienes a él se someten, pues en las democracias es harto difícil mandar contra la opinión pública. El legislador, dentro del margen que la Constitución le otorga, dicta una ley con determinado contenido porque esa fue la orientación político social que triunfó. Dice por ello Recasens Siches que "resulta, pues, que por debajo del Estado *sensu stricto*—como orden jurídico vigente—existe una realidad social que lo produce inicialmente, lo mantiene después, lo reelabora sucesivamente, y lo condiciona en todo momento. El Derecho aparece, por lo tanto, como una especie de precipitado normativo de esa realidad social"⁴⁹. El Estado es pues una instancia de poder que impone inexorablemente unas normas.

La obligatoriedad es una nota esencial a todo el Derecho positivo vigente; la norma jurídica tiene carácter imperativo, pues no es un consejo ni una sugestión. Por cierto, entre la voluntad contenida en la norma y la voluntad del individuo se establece una relación de conformidad o de disconformidad, violación u observancia. Por tanto, la discrepancia entre la conducta de los ciudadanos y el contenido de la norma constituye una violación. Y esta violación presupone que el violador conoce la norma pues ella es obligatoria en los términos que dicta la Constitución Política. Tengamos presente que el Derecho no conduce de manera ineludible a su cumplimiento, pues la voluntad de los ciudadanos es libre y la violación de la norma no altera el fenómeno jurídico, sino más bien le pertenece, pues "carecería de sentido expresar como debe ser la conducta, si dicha conducta necesariamente debiera realizarse"⁵⁰.

Pero el Derecho exige la observación de sus dictados, ya que si la norma fuera observada por unos y violada por otros nunca se alcanzarán los objetivos por ella perseguidos. Si el Estado crea la norma y la impone como obligatoria entonces tiene que garantizar su observancia; éste es el contenido de la función jurisdiccional. Por cierto, la posibilidad de sanción refuerza el mandato del precepto legal, lo que confirma el carácter retributivo del Derecho cuya manifestación primaria es la recompensa o el castigo. Ello refuerza la independencia y la libertad de los ciudadanos.

El cumplimiento de la norma, y ello tiene vinculación directa con el acto desleal de violación de normas, es acatado porque existe una voluntad superior que puede

⁴⁸ RUBIO CORREA, Marcial. "El sistema jurídico". Lima: Fondo Editorial PUCP. 1984. p. 116.

⁴⁹ RECASENS SICHES, Luis. "Tratado general de filosofía del derecho". México: Fondo de Cultura Económica. 1961. p. 358.

⁵⁰ ZAMBRANO VELASCO, José y Luis Eduardo ZAMBRANO VELASCO. "Introducción al estudio del derecho". Caracas: Universidad Central de Venezuela. 1963. p. 63.

imponerse a los ciudadanos y la posibilidad de sanción es un medio apropiado para garantizar su observancia. De la aplicación forzosa de la sanción, resulta la coacción, que es peculiar al Derecho positivo. En efecto, el demandado o denunciado debe cumplir voluntariamente lo que determina la sentencia o la resolución en un caso concreto, pues en caso contrario aquellos exigirán que la sanción se imponga por la fuerza. Lo dicho refuerza el axioma citado al inicio de este apartado, pero me pregunto si ha quedado incólume.

2. Cuando evadir la ley es permanecer en el mercado y no obtener una ventaja competitiva

En el Perú se ha estudiado relativamente más y mejor que en otros países el tema de la informalidad y la economía sumergida. En un reciente estudio de Romeo Grompone sobre el sector informal y su relación con el Estado⁵¹, se señala que la falta de instituciones en lo económico y lo político, las tensiones entre el acceso a la ley general y el pluralismo jurídico forman parte de las dinámicas relativas a la informalidad. La informalidad, dice Grompone, se asocia a normas, valores, criterios de pertenencia y establecimiento de referentes por parte de los grupos más pobres, que procuran dar una interpretación de actividades que se encuentran al borde o al margen de un supuesto mundo oficial. En el ámbito de lo económico debe prestarse atención a un conjunto de actividades realizadas por cuenta propia o en pequeñas empresas, que establecen lógicas particulares en lo relativo a su desarrollo y a los vínculos de colaboración, de competencia con terceros y regulación de conflictos.

Por cierto, existen particularidades en la relación del ámbito informal con la justicia y la ley. Entre los más pobres, por ejemplo, hay serios problemas de acceso al sistema formal, a lo que se suma la percepción bastante extendida que las decisiones judiciales son arbitrarias o lentas y contienen rasgos discriminadores, que se explican por la condición económica y social de quienes acuden a ellas. De ahí la exigencia de un pluralismo jurídico que sea reconocido por el conjunto de los actores. Pero es necesario tener en cuenta que la informalidad económica no es un conjunto homogéneo sino más bien diferenciado con distintos niveles de desarrollo e intensidad. Para algunos, por ejemplo, antes que obtener una licencia municipal de funcionamiento es preferible invertir en la adquisición de terrenos o activos, pues el gasto en la licencia es percibido como una pérdida de dinero, ya que su mayor

interés es competir exitosamente en el mercado. Ello pone de manifiesto, por tanto, que son variables los márgenes de acuerdo a los que puedan llegar el Estado y las autoridades locales con los informales.

Es reconocido que durante los primeros años los empresarios informales tratan de mantenerse al margen de la legislación laboral como una búsqueda de ventaja de corto plazo o por la comprobación de que no están en condiciones de aplicarla, envueltos como están en la lógica de la supervivencia que se juega día a día y a la incertidumbre respecto a la continuidad del nivel de ganancias. Se trata de decisiones difíciles y conflictivas, pues el evadir el pago de tasas municipales o de impuestos puede dificultarles el acceso al crédito. Pues la legalidad supone, dice Grompone, para buena parte de quienes son informales, el establecimiento de compromisos que no están en condiciones de cumplir. Y agrega "sólo cuando la condición de informales le somete a presiones de la autoridad que no están en posibilidad de resistir, optan por legalizarse, si es que se encuentran en condiciones económicas de hacerlo"⁵². El problema principal es entonces el de la baja rentabilidad del pequeño productor, que se encuentra en un universo competitivo que hace que se destruyan entre sí y que no estén en condiciones de ingresar al mercado formal. Entonces, "evadir la ley es una condición de permanencia precaria y no de traba para su despliegue". Es por ello que en el mundo de la informalidad las relaciones familiares y de paisanaje pueden hacer naturales y hasta necesarias las bajas remuneraciones y jornadas de trabajo no sujetas a regulación, sin perjuicio de la evasión fiscal. Y es preciso recordar que éste es un fenómeno que con características similares está cada vez más presente en el modelo concurrencial de los países capitalistas avanzados.

3. La informalidad: un dato de la realidad

En el Perú, un porcentaje alto de trabajadores, que algunos estiman en 65% del universo total, labora en la informalidad. En consecuencia, son muchas también las empresas medianas y pequeñas que acuden informalmente al mercado ofreciendo productos y servicios. Ahora bien, la informalidad puede ser total o parcial, esto es, puede tratarse de empresas que se encuentran sumergidas, que no existen para ninguna entidad estatal, y que no cuentan con registros administrativos, permisos municipales, balances y estados financieros. Pero la informalidad también

⁵¹ GROMPONE, Romeo. "El sector informal y su relación con el Estado". En: ZÁRATE, Patricia (editora). "¿Hay lugar para los pobres en el Perú?". Lima: Ministerio británico para el desarrollo internacional. 2005. p. 133 y siguientes.

⁵² *ibid.* p. 145.

puede ser parcial, que es quizás la más común en las empresas de tamaño mediano, en virtud de la cual se cumplen sólo algunas normas legales, mientras no se hace lo propio con otras que puedan estar referidas a aspectos tributarios, laborales, de seguridad social, etc. Pero lo cierto es que, en conjunto, existe un alto porcentaje de actividad económica informal.

Muchas pueden ser las causas de que ello sea así, y ya existen varios importantes estudios al respecto así como propuestas de solución, la mayoría de las cuales incide en el alto costo que significa para el empresario el formalizarse total o parcialmente, costo que está referido a los trámites administrativos de instalación y apertura, como también a los costos tributarios y laborales. Frente a esa situación resulta también cierto que el establecimiento de autoservicios, centros comerciales grandes y con buenas instalaciones, mejoras administrativas en algunos gobiernos locales y otras iniciativas como las dirigidas a formalizar la propiedad en los barrios marginales, han significado durante los últimos años un importante incremento de las actividades formales; en otras palabras, se ha promovido la salida de la informalidad.

De otro lado, las empresas más importantes y que también representan un buen número operan en el ámbito formal, más allá de incumplimientos puntuales. Y están sometidas a un control generalmente continuo por parte de las autoridades, en especial de las encargadas de recaudar impuestos. Salen de ellas las informaciones y datos que se utilizan en las estadísticas y que sirven para programar las políticas estatales.

Desde el punto de vista jurídico puede afirmarse que la mayoría de las personas que son parte de los sectores populares sienten que en la sociedad peruana no es realidad el principio de igualdad frente a la ley, pues se percibe que favorecerá a quienes tienen mayores recursos económicos, más allá de si las razones o la verdad los asisten. Por tanto, hay una extendida percepción que las normas reguladoras de las conductas en el mercado y la condena de aquellos que las infringen son pretensiones que no se cumplen, es más, el seguimiento voluntario de la ley es tomado con frecuencia como expresión de debilidad, buscándose en consecuencia ventajas particulares y rápidas. El problema en nuestros días es que si bien las

personas pertenecientes a los sectores populares han sido formalmente reconocidas como integrantes de una comunidad política, sienten que el sistema de administración de justicia no los toma en cuenta. La percepción de que existe un trato discriminatorio se expresa en la desconfianza ante las autoridades, frente a las cuales no vale la pena poner en conocimiento aquello que se considera arbitrario, y que, además, los hace dependientes de las decisiones de aquellos en quienes no confían⁵³. Los derechos son entonces considerados como meramente declarativos, en la medida en que cuando se exige su cumplimiento los reclamos percibidos como justos no serán atendidos. Como señala Grompone, "la percepción de que las reglas no son aplicadas a todos por igual lleva a la difícil coexistencia de una aspiración a que el conjunto de los ciudadanos sean considerados de modo equitativo con la acción violenta de quien entiende que queda mucho por hacer para que este reconocimiento se exprese"⁵⁴.

En resumen, puede afirmarse que existen dos modelos concurrenciales o formas de acudir al mercado, las que conviven y operan con conocimiento de las autoridades, de los medios de comunicación y del público en general. Y las normas que tienen que ver con la regulación de la competencia económica en el mercado están dirigidas a uno de esos modelos, al formal, siendo en ocasiones difusa la frontera con el otro, variando en cada área de negocios. Se trata de una situación dinámica que hace difícil la homologación de soluciones *ad hoc* por parte de las autoridades, pero que sin duda debilita el sistema económico constitucionalizado. Y es claro que es un problema que rebasa lo estrictamente jurídico. Por tanto, la aplicación de una sanción por violación de normas se encuentra materialmente restringida.

4. El incumplimiento de la ley: otro dato de la realidad

Mucho se ha avanzado en los últimos 50 años en el conocimiento de la legislación y en su aplicación a la realidad, más de lo que usualmente se reconoce, debido a la mayor cobertura educativa, el acceso de la población a medio masivos de comunicación y a la acelerada urbanización, especialmente en la costa, entre otros factores. Sin embargo, está muy extendida la costumbre de decir que las normas no pueden

⁵³ Esta percepción es también asumida, quizás demagógicamente, por quienes trabajan y opinan desde la formalidad. A este respecto es ejemplar la opinión de un periodista que en la página editorial del diario conservador El Comercio del día 29 de abril de 2005 señaló: "el sistema legal (leyes, reglamentos, administración de justicia) está diseñado para poner vayas y trampas que solo se pueden desactivar pagando. Está hecho para la expropiación. Gana el juicio o la licitación no quien tiene la razón sino la plata o el contacto. Por eso, hacer empresa en nuestro país es una tarea titánica. Por eso, 300 mil peruanos se van del país para siempre cada año y la informalidad popular se convierte en una forma de resistencia emergente, una manera de evadir las garras del monstruo burocrático y judicial. En el Perú la ilegalidad es más sana que la legalidad, aunque quede condenada a la infrahumanidad jurídica y económica". DE ALTHAUS, Jaime. "De la indignación a la risa". En: El Comercio. 29 de abril de 2005.

⁵⁴ GROMPONE, Romeo. Op. Cit. p. 161.

cumplirse por ser inaplicables a la realidad, por ser injustas o porque no existen autoridades que las hagan efectivas. También se exagera sobre este extremo, y ello sirve de cobertura para seguir expandiendo la idea, que está muy entroncada en la cultura popular, de considerar al Estado, a cualquier entidad del Estado, como un botín que debe repartirse naturalmente entre los que acceden al poder.

Lo anterior se ve reforzado por una cultura poco respetuosa del derecho ajeno, por el histórico abuso de los más poderosos y de aquellos que representan a las fuerzas militares y a la policía, por las diferencias diarias comprobables en el tratamiento a las mujeres; en otras palabras, hay una tarea pendiente en la lucha por la igualdad no sólo en el ámbito de lo económico y laboral sino también en el cultural. Y no olvidemos que, justamente, el fundamento de la sanción por violación de normas se encuentra en la vigencia del principio de igualdad en la lucha económica en el mercado.

Y todo ello tiene una relación importante con la aplicación de una sanción por deslealtad por violación de normas, pues, por un lado, existe la tendencia a perdonar o hacerse de la vista gorda para aquellos, "vivos y simpáticos", que acuden al mercado incumpliendo la normativa y alegando que se encuentran en situación de inferioridad y de debilidad; y diciendo que las tasas y los impuestos son para los ricos y para el bolsillo de los gobernantes, y que por tanto deben dejarlos trabajar como mejor puedan, pues de lo contrario no podrán sobrevivir ni ellos ni sus familias. Y este discurso, que por cierto es en ciertos casos reflejo de una realidad dura y dramática, en otros es una mera táctica para obtener ilegales beneficios.

No la van a tener, pues, fácil las autoridades administrativas cuando, en cumplimiento del reciente precedente, deban determinar en los casos límite cuando existe o no violación de la ley por el pequeño o mediano empresario.

5. La necesidad de respetar la norma jurídica se sustenta en el uso que se da a ella

A pesar de la reconocida precariedad institucional muchos consideran que sí pueden encontrarse niveles de eficiencia jurídica, pero que éstos no se hallan en los sistemas legales oficiales, sino en el Derecho espontáneo, por lo que, la institucionalidad a crear en

el futuro debe entroncarse con esos núcleos de eficiencia, para así poder impulsar soluciones en vez de obstruirlas, entendiéndose por eficiencia de los sistemas jurídicos "el grado de ajuste entre las normas y sus resultados deseados, así como la cantidad, calidad y justicia en los intercambios de activos que esas normas facilitan en la práctica"⁵⁵. Estudios en los Estados Unidos y en el Perú citados por Gago Prialé indican que la mayoría de la gente en el sector rural encontró muy caros los costos que supone conocer las leyes y los procedimientos judiciales y que optan por lo más sencillo, que es recurrir a las normas del sentido común que ellos mismos generan. En otras palabras, la necesidad de respetar la norma jurídica se sustenta en el uso que se da a ella, en un escenario donde los instrumentos de coerción tienen una utilidad secundaria. En este sentido, afirma Gago Prialé, que "si la matriz de legitimidad es la práctica, se debe colegir que las leyes, costumbres, contratos, instituciones sin uso, no son parte de ningún sistema jurídico, más bien tropiezos administrativos de lo que se halla plagados las legislaciones ineficientes"⁵⁶.

Lo fundamental, dice más adelante, es generar confianza, que es justamente lo que los países desarrollados hacen a través de la ley, pues sus instituciones legales son portadoras de esa atmósfera de confianza en la cual se dan los intercambios que se realizan en el mercado. En el tercer mundo la confianza no es brindada por el Estado a través de la ley, pues la ley sólo encarna la voluntad de aquel, la que no transporta la voluntad ni la racionalidad de los grupos sociales. "En el Perú, por ejemplo, la ley no aporta la confianza, sólo da un indicador al mercado de lo que el Estado quiere, y el mercado lo que hace es utilizar esa información como un punto de referencia en el momento de establecer los costos de los intercambios. En el Perú, la confianza se construye y reconstruye todos los días dentro de los fragmentos sociales, utilizando el Derecho espontáneo de las comunidades locales, su propio Derecho, sobre la base de reglas vivas"⁵⁷. El Estado no ha podido sistematizar esas reglas espontáneas, lo que sí ha hecho el mundo desarrollado. Pero este Derecho espontáneo no es un mecanismo sólido porque no es legal, pues para ello requeriría un sistema jurídico legal y legítimo; y justamente, el Derecho formal no es legítimo.

Volvemos entonces al tema de la igualdad de tan grande importancia en la violación de normas de la Disciplina de la Competencia Desleal. Es de pacífica

⁵⁵ GAGO PRIALÉ, Horacio. "La mayor eficiencia del derecho espontáneo ofrece el camino para derrotar la informalidad". En: Derecho 56. Lima. 2003. p. 945.

⁵⁶ Ibid. p. 960.

⁵⁷ Ibid. p. 962.

aceptación que en los países pobres la desigualdad está primordialmente asociada con la exclusión social, básicamente de la actividad económica. A este respecto, debe tenerse en cuenta que las reglas que determinan los modelos de comercio, inversión, finanzas, etc. provienen de los países ricos y su utilización en países como el Perú representa un estilo de arriba hacia abajo para imponer las reglas, estilo que hoy día se cuestiona en muchos países. Y la crítica surge por las diferencias entre países pobres y países ricos, y porque la globalización ha acrecentado las desigualdades, que se reflejan en los ingresos de los individuos, inclusive al interior de los propios países. Todo ello, sin embargo, no puede borrar la circunstancia que los trabajadores informales están involucrados en los procesos de producción, reconocidos como ciudadanos e identificándose a sí mismos con los valores culturales propios de una nación⁵⁸.

6. El precedente es un mandato y un mensaje

El precedente de observancia obligatoria es obligatorio para aquellos funcionarios encargados de aplicar las normas sobre competencia desleal en la instancia administrativa. Desde esta perspectiva una orden o mandato, aunque sabemos que no obliga a los jueces del sistema judicial. Pero también que resulta una guía a tomar muy seriamente en cuenta por aquellas empresas, sus directivos y sus abogados, que se encuentren en el mundo formal, pues es un mensaje o comunicación de contenido jurídico, pero también político.

El precedente es aplicable a todos los agentes económicos, a los que están en el mundo formal como para los que no están en él, para aquellos que se encuentran en el sector privado o en el público. Se trata de un mensaje cuyo contenido es claro: la defensa de un sistema económico constitucionalizado, que tiene amplia aceptación en el mundo académico y político, e importante reconocimiento internacional. Con este precedente el INDECOPI se reafirma como una institución que tiene entre sus objetivos la defensa de la libre y leal competencia, que es el sistema democráticamente elegido y el que, a pesar de sus imperfecciones, la realidad demuestra que tiene ventajas significativas frente a cualquier otro que privilegie la intervención del Estado, de tan mal recuerdo entre nosotros.

La intervención del Estado se justifica para hacer realidad el principio de igualdad frente a la ley. Si no actuara, entonces se daría un trato diferenciado al

infractor sin base objetiva y razonable; la inacción estatal discriminaría arbitrariamente a quien cumple la ley. Recordemos que el principio de igualdad ante la ley (artículo 2.2 de la Constitución) actúa como un límite a la actuación de los poderes públicos, de la administración estatal, que están obligados a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

7. ¿Será rápida y eficiente la administración?

La exigencia de que intervenga la autoridad competente en la materia en que ocurre la infracción para determinar si efectivamente ha sido violada genera, ello no puede ocultarse, todo género de dudas y de suspicacias. Varias razones abonan en este sentido. En primer término, no existe una tradición de eficiencia ni de independencia de criterio por parte de muchas autoridades. En segundo lugar, no existe una carrera pública en la administración estatal que premie por méritos y por eficiencia, pues recién ahora y después de muchos años se está intentando con firmeza dar los primeros pasos para su existencia y promoción. En tercer lugar, la administración del Estado se encuentra muy centralizada en la ciudad de Lima, y los gobiernos regionales y municipales necesitan mejorar sustantivamente su eficiencia.

Si existe entonces algún obstáculo para hacer viable y realmente efectiva la sanción por violación de normas en el ámbito de la competencia desleal, lo encontramos en el cumplimiento de este requisito que el precedente ha impuesto, obligando a la autoridad correspondiente a que se pronuncie sobre si hubo o no infracción. Es cierto que lo ha hecho con toda lógica, pues el INDECOPI no puede ni debe inmiscuirse en cada sector de los negocios para saber si se cumple o no con la normativa aplicable, pero de otro lado la exigencia que comentamos puede neutralizar el mensaje que para la comunidad de negocios contiene el precedente.

8. ¿Será viable la acción de cesación?

Como se sabe, la acción de cesación ("dejar de hacer lo que se está haciendo" según el Diccionario de Real Academia Española) es la más importante en el ámbito de la competencia desleal. Esta acción es eminentemente preventiva y con ella se persigue que no continúen llevándose a cabo los actos desleales, más aún cuando la gran mayoría de ellos son continuos o susceptibles de repetirse, lo que es especialmente cierto cuando se trata de violación de normas. Si bien esta acción centra su actuación en hechos pasados se

⁵⁸ Ibid. p. 970.

proyecta hacia el futuro, por cuanto impone al sujeto infractor –la condena es siempre personal– un determinado comportamiento que se concreta en la abstención de seguir ejecutando el acto ilícito. La culpa o negligencia del agente infractor es irrelevante pues estamos situados en el plano de la represión y no de la responsabilidad. La primera medida es cesar la conducta desleal aunque aún no se haya producido daño efectivo, pues el examen y evaluación de este último aparecerá después, cuando se decida interponer una acción de daños o perjuicios ante el fuero común⁵⁹.

La sentencia o resolución que pone punto final a esta acción ha de ser precisa en el sentido de referirse a un hecho individualizado y concreto. El condenado va a tener que “paralizar”, dejar de hacer lo que estaba haciendo en el ámbito concursal (una obligación de “hacer que cese”), la prohibición de un daño futuro, más aún cuando los efectos de la deslealtad pueden haberse expandido de manera más o menos duradera en el mercado. Se trata de reponer la situación primitiva anterior al acto desleal, para lo cual puede incluso requerirse la colaboración de terceros que hayan introducido determinados productos infractores, etc.⁶⁰.

En el Derecho comparado, el medio más común para asegurar el cumplimiento de la sentencia consiste en la amenaza de una multa pecuniaria por cada día de retraso en la ejecución de la orden del juez o de la autoridad, o bien una suma determinada por cada violación en que incurra el demandado o denunciado, multa cuyo importe se adjudica al demandante con carácter indemnizatorio por los perjuicios en el retraso, pero que tiene carácter distinto de la indemnización que pueda solicitarse de forma independiente a través de la correspondiente acción de daños y perjuicios.

Ahora bien, si la violación de normas es individualizable y excepcional, la acción de cesación podrá llevarse adelante con relativo éxito. Pero ello no ocurre si la violación es común o generalizada en el sector específico de los negocios de que se trate, no necesariamente unánime sino importante, porque entonces podrán presentarse dificultades prácticas, entre otros motivos por carencias materiales para su ejecución, con lo que, en la realidad, esta acción podría quedar neutralizada. Y si ello es así, todo el armazón jurídico para sancionar la deslealtad quedaría burlado e inoperante.

Para enfrentar esas dificultades se necesitaría no sólo disposiciones específicas que hagan eficaz la acción

de cesación, sino también personal y facilidades materiales que no se encuentran ni siquiera en la capital de la república. Con lo que, la violación de normas más o menos generalizada continuará produciéndose en perjuicio de la transparencia en el mercado como de los competidores honrados.

9. Las medidas cautelares ¿serán oportunas?

Como sabemos, las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado de la sentencia y evitar que la justicia sea burlada. Su existencia obedece a que todo proceso puede llegar a demandar un tiempo considerable para su finalización, y durante ese lapso producirse hechos que hagan difícil y hasta imposible el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia. La medida cautelar puede ser dictada si existe un derecho amenazado por una violación o por el temor que pueda verse frustrado durante el proceso. En efecto, las funciones de juzgar (decir el derecho) y hacer ejecutar lo juzgado (función ejecutiva) no son instantáneas en el tiempo, sino que necesitan un periodo para realizarse, durante el cual puede convertirse en inútil la resolución dictada; las medidas cautelares, entonces, cumplen una función de garantía para hacer efectiva las sentencias o resoluciones.

Ahora bien, dice con razón Silvia Barona que “el establecimiento de las medidas cautelares en el proceso por competencia desleal posee una especial importancia, dado que estamos ante un proceso en el que la continuidad de la actuación desleal puede producir unas perniciosas consecuencias en el sujeto que la padece, en algunas ocasiones de difícil, cuando no imposible, reparación”⁶¹.

No son pocas las dificultades que surgen si la medida cautelar ordena una cesación temporal de actividades, la misma que debería derivar de un examen en el que esté presente el principio de proporcionalidad, dado de un lado el carácter grave que comporta y de otro el peligro de reiteración o repetición. De lo que no cabe duda es que una orden de cesación provisional, que permite la continuación de la actividad, pero sometiéndola a limitaciones⁶², puede generar una situación de efectos difícilmente reversibles. Entonces, si bien toda medida cautelar es provisoria, instrumental y variable, como dice el Código Procesal Civil en su artículo 612, no hay que olvidar que siempre importa un adelantamiento de opinión a la luz de las pruebas aportadas por el demandante o denunciante.

⁵⁹ BACHARACH DE VALERA, Sol. “La acción de cesación para la represión de la competencia desleal”. Madrid: Tecnos. 1993. p. 84 y siguientes.

⁶⁰ Ibid. p. 126 y siguientes.

⁶¹ BARONA VILAR, Silvia. “Competencia desleal”. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1991. p. 349.

⁶² ORTELLS RAMOS, Manuel y Rafael BELLIDO PENADÉS. “Las medidas cautelares en derecho de la competencia”. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1999. p. 121.

En el caso de un acto desleal por violación de normas, quizás en mayor medida que en otros actos desleales, implica la decisión del juzgador de ingresar a la esfera de la administración interna de la empresa del sancionado, rompiendo con el molde tradicional de buscar únicamente la verdad formal pero no la material al interior de los procesos. Pero, de otro lado, también analizar la motivación de quienes las solicitan, pues en ocasiones lo que se busca es la ruina o el desprestigio del denunciado.

10. Las sanciones podrán dictarse, pero ¿también aplicarse?

Las sanciones, que pueden ser el comiso o inmovilización de productos, el cierre temporal del establecimiento infractor y, en general, la adopción de medidas necesarias para restituir al perjudicado a la situación anterior a la realización del acto (Decreto Ley 26122 y Decreto Legislativo 807), responden a un diseño en el cual la formalidad en las actividades económicas es la regla mayoritaria, aunque no necesariamente absoluta. Y en este contexto es en el que generalmente se estudia y evalúa su eficacia. Pero cuando nos enfrentamos a actividades en gran medida informales, ese aparato sancionador puede estar desvinculado de la realidad, y terminar siendo inoperante.

No nos estamos refiriendo a las dificultades o escapatorias que brinda el propio ordenamiento jurídico, como pueden haber sido en su momento las proliferaciones de las acciones de amparo, que tuvieron tan fácil y criticable acogida por jueces en muchos casos de clara venalidad y que impidieron la aplicación de sanciones que a todas luces estaban justificadas; tampoco nos referimos a los escándalos mediáticos que podría dar lugar el cierre de negocios y las protestas laborales. Nos referimos a problemas más concretos que el legislador de países más desarrollados, en donde las normas de competencia desleal se han originado, no podía prever o no quería tratar, como es el caso de la imposibilidad física de llevar adelante la sanción, por razones sociales y políticas, sin dejar de lado el posible y en cierta medida relativamente sencillo traslado físico de las actividades ilegales sin dejar rastro.

El divorcio que apreciamos entre la norma y la realidad no sabemos con certeza qué efecto tendrá en la futura aplicación de sanciones por violación de normas. Pero se trata de un terreno lleno de interrogantes que la ideología y la praxis tendrán que llenar.

11. Hecha la ley, ¿hecha la trampa?

La ausencia aún de una carrera pública y las facetas todavía empíricas del Estado que nos gobierna, privilegia o facilita –como sabemos– la intervención de la política partidaria sobre la administración en los asuntos cotidianos que caen bajo su ámbito. Ello favorece la arbitrariedad y aleja la racionalidad en las decisiones, cuando no debilita la voluntad sancionadora. Este es un terreno en el que se ha avanzado muy poco durante los últimos 25 o más años y que los vaivenes dictadura / democracia no han ayudado a enfrentar y superar.

De otro lado, en muchas partes del Perú, y quizás también es así en otros países, la popularidad y la vigencia de los políticos está referida y conectada con favores concretos a personas y actividades, los mismos que no necesariamente se conectan con el cumplimiento de objetivos constitucionales o legales, con materias vinculadas al interés público, sino con beneficios particulares concretos y medibles. Se trata, como sabemos, de conseguir adhesiones e intercambiar favores recíprocos. Muchos de los líderes de los grupos informales actúan de esta manera inmersos en la lógica del corto plazo y la ventaja tangible, más aún cuando uno de los rasgos de la política informal es la ausencia de compromisos, pues se tiene la percepción que todos ellos tienen como trasfondo negociaciones espurias⁶³, poniendo de manifiesto que las mejores alternativas ya están dadas de antemano y que las decisiones surgen del juicio emitido por el acertado criterio del líder. El mundo del populismo autoritario que tanto ha servido para enterrar los esfuerzos de una democracia actuante y eficaz. El citado rechazo a los compromisos dificulta grandemente reconocer intereses comunes entre autoridades y agentes económicos, arribar a consensos.

Entonces, ¿no será una práctica común en el futuro el seguir dictando leyes diseñadas en los países más desarrollados, para después dictar reglamentos y continuar con costumbres y favoritismos que en la práctica las hagan inaplicables? Hecha la ley, hecha la trampa, es un dicho repetido en todas las Facultades de Derecho y, en más de una, sus profesores se regodean explicando más las trampas que las leyes. En este contexto, ¿no parecerá un exotismo colorido o una arcaica conducta misionera la aplicación de una sanción por violación de normas en el ámbito de la competencia económica?

⁶³ Grompone, Romeo. Op. Cit. p. 189.

12. El futuro, ¿será diferente?

A pesar del pesimismo extendido que se vive en la sociedad peruana de nuestros días, consideramos que el Perú ha logrado importantes mejoras para su población en los últimos 50 años, aunque están por debajo de lo necesario y muy lejos de las expectativas generadas, entre otros factores, por el desarrollo de las comunicaciones.

Uno de los déficit más acusados se encuentran en el área de la educación que, como sabemos, adolece de serios problemas y que requiere para superar la situación actual de una auténtica y valiente revolución que aún no se ha producido. Otro déficit muy profundo está vinculado al mundo de la cultura y de los valores, a la lucha por lograr una identidad que nos una y potencie serena pero orgullosamente, y también al nacimiento y consolidación de paradigmas democráticos en el hogar, el barrio, los negocios y la política. No está de más recordar entre las tareas pendientes la promoción de la investigación científica y de la creación artística.

Pues bien, si la situación descrita se mantiene, el futuro no será diferente a nuestras actuales penurias. Pero si hoy se iniciaran los cambios, en 30 años de esfuerzo sostenido, es decir, de dos generaciones, se podrá salir del hoyo en que nos encontramos. En 30 años, ninguno de los que hoy enseña seguirá enseñando y casi seguramente ninguno de los que hoy estudia en escuelas, institutos o universidades, seguirá estudiando. Y ese también debería ser el periodo de estudio, análisis y aplicación de las normas jurídicas originadas en otros países, para superarlas y a la vez hacerlas cercanas a la solución de nuestros problemas y de nuestras controversias.

13. Sobre los modelos concurrenciales

Al comentar Bercovitz la Ley 3/1991 de Competencia Desleal española dice que hay un modelo de competencia que subyace a la enumeración de supuestos concretos prohibidos que conviene tener presente, "por cuanto no sólo sirve para entender mejor la regulación legal, sino además para interpretar y aplicar la cláusula general delimitadora de la competencia desleal"⁶⁴. Y menciona que las características de ese modelo en su país son la claridad y diferenciación de las ofertas; la actuación de los oferentes en el mercado basada en su propio esfuerzo;

el respeto de la legalidad; la prohibición de la arbitrariedad; y, finalmente, la libertad de decisión de los consumidores.

Desearía, para finalizar este artículo, referirme brevemente al tercer principio, consistente en la exigencia de que los agentes económicos cumplan con la legalidad vigente. Este principio es de gran importancia porque solamente de esta manera se puede competir en condiciones de igualdad. En efecto, tal como dice Bercovitz "si un empresario ha de competir con otros de la denominada economía sumergida, es indudable que se encontrará en condiciones de inferioridad, puesto que los costos de quienes no cumplen la normativa laboral o fiscal son muchísimo menores"⁶⁵. Claro está que si el sistema jurídico funcionara correctamente no debería ser necesario interponer una denuncia o demanda por competencia desleal por violación de normas, pues la propia administración pública, actuando de oficio, debería imponer el respeto a las leyes. Pero como ello no es así, es importante perseguir el acto de deslealtad por violación de normas.

Con ocasión de la puesta en vigencia del Decreto Ley 26122, allá por 1993, escribí un artículo cuya reflexión final creo que es todavía válida en buena medida. Señalé en esa ocasión lo siguiente: "el funcionamiento de una economía de mercado y de un modelo de 'competencia operativa' responde a un conjunto de variables de la más diversa índole; entre ellas se encuentran la adecuación de las normas legales a la situación concreta del país, la aceptación por parte de los ciudadanos de que se trata de reglas que es conveniente cumplir, y, también, la decisión política de aplicar y hacer acatar tales normas. Estos tres aspectos esenciales tienen, en nuestro país, un signo de interrogación frente a la normativa sobre la competencia desleal"⁶⁶.

Dije a continuación que ello se debía a que la normativa que habíamos adoptado seguía un modelo europeo que nos es ajeno, más aún cuando somos una nación en formación en la que conviven diversas culturas y escalas de valores no uniformes, y porque tanto el Estado Peruano como los juristas no se han interesado por los aspectos de la deslealtad en el comercio, salvo cuando se han sentido directamente afectados. Estas afirmaciones siguen siendo hoy válidas pero hay que matizarlas, pues no en vano han pasado 12 años desde que se efectuaron. Principalmente porque el INDECOPI,

⁶⁴ BERCOVITZ, Alberto. Op. Cit. p. 30.

⁶⁵ Ibid. p. 32.

⁶⁶ KRESALJA, Baldo. Op. Cit. p. 81.

es decir, el Estado, pero también los abogados y las empresas, han tenido una importante experiencia que no puede dejarse de lado y que se refleja en el esfuerzo sostenido que ha dado lugar a la emisión y estudio de muchas resoluciones administrativas en el ámbito de la competencia desleal, que revelan un mayor conocimiento de la materia, así como también un estudio más detenido de nuestro modelo de competencia subyacente. Entonces, tenemos ahora ya una interesante experiencia acumulada, aunque aún es parcial y limitada.

En este contexto, el acto desleal por violación de normas se encuentra a caballo entre los dos modelos concurrenciales que existen en el Perú y, por tal motivo, resulta muy adecuado para reflexionar sobre el sistema económico y la normativa que es aplicable a los problemas y controversias derivadas de la competencia económica. Las interrogantes arriba planteadas deberán entonces responderse conociendo las normas y sus finalidades, pero también observando la realidad concreta que nos rodea. Una tarea apasionante y de no poca envergadura.

SEGURIDAD JURÍDICA, SERVICIO PÚBLICO Y CONFIABILIDAD JUDICIAL (A PROPÓSITO DEL CASO LAN PERU)

Domingo García Belaunde*
Fundador de THEMIS, Primera Época
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

En las líneas que siguen el reconocido constitucionalista toma como excusa al caso LAN PERU para ofrecernos sus reflexiones sobre el importante tema de la reforma del Poder Judicial en el Perú.

Uno de los temas recurrentes de la agenda política y no política, es sin lugar a dudas la reforma, reinstitucionalización, mejora o cambios sustanciales en el Poder Judicial. Y a eso obedece no sólo numerosa literatura aparecida en los medios y en revistas especializadas, sino a comisiones formales como la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia-CERIAJUS, que luego de hacer un profundo análisis sobre los problemas judiciales que hay que acometer, se limitó a publicar sus resultados en forma parcial o en un CD-ROM, toda vez que no tenía fondos suficientes para publicar la totalidad de sus investigaciones. Esta penuria en la difusión impresa de tales resultados, era ya un mal síntoma¹.

Es decir, voluntad de hacer la reforma judicial no falta. Por lo menos, a tenor de los titulares de los medios que aparecen a diario. Aún cuando haya que lamentar que hasta ahora, pese a las grandes intenciones y a la elocuente retórica, nada o muy poco se haya avanzado. Y más aún, que el actor central de los cambios, esto es, el Poder Judicial, y más en concreto, la Corte Suprema, no haya mostrado demasiado entusiasmo por ellos.

Y claro, acometer en serio una reforma no sólo es cuestión de frases, sino de una voluntad persistente, tanto política como institucional, una opinión pública vigilante y una buena cantidad de dinero para llevarla a cabo. Y esto no existe, y es probable que no exista, o que, en todo caso, demore un buen tiempo.

Pero mientras eso sucede, se pueden hacer pequeñas cosas para introducir algo de confianza en el público con respecto al Poder Judicial, y que éste mismo mejore dentro de sus limitaciones. Y esto, que es al parecer tan sencillo, tiene también sus bemoles, pues está relacionado con el reclutamiento del personal de la institución, o sea, quienes postulan y quienes son admitidos al cuerpo judicial, en lo cual, lamentablemente, no se ve mejora sustantiva. Dicho en otras palabras: si solamente el factor humano hubiera mejorado en los últimos meses, algo se habría avanzado. No me refiero a las altas esferas, sino sobre todo a las primeras instancias, y en especial a la primera, en donde se ven muchas veces resoluciones desconcertantes.

Para demostrar esto, quiero llamar la atención, en forma sumaria, sobre lo sucedido en un caso reciente,

el de LAN PERU, tan sólo por las proporciones públicas y políticas que alcanzó, y que ahora, al parecer, está solucionado.

* * *

El problema de la aviación comercial es, como se sabe, bastante complejo, pues en relación con lo que pasaba hace diez años o más, hemos tenido un notable retroceso. Todo empezó en cierto sentido con las privatizaciones (quiebra sospechosa de nuestra línea de bandera, Aeroperú) y luego la guerra de las tarifas que, sin respetar destinos y costos mínimos, introdujo un mercado abierto, casi salvaje, que trajo como consecuencia lo que tenemos actualmente: un servicio aerocomercial deficitario y en crisis, si lo comparamos con el que existía antes.

Por otro lado, y dentro de esta escasez, ya bastante alarmante, se han dado diversas situaciones. Una de ellas, la motivada por el ingreso de líneas extranjeras, en el caso que nos interesa, LAN, próspera y eficiente línea chilena, a través de su filial, sucursal o afiliada, LAN PERU.

En torno a esta última han surgido diversos cuestionamientos, que han llegado a la opinión pública, y sobre lo cual ha habido diversas posiciones. Cuál es la realidad detrás de todo esto, no es lo que interesa aquí. Tampoco si las acusaciones que se han vertido en torno a ella son ciertas o falsas. Lo concreto del caso es que LAN PERU volaba en el ámbito nacional e internacional, con autorizaciones de la autoridad peruana competente, y estaban vigentes.

Aún más, cabe señalar que el servicio de aviación comercial era y es considerado como un servicio público, que puede ser brindado tanto por el Estado como por los particulares. Dicho de otra manera; se necesita una concesión, permiso, autorización o registro para emplear determinadas rutas aéreas, que están acreditadas y reconocidas en el ámbito internacional. Que la ley no les dé esa categoría expresa, como sí sucede, por ejemplo, en el servicio de telecomunicaciones, no viene al caso. Es un servicio público, entendiendo esta categoría no de manera estrecha, sino amplia, y dentro del ámbito de competencias del Estado Administrador².

¹ Véase sin embargo el excelente resumen de JIMÉNEZ MAYOR, Juan F. "¿Y ahora quién podrá reformarnos? En torno al proceso de planeamiento de la reforma judicial peruana". En: Revista Peruana de Derecho Público 8. Enero-junio de 2004.

² Si bien el concepto clásico de servicio público (así, DUGUIT y JÉZE) no ha sido del todo abandonado, y más bien se ha replanteado y modernizado, se han añadido nuevos tipos de servicio público: industriales y comerciales, que son creados por ley, normas inferiores, prácticas o acuerdos de la administración (cf. DE LAUBADÉRE, André. "Droit Administratif". Decimoséptima edición. París. 2002. p. 297 y siguientes; CASSETTA, Elio. "Manuale di Diritto Amministrativo". Tercera edición. Milano: Giuffrè editore. 2001. pp. 582-586; SANTA MARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Principios de Derecho Administrativo". Tomo II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 1999. p. 360 y siguientes; el tema también ha merecido la atención del Primer Congreso Peruano de Derecho Administrativo, cf. AA.VV. "Derecho Administrativo". Lima: Asociación Peruana de Derecho Administrativo – Jurista editores. 2004.

Cabe anotar que por norma general todo servicio público tiene por finalidad “servir al público”, o mejor aún, satisfacer una necesidad general y permanente, pero no todo servicio al público es necesariamente un servicio público. Así, un vendedor ambulante puede dar un servicio al público, pero esto no significa que sea un servicio público, lo que debe tenerse presente para evitar caer en los juegos de palabras que hemos visto con frecuencia.

* * *

Pues bien, en el caso que nos interesa, la empresa Aviandina S.A. presentó una demanda solicitando una medida cautelar fuera de proceso, ante el Juez del Cuarto Juzgado Civil de la Corte Superior de Arequipa (expediente 2004-02116-63) anunciando que como consecuencia de esa medida cautelar, se iniciaría luego una nulidad de certificado de acciones de determinado accionista de LAN PERU, pidiendo igualmente la cancelación de sus autorizaciones de vuelo nacional e internacional, por las consideraciones que extensamente ahí señalaba.

El juez, mediante resolución de 18 de junio de 2004, otorgó una medida cautelar innovativa que implicaba suspender el permiso de operación de aviación comercial nacional e internacional y el certificado de explotación de los servicios de LAN PERU, suspendiendo todas las operaciones regulares de carga, correo y pasajeros no sólo en Arequipa, sino también en el ámbito nacional e internacional. Para tales efectos, ofició al Ministerio de Transporte y Comunicaciones que había dado las autorizaciones, así como a la empresa y al accionista involucrado, todos residentes en Lima, mediante los correspondientes exhortos.

La medida cautelar, que por esencia es provisional y variable, no fue variada, pese al pedido que formuló el interesado, y más bien el Juez de la causa se exhibió por la radio y televisión locales, retransmitidos a nivel nacional, como si fuera una *vedette* cualquiera, esgrimiendo las razones que lo habían llevado a tomar tal decisión. La medida cautelar fue apelada, y finalmente dejada sin efecto cuatro meses después por la Corte Superior respectiva. En el interín, por un dispositivo de emergencia, el Decreto de Urgencia número 12-2003 publicado en “El Peruano” el 14 de octubre de 2004, se dieron normas de carácter general, que en la práctica dejaban sin efecto la medida judicial, lo cual fue posteriormente confirmado, aun cuando indirectamente, por el superior jerárquico.

Se ha discutido mucho si el derecho invocado por la demandante -la que solicitó la medida cautelar- era cierto o no, si había en dicha conducta procesal algo de fraudulento y si la intervención del Gobierno con un decreto de urgencia era un interferencia (*sic*) en el Poder Judicial³. Aquí no vamos a entrar en esos detalles, sino a analizar únicamente lo que se hizo y si eso pudo hacerse. Y además, si pudieron tomarse otras medidas que no fueran precisamente esas.

* * *

Lo primero que cabe preguntarse es si tal medida cautelar era adecuada o no. En efecto, es pacífica la doctrina que señala que ellas se adoptan sólo en caso de peligro inminente de que el derecho o la pretensión sea evadida o se esfume, burlándose así la justicia de la demanda, suponiendo que estuviese bien fundada. Pero por sentido común cabe preguntarse ¿es creíble que una compañía de aviación, legalmente instalada, reconocida por las autoridades competentes, con bienes visibles, pudiera realmente desaparecer, dejando inerme al eventual acreedor? La respuesta es negativa. Y si, eventualmente, estuviese en juego una deuda o acreencia importante, nos preguntamos ¿no sería suficiente inmovilizar una aeronave en el aeropuerto de la ciudad de Arequipa, en tanto se sustituyese dicho embargo por una fianza bancaria?

De lo que resulta a todas luces evidente es que la medida, aun en el supuesto que estuviese debidamente acreditada, era realmente desproporcionada, y fuera de toda *sindéresis*.

* * *

El segundo punto a tratar es el siguiente: lo que se discutía o se cuestionaba, era un permiso de operaciones dado por la autoridad competente (Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones). En este supuesto, lo sensato hubiera sido iniciar un proceso contencioso administrativo (Ley 27584) para enervar, precisamente, el permiso concedido. Ésta era, pues, la vía adecuada. Y no la que se intentó, en un lugar alejado tanto de la sede social de la empresa, como del Sector oficial competente, en forma por demás sospechosa.

* * *

Por último ¿tenía competencia un Juez de la ciudad de Arequipa para paralizar todos los vuelos en esa

³ Posteriormente, se autorizó al Procurador Público a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros, para que inicie e impulse las acciones judiciales correspondientes (prevaricato y abuso de autoridad) contra el Juez Civil de Arequipa (Resolución Ministerial número 334-2004-PCM publicada en el diario “El Peruano” de 2 de noviembre de 2004).

ciudad, y además los vuelos a las demás ciudades del país y los vuelos internacionales? Pues decididamente no.

* * *

Si la medida fue exagerada, fuera de toda proporción, inadecuada desde el punto de vista procesal, y además, hecha por autoridad incompetente, se desprende que lo que cometió el Juez fue un evidente abuso de autoridad, y sin duda alguna una distorsión del derecho vigente, más allá de las facultades que las leyes le otorgaban. A lo que se agrega que el referido Juez se paseaba por los medios locales haciendo declaraciones en tono desafiante y con argumentos sofísticos, que nada tenían que ver con el tema en cuestión, para el cual no tenía competencia alguna, aún cuando la pretensión de la demandante fuese cierta o tuviese visos de verosimilitud. Es reprochable no sólo lo actuado en el expediente, sino el desenfado con que el Juez se exhibía ante la opinión pública.

* * *

Pues bien ¿qué puede pensarse de un Juez que actúa así, y adicionalmente con la declaración condescendiente de sus pares y de sus superiores, de que en el Estado de Derecho deben respetarse las resoluciones de los jueces? Pues simplemente que los jueces que tenemos, e incluso en la ciudad de Arequipa, tradicionalmente respetuosa de la juridicidad, no tienen conciencia de lo que hacen ni del alcance de lo que deciden. En otras palabras, que no respetan ni siquiera el juramento que hicieron al asumir el cargo y que se hallan muy lejos de lo que debe ser la imagen de un buen Juez.

Si los jueces del Perú actuasen como lo ha hecho el Juez de Arequipa en este controvertido caso, tendríamos realmente temor de salir a la calle, pues estaríamos expuestos a cualquier desaguisado.

* * *

Y esto, lamentablemente, no hace bien ni al Juez que dictó la medida, ni a los jueces de su entorno que se ampararon en el aforismo, falso en esta ocasión, de que hay que respetar a pie juntillas las resoluciones judiciales. Pues si se hubieran respetado al pie de la letra, los males hubieran sido realmente grandes. Basta pensar que la medida, equívoca y desproporcionada, fue revocada cuatro meses después, con una lenidad realmente pasmosa, lo cual demuestra que el ritmo de los jueces, no es el ritmo que el país exige.

* * *

Y lo sucedido aquí, no hace más que incidir en lo que todos saben, pero que pocos se atreven a decir: que los jueces en el Perú, salvo las excepciones que nunca faltan, no son confiables, es decir, no tienen en la población la estima, el respeto y la confianza que sí se ve en otras partes. Y aun cuando el entuerto se corrija, como efectivamente se hizo, llama la atención el tiempo que tomó hacerlo, lo cual demuestra que los jueces no son conscientes del importante papel que juegan en el desarrollo armónico del mercado.

* * *

A principios de siglo, circuló en los medios norteamericanos una fórmula tomada de la tradición de la *judicial review* que como se sabe, se asentó por vez primera en 1803 con el famoso juez Marshall. Se dijo en aquel entonces, un poco en burla y un poco en crítica, que la sociedad norteamericana vivía bajo un gobierno de los jueces. La fórmula fue muy conocida en los Estados Unidos y todavía se utiliza en el debate académico, y titula algunos libros y ensayos de gran circulación. Pero fue un gran jurista francés, Édouard Lambert, quien la populariza en un importante libro publicado con ese título en París en 1921 (el libro nunca se volvió a imprimir, pero existe una reciente traducción al italiano).

Pero tomemos las cosas por lo que son: la fórmula dice que los jueces gobiernan, esto es, que dictan las normas, cuando en realidad, según esta tesis, no deberían hacerlo. Pero nadie ha dicho que los jueces ejercen una dictadura, pues ni siquiera en los peores momentos de la vida de la Corte Suprema de los Estados Unidos -como fue su enfrentamiento con Roosevelt en la década de los treinta del siglo pasado- se llegó a ese extremo.

Pero lo sucedido recientemente, da que pensar que aquí entre nosotros puede surgir, por virtud de un irritado mandato de un Juez de primera instancia, una dictadura en el peor sentido de la palabra. Es decir, una autoridad judicial a quien el Estado ha otorgado sagradas funciones que cumplir, se explaya en exabruptos y en excesos que causan malestar, atemorizan a la sociedad y paralizan un importante servicio público. Y esto es algo que debe seriamente preocuparnos.

* * *

El caso bajo comentario pone a prueba la voceada reforma judicial, que no tiene visos de llevarse a cabo.

No solamente voluntad política, cantidad de dinero suficiente, formación adecuada, sino criterio y equilibrio jurídico son necesarios para ello. El factor humano es lo que está en juego, y su excelencia es algo difícil de alcanzar.

El Poder Judicial, no obstante algunos esfuerzos, y algunas individualidades respetables, no presenta, todavía, signos de entrar por una senda distinta. De ello son responsables todos: no sólo los jueces, sino los políticos. Y por qué no, también los abogados⁴.

Domingo García Belaunde

⁴ El caso reseñado aquí es conocido por las dimensiones que adquirió ante la opinión pública, pero el ciudadano medio, el de a pie, siente también el impacto de un Poder Judicial deficitario en los procesos que inicia o en los que se ve involucrado, lo que se comprueba con las encuestas existentes. No obstante, no hay que dejar de reconocer que en las altas esferas existe preocupación por esto, y así lo han reconocido algunos presidentes del Poder Judicial, como es el caso de Hugo Sivina. Recientemente, los 28 Presidentes de las Cortes Superiores de todo el país se reunieron en la ciudad de Ica para hacer un pronunciamiento, firmado por todos ellos, conocido como la "Declaración de Ica", en la cual se hace expresa referencia a la independencia del Poder Judicial, a trabajar para hacer un mejor sistema de justicia, a ratificar la necesidad de la reforma judicial y a comprometerse con sus logros, trabajando honestamente para la comunidad (cf. "El Peruano", 23 de febrero de 2005). Falta por ver si estas buenas intenciones se reflejan en la realidad de todos los días.

LA PRESCRIPCIÓN LABORAL

Javier Neves Mujica*
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

¿Por qué el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial han resuelto reclamos laborales en función a la Constitución de 1979? ¿En qué medida esas decisiones se ajustan a nuestro ordenamiento?

En el presente artículo, el destacado autor demuestra oficio, claridad y exhaustividad al explicarnos un tema que, por lo demás, ha provocado mucha polémica en el ámbito laboral en los últimos años: la prescripción laboral y su aplicación por parte del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Asimismo, el autor nos proporciona una guía práctica para la interpretación y resolución de casos en los que hay una sucesión de normas en el tiempo que regulan la prescripción en el ámbito laboral.

* Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

Este artículo tiene dos objetivos explícitos. Por una parte, sumarme a la celebración por el cuadragésimo aniversario de la fundación de la revista THEMIS, así como por la publicación de su número 50. Participar ahora en este acontecimiento a través de un artículo, después de haberlo hecho menos científica pero más gratamente en el almuerzo correspondiente, consolida los dos espacios de relación que los profesores hemos podido sostener con los miembros de la Asociación: el académico y el social. Mi más efusiva felicitación a estos jóvenes, que ojalá fueran tan humildes como inteligentes y trabajadores, que hacen empresa, a pesar de las tremendas dificultades que deben enfrentar y superar.

Por la otra, contribuir al esclarecimiento del controvertido tema de la prescripción laboral, en especial, de su plazo, cuando se produce una sucesión de normas reguladoras. Hay una enorme confusión en el Tribunal Constitucional y –ojalá que sólo eso– en algunas Cortes Superiores, como las de Ica y Huánuco, que se han convertido en solicitados foros a los que concurren los ex trabajadores, particularmente de la empresa Telefónica del Perú, a reclamar derechos cuyas acciones ya han prescrito y les son, sin embargo, reconocidos, aplicándose –insólitamente– la Constitución de 1979. Si el país está empeñado en atraer la inversión extranjera, debería preocuparse por corregir estas graves distorsiones que, sin duda, la afectan, antes de plantear nuevas e infundamentadas revisiones de la legislación laboral en vía de disminución de los derechos de los trabajadores.

LA TESIS DE LOS HECHOS CUMPLIDOS Y EL ÁMBITO PRESCRIPTIVO

Los conceptos de irretroactividad y retroactividad suelen estar contenidos en todas las Constituciones de los Estados democráticos, el primero como regla y el segundo como excepción. Nuestras Constituciones de 1979 y de 1993 no omiten estos criterios. Sin embargo, dichos conceptos poseen significados distintos según la teoría sobre vigencia de las normas en el tiempo desde la que se lean. Así, para la tesis de los hechos cumplidos la irretroactividad supone aplicar la nueva norma a los hechos no cumplidos de las relaciones existentes al momento de la sucesión normativa; y la retroactividad consiste en aplicarla a los hechos ya cumplidos. En cambio, la tesis de los derechos adquiridos define como irretroactividad la aplicación de la antigua norma a los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes al momento de la sucesión normativa; y como retroactividad la aplicación inmediata de la nueva. La diferencia es sustancial: lo que para la primera tesis es ordinario, que es la aplicación inmediata de la nueva norma, para la segunda resulta extraordinario; y la primera no admite la subsistencia de la regulación de un suceso

por la antigua norma, mientras la segunda rechaza que la nueva norma pueda regular sucesos producidos antes de su vigencia.

Ambas Constituciones coincidieron en formular los criterios de la irretroactividad y la retroactividad, sin especificar la teoría sobre vigencia de las normas en el tiempo que acogían. La ausencia fue suplida primero por el Código Civil, luego por el Tribunal Constitucional y, finalmente, por la reciente reforma Constitucional. En lo que respecta al Código Civil, es clara la recepción de la tesis de los hechos cumplidos. El artículo III de su Título Preliminar, así como su artículo 2121, enuncian que la nueva norma rige las relaciones existentes al producirse la sucesión normativa. No obstante, se aceptan dos excepciones: los hechos que estaban regulados por el antiguo Código Civil de 1936 y no lo están por el nuevo de 1984, seguirán rigiéndose por aquel (artículo 2120); y las reglas sobre prescripción cuando haya sucesión normativa, conforme a las cuales la prescripción iniciada con el Código Civil de 1936 continuará rigiéndose por éste (artículo 2122). En los dos casos, se recoge la tesis de los derechos adquiridos. El límite principal de la plasmación de la tesis de los hechos cumplidos por el Código Civil está en que, a pesar de consolidar los criterios de interpretación y aplicación de las normas que –en principio– deberían o podrían valer para todo el sistema jurídico, se trata de una ley más, a la que puede establecerse salvedades por otra u otras leyes. De hecho así ocurrió constantemente en el ámbito laboral, privado y público, y en el previsional, por ejemplo, cuando al sustituirse la anterior legislación sobre estabilidad en el empleo (Ley 24514) por la nueva (Decreto Legislativo 728), se dispuso, tanto en la ley autoritativa como en éste, que deberían respetarse los derechos adquiridos.

Para el Tribunal Constitucional la cuestión se saldó al publicarse en abril de 1997 las sentencias recaídas en los procesos por inconstitucionalidad del Decreto Ley 25967 y Decreto Legislativo 817 (expedientes 007-96-ITC y 008-96-ITC). En ellas sostuvo dicho organismo jurisdiccional que la Constitución de 1993 y no sólo el Código Civil, recogía la tesis de los hechos cumplidos. Utilizó como argumento el artículo 109, que alude a la vigencia de las leyes con fecha posterior a su promulgación y publicación (fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967). El razonamiento me parece equivocado, porque la divergencia entre las teorías sobre vigencia de las normas en el tiempo no reside en la oportunidad en que debe entrar a regir la nueva norma, que en cualquier Estado de Derecho tendrá que ser siempre después de su publicación, sino en que si en dicha ocasión se afectará relaciones existentes (hechos cumplidos) o no (derechos adquiridos). Mejor hubiera sido inferir de la adopción, como excepción, de la tesis de los derechos adquiridos

por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, relativa al campo pensionario; y la recepción de la tesis de los hechos cumplidos, como regla, por argumento a contrario, para el resto de materias. Sin embargo, como intérprete supremo el Tribunal Constitucional ya fijó una posición: la Constitución acoge la tesis de los hechos cumplidos. Queda claro entonces que ya no cabrían salvedades legales.

Esta conclusión se refuerza con la reforma Constitucional del artículo 103 aprobada en noviembre del año pasado por el Congreso. Se ha introducido en un precepto que refundía diversas reglas de interpretación y aplicación de las normas, algunas de ellas oriundas del Código Civil, la referida a la vigencia de las normas en el tiempo contenida en el artículo III del Título Preliminar de éste. Las materias en las que, por excepción, se reconocía derechos adquiridos habrían quedado sujetas a la tesis contraria de los hechos cumplidos. Las leyes que los proclamaban habrían incurrido en inconstitucionalidad sobreviviente, así como estarían impedidas de reestablecerlos en el futuro.

Es inevitable preguntarse, pues, qué sucede, en específico, con el artículo 2122 del Código Civil, que acoge la tesis de los derechos adquiridos en el campo prescriptorio. Debemos comprender en la interrogante a las normas laborales que reprodujeron el criterio contenido en aquel: desde el Reglamento del Decreto Legislativo 728 hasta las Leyes 27022 y 27321. El primero se remitió expresamente al artículo 2122 del Código Civil (Primera de las Disposiciones Complementarias, Transitorias, Derogatorias y Finales) y los segundos copiaron su idea: la prescripción iniciada antes de la vigencia de esta ley, se rige por la ley anterior (en ambos casos en la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final). En mi concepto, el empleo de la tesis de los hechos cumplidos en el ámbito prescriptorio podría conducir a una severa lesión de derechos. Si la antigua norma otorgaba un plazo para interponer una acción, que ya se encontraba corriendo, por ejemplo, de diez años, y se expide una nueva norma con un plazo más corto, tal vez de tres años, tendríamos que aplicar este, aunque el saldo que quedara fuera muy breve, quizá de unos días o semanas, porque así lo manda la tesis de los hechos cumplidos. Sólo quedaría descartada esta aplicación si el nuevo plazo menor ya hubiera vencido al entrar en vigencia la segunda norma, porque en dicho caso la aplicación de esta resultaría retroactiva. No resulta razonable, pues, la utilización de la tesis de los hechos cumplidos en el campo prescriptorio. Sin embargo, como la Constitución no prevé literalmente otra excepción a la tesis de los hechos cumplidos que la del ámbito penal (artículos 103 reformado y 139 numeral 11), tendría que construirla el Tribunal

Constitucional por vía de interpretación teleológica también para el prescriptorio. Algo similar ha sucedido cuando –hasta donde llega mi conocimiento, de modo más tácito que expreso– el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial han seguido reconociendo la vigencia retroactiva de los convenios colectivos, prevista en el artículo 43 inciso b) del Decreto Ley 25593, a pesar de que la Constitución sólo admite textualmente la retroactividad en materia penal (artículo 103).

LA SUCESIÓN DE PLAZOS PRESCRIPTORIOS

La duración del plazo prescriptorio en materia laboral ha experimentado sustanciales modificaciones en las últimas décadas. Fue fijado primero en quince años por la Constitución de 1979 (artículo 49), vigente desde el 28 de julio de 1980: “El pago de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores es en todo caso preferente a cualquier otra obligación del empleador. La acción de cobro prescribe a los quince años”. Al sustituirse ésta por la de 1993, que no se ocupaba de la cuestión, se tuvo que acudir, en vía supletoria, al Código Civil de 1984. Como este disponía de dos plazos que podían ser utilizados, que eran el de prescripción de la acción personal, de diez años y el de prescripción de la acción para el pago de retribuciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral, de tres años (artículo 2001, numerales 1 y 3, respectivamente), surgió un debate respecto de cuál debía ser empleado. La jurisprudencia resolvió la controversia fijando el plazo de diez años, que era el más favorable al trabajador y quizá el más pertinente, ya que el otro estaba previsto para contratos de prestaciones de servicios en régimen de autonomía (los de locación de servicios y de obra, en el ámbito civil; y de agencia, comisión y corretaje, en el ámbito mercantil), situación contraria a la regulada por el ordenamiento laboral, en la que los servicios se prestan en régimen de subordinación. Por tanto, desde el 30 de diciembre de 1993 el plazo prescriptorio quedó establecido en 10 años.

De allí en adelante, resurgió la regulación de los plazos prescriptorios de modo específico por el ordenamiento laboral, aunque a nivel legislativo. Primero, fue fijado en tres años por la Ley 26513 (de 27 de julio de 1995); luego, en dos años (Ley 27022 de 24 de diciembre de 1998); y, finalmente, en cuatro años (Ley 27321 de 23 de julio de 2000), todas ellas modificatorias del Decreto Legislativo 728. Estas normas difieren, además, en la oportunidad desde la que se computa el plazo prescriptorio. Aunque este asunto no es materia de este trabajo, cabe señalar que la Constitución de 1979 no se pronunció sobre tal cuestión y la jurisprudencia interpretó el criterio sentado por el artículo 1993 del Código Civil: la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción, como una

referencia a la fecha de la extinción del vínculo laboral, porque no podía exigirse al trabajador que interpusiera su acción cuando la relación estaba vigente, dada la notoria desigualdad material entre las partes, que podría acarrearle graves perjuicios. Esta lectura prosiguió incluso cuando la primera de las leyes mencionadas acogió dicho criterio: la prescripción se cuenta desde que los derechos resulten exigibles y, con mayor razón, cuando las dos últimas determinaron que se cuente a partir del día siguiente a aquel en el que se extingue el vínculo laboral. Respecto del vencimiento del plazo, sí es claro que conforme a la regla establecida por el artículo 183 del Código Civil, el plazo se cumple en el año de vencimiento, en el mes y día de este correspondiente a la fecha del año inicial.

Cuando se produce una sucesión normas que establecen plazos prescriptivos, como la que ha ocurrido en el terreno laboral, resulta muy probable que estos se superpongan. Es necesario, entonces, adoptar reglas claras para decidir qué plazo debe aplicarse. El Código Civil de 1984 tiene una, específicamente prevista para regular la sucesión del anterior por aquel: “La prescripción iniciada antes de la vigencia de este Código, se rige por las leyes anteriores. Empero, si desde que entra en vigencia, transcurre el tiempo requerido en él para la prescripción, esta surte su efecto, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor. La misma regla se aplica a la caducidad” (artículo 2122). La pregunta que cabe formularse es la de si puede aplicarse esta regla de modo general para toda sucesión de normas prescriptivas, fuera del concreto caso de la sustitución del Código Civil de 1936 por el de 1984. Me parece que debemos distinguir aquí dos fases: hasta la dación de la Ley 27022 y de allí en adelante.

En la primera fase no cabe duda de que la regla resulta aplicable más allá del supuesto específico para el que fue concebida, incluyendo el campo laboral. Se llega a esta conclusión porque así lo establecieron el Reglamento del Decreto Legislativo 728 (de 27 de enero de 1996), en la Primera de las Disposiciones Complementarias, Transitorias, Derogatorias y Finales: “Para efectos de la aplicación de la Primera Disposición Complementaria de la Ley, se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 2122 del Código Civil”; así como el Acuerdo 3 del Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997: “El plazo de prescripción de los beneficios de carácter laboral se computa conforme a la norma vigente al momento que la obligación sea exigible, salvo que por norma posterior se estipule un plazo distinto, en cuyo caso la prescripción operará en el que venza primero”. Hubiera sido técnicamente mejor que la regla estuviera en la ley y no en estos documentos, pero ello no ocasiona su invalidez. De este modo, en tal fase, se podría

formular la regla en estos términos: si al entrar en vigencia la nueva norma, el saldo del plazo prescriptivo establecido por la antigua (computado desde que el derecho es exigible) es mayor al nuevo plazo (computado desde la fecha en que entra en vigencia la nueva norma), se aplica la nueva norma; pero si dicho saldo es menor, se aplica la antigua norma.

La cuestión ofrece serias dificultades en la segunda fase. El artículo 2122 del Código Civil contiene dos criterios, el primero formulado como regla: la prescripción iniciada con la vigencia del anterior Código Civil se sigue rigiendo por él; y el segundo como excepción: salvo que el nuevo plazo pueda transcurrir completo desde que el actual Código Civil entra en vigencia. Si concordamos esto con lo dicho antes, el primer criterio sería a su vez una excepción a la tesis de los hechos cumplidos y el segundo volvería a acoger esta tesis. El problema reside en que la Ley 27022 –y también su sucesora, la Ley 27321– adopta explícitamente el primer criterio, pero guarda silencio sobre el segundo. Ambas normas establecen que la prescripción iniciada antes de su vigencia se rige por la ley anterior, mas no precisan si ante la existencia de un nuevo plazo menor éste debe aplicarse. La interrogante inevitable es la de si puede utilizarse supletoriamente la última parte del artículo 2122 del Código Civil para recoger el segundo criterio también en el ámbito laboral.

Esta posibilidad tropieza con dos contundentes objeciones. De un lado, la supletoriedad supone que hay una norma que es la pertinente para regular un hecho y no lo hace, llamada suplida, en cuyo defecto se aplica otra que sí lo hace, llamada supletoria. La norma suplida será siempre más especial que la supletoria. En la pretendida aplicación supletoria del segundo criterio del artículo 2122 del Código Civil al ordenamiento laboral, el esquema de norma suplida especial y norma supletoria general no funciona. El artículo 2122 del Código Civil es, respecto de dicho criterio, más especial que las reglas de la Leyes 27022 y 27321 sobre la materia. De este modo se sale del cuadro de aplicación de la supletoriedad, que es reiterado en las diversas áreas de nuestro ordenamiento: leyes civiles especiales / Código Civil (artículo IX del Título Preliminar del Código Civil), leyes procesales civiles especiales / Código Procesal Civil (Primera de las Disposiciones Complementarias y Finales del Código Procesal Civil), leyes penales especiales / Código Penal (artículo X del Título Preliminar del Código Penal), sociedades sujetas a régimen legal especial / Ley General de Sociedades (artículo 2 de la Ley General de Sociedades), procedimientos administrativos especiales / Ley del Procedimiento Administrativo General (artículo II del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General), etc.

De otro lado, según precisa el propio Código Civil, en el artículo IX de su Título Preliminar, para que quepa la aplicación supletoria no debe haber oposición de naturaleza de la norma supletoria a la suplida. Sin embargo, esta colisión parece presentarse aquí, ya que mientras el ordenamiento laboral busca lo más favorable al trabajador, que consistiría en utilizar el plazo prescriptorio mayor, el ordenamiento civil busca en este campo la aplicación del plazo prescriptorio menor, por seguridad jurídica.

No podemos, en mi opinión, tener por recogida por vía supletoria una de dos reglas, cuando la otra sí se

ha recibido expresamente. Si hubiera incertidumbre, en todo caso, debería emplearse el principio del *in dubio pro operario*, proclamado por la Constitución (artículo 26 numeral 3) y la Ley Procesal del Trabajo (artículo II de su Título Preliminar).

Por las consideraciones expuestas, me inclino por descartar, desde la vigencia de la Ley 27022, la salvedad formulada por la segunda parte del artículo 2122 del Código Civil. En consecuencia, en el ámbito laboral, la prescripción se rige por la ley vigente al momento de iniciarse, sin importar si ésta ha sido modificada por otra, ni qué plazo establece ésta.

LA INCONCEBIBLE JURISPRUDENCIA SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

CUADRO 1

Periodo	Norma	Vínculo laboral se extingue	Plazo prescriptorio, salvo nuevo plazo menor
1	Constitución de 1979	Hasta el 30/12/93	15 años
2	Código Civil	Entre el 31/12/93 y el 27/7/95	10 años
3	Ley 26513	Entre el 28/7/95 y el 23/12/98	3 años
4	Ley 27022	Entre el 24/12/98 y el 22/7/00	2 años
5	Ley 27321	Desde el 23/7/00	4 años

Conforme al primer criterio establecido por el artículo 2122 del Código Civil, recogido por el ordenamiento laboral, criterio que se expuso antes, la prescripción iniciada por la antigua norma sigue rigiéndose por ella, aunque hubiera sido sustituida por otra. De este modo, se consagra la –así llamada por la teoría de los hechos cumplidos– ultraactividad de la norma derogada o modificada. Esto significa que –si nos remitimos al Cuadro 1– según el período en el que se extinguió la relación laboral, la prescripción de los derechos nacidos de ésta, estaría regulada por la norma vigente durante él. Por tanto, sería admisible, por ejemplo, utilizar el plazo de quince años previsto por la Constitución de 1979 para la prescripción de todos los derechos generados mientras estuvo vigente. Hasta fines del año 2008 cabría reclamar el reconocimiento de derechos ganados durante la vigencia de dicha Constitución.

Sin embargo, como ya se ha planteado, hay un segundo criterio en dicho precepto del Código Civil: la prescripción pasa a regirse por la nueva norma si el plazo previsto en esta puede transcurrir completo desde su entrada en vigencia. Este último criterio, que tuvo recepción por el ordenamiento laboral (el Reglamento

del Decreto Legislativo 728 y el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997 dan cuenta de ello), recién se abandonó en 1998, con la dación de la Ley 27022. Por consiguiente, en la transición del período 1 al 2 y de este al 3, como los plazos prescriptorios fueron acortándose (de quince a diez y de diez a tres años, respectivamente), el plazo prescriptorio venía rigiéndose por la antigua norma –en función del primer criterio anotado–, y: a) continuaba rigiéndose por ella si el saldo del plazo era menor que el previsto por la nueva norma, o b) pasaba a regirse por esta, si el saldo del plazo de la antigua norma era mayor. En ningún caso sería posible aplicar hoy día el plazo prescriptorio fijado por la Constitución de 1979. Este debió extinguirse, en principio, el 31 de diciembre de 2003, en que se cumplieron los diez años del plazo establecido por el Código Civil, y, definitivamente, el 28 de julio de 1998, cuando se llegó al plazo de tres años previsto por la Ley 26513, modificatoria del Decreto Legislativo 728. También entre el período 3 y el 4 se produjo una reducción del plazo, de tres a dos años, pero en ese momento ya no regía el segundo criterio del artículo 2122 del Código Civil, por las razones expuestas, por lo que continuaba aplicándose el plazo regulado por la primera norma.

Nuestros organismos jurisdiccionales, no obstante, piensan distinto. En los procesos reseñados en el Cuadro 2, que –salvo el primero, seguido ante el Tribunal Constitucional– son sólo una muestra de los innumerables casos entablados contra la empresa Telefónica del Perú, se ha aplicado el plazo prescriptorio previsto en la Constitución de 1979.

CUADRO 2

CASOS

Tribunal Constitucional

Expediente	Demandante	Fecha de ingreso	Fecha de cese
1183-2001-AA/TC	Timoteo Huanca Llasac		

Poder Judicial

Expediente	Demandante	Fecha de ingreso	Fecha de cese
2004-212-JL	Flicida Cabana Valdivieso	1/2/62	31/12/94
2001-615	Carmen Chacaltana Ruiz	18/7/72	29/9/93
2001-666	Nora Estrada García de Pardo	23/9/71	30/9/93
2004-242-JL	Alberto Ku Díaz	2/11/70	11/1/96
2001-1368-141101-JT01	Daniel Marden Pereyra Guillén	01/7/70	30/8/99
2001-1368-141101-JT01	Víctor Sarmiento Flores	1/8/75	31/8/99
2004-172-JL	Sofía Elena Sigvas Fajardo	1/2/68	29/9/93

El argumento que pretende sustentar la utilización del plazo prescriptorio establecido por la anterior Constitución es, en síntesis, el siguiente: los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables, como lo proclaman las Constituciones de 1979 y 1993, por tanto, el plazo para interponer la acción de reclamo respecto de ellos es imprescriptible. El Tribunal Constitucional lo dice con estas palabras: “... los actos por los que se reclama tutela se encuentran asociados a derechos constitucionales de contenido laboral, debidamente adquiridos al amparo de la Constitución de 1979, por lo que su contenido es irrenunciable y, por ende, imprescriptible, conforme

al artículo 57 de dicha Carta” (Fundamento 2). El Poder Judicial hace lo propio en sendas resoluciones de segunda instancia, en estos términos: “Segundo: Que siendo ello así se tiene que el trabajador viene reclamando sus beneficios sociales relacionado (*sic*) a derechos adquiridos estando en vigencia la Constitución de mil novecientos setenta y nueve que en su artículo cuarenta y nueve señalaba de manera expresa el plazo de prescripción para las reclamaciones laborales de quince años, a ello se agrega que cuando se trata de derechos laborales del trabajador esta (*sic*) tiene el carácter de irrenunciables, eso por tener un carácter eminentemente social; Tercero: Que, por otro

lado, debe tenerse en cuenta que en caso de existir incompatibilidad en su aplicación entre una norma Constitucional y otra de menor jerarquía se prefiere la primera, conforme así lo señala de manera expresa el artículo veintiséis (*sic*) de la Constitución Política del Perú de mil novecientos noventa y tres; habida cuenta de que los actos por los que se reclama tutela se encuentran asociados a derechos constitucionales de contenido laboral, adquiridos al amparo de la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve". Prescindo de comentar los errores formales de redacción, así como de referencia al artículo 26 de la Constitución vigente, cuando los que corresponde citar son el 51 y el 138.

Frente a estos pronunciamientos jurisdiccionales habría que aclarar varias cuestiones. La primera es que, efectivamente, los derechos laborales son irrenunciables, cuando nacen de normas imperativas. Este principio está consagrado en ambas Constituciones (artículos 57 y 26 numeral 2, respectivamente). Esto quiere decir que si los trabajadores los abandonan por un acto unilateral o bilateral, este será inválido, porque el acto dispositivo no puede prevalecer sobre la norma imperativa. El principio protege, pues, al trabajador frente a la supresión de su derecho por un acto propio. Pero no determina, en modo alguno, la imprescriptibilidad de dichos derechos laborales. Esta institución tiene un fundamento distinto: por seguridad jurídica no se puede dejar abierta indefinidamente la posibilidad de interponer una acción para reclamar un derecho, sino que debe fijarse un plazo para ello. Ese plazo tiene que ser el razonable para que un justiciable diligente haga valer su derecho. Dejar transcurrir el plazo sin interponer el reclamo, no elimina el derecho sino que suprime la acción. Tal es justamente la diferencia entre la caducidad y la prescripción. En el caso de que se venza el plazo y no se utilice el derecho a reclamar, lo que ya no podrá hacerse después, no hay renuncia alguna, porque el trabajador no se priva voluntariamente de un derecho, el que más bien está pretendiendo ejercer tardíamente, sino simplemente un no ejercicio de su derecho de acción. La privación de la posibilidad de reclamar proviene de un mandato legal, que establece un plazo para ello. Por esta razón, tampoco estaremos ante una renuncia cuando un tercero, por ejemplo, el legislador, los sujetos laborales colectivos o el empleador, le arrebatan al trabajador un derecho. El fundamento de la oposición a tal medida no podría estar en el principio de irrenunciabilidad.

La segunda cuestión tiene que ver con la coherencia de las resoluciones analizadas. El argumento de que los derechos de los trabajadores son irrenunciables y, por consiguiente, imprescriptibles, se desploma

respecto de la Constitución de 1979, que preveía un plazo prescriptorio de quince años. Si la irrenunciabilidad determinara la imprescriptibilidad, no podría haber en ella plazo prescriptorio alguno. Podría operar sólo respecto de la Constitución de 1993, que no contempla ningún plazo. Allí sí podría decirse –aunque de modo evidentemente equivocado– que la ley que fija un plazo prescriptorio es inconstitucional frente a una Constitución que proclama la irrenunciabilidad. Pero la que se quiere aplicar es justamente la Constitución de 1979.

La última cuestión tiene que ver con los casos concretos. Como dije antes, la prescripción iniciada durante la vigencia de una norma seguirá rigiéndose por ella. Por consiguiente, sólo los trabajadores que mantuvieron una relación laboral mientras estuvo vigente la Constitución de 1979 podrían reclamar sus derechos acogiéndose al plazo prescriptorio previsto por ella (sin perjuicio de lo ya también dicho acerca de que si surgía después, por mandato de otra norma, un nuevo plazo menor, tendría que regir éste). No hay modo de justificar, entonces, que –como puede verse en el Cuadro 2– se utilice el plazo establecido por dicha Constitución para regular la prescripción de las acciones de trabajadores que cesaron cuando ella ya no estaba vigente, lo que ocurre en cuatro de los siete casos reseñados. Tampoco habría, en rigor, fundamento en el caso de los trabajadores que cesaron durante su vigencia, porque respecto de ellos el plazo prescriptorio ya se encuentra vencido, pero la decisión jurisdiccional es todavía más clamorosamente infractora respecto de los primeros.

LA PRESCRIPCIÓN LABORAL EN LOS PROYECTOS DE CONSTITUCIÓN Y LEY GENERAL DEL TRABAJO

Tanto el proyecto de ley de reforma de la Constitución, como el anteproyecto de Ley General del Trabajo, en sus artículos 33 y 311, respectivamente, se proponen regular la prescripción laboral. Lo hacen de modo plenamente coincidente, estableciendo dos criterios. El primero está bastante consolidado entre nosotros y es el de que el plazo prescriptorio empieza a correr desde la extinción del vínculo laboral. Es muy importante esta regla porque expresa el consenso técnico que se produjo entre los profesores universitarios que elaboraron el anteproyecto de Ley General del Trabajo, así como el consenso social que se produjo luego en el Consejo Nacional del Trabajo que, por encargo del Congreso, preparó el articulado laboral del proyecto de ley de reforma de la Constitución. Ambos grupos tenían una composición marcadamente plural.

El segundo criterio, que también disfrutó de dichos acuerdos, es el de que el plazo debe ser de un año. Si

alguno de estos proyectos se materializara, pues, habría que añadir un sexto período en la sucesión de plazos prescriptorios, que iría nuevamente de más a menos, como ha sido la tendencia general, sólo exceptuada

en la transición del período 4 al 5. Este nuevo plazo es, sin duda, ajustado, pero parece suficiente para que un ex trabajador mínimamente informado de sus derechos y de las acciones para tutelarlos, interponga su acción.

EL FIDEICOMISO, THEMIS Y LAS FRÍAS MAÑANAS DE INVIERNO

Jacqueline Chappuis Cardich*
Fundadora de THEMIS, Segunda Época

Gracias a sus experiencia profesional e investigaciones, la autora elabora una interesante introducción al tema del contrato de fideicomiso. Esto se realiza a través de un análisis del concepto y evolución histórica del fideicomiso, para luego pasar a su aplicación legislativa y práctica en el Perú. El artículo se ve complementado y enriquecido con diversos cuadros que nos muestran la evolución y acogimiento de esta versátil y ágil figura jurídica tanto en el ámbito regional, como nacional. Son virtudes del artículo la sencillez y claridad al tratar una materia compleja, como la que nos ocupa.

* Abogada. Gerente Legal del Banco Sudamericano.

11:15 a.m. acabo de contestar una llamada telefónica y estoy en mi oficina de San Isidro con una agenda recargada, algunos asuntos urgentes que atender y dos personas esperando para despachar los temas del día. Sin embargo, esta llamada me ha hecho regresar a 1983, a una fría mañana de invierno en la puerta de la Biblioteca Central de la Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP, acababa de leer un artículo sobre el curso de Obligaciones que el doctor Osterling nos había recomendado revisar y que había sido publicado en una antigua revista de Derecho de alumnos de la PUCP.

Definitivamente no recuerdo el artículo, pero lo que sí puedo evocar muy claramente es aquella revista blanca con una franja azul en la parte superior de la carátula y letras de diseño de los años 60 que decía: THEMIS. Con Pepe Amado y Gustavo López-Ameri comentamos la revista y conversamos acerca de la poca actividad académica-estudiantil existente en aquellos tiempos y como, años atrás, estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP habían editado una revista con participación de alumnos y profesores.

Han pasado muchas “frías mañanas” desde aquel día, sin embargo aún recuerdo las primeras reuniones, la definición del grupo, el carácter de la revista: ¿de claustro o de proyección externa? ¿Ediciones semestrales o trimestrales? ¿THEMIS lleva tilde o no? ¿Y el financiamiento del primer número? ¿A quienes buscaríamos con este proyecto? Y escogimos hasta el celeste de la primera carátula y el cuadro de Daumier, alejándonos de la vieja carátula de los años 60 que nadie extrañaría. No puedo sentir otra cosa más que sentimientos especiales por algo que decidimos emprender con ternura y valentía, aquella fría mañana cuando apenas rondas los 20 años y nada te da miedo; cuando sientes que puedes cambiar el mundo, y que tus interminables conversaciones de cafetería, tus lecturas obligadas y no obligadas y tu vida universitaria perfecta te preparaban para ese mundo que ibas a enfrentar, descubrir y cambiar.

Este es un pequeño homenaje a todos los que vivieron con nosotros esas inquietudes iniciales, a nuestros compañeros de facultad y en especial a nuestros amigos del código 80. de la PUCP que confiaron en nuestro proyecto, antiguos y nuevos miembros de la Revista, profesores y autoridades de la Universidad, y para todos aquellos, estudiantes, soñadores y emprendedores personajes anónimos que cada fría mañana hacen un aporte, dejan una huella. Por ello, asumí con esa llamada el compromiso de redactar un artículo sobre el fideicomiso y compartir mis experiencias personales y profesionales en tan relevante ocasión como la edición 50 de la Revista y

el año 40 (contando primera y segunda etapa) de la revista THEMIS.

* * *

Cuando la Ley de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, Ley 23607, fue publicada el 9 de diciembre de 1996, muy pocos se percataron que nuestro legislador había incluido 34 artículos referidos al régimen del fideicomiso bancario en el país y que con ello se daba inicio a una nueva figura jurídica que tendría un significativo impacto en la forma de celebrar contratos de gran magnitud en el país. Han pasado ya casi 10 años de vigencia de esta ley y creemos que, más que un artículo cargado de citas doctrinarias y jurisprudencias inexistentes aún, podemos hacer un balance de este significativo desarrollo de los últimos años y nuestra visión de futuro con respecto a esta figura.

A diferencia de otras legislaciones latinoamericanas que ya habían incorporado la figura del fideicomiso en su legislación interna, tal es el caso de Argentina, Colombia, Venezuela, Panamá y, principalmente, México con muchos años de antelación; nuestra legislación hasta la Ley 26702 no contaba con una herramienta similar a esta figura jurídica, es decir, la posibilidad de suscribir un contrato hecho a la medida de las necesidades de las partes, con un patrimonio autónomo, para garantizar a través de un tercero (el fiduciario) el cumplimiento de dicho contrato y de las obligaciones que las partes hubieran pactado en el mismo, bajo determinadas características especiales.

A pesar que el fideicomiso es una institución jurídica ampliamente conocida y desarrollada en el mundo, bajo distintos nombres y modalidades, y que tiene como fuente y antecedente el mismo Derecho romano –pero tal como la conocemos el día de hoy en nuestra legislación tiene una importante influencia del Derecho germánico y el *trust* anglosajón–; hasta la Ley 26702, sólo la ley de bancos anterior la había incorporado con algunas deficiencias y omisiones que fueron acertadamente corregidas en el nuevo texto de la ley bancaria.

UN POCO DE HISTORIA

Aún cuando no pretendemos ahondar en este artículo con mayores precisiones, al parecer el antecedente más lejano de esta figura resulta siendo la figura del *fideicomisum* romano por medio del cual, y a efectos de evitar las restringidas normas sucesorias romanas, un ciudadano encargaba a un tercero de confianza la propiedad de sus bienes para que ante su fallecimiento cumpliera con el encargo

de entregarlo parcial o totalmente a los beneficiarios. Sin embargo, aún cuando se desconoce si el *fideicomisum* resultare siendo una práctica usual o restringida a la transferencia sucesoria exclusivamente, la mayor parte de los tratadistas coinciden que en Roma existían dos clases de fiducia: la fiducia *cum amico* mediante la cual una persona transfería bienes a un tercero de extrema confianza a fin de que se los devuelva en determinadas circunstancias; y, de otro lado, la fiducia *cum creditore*, por la cual, la titularidad del dominio de propiedad de manera plena pasaba del deudor al acreedor por *mancipatio* o *injure cesio*, figurando el acreedor como propietario de los bienes de su deudor y generándose una serie de acciones reivindicatorias propias de un exceso de las atribuciones del acreedor que transfería los bienes antes del cumplimiento de las condiciones del acuerdo, o incluso después de vencidas y cumplidas éstas, resultando evidentemente perjudicial para el deudor quien no tenía acción real persecutoria de los bienes ante terceros, ni capacidad de conservar el bien para su provecho lo que generó que la figura quedara en desuso cuando aparecieron las “modernas” garantías reales de prenda e hipoteca.

Con respecto a la paternidad de la figura del fideicomiso latinoamericano, tal como se conoce el día de hoy en las diversas legislaciones latinoamericanas, la que no sólo tiene influencia romana y germánica sino también anglosajona, se ha hablado mucho, sin embargo me resultan interesantes las opiniones de dos prestigiosos consultores latinoamericanos en esta materia.

Para Luis Alberto Alegrett¹: “los antecedentes no son del todo claros, y la figura incluso puede remontarse a uno de sus precursores don Andrés Bello quien en la segunda mitad del siglo XIX, lo introduce en el Código Civil Chileno en 1867. También se argumenta que definitivamente su entrada en Latinoamérica ocurre gracias al *trust* anglosajón desde los Estados Unidos, encontrando en 1905 los primeros vestigios formales del fideicomiso en México, donde el Secretario de Hacienda en aquella época, José Limantour envía al Congreso de su país, un proyecto de ley, denominado Proyecto Limantour, elaborado por Jorge Vera Estaño compuesto de ocho artículos

donde se regulaba la actividad fiduciaria, el cual no fue aprobado en aquella oportunidad. Luego se presentó otro proyecto en 1924, elaborado por Enrique Creel, para por fin ser incluida la ley de fideicomisos en 1926, con gran influencia de la obra del abogado Ricardo J. Alfaro de Panamá, en cuyo país ya se hablaba del fideicomiso desde 1920, surgiendo la ley que regula dicha actividad en 1925. De allí, la eterna discusión de los orígenes del fideicomiso en Latinoamérica que disputan México y Panamá, pero siendo este último país quien constituye la primera ley que regula al fideicomiso en Latinoamérica, que luego fue derogada en 1941. Sin embargo, una vez que surge el fideicomiso en la legislación mexicana en 1926, comienza un desarrollo creciente de la actividad fiduciaria en México, convirtiéndose en el gran promotor del fideicomiso en Latinoamérica y hasta ahora, el país con el mayor volumen de recursos administrados bajo esta figura. Ello ha contribuido a ser reconocido el fideicomiso mexicano como pionero y promotor de la figura en Latinoamérica”.

De otro lado para el experto Nicolás Malumián, “se debe destacar la tarea del jurista mexicano Pablo Macedo, quien elaboró el borrador que luego regulara el fideicomiso en México, país de indudable influencia en las legislaciones de fideicomiso latinoamericanas (incluida la Argentina)”².

Para Malumián:

“En un trabajo preliminar a la traducción de la obra de Pierre Lepaulle³], Pablo Macedo explica la génesis de la legislación de fideicomiso mexicana comentando la doctrina más influyente:

- a) el desarrollo en la práctica comercial de Emilio Velasco quien se vincula a los casos de *trusts* celebrados con anterioridad a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mayormente por inversores norteamericanos e ingleses en ferrocarriles y otras obras de infraestructura;
- b) en particular Pablo Macedo, siguiendo a Batiza, crítica a la doctrina de Toribio Esquivel Obregón, y comenta los dos proyectos de Jorge Vera Estaño y el proyecto de Enrique C. Creel;
- c) Pablo Macedo demuestra un especial interés en la obra del gran jurista panameño Ricardo J.

¹ ALEGRETT, Luis Alberto (Venezuela). Ex Presidente de la Comisión Latinoamericana de Fideicomiso (COLAFI). Según investigaciones personales en proceso de elaboración y publicación.

² MALUMIÁN, Nicolás. “Fideicomiso y securitización: análisis legal, fiscal y contable”. Segunda Edición en imprenta. Buenos Aires. Material inédito compartido gentilmente con la autora.

³ “Nos referimos al estudio sobre el fideicomiso mexicano de autoría de Pablo Macedo publicado como análisis de la traducción de LEPAULLE, Pierre. “Tratado Teórico Práctico de los Trusts: En el derecho interno, en derecho fiscal y en derecho internacional”. México: Editorial Porrúa. 1975”. MALUMIÁN. Ibid.

Alfaro, quien con su clásica obra 'El Fideicomiso: Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en el legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al trust del derecho inglés' (Imprenta Nacional, Panamá, 1920). Este jurista elabora un proyecto de ley que se es adoptado como Ley de Panamá el 6 de enero de 1925. Este proyecto consideraba al fideicomiso 'un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario' ⁴.

Según Malumíán, resulta particularmente interesante el concepto de fideicomiso que adopta Alfaro y que será después adoptado por todas las legislaciones latinoamericanas. "En lo referente al concepto de fideicomiso como patrimonio afectado, Macedo explica que 'es el primer punto en que el legislador acogió las ideas que ya al respecto había expuesto el profesor Pierre Lepaulle (...) la idea del patrimonio de afectación es fundamental en Lepaulle y pasó a serlo en la Ley, pues en ese patrimonio, que ya no pertenece al fideicomitente, pero no pertenece tampoco al fiduciario ni al fideicomisario, radica toda la institución' ⁵.

"En síntesis, si bien se puede buscar un primer antecedente del fideicomiso latinoamericano en el destacado maestro Alfaro, las legislaciones latinoamericanas rompieron con su idea del mandato irrevocable (posteriormente un mandato irrevocable con transferencia de bienes) y adoptaron la idea del patrimonio de afectación destinado a un fin y de propiedad del fiduciario (pero una propiedad *sui generis* limitada por los fines del fideicomiso). El jurista que redacta la primer ley, y la más influyente en Latinoamérica es Pablo Macedo, quien si bien sigue en algún aspecto las ideas de Lepaulle es quien tiene el indudable mérito de crear la legislación más exitosa y difundida de Latinoamérica" ⁶.

Resulta evidente que el fideicomiso latinoamericano tiene, a diferencia de otras instituciones jurídicas romano-germánicas, una evidente carga anglosajona, tal como lo demuestran interesantes

estudios e investigaciones de Sergio Rodríguez Azuero⁷ y Rodolfo Batiza⁸, ya que los conceptos de propiedad, patrimonio autónomo, transferencia fiduciaria, fiduciario, etc. no pueden entenderse ni analizarse únicamente bajo los esquemas doctrinarios de nuestra herencia romano-germánica, y consideramos que es un interesante ejemplo de "globalización" jurídica iniciada hace más de 80 años, o el producto de la propia "reinención" de las figuras romano-germánicas.

Mucho se ha hablado de la naturaleza jurídica del fideicomiso tal como se conoce el día de hoy en esta parte del continente, sin embargo creemos que la definición que más compartimos es aquella que destaca Sergio Rodríguez Azuero "el fideicomiso es el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero" ⁹. Resulta pues indudable que el común denominador del fideicomiso latinoamericano, tal como es referido por el maestro Rodríguez Azuero, es el de constituir un negocio jurídico con elementos reales o persecutorios del bien y obligacionales con respecto a las obligaciones asumidas por las partes en el contrato.

EL FIDEICOMISO EN EL PERÚ

En el Perú el fideicomiso es "una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero llamado fideicomisario", tal como lo establece el artículo 241 de la Ley de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros, Ley 26702. Cabe precisar que la ley anterior de banca –Decreto Legislativo 770– le había dedicado al fideicomiso un capítulo especial, sin embargo, las imprecisiones jurídicas fundamentales relativas a la naturaleza jurídica que erróneamente se asemejaba a la transferencia de propiedad, generó una modificación legislativa del concepto que hoy se encuentra enmarcado en la Ley 26702. Por ello, en nuestro país, el fideicomiso tuvo inicialmente un desarrollo limitado ya que el concepto

⁴ MALUMIÁN. Ibid.

⁵ MALUMIÁN. Ibid.

⁶ MALUMIÁN. Ibid.

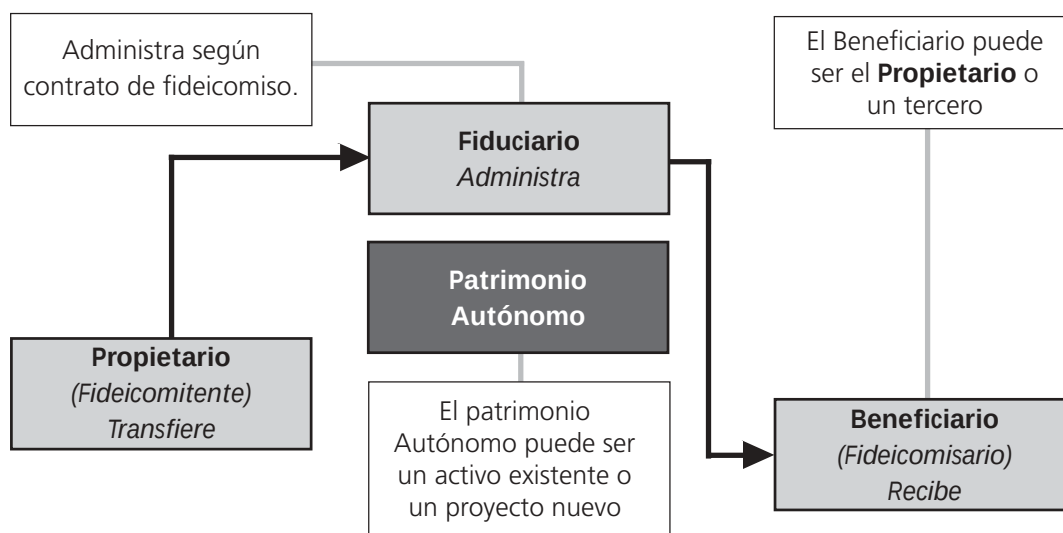
⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. "Contratos bancarios. Su significación en América Latina". Colombia: Legis. Quinta edición. 2002.

⁸ BATIZA, Rodolfo. "El fideicomiso. Teoría y práctica". México: Editorial Porrúa. Tercera edición. 1976.

⁹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Op. Cit. p. 830.

“transferencia del dominio fiduciario” no era del todo claro y restringió el uso de la figura hasta que luego de la norma reglamentaria un reducido grupo de expertos,

abogados y estructuradores vinculados a la actividad bancaria y financiera se decidió a ponerlo en práctica, bajo el siguiente esquema general:



Aun cuando en términos generales la figura del fideicomiso tiene particularidades en cada país donde ha sido legislada, en el Perú las principales características del fideicomiso bancario son las siguientes:

1. Es un patrimonio especial, autónomo y distinto del patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y, en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.
2. La transferencia de los bienes se hace en fideicomiso, es decir, no es propiamente una transferencia en propiedad ni una carga o gravamen sobre los bienes, aunque se trate de fideicomisos de garantía.
3. El patrimonio fideicometido está sujeto al dominio del fiduciario y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.
4. Los activos del patrimonio autónomo en fideicomiso están separados de los bienes que conforman el patrimonio del fiduciario.
5. El negocio fiduciario es muy versátil y puede tener diversas características, sin embargo, en todos los casos se formaliza por contrato entre fideicomitente y fiduciario.
6. El plazo máximo del fideicomiso es de 30 años, salvo excepciones establecidas por la ley (fideicomisos vitalicios, culturales, filantrópicos, establecidos en el artículo 251 de la ley).
7. El fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido

dominio fiduciario. Éste le confiere facultades, incluidas las de administración, uso, disposición, reivindicación, con sujeción a la finalidad para el que fue constituido el fideicomiso. El fiduciario sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones establecidas en el contrato.

8. El patrimonio fideicometido no responde por las obligaciones del fiduciario, del fideicomitente y, tratándose de los fideicomisarios, tal responsabilidad sólo es exigible por los frutos o las prestaciones a su favor. Sin embargo, los bienes se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario, por los actos para los que fue constituido el fideicomiso y lo establecido en el acto constitutivo.
9. Se pueden emitir valores mobiliarios en respaldo de patrimonio fideicometido lo que se encuentra sujeto a los términos y condiciones establecidas por la Ley de Mercado de Valores.
10. El patrimonio fideicometido es administrado por el fiduciario, el cual debe llevar, respecto a cada contrato, contabilidad separada.
11. Puede establecerse fideicomiso en garantía mediante el cual una empresa que otorga créditos con garantía fiduciaria se resarce del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicometido cuando se encuentre integrado por dinero dando cuenta a la Superintendencia de Banca y Seguros. En

este caso son excluyentes las calidades de fiduciario y acreedor.

Aun cuando la norma reglamentaria de la Ley 26702 en materia de fideicomiso apareció tres años después el 13 de noviembre de 1999 mediante Resolución SBS 1010-99 -y a esa fecha todavía habían algunas imprecisiones tributarias propias de la aplicación de una institución jurídica nueva y demasiado particular para el común de los expertos y abogados-, en aquellos tiempos, algunas experiencias previas habían terminado en exitosos contratos de financiamiento, que no hubieran sido posibles de realizar sin una estructura de fideicomiso. Un contrato de financiamiento para el proyecto minero más grande de Latinoamérica en la sierra norte del Perú, Antamina, y el proyecto hotelero Marriott fueron dos de las primeras experiencias fiduciarias exitosas y que han permitido demostrar a los expertos las ventajas de esta herramienta jurídica.

Con esta experiencia incipiente todavía, algunos contratos y una ley bastante conveniente, la Asociación de Bancos creó en el año 2001 la Comisión de

Fideicomiso y se obtuvo la sede del XII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso. Éste se realizó con el auspicio de la Federación Latinoamericana de Bancos-FELABAN y la Comisión Latinoamericana de Fideicomiso con gran éxito en octubre de 2002 en la ciudad de Lima y contó con la participación de más de 400 expertos nacionales y extranjeros latinoamericanos. Todo ello le dio un gran impulso al negocio fiduciario en nuestro medio, ya que los expertos pudieron familiarizarse con esta novedosa figura y la manera como facilitaría las negociaciones y contratos, dando herramientas ágiles a los actores para el cumplimiento de un contrato y un seguro para las partes involucradas en el mismo.

En marzo del año 2001 también fue autorizada a operar la primera empresa fiduciaria del país “La Fiduciaria” la que, a la fecha, registra operaciones y contratos en fideicomiso por un monto comprometido de US\$ 2,800 millones, considerando el valor presente de los flujos futuros y los valores de tasación de los activos fideicometidos, ello apenas en 4 años de constituida. Sus patrimonios fideicometidos, a la fecha, se clasifican de la siguiente manera:

Sectores	# de operaciones	Participación
Agrícola	4	4%
Comercial	7	7%
Comunicaciones	1	1%
Construcción	18	18%
Educación	2	2%
Energía	10	10%
Financiero	3	3%
Gremios	1	1%
Industrial	14	14%
Inmobiliario	20	20%
Minería	1	1%
Pesca	11	11%
Público	4	4%
Saneamiento	1	1%
Turismo	3	3%
Total	100	100%

Fuente: La Fiduciaria

Los resultados del negocio fiduciario en los últimos años en Latinoamérica y principalmente en el Perú no pueden ser menos que alentadores, tal como lo demuestran los cuadros adjuntos presentados

en la reunión del Comité Latinoamericano de Fideicomisos (en adelante, “COLAFI”)¹⁰ realizada en Quito, Ecuador, en octubre de 2004, en el marco del XIV Congreso Latinoamericano de

¹⁰ Comité perteneciente a la Federación Latinoamericana de Bancos-FELABAN.

Estadísticas Fiduciarias COLAFI
Consolidado de Países Año 2003
En Millones de Dólares USA

Origen	Bolivia*	Colombia	Costa Rica	Cuba	Ecuador	Guatemala
Públicos	16.5	3,650.0	210.0	1,689.8	819.3	411.6
Privados	46.0	14,795.0	721.0	137.5	1,915.5	712.2
Total	62.5	18,445.0	931.0	1,827.3	2,734.8	1,123.8
Tipo de Fideicomiso						
Inversión		4,400.0		10.0	175.2	
Garantía		2,576.0			1,121.6	
Administración		7,224.0		1,814.2	1,321.4	
Titularización		3,650.0			20.7	
Fondo Mutuos						
Mixtos		346.0		3.1		
Otros		249.0			95.9	
Total	62.2	18,445.0	931.0	1,827.3	2,734.8	1,123.8

Origen	Honduras	Panamá	Paraguay	Perú	Uruguay	Venezuela
Públicos	147.1	1,247.4				4,618.8
Privados	334.8	2,399.5	37.8	8,911.3	340.9	5,448.0
Total	481.9	3,646.9	37.8	8,911.3	340.9	10,066.8
Tipo de Fideicomiso						
Inversión	32.4	1,859.3		109.2		1,814.5
Garantía	63.2	1,265.0	8.1	4,961.4		1,854.3
Administración	311.4	299.3	29.7	272.7		6,276.5
Titularización				532.2	340.9	
Fondo Mutuos				3,016.2		
Mixtos	59.0			19.6		33.9
Otros	15.8	223.4				87.6
Total	481.9	3,646.9	37.8	8,911.3	340.9	10,066.8

Fuente: Estadísticas Fiduciarias – COLAFI. No se incluye información de México por no disponer de ella, sin embargo se conoce que en 2004 sus cifras de fideicomiso son de más de US\$ 80,000. De Argentina no se ha obtenido información.

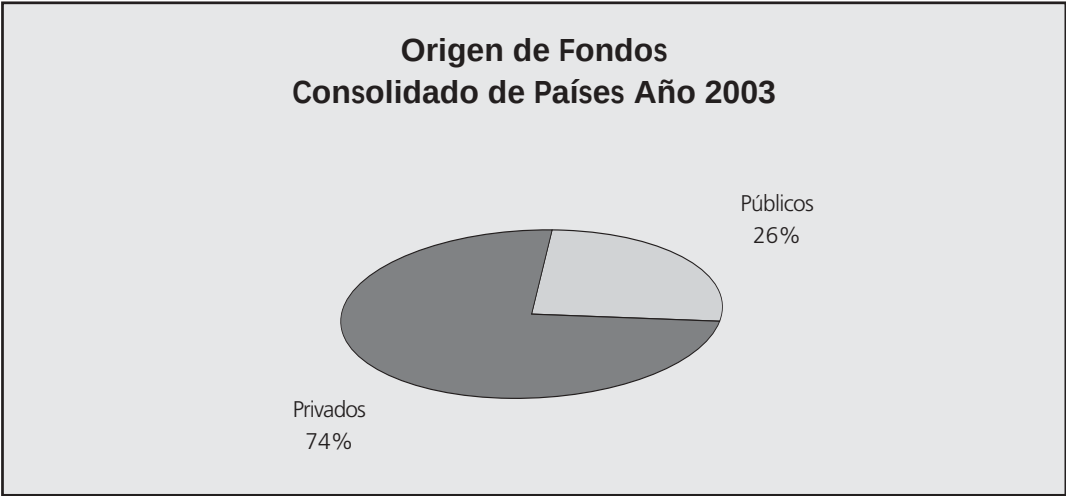
* Por no disponer de información, la distribución de los fideicomisos públicos y privados de Bolivia se calculó en base al porcentaje general del total de países, 26% y 74%.

Estadísticas Fiduciarias COLAFI
Total Consolidado de Países Año 2003 y 2002
En Millones de Dólares USA

Origen	Total 2003	Total 2002*	Cambio	%
Públicos	12,810.5	16,226.9	(3,416.4)	-21%
Privados	35,799.5	26,515.1	9,284.4	35%
Total	48,610.0	42,742.0	5,868.0	14%
Tipo de Fideicomiso				
Inversión	8,400.6	9,153.0	(752.4)	-8%
Garantía	11,849.6	10,100.0	1,749.6	17%
Administración	17,549.2	13,109.1	4,440.1	34%
Titularización	4,543.8	1,948.7	2,595.1	133%
Fondo Mutuos	3,016.2		3,016.2	
Mixtos	461.6	5,105.8	(4,644.2)	-91%
Otros	671.8	896.9	(225.2)	-25%

Fuente: Estadísticas Fiduciarias – COLAFI

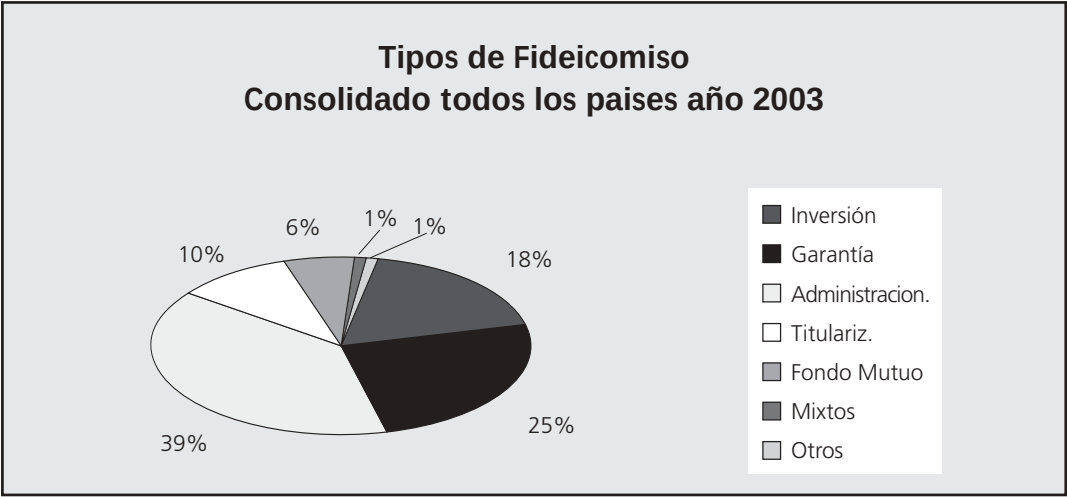
* Se excluyó a México US\$ 26,459 Millones, para no distorsionar el análisis



Origen	2002*		2003	
Públicos	34,393.9	50%	12,794.0	26%
Privados	34,807.1	50%	35,753.5	74%
Total	69,201.0	100%	48,547.5	100%

Fuente: Estadísticas Fiduciarias – COLAFI

* Las estadísticas del 2002 incluyen a México, el cual influye directamente en los Fideicomisos Públicos. Si éste se excluye del análisis, resultaría para el 2002 una relación del 38% y 62% respectivamente.



Fuente: Estadísticas Fiduciarias – COLAFI

Estadísticas Fiduciarias COLAFI
Del 2000 al 2003 (Cifras en millones de US\$ dólares)(*)

PAÍS	2000	2001	2002	2003
BOLIVIA			0.5	62.5
COLOMBIA	14,620.0	15,737.0	15,240.0	18,445.0
COSTA RICA	913.0	1,009.4	770.0	931.0
CUBA	306.7	1,751.6	2,223.4	1,827.3
ECUADOR		1,186.0		2,734.8
EL SALVADOR			454.7	
GUATEMALA	1,340.7	682.8	1,186.5	1,123.8
HONDURAS	214.5	294.7	441.6	481.9
PANAMÁ		3,025.0	3,316.3	3,646.9
PARAGUAY				37.8
PERÚ(**)	8,757.4	10,539.4	8,561.7	8,911.3
URUGUAY				340.9
VENEZUELA	4,649.4		10,530.0	10,066.8
TOTAL	30,801.7	34,225.9	42,724.7	48,610.0

Fuente: Estadísticas Fiduciarias – COLAFI

(*) No se incluye a México cuyo patrimonio calculado es de más de US\$ 80,000.

(**) La distorsión del año 2001 corresponde a un ajuste contable, corregido en la información oficial a partir del 2002.

Con respecto a la información presentada al COLAFI por nuestro país (según los cuadros siguientes) y aun cuando en ellos no se ven reflejados los fideicomisos o fondos fiduciarios administrados por entidades del Estado como COFIDE o el Banco de la Nación y algunas entidades del sistema financiero, resulta evidente el crecimiento mantenido de operaciones fiduciarias a consecuencia de diversos factores como: la gran versatilidad y flexibilidad que presenta el fideicomiso para proyectos de inversión, administración de flujos y consolidación de negocios y reestructuraciones de forma tal que cada contrato tiene su propio esquema y cada estructura fiduciaria su propio “universo” contractual. Al respecto, resulta evidente que una estructura flexible como la propuesta por la figura del fideicomiso, deja en libertad a las partes para establecer sus compromisos y roles dentro del contrato, definir sus propias cláusulas restrictivas y de “salida”, permitiendo fijar libremente el tiempo de vigencia y combinar en un solo contrato acuerdos de distinta naturaleza contractual o de diferente grado de complejidad, permitiendo que las estrictas formas contractuales jueguen armoniosamente en este “universo” creado por sus estructuradores, siempre dentro de los límites de la legislación nacional.

Sin perjuicio de ello, es destacable que un elemento fundamental para el éxito de esta figura es la existencia de un “patrimonio autónomo” distinto e independiente de las partes del contrato constituyente, lo cual permite diferenciar la figura de un mero mandato con o sin representación, encargo de confianza o figura similar y separar el patrimonio para que éste sea destinado única y exclusivamente para

los fines del fideicomiso creado por las partes intervinientes, todo lo cual hace atractivo al contrato y ejecutable la garantías del mismo en los términos y condiciones establecidos por las partes del contrato.

Finalmente, la existencia de un tercero (fiduciario), a quien se le confían los bienes y derechos para el cumplimiento y en garantía del contrato, incorpora un elemento subjetivo necesario en este tipo de contratos, es decir, dejar en un tercero ajeno a la relación de las distintas partes del contrato el encargo de ejecutar el mismo con transparencia, diligencia e imparcialidad, lo cual es fundamental en todo contrato de fideicomiso.

Estos antecedentes y la experiencia adquirida y compartida en los últimos años nos ha permitido conocer y participar en importantes estructuras financieras y contratos de fideicomiso y adecuar la figura no sólo a las estructuras naturales como los *project finance*, los contratos de garantías de flujos futuros y los fideicomisos de garantía simples; sino también adecuar la figura a las crecientes necesidades del mercado y del país como la de proveer fondos a grandes proyectos de inversión de vivienda (Fondos MIVIVIENDA) a través de los fideicomisos inmobiliarios, resolver un antiguo problema de pasivos ambientales como el fideicomiso de cierre de mina, o estructuras más complejas y financieras como los fideicomisos de flujos futuros o concesiones de carreteras o, con buen criterio, el fideicomiso de los fondos destinados a obras de desarrollo regional como Las Bambas, cuyo patrimonio fiduciario ha sido destinado a los proyectos sociales de las zonas aledañas de la región.

Estadísticas Fiduciarias COLAFI
Del 2001 al 2003 (Cifras en millones de US\$)
PERÚ

CONCEPTO	2000	2001	2002	2003
# de Fideicomisos	nd	73	92	94
Patrimonio US\$ Dólares	8,757	10,539	8,562	8,911.3
Crecimiento %		20%	(19%)	4%
Patrimonio Moneda Nacional	30,870	36,292	30,090	30,849
Crecimiento %		18%	(17%)	3%
Tipo de cambio MN / US\$	3.5250	3.4435	3.5145	3.4618
Producto Interno Bruto	nd	nd	nd	nd
Distribución Origen Fondos:				
Públicos	99%	14%	37%	0%
Privados	1%	86%	63%	100%

ORIGEN	2000	2001	2002	2003
Fideicomisos Públicos	8,705	1,475.26	3,139.95	0
Fideicomisos Privados	52	9,064.10	5,421.70	8,911.31
Totales	8,757	10,539.36	8,561.65	8,911.31
Por Tipo de Fideicomiso				
Fideicomisos de Inversión	492		0.14	109.2
Fideicomisos de Garantía	6	8,965.51	4,869.42	4,961.42
Fideicomisos de Administración.	129	3.78	595.28	272.68
Titularización			1,415.40	532.22
Fondos Mutuos				3,016.22
Fideicomisos Mixtos	7,955	45.00	1,681.41	19.56
Otros	175	1,525.07		
Totales	8,757	10,539.36	8,561.65	8,911.3

Fuente: Estadísticas Fiduciarias – COLAFI

EL FUTURO

Después de casi 10 años de vigencia del fideicomiso y siempre que mantengamos una adecuada legislación, la debida especialización y autorregulación de las entidades fiduciarias y una normativa tributaria clara y que ofrezca seguridad jurídica para la estructuración de operaciones de largo plazo propias de contratos de este tipo, creemos que el futuro es muy promisorio para una figura que ha mostrado su versatilidad y su capacidad para solucionar problemas.

Creemos que dicha versatilidad le permitirá incorporarse naturalmente en nuevos negocios y necesidades económicas como aquellas que esperamos provendrán de las concesiones públicas, procesos de privatización, obras de infraestructura básica e inmobiliaria, administración de recursos regionales o municipales, reestructuraciones empresariales privadas, donaciones o cooperación técnica internacional, y la administración de recursos públicos.

En relación con la actividad pública, creemos que todavía hay un gran camino por recorrer. Si bien

vemos como cada día se utiliza con mayor confianza la figura en algunas entidades públicas, como concesiones, privatizaciones, y empieza a ser familiar la figura para los gobiernos municipales, todavía hay muchos paradigmas por romper, ya que la legislación actual tiene vacíos con respecto a la administración de bienes o fondos públicos por parte de particulares o privados, aspectos que legislaciones y realidades como Colombia han sabido superar en apenas unos cuantos años, mostrando las bondades de la figura para una adecuada administración de fondos previsionales, inversiones públicas, donaciones del exterior, por dar algunos pequeños ejemplos, y que válidamente podrían ser adaptados a nuestras necesidades propias con el objetivo final de que los recursos del Estado sean adecuadamente administrados y destinados a cumplir con los objetivos y fines específicos para los cuales han sido presupuestados.

* * *

Son las 11:35 a.m. y acabo de leer un artículo de Beatriz Boza sobre la transparencia de las cuentas fiscales en el diario El Comercio¹¹, y me permito transcribir de ese artículo algo que es una verdad

Jacqueline Chappuis Cardich

¹¹ BOZA, Beatriz. "Fiscalización constructiva". En: Diario El Comercio. Lima, 12 de mayo de 2005. p. A-4.

irrefutable: “En un país de escasos recursos garantizar que los fondos públicos se usen de la mejor manera posible, no sólo es una responsabilidad ineludible del Congreso sino una manera eficaz de contribuir a combatir la pobreza”. Me pregunto: ¿qué nos falta para hacer el *link* y utilizar modernas técnicas de contratación, cualesquiera que éstas sean, para que aquellos recursos públicos destinados a fines específicos sean administrados de manera transparente, auditable, controlable y fiscalizable de acuerdo a criterios técnicos, no-partidaristas de ninguna clase? El reto es de todos, sector público y privado, funcionarios públicos y expertos bancarios y financieros, fiduciarios y estructuradores. La responsabilidad es grande para todos, porque se trata del destino y uso de los fondos públicos, sin embargo, los beneficios para el Estado y los

ciudadanos son aún mayores.

* * *

11:45 a.m. el café se ha enfriado y todavía me falta ponerle título a este artículo, pronto me llamará Iván, el chico de la Revista encargado de “perseguirme para cumplir con la entrega”, y viéndome como hace más de 20 años, respirará tranquilo cuando lo tenga en sus manos. Veo a través de la ventana, es una fría mañana allá afuera, el decorado y la escenografía perfecta para que en este autodenominado homenaje se realice un pequeño aporte, siembre una inquietud y asuma un nuevo reto que marcará su propio derrotero. Me alivia pensar que por lo menos ternura y valentía no ha faltado. ¡Ya se me ocurrió el título! Iván, puedes venir por el artículo...

LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

José Daniel Amado V.*
Fundador de THEMIS, Segunda Época

Bruno Amiel R.C.**
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Si bien es claro que la seguridad jurídica y la estabilidad política son elementos fundamentales para el crecimiento de la inversión privada, la figura de la expropiación indirecta no ha sido regulada expresamente en nuestro ordenamiento. Así, esto conlleva la generación de riesgos adicionales al inversionista extranjero, quien podría ser privado de su inversión.

En el presente artículo, los autores abordan el tema indicado partiendo del Derecho Internacional para determinar el contenido de la expropiación indirecta y cómo éste, mediante los tratados bilaterales de inversión, constituye uno de los mecanismos protectores y garantizadores de la propiedad frente a esta forma velada de confiscación patrimonial.

* Abogado y Master en Derecho (Harvard).

** Abogado y Master en Derecho (Harvard).

Hace ya dos décadas, un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica se reunieron en torno a la convicción de participar activamente en su propia formación como abogados. Así nació una revista editada sólo por estudiantes a la que se decidió denominar THEMIS-Segunda Época, evocando un esfuerzo similar de veinte años atrás, que ha servido de inspiración y de advertencia de que sólo las verdaderas instituciones sobreviven en el tiempo. Y es esa convicción que cada uno de sus miembros asumió desde entonces, transmitida de generación en generación, la que ha permitido que THEMIS sea hoy en día la revista jurídica dirigida por estudiantes de mayor difusión en nuestro país. En esta oportunidad, quisiéramos recordarles a quienes dirigen la Revista que, por un lado, son los custodios de una tradición cuidadosamente tallada por muchas manos a través de los años y, por el otro, son los únicos responsables de imprimirle a la Revista ese sello generacional que con el paso del tiempo les permitirá verse reflejados en sus páginas. Celebremos hoy esa vocación que hemos compartido de aprender más allá de los salones de clase. Y larga vida a THEMIS-Revista de Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

En tiempos en que la seguridad jurídica se ha consolidado como un elemento fundamental para el crecimiento de la inversión privada, es interesante reflexionar sobre aquellas instituciones que, como es el caso de la expropiación indirecta, ponen a prueba la credibilidad de un régimen de protección a la propiedad.

A través del tiempo, la expropiación ha sido aceptada como un derecho del Estado que encuentra su fundamento en la satisfacción del *interés general*, para lo cual se vale del ordenamiento jurídico¹. Sin embargo, se dice que "... desde sus orígenes la expropiación forzosa supone un poder de la Administración de abatir y hacer cesar la propiedad y las situaciones patrimoniales de los administrados; por otro lado su regulación se articula en muy buena medida como un sistema de garantías ofrecido a estos administrados que sufren sobre sus bienes la violenta inmisión administrativa"².

En otras palabras, el Derecho Internacional y comparado admiten que cualquier persona o inversionista deba convivir con la posibilidad de que su propiedad sea tomada por el Estado en función del interés general, pero el propio Estado debe garantizarles un régimen de protección que se traduce en un derecho a no ser afectado en términos de su valor patrimonial, a través de una indemnización justa y equitativa.

Quizás el tema más controversial en el derecho a la expropiación se presenta cuando un acto del Estado no adquiere la forma de una expropiación material pero lesiona de tal manera los atributos de la propiedad que le resta todo o parte de su valor, sin un debido proceso que resulte en la solución indemnizatoria.

Surge entonces el concepto de expropiación indirecta, donde ha de conectarse a esa garantía general de la propiedad, de manera que "deslinde lo que es una regulación o limitación de esta, no indemnizable, de lo que, por ser un ataque al núcleo dominial garantizado, aún amparándose en la ley exige indemnización"³. Es sobre el tratamiento que se le ha dado a este tema, fundamentalmente en la protección de los derechos del inversionista, que trata este artículo.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA

La expropiación se define como "... un instituto de derecho público mediante el cual la administración, para el cumplimiento de sus fines públicos, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles e inmuebles, siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa y previa compensación"⁴.

De esta manera, la expropiación supone el acabamiento, la terminación del derecho de propiedad privada, adquiriendo el Estado en forma obligatoria o forzosa, bienes que son imprescindibles para la realización de sus fines.

Ésta, sin embargo, es sólo una aproximación al concepto, pues la noción misma de interés general no tiene un contenido universal. Por ejemplo, el artículo 2 de la Ley General de Expropiaciones Peruana, aprobada por Ley 27117, define a la expropiación en los siguientes términos:

¹ "Se entiende por interés general el bien público, la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual; es el interés que prevalece en caso de conflicto entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado". CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". Tomo III. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba. 1962. p. 412.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo II. p. 194.

³ Ibid. p. 197.

⁴ SAYAGUÉS LASO, Enrique. "Tratado de Derecho Administrativo". Tercera edición. Tomo I. Montevideo: Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A. 1974. p. 313.

Artículo 2.- La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

Como se desprende de dicha norma, para que de conformidad con la legislación peruana nos encontremos frente a un supuesto de expropiación, es necesario (i) que exista una transferencia forzosa; (ii) de un derecho de propiedad privada; (iii) a favor del Estado. Para que la misma proceda, ésta deberá ser (i) autorizada por ley expresa del Congreso, la misma que deberá indicar la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación; y (ii) deberá pagarse una indemnización justipreciada al titular del derecho expropiado.

Tanto la definición doctrinaria como la norma antes citada no prevén expresamente aquellos actos estatales que, si bien no constituyen una expropiación propiamente dicha, tienen efectos similares o análogos. En efecto, no todos los actos mediante los cuales el Estado puede afectar la propiedad privada constituyen supuestos expropiatorios enmarcados dentro de la definición tradicional de dicho concepto. Así, existen casos en los cuales el Estado, sin adquirir forzosamente propiedad privada, afecta la misma de tal manera que ésta pierde una gran parte o todo su valor, afectándose el llamado núcleo dominial garantizado de la propiedad privada. A pesar de no tratarse de un supuesto expropiatorio propiamente dicho –toda vez que el Estado, en estricto, no adquiere forzosamente la propiedad privada de persona alguna– resulta evidente que los actos del Estado con efectos análogos a una expropiación deben ser regulados y, en su caso, los efectos de los mismos en la propiedad privada deben ser indemnizados. Es a raíz de supuestos como éstos que surge el concepto de expropiación indirecta, como una institución mediante la cual se regulan e indemnizan los actos del Estado que lesionan los intereses de los privados de manera análoga a una expropiación.

En efecto, la importancia del reconocimiento y protección del derecho a la propiedad privada es esencial en Estados con economías de libre mercado y, en general, sistemas que se sostengan en todo o en parte en el desarrollo de las iniciativas privadas y de la inversión privada, como el Estado peruano. Es así que nuestra Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada y regula su inviolabilidad y los límites de la misma.

Dicho reconocimiento a la propiedad privada y su protección constituyen, a su vez, una de las garantías

fundamentales que todo inversionista extranjero requiere al momento de llevar su capital de su país de origen a otro. En efecto, el análisis económico y financiero que cualquier inversionista realiza antes de ingresar su capital a una jurisdicción ajena se sujeta en la respuesta a una serie de interrogantes que, más allá de atractivas tasas de retorno o aparentemente estables y sostenidos flujos futuros, constituyen la base misma de su decisión de invertir, interrogantes que en simples palabras pueden parafrasearse de la siguiente manera: ¿podré liquidar mi inversión? ¿Podré llevar mi dinero de regreso a mi país de origen o se encontrará éste “atado” al país donde invertí? ¿Voy a ser tratado en dicho país de manera desventajosa frente a otros inversionistas? ¿Puedo ser privado de mi inversión, o del valor de la misma, por parte de dicho Estado extranjero? Las respuestas a dichas preguntas serán fundamentales en la decisión de un inversionista extranjero al elegir invertir en un Estado en lugar de otro, más allá de los posibles mayores beneficios económicos y financieros que uno de estos ofrezca.

En respuesta a dichas interrogantes, y para promover el flujo de inversiones extranjeras, distintas jurisdicciones han respondido a las mismas otorgando a los inversionistas extranjeros garantías tales como la libre repatriación de capitales y divisas; no discriminación entre nacionales y extranjeros; y no expropiación. El Estado peruano no se ha quedado atrás, y a través de su régimen de promoción de la inversión privada, fundamentalmente compuesto por la Constitución Política, los Decreto Legislativos 662 y 757 y el Decreto Supremo 162-92-EF, otorga a los mismos una serie de protecciones, entre las que se encuentra la protección a la propiedad privada y la garantía contra la expropiación.

Sin embargo, de manera similar a lo que ocurre en la mayoría de legislaciones correspondientes a países receptores de inversión extranjera, la expropiación indirecta aún no ha sido tipificada expresamente en nuestro ordenamiento. Consecuentemente, al invertir en el Perú, los inversionistas extranjeros asumen el riesgo adicional que, no obstante la garantía de no expropiación, el valor de su inversión pueda ser afectado de forma tal por parte del Estado que, en la práctica, se encuentren frente a un supuesto análogo a la expropiación, sin contar estos con herramientas claras para defenderse de dichos actos. Los inversionistas extranjeros, en tal supuesto, dependerán de la interpretación que los jueces y tribunales del Poder Judicial o, de ser el caso, los tribunales arbitrales competentes, realicen de los derechos otorgados a estos a través del régimen de promoción de la inversión privada, para obtener la reparación que en tales supuestos les corresponde, reparación que no obstante

José Daniel Amado V.
Bruno Amiel R. C.

puede escabullirse entre presiones políticas e interpretaciones restrictivas de las garantías otorgadas a los mismos.

III. LA GARANTÍA CONTRA LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

No obstante lo anterior, el Derecho Internacional sí ha recogido e incluso regulado el concepto de la expropiación indirecta, por lo que el mismo constituye uno de los mecanismos que los inversionistas extranjeros en el Perú pueden utilizar para protegerse contra actos estatales que constituyan una expropiación indirecta.

En efecto, el Restatement (Third) of the Foreign Relations Law, que recoge la perspectiva estadounidense sobre el Derecho Internacional indica lo siguiente:

"A state is responsible under international law⁵ for injury resulting from:

(1) a taking by the state of the property of a national of another state that (a) is not for a public purpose, or (b) is discriminatory, or (c) is not accompanied by provision for just compensation⁶.

(2) a repudiation or breach by the state of a contract with a national of another state (a) where the repudiation or breach is (i) discriminatory; or (ii) motivated by noncommercial considerations, and compensatory damages are not paid; or (b) where the foreign national is not given an adequate forum to determine his claim of repudiation or breach, or is not compensated for any repudiation or breach determined to have occurred"⁷.

Así, el Restatement (Third) of the Foreign Relations Law recoge la institución de la expropiación indirecta, al establecer que la garantía contra la expropiación no se

restringe únicamente a una efectiva adquisición forzosa por parte de un Estado de la propiedad privada, sino que también incluye aquellos actos del Estado que tengan el efecto de quitar a los privados su propiedad, ya sea mediante la imposición de tributos, regulaciones o cualquier otro acto de naturaleza confiscatoria o que restrinja, limite o interfiera irrazonablemente el goce por parte de los extranjeros de su propiedad.

De manera similar se dispuso en el Proyecto de la Convención sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños a Extranjeros (Draft Convention on International Responsibility of States for Injuries to Aliens), en cuyo artículo 10(3)(a) se establece que el Derecho Internacional prohíbe "any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an inference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference".

Ahora bien, para que los inversionistas extranjeros en el Perú puedan acceder válidamente a dicha protección desde la perspectiva del Derecho Internacional—el cual, como hemos adelantado y analizaremos con más detalle, reconoce y recoge la institución de la expropiación indirecta— los referidos inversionistas necesitan de instrumentos que les otorguen el derecho contra la expropiación desde la perspectiva del Derecho Internacional.

Para tales efectos, los inversionistas extranjeros pueden recurrir, entre otros, a los tratados bilaterales de inversión.

Los tratados bilaterales de inversión son instrumentos de Derecho Internacional mediante los cuales dos Estados se obligan a otorgar a las inversiones de los nacionales del otro Estado una serie de garantías, tales como aquellas relativas al otorgamiento de un trato justo y equitativo, protección y seguridades, y no

⁵ El término "international law" se encuentra definido en la Sección § 101 del referido Restatement (Third) of the Foreign Relations Law de la siguiente manera:

"International law, as used in this Restatement, consists of rules and principles of general application dealing with the conduct of states and of international organizations and with their relations *inter se*, as well as with some of their relations with persons, whether natural or juridical".

⁶ Sobre el particular, el Comentario g del Restatement (Third) of the Foreign Relations Law § 712 (1986) indica:

"[This principle] applies not only to avowed expropriations in which the government formally takes title to property, but also to other actions of the government that have the effect of 'taking' the property, in whole or in large part, outright or in stages ('creeping expropriation'). The state is responsible for foreign expropriation of property under [this principle] when it subjects alien property to taxation, regulation, or other action that is confiscatory, or that prevents, unreasonably interferes with, or unduly delays, effective enjoyment of an alien's property or its removal from the state's territory". El subrayado es nuestro.

⁷ El Comentario h del Restatement (Third) of the Foreign Relations Law § 712 (1986) dispone lo siguiente:

"Not every repudiation or breach by a state of a contract with a foreign national constitutes a violation of international law. Under Subsection (2), a state is responsible for such a repudiation or breach only if it is discriminatory (...) or if it is akin to an expropriation in that the contract is repudiated or breach for governmental rather than commercial reasons and the state is not prepared to pay damages. A state's repudiation or failure to perform is not a violation of international law under this section if it is based on a bona fide dispute about the obligation or its performance, if it is due to the state's inability to perform, or if nonperformance is motivated by commercial considerations and the state is prepared to pay damages or to submit to adjudication or arbitration and to abide by the judgment or award (...). A breach of contract by a state may sometimes constitute 'creeping expropriation' (...) for example, if the breach makes impossible the continued operation of the project that is the subject of the contract".

expropiación de sus inversiones. La finalidad de dichos tratados es promover el flujo de capitales y las inversiones recíprocas entre ambos Estados, de forma tal que, como indica Dolzer, "Since most of the substantive provisions of the BIT concern the promotion and protection of foreign investment, it could be argued that any ambiguity should be interpreted in a way that would favor the rights granted to a foreign investor"⁸. Su importancia ha sido reconocida, incluso, por las Naciones Unidas, de forma tal que la United Nations Conference on Trade and Commerce reconoció en 1999 que "Bilateral Investment Treaties (BITs) constitute to date the most important instrument for the international protection of foreign investment. Since the adoption of the first BIT in 1959, the number of such treaties has grown steadily and, by the end of 1999, reached a total of 1,857"⁹.

El Estado peruano no se ha mantenido ajeno a dicho fenómeno, y a la fecha ha suscrito veintinueve tratados bilaterales de inversión, además del Convenio Financiero sobre Incentivos para la Inversiones suscrito con The Overseas Private Investment Corporation (OPIC), los mismos que otorgan tanto a los inversionistas peruanos que hubiesen invertido en el Estado contraparte, como a los inversionistas de dichos Estados invirtiendo en el Perú, una serie de garantías, entre las que generalmente se encuentra la garantía contra la expropiación antes referida. Dicha garantía, interpretada a la luz del Derecho Internacional, no se limita a una garantía contra la expropiación tal como ésta es tradicionalmente entendida, sino que constituye una garantía contra la expropiación indirecta, tal como la misma ha sido desarrollada por los tribunales internacionales y la doctrina del Derecho Internacional¹⁰. Consecuentemente, los inversionistas extranjeros en el Perú que sean nacionales de los países con los cuales el Estado peruano ha suscrito los referidos tratados bilaterales de inversión, gozan de esta garantía.

3.1 Alcances de la garantía contra la expropiación indirecta en el Derecho Internacional

Ahora bien, resulta evidente que la garantía contra la expropiación indirecta no es absoluta: no todo acto del Estado que afecte la propiedad privada o disminuya

su valor se encontrará comprendido dentro de la misma o constituirá una violación a ésta. Una lectura irrazonablemente extensiva de dicha garantía impediría al Estado realizar una serie de actos, adoptar una serie de medidas y ejercer el *ius imperium* inherente al mismo y al cual no renuncia como consecuencia de la suscripción de los tratados bilaterales de inversión o el otorgamiento de otras garantías. Ello, sin embargo, no contradice el hecho que la referida garantía contra la expropiación indirecta debe tener un alcance efectivo y tiene una finalidad clara: impedir que el Estado frustre mediante actos irrazonables, ilegítimos o inesperados, las razonables expectativas de retorno que han previsto los inversionistas sobre el valor de sus inversiones¹¹.

En tal sentido, en principio se encontrarán dentro del ámbito de protección de dicha garantía, entre otros, supuestos tales como la dación por parte de un Estado de normas que tengan el efecto de expropiar o interferir de forma irracional con la inversión de algún inversionista extranjero, así como los actos efectuados o legislación promulgada por un Estado que tenga el efecto de repudiar parcial o totalmente un contrato entre dicho Estado y un inversionista extranjero.

3.2 Jurisprudencia internacional

Ahora bien, el alcance que los distintos tribunales internacionales han otorgado a la referida garantía contra la expropiación indirecta contenida en los tratados bilaterales de inversión constituye actualmente la principal fuente de Derecho para determinar su contenido.

No obstante la relativa claridad de las normas y principios antes citados, la jurisprudencia del Derecho Internacional en relación con demandas por expropiación indirecta se encuentra actualmente en estado de evolución, coexistiendo dos posiciones divergentes sobre el particular: una pro-estatal, la misma que da mayor énfasis en la intención de las leyes y regulaciones emitidas por el Estado receptor de la inversión y que generalmente otorga mayor flexibilidad a dichos Estados en relación con la legislación que éste promulgue, a pesar de ésta afecte la inversión extranjera (la llamada "doctrina

José Daniel Amado V.
Bruno Amiel R. C.

⁸ DOLZER, Rudolf y Margrete STEVENS. "Bilateral Investment Treaties". Londres: M. Nijhoff Publishers. 1995. p. 17.

⁹ "Bilateral Investment Treaties 1959-1999". United Nations Conference on Trade and Commerce. En: <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiad2.en.pdf>.

¹⁰ Los países con los que el Estado peruano ha suscrito dichos tratados bilaterales de inversión son Alemania, Argentina, Australia, Bolivia, Colombia, Chile, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, El Salvador, Finlandia, Francia, Italia, Malasia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Corea, República Popular China, Rumania, Suecia, Suiza, Singapur, Tailandia y Venezuela. Fuente: Agencia de Promoción de la Inversión-Proinversión. En: http://www.proinversion.gob.pe/pqinvertir/marcolegal/cont_1.htm

¹¹ Mas aun, debe recordarse que de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, la interpretación de tratados (tales como los tratados bilaterales de inversión) debe ser efectuada con "buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin". En la medida que la finalidad de los tratados de inversión es la de promover inversiones recíprocas mediante el otorgamiento de un régimen de protección a los inversionistas nacionales de las partes contratantes, resulta evidente que las garantías establecidas en los mismos deben ser interpretadas de forma tal que éstas otorguen una garantía efectiva que no pueda ser circunscrita a través de formalidades o la actuación indirecta o encubierta del Estado.

del poder de policía del Estado"); y otra, pro-inversionista, que otorga mayor énfasis a los efectos que la legislación del país receptor tuvo sobre la inversión extranjera, y que analiza de forma más escéptica las supuestas razones detrás de la misma (la "doctrina de los efectos")¹².

No obstante la cada vez más marcada preeminencia de la doctrina de los efectos en el Derecho Internacional –lo cual genera en los inversionistas extranjeros mayores posibilidades de éxito en el caso de la interposición de una demanda por expropiación indirecta– todavía pueden hallarse tribunales internacionales que se han apegado, expresa o tácitamente, a la doctrina del poder de policía del Estado, otorgando a los Estados un mayor margen para implementar políticas y realizar actos que pueden lesionar los intereses o disminuir el valor de las inversiones extranjeras realizadas en los mismos.

Sin perjuicio de la posición que se asuma en la resolución de una supuesta violación de la garantía contra la expropiación indirecta, Brunetti ha indicado que los factores que normalmente son tomados en cuenta por los mismos son los siguientes: (i) las legítimas expectativas del inversionista extranjero y la interferencia con los derechos de propiedad; (ii) la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista; (iii) la duración de la medida; (iv) la relación entre la medida y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar; y (v) la real intención del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta¹³.

En tal sentido, haremos un breve repaso sobre las mismas y cómo éstas han sido entendidas y aplicadas por los distintos tribunales internacionales, con la finalidad de otorgar contenido a la referida garantía contra la expropiación indirecta en el Derecho Internacional.

3.2.1 Las legítimas expectativas del inversionista extranjero y la interferencia con los derechos de propiedad

El primero de los factores analizados por los tribunales arbitrales a efectos de determinar si ha ocurrido una

expropiación indirecta se refiere a las legítimas expectativas del inversionista extranjero al realizar su inversión.

Vinculado a dicho factor es que encontramos lo que constituye la principal innovación o diferencia entre el concepto clásico de la expropiación y la expropiación indirecta: no es necesario que el inversionista pruebe haber perdido la titularidad de su inversión o que el Estado haya obtenido un beneficio como consecuencia de las pérdidas sufridas para que un acto estatal pueda constituir una expropiación indirecta. Así, el hecho que generalmente constituye el supuesto fáctico en la clásica definición de la expropiación no constituye parte de la expropiación indirecta: no es necesario que exista una transferencia forzosa de propiedad privada a favor del Estado. Es más, ni siquiera es necesario que el mismo se beneficie de forma alguna como consecuencia del acto que supuestamente constituye una expropiación indirecta.

En efecto, como indica Heiskanen:

"The beneficiary may be a third party or there may be no party that draws an economic benefit from the deprivation; the commercial value of the investment may evaporate without any tangible benefit either to the host State or to a third party as a result of measures attributable to the host State. The formal title to the property to the property may or may not remain with the foreign investor, but as in the case of a *de facto* taking, the owner's control over the property or its value is lost or substantially diminished. To the extent that the loss of value is attributable to regulatory or other measures taken by, or attributable to, the host State, the term "indirect" expropriation is appropriately used to describe the loss sustained by a foreign investor"¹⁴.

De esta manera se pronunció el Tribunal Arbitral en el caso *Metalclad*¹⁵, indicando que las expropiaciones bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)¹⁶ incluían no sólo expropiaciones directas, "pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que

¹² Ver BRUNETTI, Maurizio. "Recurring Themes: Indirect Expropriation in International Law". En: *INT'L L. F.* 5. 2003. p. 151.

¹³ *Ibid.* pp. 153-154.

¹⁴ HEISKANEN, Veijo. "The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to the Development of the Doctrine of Indirect Expropriation". *INT'L L. F.* 5. p. 180. 2003.

¹⁵ *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*. Laudo CIADI (Mecanismo Complementario). Caso ARB (AF)/97/1. 30 de agosto de 2000, 103.

¹⁶ El artículo pertinente del TLCAN establece lo siguiente:

Artículo 1110. - Expropiación e indemnización 1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

razonablemente esperaba de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”¹⁷.

Un inversionista extranjero, entonces, puede alegar que las acciones del Estado receptor de su inversión constituyen una expropiación indirecta en la medida que éstas lo hayan privado del beneficio económico que razonablemente esperaba, al “expropiar” su derecho a una expectativa razonable, económicamente viable e internacionalmente aceptada. Las legítimas expectativas de dicho inversionista, entendiendo por éstas aquéllas que un inversionista razonablemente hubiese esperado obtener dentro del marco legal y económico en que dicha inversión fue desarrollada y eventualmente realizada, se encuentran entonces protegidas por el Derecho Internacional, y los actos del Estado que afecten la misma pueden constituir una violación de la obligación internacional de dicho Estado contra la expropiación indirecta.

Es más, algunos tribunales internacionales han llegado incluso a sostener que los derechos contractuales también pueden ser materia de expropiación indirecta. En tal sentido se pronunció el tribunal arbitral en el caso *Middle East Cement*¹⁸. En dicho caso, mediante una serie de decretos, el Gobierno de Egipto había otorgado a la demandante una licencia para la importación y almacenamiento de cemento en un depósito en Suez. Antes que dicha licencia caducara, el Gobierno de Egipto emitió un decreto prohibiendo la importación de cemento. Sobre la base de estos hechos, el Tribunal sostuvo que “Claimant was deprived, by the Decree, of rights it had been granted under the License, there is no dispute between the Parties that, in principle, a taking did take place”¹⁹.

De manera similar, en *Revere Copper & Brass, Inc. c. Overseas Private Investment Corp.*, el panel arbitral correspondiente sostuvo que la terminación de derechos contractualmente establecidos por parte del Estado receptor de la inversión constituye un acto análogo a una expropiación. En dicho caso, el demandante había suscrito un acuerdo con Jamaica por 25 años, en virtud al cual Revere establecería y operaría una planta de aluminio a cambio de una serie de beneficios tributarios, incluyendo una cláusula que establecía que no se le afectaría con nuevos tributos. Cinco años desde la fecha de suscripción del contrato, Revere inició la operación de dicha planta, y el gobierno

recientemente electo de Jamaica anunció sus planes para cambiar sus relaciones con Revere. El Gobierno aumentó las obligaciones tributarias y los *royalties* a cargo de Revere, y estableció niveles mínimos de producción sobre los cuales se calculaban los impuestos. Revere cerró la fábrica y presentó una demanda ante Overseas Private Investment Corporation (OPIC), una agencia del gobierno de los Estados Unidos de América, para el pago de una indemnización. El contrato de seguros suscrito con OPIC en virtud del cual demandó Revere proveía protección en el caso de “acciones expropiatorias”, y el panel correspondiente concluyó que, más allá del hecho que formalmente Revere mantuviera sus derechos y propiedad, los actos del gobierno de Jamaica antes referidos se encontraban comprendidos dentro de los supuestos protegidos mediante el referido contrato de seguros.

Así, los inversionistas pueden alegar que a pesar que puedan seguir operando, ciertos actos que afecten sus legítimas expectativas son análogos a la expropiación, sin que sea necesario que directamente se expropie la titularidad de su inversión. Es posible que simplemente, mediante actos regulatorios, se limite la posibilidad de obtener una rentabilidad razonablemente esperada.

Ahora bien, también existen laudos arbitrales que rechazan esta postura, especialmente aquellos emitidos bajo la doctrina de los poderes públicos del Estado. Sin embargo, como hemos indicado anteriormente, cada vez más los tribunales internacionales van sumándose a la doctrina de los efectos, asumiendo entonces una posición acorde con los laudos previamente citados.

3.2.2 Gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista

Un segundo aspecto que suele ser tomado en consideración por los tribunales arbitrales al momento de determinar si un acto estatal constituye una violación a la garantía contra la expropiación indirecta se refiere a la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el laudo arbitral emitido en el caso *TECMED*, en el cual el tribunal arbitral se refirió al hecho que el Estado mexicano decidiera no otorgar al demandante un cierto permiso, prohibiendo que el mismo continuara con el desarrollo

José Daniel Amado V.
Bruno Amiel R. C.

¹⁷ Similar posición fue asumida en el laudo emitido en *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo 2003, 116, el mismo que dispone que “Bajo el derecho internacional, existe privación de la propiedad también cuando existe despojo de su uso o del goce de sus beneficios, o interferencia en tal uso o goce de efectos o magnitud equivalentes, aún cuando no se afecte la titularidad legal o jurídica de los bienes en cuestión, y siempre que el despojo no sea efímero”.

¹⁸ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. c. Arab Republic of Egypt*, caso CIADI ARB/99/6, Award 107.

¹⁹ *Ibidem*.

de su inversión. Al respecto, el Tribunal Arbitral concluyó lo siguiente:

“Para establecer si la Resolución constituye medida equivalente a una expropiación (...) es necesario determinar (...) si a raíz de actuación atribuible a la Demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quién se beneficia de los mismos, y en qué medida. Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación *de facto*, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos. Al determinar el grado en que el inversor es privado de sus bienes o derechos, se determina también si esa privación es indemnizable o no; y al concluirse sobre este último punto, se concluye igualmente si la medida en cuestión constituyó o no una expropiación *de facto*”²⁰.

Ahora bien, como se desprende de los hechos antes referidos, en el caso TECMED dicha empresa se vio impedida de continuar con sus actividades, por lo que la gravedad de la medida que sustentaba la demanda era absoluta. En tales supuestos, los tribunales arbitrales se han visto más propensos a concluir que se encontraban frente a una medida análoga a la expropiación.

Ello no obstante, dado el desarrollo de la doctrina del Derecho Internacional y la cada vez más clara tendencia pro-inversionista por parte de los tribunales arbitrales en situaciones que representan interferencias en el ejercicio de los derechos ofrecidos al inversionista, cabe afirmar que el hecho que el inversionista pueda y siga operando y que no se vea forzado a retirar su inversión del país receptor, no implica que no haya sucedido una expropiación indirecta, que dé lugar a una indemnización a favor del inversionista afectado. Ello, más aun, en tanto los tribunales arbitrales han reconocido que es posible que éstas se sustenten en la pérdida de expectativas razonables de ganancias.

3.2.3 Duración de la medida

Un tercer aspecto a ser tomado en consideración es el de la duración de la medida estatal que aparentemente constituiría una violación a la garantía de no expropiación indirecta.

Sobre este punto, la mayoría de los tribunales han venido sosteniendo que debe tratarse de una medida

permanente para que la misma pueda constituir un acto expropiatorio indirecto. En efecto, el mismo tribunal del caso TECMED antes citado indicó “... se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad *de facto* si es irreversible y de carácter permanente... ”.

Ello, claro está, no implica que los inversionistas extranjeros no puedan encontrar otro sustento para proteger su inversión en el caso que ésta se vea afectada mediante medidas temporales, sino que dichos actos no constituirían, en principio, una expropiación indirecta de su inversión.

3.2.4 Relación entre la medida y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar

Un cuarto factor tomado en consideración por algunos tribunales a efectos de determinar si una medida es análoga a la expropiación se refiere a la relación entre la misma y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar mediante la misma. Este factor suele ser analizado por aquellos tribunales que se acogen a la teoría de los poderes públicos del Estado.

En efecto, no obstante la natural deferencia que debe otorgarse al Estado en relación con las medidas que adopte para alcanzar ciertos objetivos públicos, o las razones de interés o utilidad pública en que dichas acciones se sustenten, la relación entre las medidas adoptadas y el objetivo público que se pretende lograr debe ser analizada de forma objetiva.

Así, ésta deberá ser juzgada sobre la base de la razonabilidad de la relación entre la misma y el fin perseguido por ésta, tomando en consideración la privación económica causada a los inversionistas afectados y sus expectativas legítimas. Dicho acto o medida, entienden los tribunales que toman en consideración este factor para determinar si una medida estatal constituye una expropiación indirecta, no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversionista extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio.

3.2.5 La intención del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta

El último factor tomado en cuenta sobre este particular, el mismo que también suele ser de especial preocupación para los tribunales arbitrales que adoptan una posición

²⁰ *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI ARB(AF)/00/2. Laudo. 29 de mayo de 2003, 115. En: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/tecmec-award.pdf>.

pro-estatal, se refiere a la real intención del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta. En estos casos se analiza si el Estado efectivamente pretendía mediante dicha medida lograr algún fin público, o si éste fue meramente una excusa para afectar el valor de las inversiones afectadas. Obviamente, la sola presencia de un fin público no representa justificación suficiente para establecer la inexistencia de una expropiación indirecta, sino que es necesario evaluar la real intención del Estado en conjunto con los demás factores.

IV. NOTA SOBRE LA GARANTÍA CONTRA LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL DERECHO PERUANO

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente analizar el estado de la garantía contra la expropiación indirecta en el Derecho peruano, más aun cuando no todos los inversionistas extranjeros pueden protegerse a través de los tratados bilaterales de inversión y su aplicación en el marco del Derecho Internacional, dado que sólo alcanzan a aquellas inversiones de personas que son nacionales de países que hubiesen suscrito tales tratados con el Perú, tal como el término “nacional” se encuentre definido en los mismos.

Como hemos indicado anteriormente, la expropiación indirecta, tal como es entendida por el Derecho Internacional, no ha sido recogida de manera expresa en la legislación peruana en materia expropiatoria.

Ello no obstante, la normativa relativa a la promoción de la inversión privada principalmente constituida por la Constitución Política, los Decreto Legislativos 662 y 757 y el Decreto Supremo 162-92-EF, otorga a los inversionistas una serie de protecciones, entre las que se encuentra la protección a la propiedad privada y la garantía contra la expropiación.

Si bien dichas normas no se refieren explícitamente a supuestos de expropiación indirecta, consideramos que en la medida que reconocen el derecho a la propiedad privada y su inviolabilidad, y regulan sus limitaciones y los supuestos en que la misma puede ser expropiada, se puede sostener que éstas contemplan la garantía contra la expropiación indirecta.

Más aun, dado que la expropiación indirecta ha alcanzado un nivel de desarrollo normativo y doctrinario muy importante en el Derecho Internacional y comparado, dicha institución puede y debe ser recogida por los tribunales nacionales como un desarrollo natural de la garantía de protección a la propiedad privada. Esta

posición se ve reforzada por ciertos tratados internacionales de los que el Perú es parte y que protegen no sólo la titularidad del derecho de propiedad sino también el ejercicio pleno de todos sus atributos. Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos contiene la siguiente disposición:

Artículo 21.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública ó de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley²¹. Énfasis añadido.

Como puede advertirse, el texto de la Convención es muy amplio en el nivel de protección que ofrece al derecho de propiedad y alude no sólo a la titularidad de los bienes sino también a su uso y disfrute. Esta redacción protege directamente una forma común de expropiación indirecta que no reviste la forma de una privación sino que atenta contra el ejercicio pleno de los atributos de la propiedad, por ejemplo a través de la afectación total o parcial del derecho de usar un bien o de percibir sus frutos. En el caso de una inversión privada en un negocio en marcha, tal afectación del uso y disfrute alude necesariamente a la administración de los bienes y el derecho a percibir sus réditos y dividendos.

Ello no obstante, dicha protección sobre la base de la legislación nacional no puede considerarse absoluta y su extensión depende de la interpretación que sobre la legislación nacional deban hacer quienes sean competentes en cada caso. Evidentemente, la garantía que en este sentido reciben los inversionistas extranjeros en el Perú todavía requiere de un mayor desarrollo jurisprudencial, sea a nivel judicial o en el fuero arbitral. Obviamente, en consideración al estado del derecho internacional y comparado, sumado a las normas ya citadas sobre la protección del derecho de propiedad y de la inversión privada, es de suponer que los tribunales peruanos acogerán favorablemente esta institución como un desarrollo natural de su obligación de garantizar el pleno ejercicio de estos derechos, particularmente en el caso de las inversiones efectuadas dentro del régimen de promoción vigente en el país.

V. CONCLUSIÓN

A partir de la aceptación universal del derecho de expropiación forzosa, se ha identificado la necesidad de proteger aquellos actos del Estado que representan

José Daniel Amado V.
Bruno Amiel R. C.

²¹ Convención Americana de Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969. En: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

una afectación inaceptable del valor de la propiedad privada. Surge entonces la institución de la expropiación indirecta como una garantía contra aquellas intromisiones sobre el derecho fundamental a la propiedad que si bien no adquieren la forma de una expropiación en sentido material tienen efectos o consecuencias equivalentes.

Esta garantía ha alcanzado un mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el contexto de las inversiones extranjeras. Como es evidente, el inversionista internacional asume como una realidad extrema la posibilidad de ser expropiado bajo un régimen no discriminatorio, en casos previstos en la ley y previo pago de una indemnización. No es este el caso de una expropiación indirecta, donde se atenta contra el valor de la inversión o contra su pleno uso y disfrute, que pueden tener efectos equivalentes a los de una violación al derecho de propiedad sin seguir los requisitos de fondo y de forma que serían aplicables a una expropiación en sentido material.

La doctrina y jurisprudencia internacionales han generado marcos conceptuales cada vez más detallados en cuanto a la aplicación de la garantía contra la expropiación indirecta. Si bien todavía no puede

hablarse de un criterio unánime sobre los elementos de análisis de un caso de expropiación indirecta, lo cierto es que la casuística internacional es cada vez más específica en cuanto a la protección de los derechos del inversionista en cuanto a estas formas veladas de confiscación del valor patrimonial.

El Derecho peruano no es ajeno a este desarrollo conceptual. El marco constitucional y legal, particularmente aquel vinculado a la protección de las inversiones privadas, nacionales o extranjeras, presenta elementos suficientes para que los tribunales judiciales o arbitrales, según sea el caso, asimilen este concepto dentro del marco de las garantías a la protección a la propiedad y la no-confiscación.

Es de esperar que, en el corto plazo, se inicie un desarrollo casuístico y jurisprudencial de la garantía contra la no-expropiación indirecta en nuestro medio. Se trata de un elemento esencial para un marco normativo orientado a promover la inversión privada y atraer capitales extranjeros que permitan superar el déficit de inversión e infraestructura. Es indispensable reducir el riesgo político, si lo que se quiere es alcanzar las metas de crecimiento que nos permitan convertirnos en un destino competitivo para generar más inversiones.

INTER ESTUDIOS, ESCÁNDALOS Y CRISIS: THEMIS Y LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL PERÚ

Beatriz Boza*

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

La crisis de valores que afecta nuestra sociedad incide en la conducta ética de los abogados como sujetos sociales, empañando la naturaleza e imagen del abogado como servidor de la justicia ante la sociedad. Utilizando ingeniosamente la figura del campeonato Inter Estudios de fútbol, la autora nos recuerda la precaria condición ética del abogado y la necesidad de reafirmar principios y valores que llevarán al abogado a desempeñar su profesión habiendo interiorizado su deber y responsabilidad con la sociedad.

Este artículo puede ser el comienzo de un arduo camino por sentar las bases para lograr una comprensión cabal de lo que implica ser un abogado, depende de nosotros.

* Abogada. Master por la Universidad de Yale. Profesora del curso de Ética y Responsabilidad Profesional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Presidenta fundadora de la Organización Ciudadanos al Día.

“¿Cómo puede haber pasado ese chico el riguroso proceso de reclutamiento de uno de los principales estudios de Lima si no es un buen alumno?”, comenta una alumna de Derecho. “Te voy a contar, es que ese estudio está mal en fútbol y como él es un extraordinario jugador y el *Inter Estudios* comienza en dos meses quieren asegurarse de contar con un buen equipo de practicantes”.

El *Inter Estudios*, que ya debe estar en su décima edición o más, es hoy una institución en la vida jurídica de los principales abogados limeños y refleja lo competitivo que se ha tornado el ejercicio del Derecho en nuestro medio. Como en cualquier campeonato hay reglas, siempre tienen que haber por lo menos dos abogados en cancha que sean miembros del estudio (ya sea socios o abogados de planta) y el número del personal administrativo que puede representar a su centro de trabajo está predeterminado –todo ello, con el objeto de garantizar que sea realmente un partido entre *hombres de Derecho*. Para ello, se cuenta con árbitros profesionales, canchas impecables y barras (mayoritariamente femeninas, por cierto, conformadas por las secretarías, las practicantes y miembros de la administración del estudio, marcando la necesaria segregación del caso propia de una profesión tan *ilustre* como la legal), y hasta existe el “clásico” entre dos renombrados bufetes. Haciendo gala de habilidades propiamente abogadiles peruanas, se dice, que en la contratación de practicantes y procuradores más de un Estudio valora especialmente la destreza de los postulantes con el balón, llegando la “leguleyada” al punto de retrotraer, en alguna ocasión, la fecha de algún convenio de prácticas para permitir que un jugador pueda llevar la camiseta del estudio en el campeonato en curso. Se dice, además, que la apreciación favorable del deporte ha llegado tan lejos como a insistir que determinado jugador (alumno y docente por igual) privilegia la competencia antes que el acudir a clases.

Aunque siempre hay excepciones, el *Inter Estudios* refleja de alguna manera la competitividad, las ansias por ganar y la visión instrumental del ser humano que parecerían impregnar cada vez más el ejercicio de la profesión en nuestro país, donde cada “sacada de vuelta” a las normas es parte del deporte, de la fiesta, y del *modus operandi* que inconsciente y, en muchos casos, deliberadamente terminamos tolerando y, con ello, fomentando en nuestro medio, dándole así un mensaje claro y concreto a los estudiantes y futuras generaciones de abogados acerca de cómo se practica

y en qué consiste el Derecho en el país. No obstante haber abogados y estudios que hacen de la integridad y excelencia profesional su marca distintiva, lo anterior no parecería ser una práctica aislada sino, cada vez más, el reflejo del espíritu y devenir de la profesión. Tres hechos recientes de cobertura periodística llaman en ese sentido a reflexión:

- i) La República. 6 de mayo de 2005. Portada. **“Exclusivo El Caso Forsyth**. El Misterio de los 12 millones de dólares. Albert Forsyth y las repercusiones en el Perú de una captura en Holanda”. Haciendo referencia a un aviso publicado días antes en El Comercio por el Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria anunciando que Albert Forsyth había dejado de pertenecer a su institución, la noticia da cuenta de alegaciones de cómo Forsyth, uno de los principales socios de ese importante estudio limeño, habría defraudado sistemáticamente a su cliente, a sus socios e incluso a la SUNAT.
- ii) El Comercio. 25 de octubre de 2004. **“Entrevista a José Marcelo Allemant**. Diría que en buena cuenta el Presidente me ha respaldado. El abogado de Margarita Toledo para la falsificación de firmas y de Alejandro Toledo en la denuncia contra Rafael Rey sostiene que volvería a ofrecer dinero para obtener información”. La cobertura periodística da cuenta de cómo el abogado del Presidente de la República habría ofrecido comprar pruebas y el análisis de la permisibilidad ética efectuado por aquel al respecto.
- iii) El Comercio. 25 de noviembre de 2003. Editorial. **“¡Qué vergüenza, abogados!”**. Llamando la atención sobre la falta de mesura y decoro en la publicidad efectuada en vísperas de las elecciones de la Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, cuyo local central parecía una tómbola, un mercado popular “chicha” o feria comercial antes que el estandarte del Estado de Derecho. Similar estupor y rechazo presenció el país con ocasión del escrutinio de las elecciones del Colegio de Abogados de Lima para el período 2005-2006, cuando el 27 de noviembre de 2004 diversos abogados se enfrentaron violentamente entre ellos y con la Policía¹.

No sorprende pues que 61 % de los limeños y 72 % de los asistentes a la Conferencia Anual de Ejecutivos **desconfíe de los abogados**². A su vez, 72 % de los

¹ Ver, LA ROSA CALLE, Javier. “Elecciones en el Colegio de Abogados de Lima: una vergüenza”. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notibak/2004/dic/02/nota05.htm>.

² Así, Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima (noviembre, 2003) y Apoyo Opinión y Mercado “Encuesta CADE 2003” (noviembre, 2003).

encuestados cree que un abogado piensa en el dinero que va a cobrar antes que en los intereses de su cliente y para 70% lo que más les ha defraudado de los abogados es el nivel de corrupción de nuestra profesión³. Una alumna resumió lo anterior en clase el mes pasado en una frase muy irónica: “cuando sueñas con una rata es porque te van a robar, cuando sueñas con un abogado es porque ya te robaron”. Algo debe haber pasado y debe estar pasándonos a los abogados.

Tampoco sorprende, entonces, que muchos estudiantes de Derecho estén interiorizando esa realidad en su visión del ejercicio profesional y que orienten su comportamiento a hacer de la falta ética una práctica cotidiana y que sientan que tienen que desarrollar la trampa como una “virtud natural”. Dejando a salvo que una gran mayoría de alumnos todavía son la reserva moral que la Facultad y el país necesitan, en agosto de 2003, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú emitió un **comunicado contra el plagio en la Facultad** indicando que el “asombroso incremento de un hecho tan grave, no sólo pone de manifiesto el bajo nivel intelectual que dichos estudiantes aquejan sino además, y lo que es más importante, la falta de ética que orienta su comportamiento”. Apropiarse del trabajo ajeno es una conducta doblemente despreciable en una de las Facultades más prestigiosas y bien dotadas del medio pues refleja que los alumnos plagiadores no sólo se apropian de obras de creación intelectual ajenas, dándolas como propias, sino que – y he allí lo preocupante– no tendrían ellos la capacidad para crear por sí mismos.

Reconociendo que también existe el otro lado de la moneda y que una gran mayoría de estudiantes, de abogados y de firmas jurídicas están comprometidas con un ejercicio responsable del Derecho, cabe preguntarse si colectivamente estamos haciendo algo como gremio para cultivar la confianza e integridad de la profesión. ¿Qué sanciones se han impuesto por violaciones a la ética forense en casos sonados como los mencionados? ¿Es creíble el sistema disciplinario de los abogados en el país? ¿La formación del Derecho está contribuyendo a cambiar esta realidad? ¿Estamos incentivando el estudio de temas de responsabilidad profesional? ¿Qué ejemplo le estamos dando a las siguientes generaciones? ¿En qué creemos los abogados en estos días? ¿Quiénes somos? ¿Qué queremos del ejercicio profesional?

Cualquier realidad cultural y, en particular, la nuestra

no se cambia de la noche a la mañana. De ahí lo imperioso que resulta en nuestro medio invertir en educación, que es definitivamente una apuesta de largo plazo. Pero toda la educación del mundo tampoco es eficaz si la práctica profesional y los ejemplos de éxito que la mayoría celebra no se condicen con la teoría y orientación con que se enseña tanto en las aulas como en los pasillos de los estudios, en la cancha de fútbol, en la antesala de las dependencias públicas, en la actuación pública y en los valores que se festejan en privado.

No podemos esperar que las futuras generaciones de abogados adecuen su comportamiento de manera responsable y ética si por lo menos no les hemos enseñado la razón de ser del secreto profesional o la importancia de evitar conflictos de interés y la necesidad de guardar la apariencia debida, los estándares para la custodia de los bienes y archivos del cliente, el buen trato al subalterno, la docencia en el centro de trabajo y la valoración del ser humano que labora en el estudio por más rutinaria y pedestre que parezca la función que desempeña; en suma, si en las aulas y el centro de trabajo no hemos enseñado en teoría y práctica en qué consiste la **responsabilidad profesional del abogado**.

Dejando expresamente a salvo que sí hay abogados decentes y estudios que basan su ejercicio profesional en sólidos valores y conductas éticas, parecería que, más allá de tener un Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, en general no valoramos, defendemos, ni promovemos activamente mayores niveles de integridad y responsabilidad profesional. Ni en la Facultad, ni en la investigación, ni en la docencia, ni en el ejercicio profesional, ni en el quehacer gremial. Ocurre, por ejemplo, que sólo 1.8% del total de créditos requeridos para egresar de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú están destinados expresamente a abordar la temática ética del quehacer abogadil. En los últimos treinta años no se han registrado tesis o trabajos de investigación de los alumnos sobre la materia. No se ha desarrollado doctrina especializada y el gremio no parece tener una política clara y decidida al respecto. Salvo honrosas excepciones –como el reciente trabajo de Luis Pásara impulsado por Baldo Kresalja desde el Ministerio de Justicia con el apoyo económico de varios estudios de Lima y un artículo de Christian Chocano sobre los conflictos de interés publicado en la revista Foro Jurídico de mayo de 2005–, ni la Facultad, ni el gremio, ni los principales abogados promovemos la publicación y reflexión sobre la responsabilidad profesional del

3 IMASEN. Encuesta aplicada en Lima y Callao en abril de 2004, citada en PÁSARA, Luis. “La enseñanza del Derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia”. Agosto, 2004. Anexo I.

abogado y el devenir de la profesión en nuestro medio. La responsabilidad profesional no es un tema de codificación o textos normativos, sino del quehacer diario y espíritu del abogado.

Nadie duda de cuan conocedores del régimen legal son los graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sin duda estamos formando especialistas con amplios conocimientos legales y doctrinarios, orientados a poder dar su máxima utilidad en un mercado legal cada vez más competitivo. Pero, **¿estamos formando al ser humano abogado?** ¿Estamos dándole a las futuras generaciones de abogados las herramientas necesarias para que desde el fuero interno de su voluntad puedan optar libre e informadamente por hacer del Derecho un medio para la realización de su vida? La ética en el ejercicio profesional no es otra cosa, como enseña Savater, que el intento racional de averiguar cómo vivir mejor. Creo que podemos vivir mejor. Creo que la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú tiene un papel muy importante en esa mejoría, tanto a través de la docencia y del ejemplo como de su contribución a la institucionalización del Estado de Derecho en nuestro país. Y creo que THEMIS puede, como lo ha hecho ya en más de una ocasión, ser una palanca importante en ese proceso de transformación.

Hace veinte años, una fría mañana de invierno, saliendo de la Biblioteca Central de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Jacky Chappuis animada por un texto de THEMIS Primera Época nos contagió, con la creatividad y profundidad que la caracteriza, a pensar en impulsar la Segunda Época de la Revista, para crear un espacio donde los estudiantes también pudiésemos tener voz en la discusión doctrinaria y de políticas públicas en el Perú. Esa chispa que Jacky ayudó a encender, nos cautivó y comprometió hoy a cientos de miembros de la Revista, cada uno con retos, responsabilidades y anhelos propios del contexto en que nos tocó liderar la Revista, pero todos compartiendo la misma camiseta y la ilusión de estar haciendo algo que valía, con creces, todo el esfuerzo, las tensiones, madrugadas e incluso sinsabores.

THEMIS es hoy una institución en la vida de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y más allá, en el quehacer jurídico de la nación. Su trayectoria ha redefinido el paradigma del papel de los estudiantes de Derecho en nuestro medio, abriendo espacios de aporte técnico más allá del tradicional rol gremial político del estudiantado, sentando las bases para la aparición de otras revistas, tan connotadas y

activas, y ganándose incluso un espacio físico en el local de la Facultad –cosa que hubiera sido un sueño inimaginable aquel invierno hace veinte años. En efecto, uno de los principales retos que tuvo el inicio de la Segunda Época fue precisamente ganarse un espacio frente a la administración de la Facultad y de la Universidad, un espacio intangible en aquel entonces referido a poder usar el nombre de la Universidad frente a terceros (“la Revista de los estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú”). Fue una cruzada larga, silenciosa y persistente, que gracias al generoso apoyo de los miembros de la Primera Época de THEMIS, en aquel momento ya catedráticos de la Facultad, y del doctor Alberto Varillas, Secretario General de la Universidad, llegó a buen puerto.

El quehacer de THEMIS ha democratizado el acceso a la publicación de reflexión jurídica en nuestro medio y ha peruanizado la generación de doctrina aplicable a nuestra realidad. Ese es un aporte único y vital para el desarrollo del Estado de Derecho en nuestro país. En particular, en el tema de la regulación y de la reflexión jurídica sobre temas de mercado, THEMIS se ha constituido en una fuente indispensable de consulta y actualización. En términos organizacionales, la renovación periódica de miembros y el sistema de división de tareas al interior de la Revista constituyen una de las fortalezas que le permiten a THEMIS capitalizar la energía de la juventud en la continuidad del proyecto. Y el carácter y personalidad de cada uno de los miembros de los distintos Consejos Directivos le ha dado a la Revista en cada contexto su propio perfil. La belleza de THEMIS como institución es que habiendo tenido y cultivando en su seno liderazgos destacados, al final del día lo que siempre ha quedado más allá de personas y líderes del momento es el destello de la marca de la Revista –¡es que los chicos y chicas de THEMIS han sabido cuidar la camiseta!

Quienes tuvimos la tarea de contribuir en el diseño e instrumentalización del sueño THEMIS, revivimos como propios los retos y quehaceres de los *chicos de ahora* y nos enorgullecemos de cada uno de sus logros, anhelos y aciertos – que nos remontan y refrescan todas esas ilusiones, horas y tan gratos recuerdos acumulados desde esa fría mañana de invierno hace veinte años.

Hoy, en otro frío invierno limeño, aprendiendo de Jacky, quizás ésta sea la oportunidad para animar a los chicos y chicas de THEMIS a enrumbarse en este nuevo siglo en la Tercera Época de la Revista, una caracterizada por impulsar estándares éticos en el quehacer de la profesión que tanto necesitamos.

MERCADO ELÉCTRICO EN EL PERÚ: ¿UNA UTOPIÍA?*

María Teresa Quiñones Alayza**
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

¿En qué estado se encuentra el mercado eléctrico peruano luego de cerca de trece años de promulgada la Ley de Concesiones Eléctricas? ¿Cómo ha sido el tránsito del monopolio al modelo de competencia regulada? ¿Qué obstáculos se presentan a la creación de un mercado eléctrico realmente competitivo? ¿Qué medidas se podrían tomar para combatir la excesiva rigidez del mercado eléctrico?

Respondiendo, entre otras, a las preguntas antes enunciadas, la autora realiza un interesante análisis de la situación actual del mercado eléctrico peruano. Dicho análisis trae a la luz una serie de interrogantes referidas a legislación vigente, las mismas que desencadenan en propuestas a fin de alcanzar la preciada meta de lograr un mercado eléctrico competitivo y eficiente en el Perú.

* Quiero agradecer a THEMIS por “forzarme” a escribir este artículo para la edición de su 40 aniversario. Y también por pedirme unas líneas sobre lo que fue mi experiencia como parte del Consejo Directivo de la Revista, junto con Alfredo Bullard, Fernando Cantuarias y Juan José Ruda. Nos tocó enfrentar el difícilísimo reto de reemplazar a la anterior directiva, presidida por Beatriz Boza. Experiencia descabellada y entusiasmante la de publicar una revista sin medios económicos ni mayor experiencia en el mundo editorial. En esa época, THEMIS –si mal no recuerdo– era la única revista editada por estudiantes. Eran los últimos años de Alan García, la crisis económica y el terrorismo habían destruido el país, mientras un grupo de estudiantes de la Católica persistíamos en el empeño de publicar una revista de Derecho de nivel internacional. Aprendimos, por supuesto, que querer es poder, cuando se cuenta con un gran equipo de gente y un objetivo compartido. Con los años, THEMIS ha ido creciendo y mejorando. Ha servido, también, de modelo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y otras universidades, para la edición de revistas por estudiantes. Felicitaciones, THEMIS, por enriquecer el debate académico con tus eventos y publicaciones. Y nuevamente gracias, por haberme permitido tomar parte en esa aventura.

** Analista del informativo de actualidad jurídica Enfoque Derecho. Presidenta del Instituto de Derecho de los Servicios Públicos-IDESER. Abogada. Master en Derecho, Harvard Law School.

"Markets in power, more than most markets, are made; they don't just happen"¹.

—William W. Hogan

"When externalities are strong and complex... the market process itself is a natural monopoly that requires some degree of social design and regulation to assure that all traders have equal and non-discriminatory access to the market and that the interests of affected parties not directly acting in the market—particularly small consumers—are protected"².

—Larry E. Ruff

En una conferencia sobre el futuro del sector energético en Latinoamérica³, Ashley Brown⁴ señaló que los reguladores latinoamericanos justificaron el diseño del nuevo marco legal de la industria eléctrica con una serie de promesas.

A los usuarios les aseguraron que la privatización y la nueva regulación garantizarían los flujos de capital necesarios para las cuantiosas inversiones que dicho sector requería, la expansión de la frontera eléctrica, una mejora en la calidad del servicio, la privatización del riesgo, la reducción de la deuda pública y la canalización de los recursos estatales—hasta ese momento empleados en mantener empresas deficitarias— a la satisfacción de las necesidades prioritarias de la población.

A los inversionistas les prometieron retornos que remunerarían adecuadamente sus riesgos, predictibilidad en las decisiones regulatorias, reglas de mercado claramente definidas, organismos reguladores independientes y el respeto a sus contratos y derechos de propiedad.

Casi trece años después de aprobada la Ley de Concesiones Eléctricas en el Perú⁵, vemos que buena parte de dichas promesas quedaron incumplidas. Si bien el coeficiente de electrificación nacional ha crecido del 57% al 76%⁶, la tasa de electrificación rural es tan sólo del 32%. Lo que significa que 7 de cada 10 peruanos en el ámbito rural no tienen luz. La inversión privada para construir centrales de generación, líneas de transmisión y sistemas de distribución vino por cuentagotas y en gran medida se limitó a comprar del Estado los activos existentes o a suscribir contratos BOOT en los cuales el Estado asumía una serie de riesgos y ofrecía un conjunto de garantías como prerrequisito para la inversión.

La ausencia de inversión en generación y transmisión de los últimos años, aunada al riesgo regulatorio⁷, al crecimiento de la demanda, a una seria sequía y al incremento del precio de los combustibles, llevó a que el año pasado los costos marginales de corto plazo cuadruplicaran la tarifa regulada⁸ y los generadores se negasen a abastecer el servicio público de electricidad, por antieconómico. El Gobierno se vio obligado a dictar el Decreto de Urgencia 7-2004⁹ que autorizó a las distribuidoras a tomar del sistema la electricidad que necesitaban para atender a sus usuarios regulados, aun cuando no tuviesen contratos de suministro que amparasen dichos retiros.

La llamada "crisis de los contratos" fue el detonante para que la Ley 28447, publicada el pasado 30 de diciembre, crease una Comisión encargada de elaborar una propuesta de modificación de la Ley de Concesiones Eléctricas, con el objeto de introducir eficiencia en la generación, una de las actividades que

¹ "Los mercados eléctricos, a diferencia de la mayoría de mercados, no se dan espontáneamente, se hacen". HOGAN, William W. "Making Markets in Power". En: "Cantor Lecture Series 2000: Energy and Society". Londres: The Royal Society for the Encouragement of Art, Manufactures & Commerce. 2000. p. 1.

² "Cuando las externalidades son fuertes y complejas... el propio mercado es un monopolio natural que requiere un cierto nivel de diseño y regulación social que asegure que todos los comercializadores tengan acceso en condiciones iguales y no discriminatorias; y que los intereses de las partes afectadas que no participen directamente en el mercado—particularmente los pequeños consumidores— estén protegidos". RUFF, Larry E. "Competitive Electricity Markets: Why They Are Working and How To Improve Them". Washington D.C.: National Economic Research Associates. 1999. p. 7.

³ "Latin American Power Sector: Taking the Next Steps". Nueva York, 20 de noviembre de 2003.

⁴ Director Ejecutivo del Harvard Electricity Policy Group.

⁵ La Ley de Concesiones Eléctricas fue aprobada por el Decreto Ley 25844 y publicada en "El Peruano" el 19 de noviembre de 1992.

⁶ Crecimiento experimentado entre 1993 y 2004, según cifras del Ministerio de Energía y Minas extraídas del Plan Nacional de Electrificación Rural (PNER). Período 2004-2013.

⁷ Hasta la modificación introducida por la Ley 28447, en diciembre de 2004, las tarifas de generación se fijaban semestralmente sobre la base de proyecciones para los siguientes cuatro años. Este diseño regulatorio generó un clima de incertidumbre en la industria respecto al comportamiento del regulador, ya que semestralmente existía el riesgo de que se cambiasen las señales de precios (y los criterios y procedimientos que los justificaban). Evidentemente, esta percepción de que el regulador actuaba con excesiva discrecionalidad y la falta de predictibilidad respecto a los precios regulados en un horizonte de mediano plazo contribuyeron en buena medida a la reticencia de los generadores para celebrar contratos destinados al servicio público de electricidad cuyas tarifas son fijadas por OSINERG.

⁸ Según cifras de OSINERG, durante el año 2004, el precio en barra promedio (es decir la tarifa) de la energía fue de US\$ 26.92 el megavatio/hora. El costo marginal *spot* promedio de ese año fue de US\$ 62.02 megavatio/hora (más del doble del precio regulado). En setiembre de 2004, el costo marginal *spot* alcanzó US\$ 112.38 megavatio/hora.

⁹ Publicado el 20 de julio de 2004.

puede ser competitiva en la industria eléctrica¹⁰.

EL ARDUO TRÁNSITO DEL MONOPOLIO A LA COMPETENCIA

En la industria eléctrica no basta con la “mano invisible” para que exista mercado. Éste sólo puede florecer con una regulación *ad hoc*. En caso contrario, lo que habrá será un monopolio u oligopolio que opere la “máquina más grande el mundo”: el sistema eléctrico interconectado, en el cual confluyen y se integran las unidades de generación, las líneas de transmisión y los sistemas de distribución que producen, transforman y transportan la energía desde las centrales de generación hasta los hogares y negocios de los consumidores finales.

Si a partir de los años ochenta los reguladores en el mundo no hubiesen tomado la decisión de escindir artificialmente estas tres actividades, establecer una serie de restricciones a las integraciones verticales y horizontales, diseñar los mercados eléctricos y asignar las entidades o agentes a cargo de administrar servicios esenciales como la operación técnica y económica del sistema interconectado, la competencia sería impensable. En otras palabras, el mercado no es la alternativa a la regulación, sino su producto y consecuencia. Paradoja de la teoría económica, el mercado eléctrico requiere como condición previa de su existencia la intervención del legislador, porque las externalidades y complejidad de los sistemas eléctricos¹¹ impiden que el mercado se desarrolle sin un diseño regulatorio adecuado.

¿Cuál es la disyuntiva, entonces, que enfrenta el legislador-regulador? Escoger entre el monopolio regulado o la competencia regulada.

Si elige el primer camino, todos los precios serán fijados administrativamente, utilizando cualquiera de los modelos que la teoría económica ofrece para tratar de obtener el costo marginal, que no es otro que el precio que tendría el producto en un mercado perfecto.

La segunda ruta lo llevará a escindir las actividades de generación, transmisión y distribución, a controlar el nivel de concentración en cada actividad, a introducir las reglas necesarias para que el mercado funcione (sobre todo, las vinculadas al acceso a los servicios e instalaciones esenciales en condiciones no discriminatorias¹²) y a determinar si excluye temporal o permanentemente del mercado a un segmento de la demanda (aquellos que nuestra ley denomina usuarios del servicio público de electricidad) debido a su vulnerabilidad ante las posibles fluctuaciones y volatilidad de un mercado libre, además de las asimetrías de información y negociación existentes.

La experiencia vivida en los países que han tratado de crear mercados eléctricos competitivos (incluido el Perú) enseña que el mercado sólo es posible sobre la base de ciertos presupuestos:

- a. una regulación eficaz, que asegure la desconcentración del mercado, sancione las prácticas anticompetitivas, remueva las barreras de entrada y salida, garantice la operación eficiente del sistema interconectado, permita el acceso en condiciones no discriminatorias a los servicios e instalaciones esenciales y fije de manera adecuada y predecible las tarifas y condiciones aplicables a aquellos servicios que no puedan prestarse en condiciones de competencia;
- b. un mercado con una estructura ampliada y desconcentrada tanto a nivel de la oferta como de la demanda;
- c. la operación neutral de los mercados mayorista y minorista;
- d. la gestión privada de las empresas y servicios eléctricos, incluidas la planificación y operación del sistema y la operación del mercado;
- e. una agencia de competencia con idoneidad técnica y moral, que sancione cualquier abuso de posición de dominio o práctica restrictiva de la libre competencia;

¹⁰ En estricto, la actividad competitiva es la comercialización de energía (siempre que existan varios proveedores en un sistema interconectado). Esta comercialización puede ser tanto a nivel mayorista (ventas hechas por los propios generadores) como en el segmento minorista (comercializadores que compitan por los usuarios finales). Cuando se crea la figura del comercializador –que aún no existe en nuestra legislación– el distribuidor se limita a operar la red de distribución (de manera similar a los operadores del sistema de transmisión) y los usuarios pueden elegir al comercializador de su preferencia con el que contratan sus requerimientos.

¹¹ Complejidades dentro de las que pueden mencionarse las siguientes: (i) a diferencia de otros productos, la electricidad no puede almacenarse, debe producirse y consumirse en tiempo real, lo cual obliga a una planificación y coordinación del despacho que asegure un balance instantáneo entre la electricidad que es producida por las unidades de generación y la que es consumida por la demanda; (ii) la energía producida por los distintos proveedores debe ser comercializada a través de una infraestructura única que es compartida por todos ellos: los sistemas de transmisión y de distribución; y (iii) al encontrarse interconectadas todas las instalaciones, lo que haga un productor, transmisor o consumidor puede afectar al resto, lo cual obliga a operar de manera coordinada y sincrónica ya que cualquier desviación puede ocasionar perturbaciones que dañen los equipos y hagan colapsar el sistema.

¹² Es decir, el acceso no sólo a los sistemas de transmisión y distribución, sino al mercado *spot* de energía, a los servicios auxiliares y a la gestión técnica del sistema interconectado.

- f. una planificación y coordinación eficiente del sistema y de la transmisión;
- g. precios y tarifas que den las señales correctas de escasez al mercado, reflejando los costos marginales e internalizando los costos de congestión y otras externalidades que inciden en el suministro eléctrico.

El diagnóstico que hace el Libro Blanco, publicado por la Comisión creada por la Ley 28447, es que algunos de estos presupuestos no se dan en el Perú. En tanto no se remuevan los obstáculos que impiden su existencia (buena parte de ellos legales) no habrá un mercado eléctrico competitivo. Para entender la magnitud del peligro es necesario tener presente que cuando se opta por un modelo de competencia regulada y la competencia no llega a darse, el riesgo que corre un país no sólo es el de precios altos de electricidad, que restan competitividad a los sectores productivos y perjudican a la población, sino que puede llegar al desabastecimiento. El racionamiento es una posibilidad real si la inversión en generación y en transmisión no responde al crecimiento de la demanda. Lo sucedido en California hace unos años es un ejemplo de la catástrofe que puede ocasionar un marco regulatorio inadecuado.

¿EN QUÉ FALLÓ LA LEY DE CONCESIONES ELÉCTRICAS?

Sin desmerecer las bondades de la Ley de Concesiones Eléctricas, es posible que uno de los mayores errores de quienes la diseñaron fuera asumir que bastaba con desagregar la generación, transmisión y distribución para que existiera competencia e inversión. Lamentablemente, no fue así. Faltaba mucho trecho por recorrer antes de convertir en un mercado competitivo lo que hasta ese momento era una industria monopólica y verticalmente integrada. La reforma no puede concebirse como un instante en el tiempo, sino como un proceso de largo aliento.

Con la ley, efectivamente, el primer paso había sido dado: escindir las tres actividades eléctricas, para evitar que los monopolios naturales (transmisión y distribución) subsidiasen la actividad competitiva (generación). De esta manera, además, se facilitaba a la generación el acceso a dichas instalaciones esenciales. Sin embargo, esta medida no era suficiente.

Para que un mercado exista debe haber vendedores (al menos dos y, de preferencia, muchos) y compradores (idem: mientras más, mejor). Debe existir también

libertad para contratar y de contratación (los potenciales vendedores no deben estar legalmente impedidos de vender y los adquirentes de comprar, y deben tener la mayor libertad posible para determinar las estipulaciones aplicables a su relación contractual). En la medida que el producto sea homogéneo (y la electricidad es de los bienes más homogéneos que existen, ya que un kilovatio es idéntico a otro, con prescindencia de quién lo genere) resulta altamente conveniente la existencia de un mecanismo centralizado de negociación al cual tengan acceso la oferta y la demanda, puesto que dinamiza las transacciones y reduce las asimetrías de información y negociación que existen entre compradores y vendedores. Adicionalmente, dadas las peculiaridades de la industria eléctrica —en donde resulta imposible almacenar la energía y todos los vendedores deben usar las mismas redes para llegar a sus compradores— es indispensable determinar quiénes asumirán la gestión técnica y económica del sistema interconectado, para garantizar el balance instantáneo entre la energía que se produce y la que se consume, el cumplimiento de los procedimientos de seguridad y la provisión de los servicios auxiliares necesarios para la confiabilidad y continuidad del sistema, así como la liquidación de las transacciones en el mercado de corto plazo (*spot*).

Es en el análisis de la regulación aplicable a estos cuatro elementos (oferta, demanda, mercados y operación del sistema) que quiero centrar el presente ensayo. Para mayor claridad, empezaré con una descripción de los mercados.

LOS MERCADOS ELÉCTRICOS

Siguiendo el modelo chileno, la Ley de Concesiones Eléctricas dividió la generación en dos segmentos: uno regulado y el otro libre. El primero corresponde al suministro destinado a los usuarios del servicio público de electricidad (con requerimientos de potencia menores a 1 megavatio¹³), en el cual tanto las ventas de generador a distribuidor, como de este último al consumidor final, se realizan a un precio fijado administrativamente (la tarifa en barra). En cuanto al mercado “disputable”, tanto los clientes libres como las distribuidoras (para sus compras destinadas a atender dicho segmento) pueden pactar libremente las estipulaciones aplicables a la venta de potencia y energía mediante contratos bilaterales.

Adicionalmente, existe un mercado *spot*, en el cual sólo se compensan los desbalances que puedan existir entre la potencia y energía producida por cada generador y la retirada por sus clientes. El Comité de

Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante, "COES") determina quiénes son los generadores excedentarios (es decir, los que han entregado más potencia y energía de la que consumieron sus clientes), así como los pagos que deben serles acreditados por los generadores deficitarios (que despacharon menos de lo que retiraron sus clientes). Las transferencias se calculan al costo marginal de cada barra.

Un elemento a tener en cuenta es que en el mercado libre peruano la oferta de suministro se encuentra restringida a los generadores y los distribuidores (estos últimos, en su zona de concesión). No existe la figura del comercializador, es decir, del intermediario. Nadie que no tenga la calidad de generador o de distribuidor puede vender electricidad al por mayor o por menor.

Por su parte, los generadores pueden elegir libremente entre vender al mercado *spot* la electricidad que producen, celebrar contratos bilaterales con distribuidores o clientes libres, o una combinación de ambas opciones. La única restricción es la contenida en el artículo 101 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, que exige que cualquier contratación cuente con la garantía física del suministro (es decir, que no pueden obligarse a suministrar más potencia y energía que las que producen y las que tengan contratadas con otros generadores). En otras palabras, la legislación vigente impide, incluso a los generadores, la celebración de contratos financieros "puros", a pesar de que ello sería teóricamente posible al tener acceso al mercado "spot" para adquirir cualquier faltante que no produzcan.

Los compradores, por su parte (sean distribuidores o clientes libres, ya que los usuarios del servicio público de electricidad deben adquirir la energía de su distribuidor), sólo tienen la posibilidad de celebrar contratos bilaterales. No tienen acceso al mercado *spot*, ni siquiera para equilibrar sus déficits o excesos.

Adicionalmente, los artículos 34, inciso b), y 36, inciso f), de la Ley de Concesiones Eléctricas, obligan a los distribuidores a contratar con un mínimo de 24 meses de anticipación los requerimientos totales de potencia y energía de sus clientes, sancionando el incumplimiento con la caducidad de la concesión¹⁴.

De acuerdo con la calificación propuesta por Sally Hunt¹⁵ y otros autores, en el "ranking" de desregulación, el mercado peruano correspondería al modelo 3, aunque con ciertos aspectos inacabados (heredados del modelo 2) que probablemente constituyen una de las causas de la excesiva rigidez de este mercado, según el diagnóstico del Libro Blanco.

A diferencia del modelo 1 (monopolio verticalmente integrado en el cual no existe competencia de generación) y del modelo 2 (un solo comprador –la distribuidora– que adquiere la electricidad de generadores en competencia), el modelo 3 abre la posibilidad de una competencia a nivel del mercado mayorista de generación. El acceso pleno a la competencia de los pequeños consumidores únicamente se produce en el modelo 4, en el que existe un mercado minorista competitivo, como es el caso de España y de Inglaterra y Gales.

De acuerdo con Hunt, para que el modelo 3 funcione, se requieren los siguientes elementos:

- que la generación se haya desregulado y venda su producción en el mercado mayorista (lo que sucede sólo parcialmente en el caso peruano, ya que una porción va al mercado regulado y se vende a tarifa en barra);
- que las distribuidoras y clientes libres accedan al mercado mayorista (en el Perú esto se da de manera limitada, a través de contratos bilaterales, sin que puedan acceder al mercado *spot* ni a ninguna mesa de negociaciones centralizada);
- que se permita la existencia de intermediarios, *brokers* y comercializadores (en la legislación peruana, no se permite la intermediación en electricidad, los distribuidores y generadores son los únicos que pueden vender electricidad);
- que el cliente libre no tenga la posibilidad de ser atendido por el mercado regulado (esto es así actualmente, aunque la Comisión propone en su Libro Blanco que los clientes libres puedan optar por continuar siendo regulados);
- reducir progresivamente el límite que distingue a los consumidores disputables de aquellos que

¹⁴ La sanción de caducidad de la concesión por incumplimiento de la garantía de suministro ha quedado suspendida por la Primera Disposición Transitoria de la Ley 28447 hasta el 31 de diciembre de 2007. Durante este periodo las distribuidoras se encuentran facultadas a retirar la potencia y energía que requieran sus usuarios del servicio público de electricidad, aun cuando no las tengan contratadas con los generadores, en cuyo caso deben depositar en un fideicomiso el monto de lo retirado, valorizado a tarifa en barra. Esta medida transitoria, que viene a ser la prolongación del Decreto de Urgencia 7-2004, fue la solución que encontró el Estado para la crisis de contratación que se produjo en el 2004, cuando ningún generador aceptó vender al mercado regulado.

¹⁵ HUNT, Sally. "Making Competition Work in Electricity". Nueva York: John Wiley and Sons. 2002. pp. 41-59.

continúan bajo el monopolio de la distribuidora (en el caso peruano, no ha habido reducción alguna del límite desde que se aprobó la Ley de Concesiones Eléctricas en 1992);

- que el suministro por las distribuidoras al segmento regulado sea atendido a través de contratos con los generadores o comercializadores a una tarifa igual a “costos fijos más costos variables” del mercado libre (esto tampoco se da, pues existen dos mercados desvinculados entre sí).

A contramano de lo que la teoría económica recomienda respecto del último elemento citado, en el Perú el 53% de la energía que se produce se encuentra fuera del mercado, porque sus precios se fijan mediante proyecciones realizadas por el regulador (de la oferta, la demanda y los costos de prestación del servicio) que no guardan relación con los del mercado libre. Ello explica los serios desfases que existen entre ambos segmentos y la fuerte resistencia de los generadores para vender al segmento regulado, ya que las tarifas no consideran las condiciones del mercado sobre expectativas, riesgos y escasez. A lo anterior se agrega la percepción de que el regulador ejerce una discrecionalidad excesiva para reducir las tarifas. Con ese modelo, no es posible la competencia para abastecer al servicio público de electricidad.

En opinión de Hunt –y la experiencia peruana parece corroborarla– esta estructura en la que los precios regulados están desvinculados del mercado no es sostenible en el largo plazo, puesto que:

“Nadie estará satisfecho con el resultado, salvo que por una coincidencia los precios regulados sean exactamente los mismos que los precios de mercado. Si no lo son, los grandes consumidores cabildarán para volver a ser clientes regulados, o los pequeños clientes pedirán la desregulación. Luego, el siguiente año, las posiciones se revertirán. Es, sin duda, preferible liquidar el antiguo régimen y empezar de cero. Aun los pequeños clientes debieran pagar los precios de mercado y lo harán, si la empresa de distribución en el Modelo 3 compra en el mercado competitivo”¹⁶.

Es decir que en lugar de una tarifa basada en proyecciones del regulador, lo conveniente es que las

distribuidoras adquieran la potencia y energía en el mercado libre y que, concordantemente, los usuarios de servicio público paguen el precio de mercado (sea en base a una media ponderada de lo pagado por el distribuidor en sus compras o del precio medio vigente en el mercado mayorista). Cuando los usuarios cuentan con el equipo de medición adecuado, lo ideal es que los signos de escasez se reflejen en las tarifas a través de precios diferenciados de energía por bloques horarios, directamente relacionados con los del mercado *spot*. Sin embargo, en tanto dichos equipos de medición no sean accesibles al consumidor residencial (y en el Perú habrá de pasar mucho tiempo para ello), probablemente lo más conveniente será intentar una solución alternativa para vincular ambos mercados.

De alguna manera, el artículo 53 de la Ley de Concesiones Eléctricas intentó “anclar” la tarifa regulada en la realidad del mercado libre¹⁷, obligando a la comparación entre el precio administrativo y los precios pactados en el segmento no regulado. Sin embargo, la reglamentación y práctica regulatoria vigentes –además de las dificultades inherentes a la comparación de contratos bilaterales que no se encuentran estandarizados, en los que es usual pactar condiciones y servicios adicionales que no resultan equiparables con los del servicio regulado– han llevado a que esta comparación se realice de una manera excesivamente distorsionada y plagada de presunciones, lo que ha producido el prodigio de que siempre las tarifas diseñadas por el regulador se encuentren dentro del rango exigido por la ley respecto de los precios del mercado libre.

Otra forma de vincular los precios fijados administrativamente con los del mercado libre es la utilizada en Argentina, en la que trimestralmente se aprueba un precio estacional que debe cubrir los valores del mercado *spot* durante ese periodo. Este sistema funcionó bastante bien hasta que el gobierno empezó a fijar un precio estacional inferior al del mercado¹⁸.

En todo caso, lo imprescindible es que las tarifas reflejen los precios y condiciones que imperan en el mercado. En la dirección correcta, el Libro Blanco propone modificar la Ley de Concesiones Eléctricas para que

¹⁶ Ibid. pp. 51-52. La cita es una traducción del siguiente texto: “No one will be satisfied with the result, unless by absolute chance the regulated prices were exactly the same as the market prices. If they are not, the big customers will lobby for re-regulation, or the small customers will seek deregulation. Then next year the positions will be reversed. It is far preferable to buy out of the old regime and start a new. Even the small customers should be paying market prices, and they will if the Distco in Model 3 buys in the competitive market”.

¹⁷ Al establecer la obligación del regulador de comparar la tarifa teórica con los precios del mercado libre con el objeto de verificar que la diferencia entre ésta y aquella no exceda el rango del 10%.

¹⁸ Según información proporcionada por el doctor Juan Bosch, en los últimos 3 años la Secretaría de Energía ha sancionado precios estacionales que no cubren en su integridad el valor *spot* de las transacciones, más los costos de transporte y distribución. Lo anterior ha obligado a utilizar los recursos del Fondo Estacional (destinado a cubrir contingencias extraordinarias), el cual pasó de tener un superávit de \$400 millones en el 2002 a acumular un déficit que actualmente supera los \$ 1,000 millones.

aquellas se fijen considerando los precios firmes de la potencia y energía obtenidos en licitaciones que convocaría el organismo regulador para atender los requerimientos del segmento regulado. También se tomarían en cuenta las adquisiciones en el mercado de corto plazo para compensar los desbalances y se fomentaría la contratación por bloques horarios de energía¹⁹.

En cuanto al mercado libre –que representa el 47% del total– el documento de la Comisión constata que este segmento adolece de una rigidez excesiva, producto de las barreras legales existentes. Los clientes libres y las distribuidoras sólo pueden adquirir energía negociando contratos bilaterales que ni siquiera se encuentran estandarizados. Deben, por tanto, negociar con el proveedor todas y cada una de las condiciones del suministro. No tienen acceso al mercado *spot*, a pesar de que éste constituye una instalación esencial para que se desarrolle un mercado competitivo. Con todo ello se incrementan los costos de transacción y se refuerza la asimetría informativa.

Como solución, el Libro Blanco propone permitir a distribuidores y clientes libres el acceso al mercado *spot*, pero exclusivamente para transar sus desbalances (es decir, para vender excedentes o comprar faltantes de potencia o energía).

Personalmente, no encuentro la razón para un uso tan restringido del mercado *spot*. Sería más eficiente convertirlo en una verdadera mesa de negociación, cuyas transacciones se liquiden en base a los precios fijados por el mercado (confluencia de oferta y demanda) en lugar de los valores determinados exclusivamente por la oferta (costos marginales) como ocurre actualmente. Un mecanismo centralizado de esta naturaleza, administrado por un operador independiente, incrementaría significativamente la liquidez del mercado y permitiría, además, la introducción de nuevos productos, como las operaciones de futuras y opciones, que permitan a los agentes protegerse de la volatilidad de los precios del mercado *spot*²⁰.

LA OFERTA DE GENERACIÓN

Cuando en 1992 la Ley de Concesiones Eléctricas introdujo un modelo de “competencia regulada”, en el Perú existía una situación muy similar a la de

Ingllaterra, Chile, Argentina, España y muchos otros países al momento de emprender la aventura de la desregulación: la industria eléctrica era un monopolio estatal verticalmente integrado.

Evidentemente, si se quería crear un mercado, no bastaba con escindir dichas actividades, sino que había que privatizarlas y desconcentrarlas. El Estado se convertía en el gran regulador y fiscalizador de la industria, mientras los inversionistas privados debían asumir la gestión y competir entre ellos.

Tristemente, el proceso de privatización en el Perú quedó trunco. Aproximadamente la mitad de las centrales de generación permanecieron bajo el control del Estado, que hoy en día es el grupo económico con mayor capacidad de generación. A lo anterior se agregó la miopía de los gobiernos que no supieron aprovechar la privatización para desconcentrar el mercado y promover tanto el ingreso de nuevos actores como la consolidación de los generadores más pequeños.

La consecuencia ha sido una concentración excesiva que el Libro Blanco identifica como la primera barrera al desarrollo de un mercado de generación eficiente. Basta señalar que de acuerdo con las cifras consignadas en dicho documento, las generadoras controladas por el Estado peruano producen el 34.2% de la potencia y el 43.2% de la energía. Le siguen el grupo Endesa (con 33.3% de la potencia y 27.1% de la energía) y Duke Energy (con 16.2% de la potencia y 15.1% de la energía). Estos tres grupos concentran el 83.7% de la potencia y el 85.4% de la energía que se produce en el Perú. Las generadoras del Estado perciben el 44.9% de los ingresos totales por venta de energía, las del grupo Endesa el 18.9% y Duke Energy el 12.2%.

Cuando hay concentración, unos pocos productores tienen un poder tal que pueden actuar de manera independiente al mercado y afectar los precios a través de restricciones artificiales de la oferta. Un ejemplo que Hunt cita²¹ resulta esclarecedor: imaginemos que existen 13 centrales de generación, que cada una de ellas es capaz de producir 100 megavatios, que la demanda total del sistema (lo que consumen todos los usuarios) es de 1,100 megavatios y que la diferencia entre los costos marginales de cada una es de un dólar (i.e. que el costo de la central 1 es de \$1, el de la central 2 es de \$2 y así sucesivamente hasta llegar a la central

¹⁹ Como veremos más adelante, el propósito de estas licitaciones es que se desconcentre la oferta mediante el ingreso de nuevos competidores, se garantice el suministro al servicio público de electricidad y se consiga una reserva eficiente en el sistema que reduzca la volatilidad de los costos marginales.

²⁰ En el sector eléctrico, los mercados de futuro usualmente corresponden al día anterior e, incluso, a la hora anterior al tiempo real en que se verifica la transacción. Así funciona en la mayoría de países en los que existe una bolsa de energía.

²¹ HUNT, Sally. Op. Cit. pp. 90-93.

13, cuyo costo variable es de \$13). En un sistema “marginalista” como el peruano, en que el precio lo fija la unidad más cara que despacha en un determinado momento, los 1,100 megavatios serán proporcionados por las 11 centrales con los menores costos. Por lo tanto, las dos centrales más caras (las centrales 12 y 13) quedarán fuera de carrera, en tanto que las 11 restantes percibirán los \$11 que corresponden al costo marginal de la central 11.

Ahora bien, supongamos que una empresa es propietaria de las centrales 2, 5, 7 y 11, es decir, que controla el 40% de la producción. ¿Qué sucedería si decidiese retirar del servicio su central 11 o declarar por ella un costo marginal de \$15? Que para abastecer la demanda, será necesario que opere la central 12, con lo cual el precio de la potencia subirá de \$11 a \$12. ¿Qué gana con esta conducta dicha empresa? \$1 dólar más por megavatio que produzcan sus otras tres centrales. ¿Qué pierden los consumidores? Ese dólar por megavatio adicional que se vieron obligados a pagar por una restricción de la oferta efectuada por una empresa con poder de mercado.

El poder de mercado es además, terreno fértil para ciertas conductas anticompetitivas como el reparto de mercado y reduce –si no elimina– los incentivos para nuevas inversiones. Es por esta razón que el Libro Blanco señala como prerrequisito de un mercado competitivo el contar con “un número de compradores y vendedores que limite el ejercicio de poder de mercado atribuible a un agente que pudiera poseer un tamaño o capacidad significativa para alterar los precios mediante una retención de parte de la oferta”²².

Pero en el Perú no sólo existe una oferta excesivamente concentrada, sino también barreras legales a la entrada de nuevos generadores. Una de las más importantes es la forma de remunerar la potencia –que es la porción de la tarifa que retribuye la inversión, en tanto que el precio de la energía retribuye los costos operativos– cuyo deficiente diseño no permite recuperar los costos de inversión en los que debe incurrir cualquier operador entrante. Evidentemente, esto no es un problema para quienes ya hundieron sus costos; más bien es una ventaja, pues elimina el ingreso de nuevos

competidores. Con una oferta estática, cerrada a nueva competencia, los incentivos para un reparto del mercado son evidentes.

Lo sorprendente es que el Poder Ejecutivo fue quien aprobó y es quien ha mantenido en vigor todos estos años un marco legal que impide la desconcentración del mercado eléctrico, a pesar que sin ésta no es posible que exista competencia²³. Como afirma Joskow:

“La desregulación de los servicios vendidos en el sector competitivo requiere que haya un adecuado número de firmas competidoras o adecuadas restricciones en los precios dadas por la entrada real o potencial de las nuevas firmas, de tal manera que se asegure que los consumidores no sean gravados por precios que estén significativamente por encima de los niveles competitivos”²⁴.

La solución propuesta en el documento de la Comisión para desconcentrar el mercado consiste en establecer un mecanismo de licitaciones que facilite el ingreso de nuevos competidores. La idea es “empaquetar” los requerimientos futuros de las distribuidoras para atender el segmento regulado y ofrecerlo a quienes estén interesados en instalar nuevas centrales operadas a gas, a cambio de precios fijos que garanticen el retorno de su inversión.

Con la implementación de este sistema de licitaciones, la Comisión pretende resolver tres problemas que aquejan al mercado eléctrico: la excesiva concentración de la oferta, la inseguridad respecto del abastecimiento al mercado regulado y la escasa reserva eficiente en el sistema.

Sin embargo, creo que dicha medida es insuficiente si de lo que se trata es de desconcentrar el mercado en el corto plazo. No basta con fomentar el ingreso de nuevos competidores que atiendan los requerimientos adicionales producto del crecimiento de la demanda del segmento regulado (ni siquiera de la demanda total). Por ejemplo, en un mercado como el norteamericano, con un crecimiento del 2% anual de su demanda, Hunt calcula que le tomaría 35 años a los generadores entrantes alcanzar una participación del 50% del mercado y más de 20 años llegar siquiera al 33%²⁵.

²² Libro Blanco. p. 26.

²³ El gobierno de Fujimori llegó a suspender el otorgamiento de nuevas concesiones hidroeléctricas, argumentando la necesidad de esta medida en la promoción de la utilización del gas de Camisea. Esa decisión política ocasionó la paralización de una serie de proyectos cuya realización nos hubiera puesto en una condición bastante más favorable ante la sequía del año pasado. Todo lo anterior lleva a cuestionar la discrecionalidad que tiene en materia regulatoria el Ministerio de Energía y Minas. En tiempos en que el Gobierno reconoce que la excesiva discrecionalidad del regulador incrementa la percepción de riesgo del inversionista (así se señala expresamente en el Libro Blanco) no debe olvidarse que la gran mayoría de las barreras que limitan la inversión provienen de normas de carácter reglamentario aprobadas por dicho Ministerio. Sería conveniente que la ley imponga al Ejecutivo la misma obligación que actualmente tiene el OSINERG de prepublicar sus proyectos de normas y sustentarlos adecuadamente.

²⁴ JOSKOW, Paul L. “Introduciendo la competencia en las industrias de redes reguladas: de las jerarquías a los mercados en el sector de la electricidad”. Documento de Trabajo 173. Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. p. 7.

²⁵ HUNT, Sally. Op. Cit. p. 98.

En el caso peruano, la desconcentración horizontal debería exigirse al Estado. Si se privatizan las centrales que aún son de su propiedad (que representan, aproximadamente, el 40% de la oferta) y se establecen restricciones para evitar que las empresas con poder de mercado puedan adquirirlas, es posible obtener una oferta más desconcentrada en un plazo razonable.

Llama la atención que esta medida no haya sido recomendada en el Libro Blanco. Si bien a un año de las elecciones, la privatización es una tarea políticamente inviable para el gobierno saliente, puede ser uno de los objetivos del que resulte elegido. De ella depende, en gran medida, que la competencia deje de ser una utopía.

Medidas adicionales para dinamizar la oferta de generación incluyen:

- i) la estandarización de los contratos;
- ii) la obligación de vender un porcentaje significativo de la producción mediante contratos de mediano y largo plazo. De esta manera, se reducen los incentivos para la restricción artificial de la oferta, ya que ésta tiene sentido cuando las ventas se realizan en el mercado *spot*;
- iii) la obligación de formular “ofertas referenciales” en las que se publiciten los precios y condiciones aplicables a los contratos de suministro en función del plazo, volumen y otras características estándares. De esta manera, no sólo se reduce la asimetría informativa –permitiendo a los potenciales compradores comparar las ofertas de sus potenciales vendedores–, sino que se protege al mercado de posibles abusos de posición de dominio. Asimismo, se facilita la introducción de la figura del comercializador –del cual trataremos más adelante– y el ejercicio de su derecho a adquirir la electricidad en igualdad de condiciones.

LA DEMANDA

Otra característica del mercado eléctrico peruano es lo reducido y concentrado de su demanda, no sólo en términos totales, sino especialmente de quienes conforman el llamado “mercado disputable”, que no

son otros que los clientes libres.

De los 3,866.849 consumidores de electricidad que existen en el Perú, sólo 244 tienen el status de clientes libres²⁶ (por tener requerimientos de potencia que exceden 1 megavatio) y, por ende, la posibilidad de elegir a su proveedor y de pactar los precios y condiciones del servicio. Estos 244 consumidores compran aproximadamente el 47% de la energía producida.

Los 3,866.605 usuarios restantes representan el 53% de la demanda de energía y, al tener la calidad de “usuarios del servicio público de electricidad”, deben adquirirla a precio regulado de su distribuidor, quien goza de un monopolio legal en su área de concesión²⁷.

Un dato interesante es que a pesar que la tendencia mundial ha sido reducir progresivamente el límite de consumo para incorporar dentro del rango de clientes libres a un mayor número de agentes (lo que ha sucedido en países como Inglaterra, España y Colombia) en el Perú la frontera de 1 megavatio se ha mantenido inamovible desde que fuera fijada en 1992 por la Ley de Concesiones Eléctricas.

Probablemente, la explicación se encuentra en la excesiva concentración de la oferta de generación en el Perú que hace temer al legislador que una reducción del límite, en lugar de beneficiar a los usuarios con precios de mercado, los exponga a altos costos marginales determinados por centrales obsoletas y restricciones artificiales en la oferta. Es por ello que, a contramano de lo que se da en otros países, el Libro Blanco propone modificar la Ley de Concesiones Eléctricas para que los clientes libres puedan optar por seguir en el mercado regulado, si lo consideran más conveniente²⁸.

Sin perjuicio del justificado temor que puede llevar a la Comisión a cobijar bajo el manto de la regulación al mayor número posible de usuarios, es claro que todo mercado requiere, para su consolidación, de una base lo más amplia posible de vendedores y compradores. Mientras mayor sea la demanda y el número de potenciales clientes en el mercado libre, mayores serán los incentivos para una competencia real. Por eso es fundamental reducir progresivamente el límite que

²⁶ Información proporcionada por la Oficina de Estudios Económicos del OSINERG.

²⁷ El artículo 30 de la Ley de Concesiones Eléctricas otorga un monopolio legal al concesionario de distribución respecto del suministro del servicio público de electricidad, que comprende a todos los usuarios cuyos requerimientos de potencia sean inferiores a los 1,000 kilovatios.

²⁸ “Debe también tomarse en cuenta que la calificación de libre a un determinado consumidor debe constituir una opción que debe ejercer el cliente y no una obligación impuesta por consideraciones sobre su demanda máxima. De esta manera por encima del límite establecido en el Reglamento (1000 kW) el cliente debería poder elegir si desea pertenecer al conjunto de consumidores que pagan tarifas reguladas. La decisión del consumidor de elegir una u otra opción debería establecerse con un cierto periodo de anticipación a determinar, para evitar la especulación con los costos marginales de corto plazo”. Libro Blanco. Primera Versión. p. 29.

separa a los clientes libres de los regulados, con miras a que en un futuro cercano al menos todos los usuarios comerciales e industriales pasen al mercado libre.

El modelo implementado en España resulta particularmente interesante, dado el nivel de concentración que existe en dicho mercado. En ese país, el 85% de la producción de electricidad está en manos de cuatro grupos: Endesa (42,39%), Iberdrola (25,21%), Unión Fenosa (11,49%) e Hidroeléctrica del Cantábrico (6,19%)²⁹. Según un informe de la Consultora London Economics, encargado por la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, el nivel de concentración permite a Endesa e Iberdrola manejar los precios independientemente del mercado³⁰.

La apertura del mercado español comenzó en el año 1997, con la Ley 54/1997. Inicialmente se incluyó en el segmento de los clientes libres a aquellos con consumos superiores a los 15 GWh³¹, lo cual representaba el 26% del mercado (700 suministros). Asimismo, se estableció un cronograma de reducción progresiva de este límite, que a partir de enero de 1999 bajó a 5 GWh (33,40% del mercado y 2,300 suministros). Desde julio de 2000, todos los consumidores de media y alta tensión³² tuvieron la posibilidad de pasar al mercado libre, ampliándose el segmento disputable a 65,000 suministros. A partir del 1 de enero de 2003, todos los consumidores, inclusive los residenciales (es decir, 21,500.000 suministros), tienen la posibilidad de elegir al proveedor de su preferencia. Con una ventaja adicional: los usuarios no sólo tienen el derecho de optar entre permanecer bajo el régimen de tarifa o pasar al mercado libre, sino que su decisión es revocable. El único límite es mantenerse al menos un año en el mercado liberalizado. Si vuelven al segmento regulado, deberán quedarse en él al menos otro año, antes de poder regresar al mercado libre³³. A partir del año 2007, sólo los clientes en baja tensión mantendrán el derecho a revocar su decisión de pasar al mercado libre.

Una exposición reciente del Viceministro de Energía ante la Comisión de Energía y Minas del Congreso, el pasado mes de abril, parece recoger tímidamente el modelo español, al plantear reducir la frontera entre clientes libres y regulados de 1.000 a 500 kilovatios y permitir que los clientes con requerimientos de potencia

entre 500 y 2.000 kilovatios puedan optar entre continuar regulados o pasar al mercado libre. Los clientes con consumos superiores a los 2 megavatios seguirían siendo "obligatoriamente" libres.

Si bien desde el punto de vista teórico no es recomendable que el tránsito al mercado libre sea revocable por el consumidor –por el riesgo de arbitraje, dados los naturales desfases que pueden darse entre la tarifa regulada y los precios de mercado– la revocabilidad puede funcionar como un mecanismo de protección contra el ejercicio de poder de mercado. Si hay competencia efectiva, el mercado libre debe ganarle la batalla a la regulación, porque demostrará su superioridad ofreciendo mayores opciones y ventajas a los consumidores.

De otro lado, los países que han reducido progresivamente el segmento regulado han introducido simultáneamente la figura de los comercializadores. Estos intermediarios compran energía a los generadores para revenderla en el segmento libre –y a veces en el regulado, como en Colombia. De esta suerte, dinamizan el mercado al generar competencia respecto de los clientes libres más pequeños, que justamente son los que el Libro Blanco identifica con dificultades para negociar contratos en condiciones favorables.

Para los generadores, interesados en colocar grandes bloques de energía, los consumidores más pequeños resultan poco apetecibles. Los distribuidores tampoco son la oferta idónea, ya que su tradición como monopolio –y, por tanto, su poca costumbre negociando contratos de suministro en condiciones competitivas– los lleva a privilegiar la atención del servicio público de electricidad, en el que simplemente opera un *pass-through* sin mayores riesgos. Para los comercializadores, por el contrario, los pequeños y medianos clientes libres son el nicho ideal.

Una ventaja adicional es que la introducción del comercializador permite independizar la función que el distribuidor realiza como operador de redes –que constituye un monopolio natural– de la comercialización de energía en el mercado minorista, introduciendo competencia en este último segmento. Esta escisión de actividades no impide que los generadores y distribuidores interesados puedan

²⁹ Según cifras de julio de 2003, citadas por BAZÁN NAVARRO, Ciro Eduardo. "Análisis de la competencia en un mercado mayorista de electricidad: el caso de España". Documento de Trabajo 2004-04. Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Departamento de Análisis Económico Aplicado. p. 6.

³⁰ Ver: RUIZ MOLINA, María Eugenia. "Liberalización del mercado eléctrico y elegibilidad: consecuencias para el consumidor". Universidad Jaume I. Departamento de Administración de Empresas y Marketing.

³¹ El gigavatio hora es una medida de energía que equivale a mil kilovatios hora. En el Perú, el límite se ha establecido en función de la potencia.

³² Superior a 1000 voltios.

³³ La información ha sido extraída de RUIZ MOLINA, María Eugenia. Op. Cit.

constituir sus propias comercializadoras; más bien incrementa la oferta al permitir que terceros accedan a competir en dicho mercado.

Creo que no existe justificación para excluir perpetuamente del mercado a un segmento de la demanda, como tampoco para impedir el ingreso de intermediarios que contribuirían a dinamizar la oferta. Una propuesta de modificación de la Ley de Concesiones Eléctricas que busque introducir mayor competencia debiera admitir la actuación de los comercializadores y ampliar el tamaño del mercado disputable mediante un cronograma realista de reducción progresiva de los usuarios del servicio público de electricidad. La meta debe ser que en el mediano plazo se incorporen al mercado libre, cuando menos, todos los consumidores de alta y media tensión (lo cual incrementaría el número de compradores de 244 a 8,135), así como aquellos de baja tensión que cuenten con sistemas de medición que les permita participar en un mercado competitivo.

GESTIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA DEL SISTEMA

Tanto el mercado *spot* como la operación del sistema interconectado tienen el carácter de instalaciones esenciales, además de monopolios naturales. Probablemente por ello, uno de los temas más controvertidos es quién debe estar a cargo de su administración.

Cuando las actividades eléctricas eran realizadas por empresas verticalmente integradas, lo usual era atribuir la operación del sistema y del mercado "*spot*" a las empresas generadoras (que eran, además, titulares de las instalaciones de transmisión). El objetivo de este tipo de gestión era "garantizar la confiabilidad, minimizar los costos de operación a través de un despacho basado en costos y facilitar el control de las decisiones por grandes generadoras, verticalmente integradas"³⁴.

La moderna regulación económica introdujo la desagregación vertical de actividades y redefinió el rol del operador del sistema y del mercado, por considerar ambas funciones como presupuestos esenciales para la existencia de competencia. El "nuevo modelo" de

operación: "maximiza la competencia en generación (sujeta a estándares de confiabilidad aceptables), compite en precios y no en costos y se encuentra abierto a todos los agentes del mercado"³⁵.

En el nuevo modelo de operación técnica y económica, la comercialización de la energía constituye la principal preocupación, porque la intención es crear un mercado competitivo de la energía. Evidentemente, ello supone abrir el *spot* a generadores, clientes e intermediarios, así como garantizar una operación técnica y económica del sistema en condiciones no discriminatorias. En opinión del Banco Mundial, los dos primeros objetivos que debe alcanzar el organismo encargado del despacho son: la independencia (es decir, no estar controlado por ningún participante ni por ninguna clase de participantes) y la neutralidad (proporcionar acceso no discriminatorio)³⁶.

Una excepción a este "nuevo modelo" han sido las legislaciones de Chile y Perú, que si bien desagregaron las actividades eléctricas, mantuvieron el control de la operación en las empresas de generación.

En el Perú, el COES es una persona jurídica exclusivamente integrada por los generadores y titulares del sistema principal de transmisión. Además de operar el sistema y el mercado *spot*, el COES tiene la función de elaborar y sustentar el estudio técnico-económico en base al cual OSINERG determina las tarifas. Su directorio está compuesto por 9 directores, 8 de los cuales son designados por las empresas de generación y uno por las empresas de transmisión³⁷.

Los directores del COES normalmente son empleados de las compañías de generación y transmisión –al no existir impedimentos legales para ello– y no tienen restricciones para votar, incluso, en los casos en que exista un conflicto de interés directo con la empresa para la cual trabajan. Es bastante difícil, por ende, que estén en condiciones de cumplir, en toda su extensión, el mandato del artículo 85 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, que les exige desempeñar sus funciones "con criterio técnico e independencia".

Sólo mientras estuvo en vigor la versión del artículo 85 aprobada por el Decreto Supremo 17-2000-EM³⁸, se

³⁴ "The old style U.S. pools were created to improve reliability, to minimize operating costs through cost-based dispatch and to facilitate control of decision making by large, vertically integrated power companies". BARKER, James; TENENBAUM, Bernard y Fiona WOOLF. "Governance and Regulation of Power Pools and System Operators - An International Comparison". World Bank Technical Paper 382. Washington D.C. 1997. p. 1.

³⁵ Traducción de: "In contrast, the new style pools were created to maximize competition in generation (subject to accepted reliability standards), to compete on price, not cost and to be open to all market participants...". BARKER, James; TENENBAUM, Bernard y Fiona WOOLF. Ibid. p. 19.

³⁶ Ibid. p. 3.

³⁷ El noveno director es designado por los titulares del sistema principal de transmisión de manera rotativa.

³⁸ Publicado el 18 de setiembre de 2000.

prohibió la participación en el directorio de quienes tuviesen vinculación con el Estado o con las generadoras que vendiesen electricidad a precio regulado. Sin embargo, este texto tuvo una fugaz existencia de cinco meses (hasta que fue derogado el 22 de febrero de 2001 por el Decreto Supremo 11-2001-EM) y nunca llegó a ponerse en práctica. La norma vigente, no obstante, ha incorporado en el directorio del COES, por vez primera, a dos “veedores” con derecho a voz pero sin voto, en representación de los distribuidores y clientes libres.

De otro lado, el sistema de votación consolida el poder de mercado de las empresas más grandes, ya que los representantes de la generación son elegidos por un sistema de votación cumulativa que les otorga 8 votos por cada megavatio de potencia efectiva de su parque generador. Los votos pueden asignarse a un máximo de dos representantes y los grupos económicos son considerados como un solo votante.

Desde que en 1992 se publicó la Ley de Concesiones Eléctricas, los únicos esfuerzos por “abrir” la estructura del COES se limitaron a modificar hasta tres veces el artículo 81 del Reglamento, con el objeto de reducir los requisitos exigidos a los generadores para integrarlo³⁹. Sin embargo, como acertadamente acota el documento de la Comisión, “... no se ha considerado que lo indispensable para mejorar la competencia en un mercado es la participación de vendedores y compradores”⁴⁰.

Es evidente que el control de la operación por la generación incrementa el riesgo de que se produzcan restricciones artificiales de la oferta, dado el alto nivel de concentración en dicho mercado. Origina, además, falta de transparencia y neutralidad en las decisiones e impide a los demás participantes acceder a información relevante y a una instalación tan esencial como el mercado *spot*. Nada de ello contribuye al desarrollo de un mercado competitivo. Finalmente, tiene connotaciones injustas, ya que a un sector que es parte

interesada, se le otorga el poder de tomar decisiones que afectan a terceros.

Es por estas razones que en el Libro Blanco se propone una reforma radical de la estructura del COES, con el fin de permitir el acceso a la gestión técnica y económica del sistema a los demás participantes del mercado en igualdad de condiciones con la generación.

En esencia, existen dos modelos de gestión de la operación que buscan garantizar una administración neutral e independiente:

- Un directorio en el cual tengan representación todos los integrantes del sistema (generadores, clientes y comercializadores)⁴¹.
- Un directorio compuesto por miembros independientes, que no tienen vinculación con los participantes del mercado, ni con el Estado.

Como siempre, existen argumentos a favor y en contra de cada modelo. El primero parece reflejar mejor el ideal democrático de garantizar la participación en el gobierno de todos los integrantes, así como el acceso a la información y adopción de decisiones en condiciones no discriminatorias. Sin embargo, presenta dificultades inherentes a su estructura (¿cuántas clases deben crearse? ¿Cómo se ve afectada la representación en el caso de reorganizaciones societarias: concentraciones, fusiones, escisiones? ¿Debe excluirse a alguna clase de la votación de ciertos temas? ¿Debe alguna clase tener poder de veto o mayor número de representantes?). Las desventajas incluyen las ineficiencias derivadas de directorios con demasiados miembros, lo cual puede obstaculizar el proceso de adopción de acuerdos; así como la falta de independencia de sus integrantes, que puede llevar a que ciertos intereses económicos afecten la operación, sobre todo cuando sus representantes tienen la posibilidad de bloquear las decisiones o controlar la junta⁴².

³⁹ Respecto de los generadores, el artículo 81 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Supremo 9-93-EM) originalmente establecía que sólo podían integrar el COES las empresas que comercializaban más del 50% de su energía firme y cuya potencia instalada fuese superior al 2% de la potencia efectiva de generación del sistema interconectado. En 1994, se redujo el primer límite al 35% de la energía producida. En el año 2000, se redujeron ambos límites a 15% de la energía producida y 1% de la potencia efectiva de generación del sistema interconectado. Recientemente, el 20 de marzo de 2005, el Decreto Supremo 12-2005-EM ha reconocido a los generadores con una potencia de generación inferior al segundo límite, por vez primera, la posibilidad de elegir formar parte del COES, con los mismos derechos y obligaciones que el resto de sus integrantes. Hasta ese momento, los pequeños generadores que no alcanzaban individualmente los límites establecidos en el Reglamento, debían asociarse para poder ingresar al COES, en cuyo caso sólo podían acreditar a un representante del consorcio. Entiendo que con la reciente modificación, cualquier generador que opte por ingresar al COES tendrá el derecho de acreditar un representante ante la asamblea, con prescindencia de su potencia efectiva de generación.

⁴⁰ Libro Blanco. p. 19.

⁴¹ El ejemplo más cercano lo tenemos en Argentina, con CAMMESA, en donde participan representantes de los generadores, transmisores, distribuidores, clientes y Estado, cada uno con una cuota del 20%. Sin embargo, el problema de dicho operador es la participación del Estado y su poder para vetar las decisiones adoptadas por los demás participantes. Lo ideal es que en este sistema de organización ninguna clase tenga el poder de controlar o bloquear los acuerdos.

⁴² Para mayor información sobre modelos de gestión de la operación, ver BARKER, James; TENENBAUM, Bernard y Fiona WOOLF. Op. Cit. y ÁLVAREZ ARRIAGA, Cristián Alberto. “Análisis comparativo de la gobernabilidad de mercados de generación eléctrica”. Tesis para optar al grado de Magister en Ciencias de la Ingeniería. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. 1998.

En cuanto al segundo modelo, la principal ventaja estaría en que al no tener sus miembros vinculación con la oferta, la demanda ni el Estado, se encuentran en mejor capacidad de representar al “interés público” y actuar de forma desinteresada. El mayor peligro para el Banco Mundial, es que su falta de experiencia o información (derivada de su desvinculación de los participantes) les impida tomar decisiones informadas en tiempos adecuados⁴³. En este modelo el diseño resulta también fundamental. Aspectos como los mecanismos para su elección (¿los elige el gobierno o los integrantes del sistema?), y el conjunto de capacidades que deben reunir para una operación eficiente, son esenciales para asegurar su efectividad.

Se ha intentado mitigar las debilidades y desventajas existentes en ambos modelos mediante la creación de versiones híbridas. En algunos sistemas, por ejemplo, existen directorios mixtos, mayoritariamente integrados por miembros independientes, pero que también acogen a representantes de la oferta y demanda. Otro sistema consiste en mantener los directorios independientes, pero crear comités consultivos subordinados al directorio, en los que participan los integrantes del sistema.

Esta última alternativa es la que podría implementarse en el Perú, a tenor de lo señalado por el Viceministro de Energía en una reciente exposición ante el Congreso. Cada participante del mercado (generadores, transmisores, distribuidores, clientes libres y consejo de usuarios) tendría derecho a proponer una terna de profesionales independientes, de las cuales el Ministerio de Energía seleccionaría a los cinco miembros del directorio. En un segundo nivel, existiría un comité consultivo integrado por representantes de las tres actividades eléctricas. Su rol consistiría en absolver las consultas que le formule el directorio y proponer mejoras a las normas y los procedimientos existentes. Adicionalmente se crearía un tribunal de solución de controversias que actuaría como última instancia administrativa para resolver los conflictos que se presenten entre los integrantes del sistema y el operador, o entre integrantes.

Creo que el esquema de organización presentado por el Viceministro va en la dirección correcta, ya que permitiría la existencia de un operador neutral frente a los participantes, a la vez que independiente del gobierno. Ambos aspectos son fundamentales. El primero, por las razones expuestas en esta sección. El segundo, para evitar injerencias políticas que distorsionen el despacho económico y pongan en riesgo la existencia misma del mercado, como nos enseña la reciente historia argentina.

EPÍLOGO

La experiencia en otros países demuestra que, con legislación adecuada, sí es posible contar con mercados eléctricos competitivos. El diagnóstico hecho por el Libro Blanco indica claramente la ruta a seguir y la clase de modificaciones que debe hacerse a la Ley de Concesiones Eléctricas para alcanzar esa meta.

Probablemente, el mayor peligro que enfrentamos hoy es quedarnos a mitad de camino; que las presiones de los diferentes sectores afectados por las reformas lleven a la Comisión, o al Congreso, a pretender quedar bien “con dios y con el diablo”, mediante soluciones de compromiso que no lleguen a resolver los problemas, sino que se limiten a paliar los efectos de la falta de competencia.

William Hogan nos recuerda que las fallas del mercado, una vez identificadas, deben ser corregidas tan pronto como sea posible y nos advierte que:

“Nunca hay que subestimar la habilidad que tienen los participantes del mercado de aprovecharse de los defectos en el diseño [regulatorio]; nunca debe aceptarse como cierta la despreocupada afirmación de que el mercado será capaz de remontar dichos defectos en el corto plazo”⁴⁴.

Y tiene mucha razón. Probablemente nuestro mayor error fue quedarnos cruzados de brazos por trece años, esperando que el mercado resolviese los problemas y la competencia floreciese con un marco legal deficiente y plagado de barreras de entrada.

⁴³ Op. Cit. p. 11.

⁴⁴ “Never underestimate the ability of market participants to exploit design flaws; never accept a blithe assertion that the market will overcome the design flaws any time soon”. Op. Cit. p.11.

CUESTIONES GENERALES APLICABLES A LAS CAUSALES DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DICTADOS EN EL FORO Y A LAS CAUSALES PARA NO RECONOCER Y EJECUTAR LAUDOS ARBITRALES DICTADOS EN EL EXTRANJERO

Fernando Cantuarias S.*
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

A continuación, el autor nos ofrece un análisis sobre dos aspectos fundamentales de los arbitrajes: la regulación de la anulación y el no reconocimiento de los laudos. El artículo pone especial énfasis en la regulación comparada de estos aspectos así como en diferentes sentencias que afirman lo señalado por el autor. Este estudio nos ayudará a comprender la importancia de los aspectos analizados en la vigencia y efectividad de este atractivo mecanismo de solución de conflictos, frente a un Poder Judicial cada vez más desgastado.

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro de la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Conciliación y Arbitraje (CEARCO), del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, del Centro de Arbitraje de AMCHAM-Perú, del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Permítanme escribir unas líneas con la finalidad de felicitar a THEMIS-Revista de Derecho, por sus cuarenta años de fundada y por alcanzar la edición cincuenta.

Yo tuve la oportunidad de formar parte de la "familia THEMIS" cuando Beatriz Boza, en ese entonces miembro del Segundo Consejo Directivo de la Segunda Época, me invitó a trabajar en la Revista que iba ya en su cuarta edición. Luego de varios años de arduo trabajo junto con un grupo fantástico de compañeros, me retiré de la Revista al egresar de la Facultad de Derecho y con la edición doce (si no me equivoco) en imprenta.

THEMIS tiene la particularidad que todos sus miembros deben dejar cualquier labor en la Revista al egresar de la Facultad de Derecho. Esto que sería en cualquier actividad exitosa una debilidad, en THEMIS se ha convertido a lo largo del tiempo en una fortaleza, porque cada equipo directivo que ha ingresado ha impuesto (con éxito) nuevas metas.

Esta felicitación pues alcanza a todos y cada uno de los pasados y actuales estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que con encomiable esfuerzo vienen publicando año a año una Revista de calidad excepcional.

Vayan mis mejores deseos para que el trabajo se mantenga por muchas décadas más.

Entremos ahora a lo que es materia del presente trabajo.

Tradicionalmente Latinoamérica ha sido considerada como un subcontinente hostil al arbitraje¹, afirmación que resulta fácil de comprobar si analizamos las pobrísimas legislaciones arbitrales que nos han regido hasta hace muy pocos años² y la casi nula aceptación de tratados arbitrales universales, como son la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (más conocida como la Convención de Nueva York de 1958)³ y la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI)⁴.

Sin embargo, a partir de la década pasada, las cosas han comenzado a cambiar para bien⁵, lo que se comprueba a partir del gran número de Estados Latinoamericanos que hoy son parte de las Convenciones de Nueva York⁶ y del CIADI⁷.

Pero, donde más se aprecia el cambio, es en el número importante de recientes legislaciones arbitrales⁸, a saber: Bolivia (1997), Brasil (1996),

¹ PIAGGI, Ana I. "Evoluciones recientes del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica". En: Revista de Derecho del Mercosur 6. Diciembre de 2000. p. 148. "Nuestros países son conocidos como un área tradicionalmente difícil para el arbitraje, incluso hostil, y somos probablemente la región del mundo que más lentamente aceptó esta técnica como método de resolución de disputas".

² GARRO, Alejandro M. "El Arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la Nueva Legislación Española de Arbitraje Privado: Un Modelo para la Reforma del Arbitraje Comercial en América Central". En: GARRO, Alejandro M. "Arbitraje Comercial y Laboral en América Central". Nueva York: Transnational Juris Publications Inc. 1990; GARRO, Alejandro M. "The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for reform in Central America". En: The American Review of International Arbitration 2. Volumen 1. 1990; GARRO, Alejandro M. "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America". En: Journal of International Arbitration 4. Volumen 1. 1989; GRIGUERA NAÓN, Horacio A. "Arbitration in Latin America: Overcoming traditional hostility". En: Arbitration International 2. Volumen 5. 1989; y LAYTON, Robert. "Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America". En: Journal of International Arbitration 2. Volumen 10. 1993. pp. 123-141.

³ FULKERSON, Bret. "A Comparison of Commercial Arbitration: The United States & Latin America". En: Houston Journal of International Law 23. 2001. p. 551. "... the reluctance of Latin American countries to sign the New York Convention can be attributed solely to the historic distrust of arbitration".

⁴ Sobre los antecedentes de este Tratado, leer a: BROCHES, Aron. "The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some observations on Jurisdiction". En: Columbia Journal of Transnational Law 2. Volumen 5. 1966. pp. 263-280; y, AMERASINGHE, C.F. "The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation". En: Vanderbilt Journal of Transnational Law 9. 1976. pp. 793-816.

⁵ MANTILLA SERRANO, Fernando. "Major Trends in International Commercial Arbitration in Latin America". En: Journal of International Arbitration 1. Volumen 17. 2000. p. 139. "Latin America can no longer be said to suffer from hostility towards international arbitration". BLACKABY, Nigel; LINDSEY, David M. y Alessandro SPINILLO. "Overview of Regional Development". En: BLACKABY, Nigel; LINDSEY, David M. y Alessandro SPINILLO. "International Arbitration in Latin America". La Haya: Kluwer Law International. 2002. p. 3. "It is (...) fair to say that the region has now sought to adopt a dispute resolution culture favourable to foreign investment, both through adherence to multilateral conventions on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards (...) by the review and renewal of its own (often antiquated) laws on arbitration (...) and by the increased inclusion of arbitral remedies in favour of investors in both regional trade treaties and bilateral investment treaties".

⁶ Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. FULKERSON, Bret. "A Comparison of Commercial Arbitration: The United States & Latin America". Op. Cit. p. 551. "The widespread ratification of the Convention among Latin American countries is indeed a positive development...".

A enero de 2005, 135 países son parte de esta Convención. Fuente: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Situación de las Convenciones y Leyes Modelo, www.uncitral.org/spanish/Status/status-s.htm. El Perú se adhirió a este tratado, mediante Resolución Legislativa 24810, de 4 de marzo de 1988.

⁷ Argentina, Bahamas, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. MANTILLA SERRANO, Fernando. "Major Trends in International Commercial Arbitration in Latin America". Op. Cit. p. 139. "Concerning political risks and protection of foreign investment, the ratification of the 1965 World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes has contributed to reassure potential investors in the region".

⁸ GRIGUERA NAÓN, Horacio A. "Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America", documento presentado en el First Annual Miami International Arbitration Conference, ICDR International Centre for Dispute Resolution y Stell Hector Davis International. Miami. 2003. pp. 95-96. "There is no doubt—it has by now become almost truism—that Latin America has become a more fertile ground than before for the development of commercial arbitration (...) one of the dominant characteristics of the evolution of commercial arbitration in Latin America during the last ten years has been the proliferation of new legislation regarding commercial arbitration in this part of the world".

Colombia (1998), Costa Rica (1997), Chile (2004), Ecuador (1997), El Salvador (2002), Guatemala (1995), Honduras (2000), México (1993), Panamá (1999), Paraguay (2000), Perú (1996) y Venezuela (1998)⁹.

Sin embargo, más allá del número y de lo reciente de muchas de estas legislaciones arbitrales, debemos llamar la atención acerca de que en la gran mayoría de los casos estas regulaciones no resultan amigables para la práctica no sólo del arbitraje internacional¹⁰, sino además del doméstico o local¹¹.

Esto se debe principalmente, a que son muy pocas las legislaciones arbitrales latinoamericanas que han seguido de cerca la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (o Ley Modelo de UNCITRAL)¹², aun cuando se trata de un instrumento esencial al momento de pretender modernizar las disposiciones arbitrales de un país¹³.

Así, las legislaciones latinoamericanas regulan la temática del arbitraje de forma muy diversa, aunque es posible identificar en aquellas con regulación arbitral reciente algunos elementos comunes.

En efecto, en lo que es materia de este trabajo; es decir, el tema de las cuestiones generales aplicables a las causales de anulación de los laudos arbitrales dictados en el foro (en el lugar del arbitraje),

tenemos que las legislaciones arbitrales de Bolivia (artículo 63 de la Ley de Arbitraje y Conciliación 1770), Brasil (artículo 32 de la Ley de Arbitraje 9307), Chile (artículo 34 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional), Colombia (artículo 163 del Decreto 1818), Costa Rica (artículo 67 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social 7727), Ecuador (artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación 145/97), El Salvador (artículos 68 y 79 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje –Decreto 914-2002), Honduras (artículos 74 y 89 de la Ley de Conciliación y Arbitraje –Decreto 161-2000), Guatemala (artículo 43 de la Ley de Arbitraje 67-95), México (artículo 1457 del Código de Comercio Reformado de 1993), Panamá (artículos 34 y 40 de la Ley de Arbitraje y Mediación –Decreto Ley 5), Paraguay (artículo 40 de la Ley 1879/02 de Arbitraje y Mediación), Perú (artículos 73 y 123 de la Ley General de Arbitraje) y Venezuela (artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial 36.430), regulan el recurso de anulación contra los laudos arbitrales, como la única vía de orden público habilitada para atacar la validez del fallo de los árbitros¹⁴.

En los casos de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Brasil, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay y Venezuela, se establecen causales de anulación comunes para cualquier laudo arbitral que se dicte dentro de sus fronteras.

⁹ Hasta el momento en que se escriben estas líneas, las legislaciones arbitrales de Argentina, Nicaragua, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Uruguay, mantienen disposiciones arbitrales anticuadas y poco amigables al arbitraje. Es más, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (www.cejamerica.org/report/muestra_pais.php) y SICE (www.sice.oas.org/DISPUTE/COMARB/canale.asp) no identifican la existencia de legislaciones arbitrales en Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Haití, Jamaica, Santa Lucía, Saint Vincent y Las Granadinas, St. Kitts and Nevis y Surinam.

¹⁰ BLACKABY, Nigel; LINDSEY, David M. y Alessandro SPINILLO. "Overview of Regional Development". Op. Cit. p. 12. Identifican únicamente a México, Perú y Venezuela como lugares amigables para la práctica del arbitraje internacional. Nosotros no estamos de acuerdo con los autores acerca de Venezuela y consideramos que la lista debe ser completada con Chile y Guatemala.

¹¹ Para un análisis más completo de este tema, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. "Problemática del arbitraje internacional en Latinoamérica". En: Revista de Economía y Derecho 6. Volumen 1. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). 2005 (de próxima aparición).

¹² OKEKEIFERE, Andrew I. "Appointment and Challenge of Arbitrators Under the UNCITRAL Model Law: Part 1: Agenda for Improvement". En: International Arbitration Law Review 5/6. Volumen 2. 1999. p. 167. "The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration has indeed turned out to be a model piece of legislation and, like the New York Convention, a marvellous success in international persuasive legislation. It even promises to surpass the New York Convention by far, going by the rate at which several nations of diverse legal and constitutional models are adopting it into their national statutory framework. The idea of achieving a real 'uniformity of the law of arbitral procedures' through it is proving by the day to be a practicable dream indeed". HERRMANN, Gerold. "UNCITRAL's work towards a Model Law on International Commercial Arbitration". Op. Cit. p. 547 y siguientes; HERRMANN, Gerold. "The UNCITRAL Model Law –its background, salient features and purposes". Op. Cit. p. 13 y siguientes; y, UNGAR, Kenneth. "The Enforcement of Arbitral Awards under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration". Op. Cit. pp. 727-741.

¹³ A la fecha, los siguientes Estados han incorporado total o parcialmente esta Ley Modelo: Alemania, Australia, Azerbaiyán, Bahrain, Bangladesh, Bermudas, Bielorrusia, Bulgaria, Canadá (por el Parlamento Federal y por los órganos legislativos de todas las provincias y territorios), Chile, Chipre, Corea, Croacia, Egipto, Escocia, España, Federación Rusa, Finlandia, Grecia, Guatemala, Hong Kong, Hungría, India, Irán, Irlanda, Japón, Jordania, Kenia, Lituania, Macao, Madagascar, Malta, México, Nigeria, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, Perú, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Ucrania, Zambia y Zimbabue. En los Estados Unidos de América ha sido adoptado en todo o en parte por California, Connecticut, Illinois, Maryland, Oregon y Texas. Sobre este particular, leer a: SHIFMAN, Bette E. "Developments in adoption of the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration". En: The American Review of International Arbitration 2. Volumen 1. Columbia University. 1990. p. 281 y siguientes; GRIFFITH DAWSON, Frank. "El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?". En: Ius Et Veritas 15. Lima. 1997. p. 200; HERRMANN, Gerold. "Power of Arbitrators to Determine Procedures under the UNCITRAL Model Law". En: ICCA XII International Arbitration Congress. Viena. 1994. p. 21; y, ICC Commission on International Arbitration. "Final Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration". En: The ICC International Court of Arbitration Bulletin 1. Volumen 9. 1998. p. 47.

¹⁴ Aunque Colombia (artículo 166) identifica la existencia de un recurso extraordinario de revisión, que se rige por el Código de Procedimiento Civil. De la misma manera, Costa Rica (artículo 67) autoriza que contra los laudos arbitrales se interponga además el recurso de revisión conforme al Código Procesal Civil. Sobre el régimen colombiano, leer a: MANTILLA SERRANO, Fernando. "Colombia". En: BLACKABY, Nigel; LINDSEY, David M. y Alessandro SPINILLO. "International Arbitration in Latin America". La Haya: Kluwer Law Internacional. 2002. pp. 128-130.

En cambio, Chile y el Perú cuentan con un régimen dual¹⁵, al establecer disposiciones específicas aplicables a la anulación de laudos arbitrales nacionales y a fallos arbitrales internacionales¹⁶.

Por su parte, las legislaciones arbitrales de Bolivia (artículo 81), Brasil (artículo 38), Chile (artículo 36 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional), El Salvador (artículo 82), Guatemala (artículo 47), Honduras (artículo 74), México (artículo 1462), Panamá (artículo 41), Paraguay (artículo 46) Perú (artículo 129) y Venezuela (artículo 49), establecen las causales para no reconocer y ejecutar un laudo arbitral extranjero.

Sin embargo, cabe recordar que, como todos estos Estados son parte de la Convención de Nueva York¹⁷, las disposiciones locales serán de aplicación¹⁸ sólo en caso no resulte aplicable este Tratado¹⁹ o, en su defecto, algún otro instrumento internacional²⁰.

Con estos antecedentes, ingresemos a analizar las cuestiones generales aplicables a las causales de anulación

de laudos arbitrales dictados en el foro, como a las causales para no reconocer y ejecutar un fallo arbitral extranjero.

I. NO ES LO MISMO ANULAR Y NO RECONOCER UN LAUDO ARBITRAL

Conviene aclarar que existen diferencias entre “anular” y “no reconocer” un laudo arbitral. En efecto, conforme al artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York, sólo el poder judicial del país en que o conforme a cuya ley se dictó el laudo arbitral puede declarar su anulación, la que tendrá, en principio, efectos *erga omnes*²¹. En cambio, si el laudo ha sido dictado en un Estado distinto a aquel en el que se intenta su reconocimiento y ejecución, este último Estado sólo puede no reconocerlo, cuando el laudo arbitral esté incurso en alguna de las causales establecidas en el artículo V de la Convención de Nueva York²².

En otras palabras, si por ejemplo el poder judicial peruano anula un laudo nacional o internacional (es decir, un laudo dictado dentro de nuestras fronteras), la decisión tendrá,

¹⁵ La Ley General de Arbitraje peruana regula el tema de las causales de anulación de los laudos arbitrales dictados en el Perú, en los artículos 73 (para laudos nacionales) y 123 (para laudos internacionales). Por su parte, en Chile el artículo 34 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional establece las causales de anulación aplicables a los laudos arbitrales comerciales internacionales, mientras que el Código de Procedimientos Civiles regula los recursos que cabe interponer contra los demás laudos arbitrales dictados en territorio chileno.

La diferencia entre uno y otro es que en el Perú las causales establecidas en los artículos 73 y 123 son prácticamente idénticas a las contenidas en la Ley Modelo de UNCITRAL, mientras que, en el caso de Chile, sólo las causales aplicables a los arbitrajes internacionales se basan en estándares modernos.

¹⁶ Al parecer Panamá, El Salvador y Honduras también establecen un sistema dual, ya que si bien los artículos 34, 68 y 74, respectivamente, establecen las causales de anulación de los laudos arbitrales, seguidamente los artículos 40, 79 y 89, respectivamente, hacen referencia a que a los laudos arbitrales dictados dentro de sus respectivos territorios que sean considerados “internacionales”, se les aplicará las disposiciones reservadas a los laudos arbitrales extranjeros, dando así a entender que contra los laudos arbitrales “internacionales” dictados en Panamá, Honduras o El Salvador, las causales de anulación aplicables serían aquellas reservadas para el no reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Parecería pues que Panamá, El Salvador y Honduras han ampliado el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, haciéndolo aplicable incluso a laudos arbitrales dictados dentro de sus fronteras.

¹⁷ Como también lo son Colombia, Costa Rica y Ecuador.

¹⁸ En todo caso, vale la pena aclarar que las disposiciones arbitrales de Chile, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Perú, son prácticamente idénticas a las contenidas en el artículo V de la Convención de Nueva York.

¹⁹ La Convención de Nueva York se aplica esencialmente al reconocimiento y la ejecución de todos los laudos arbitrales que sean dictados fuera del Estado donde se pide el reconocimiento y la ejecución, aun cuando los fallos arbitrales sean emitidos en Estados que no sean miembros de este Tratado, salvo que se haya hecho uso de la reserva de reciprocidad. Sobre este particular, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en el lugar del arbitraje”. En: Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú 56. Lima. 2003. pp. 583-589; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Nuevo marco normativo aplicable al Arbitraje en nuestro país: Ley General de Arbitraje –Ley No. 26572”. En: Scribas, Revista de Derecho 2. Arequipa. 1996. p. 252 y siguientes; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. “Law and Practice of International Commercial Arbitration”. Segunda Edición. Londres: Sweet & Maxwell. 1991. p. 63 y siguientes; GRAVING, Richard J. “How Non-Contracting States to the ‘Universal’ New York Arbitration Convention enjoy Third-Party Benefits but not Third-Party Rights”. En: Journal of International Arbitration 3. Volumen 14. 1997. pp. 167 y siguientes; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales”. En: THEMIS-Revista de Derecho 21. Lima. 1992. pp. 17-24; y, CRAIG, Laurence, PARK William y Jan PAULSSON. “International Chamber of Commercial Arbitration”. Segunda Edición. París: ICC Publications. 1990. p. 660 y siguientes.

²⁰ Como puede ser la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (más conocida como la Convención de Panamá de 1975). A la fecha, son miembros de este Tratado: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Sobre este particular, leer a: VAN DEN BERG, Albert J. “The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?”. En: Arbitration Internacional 3. Volumen 5. 1989. p. 219 y siguientes; GRIGUERA NAÓN, Horacio A. “Países de América Latina como Sede de Arbitrajes Comerciales Internacionales”. En: Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI-El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento Especial. 1995. p. 49 y siguientes; y, BOWMAN, John P. “The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act”. En: The American Review International Arbitration 11. 2000. p. 38 y siguientes.

²¹ GRIFFITH DAWSON, Frank. “El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?”. Op. Cit. p. 209. “... la ley del lugar del arbitraje es importante debido a que si en virtud de ésta un laudo ha sido anulado, revocado o invalidado por un tribunal en su esencia, no puede ser ejecutado conforme a la Convención de Nueva York, convenios bilaterales o la legislación nacional”. Sin embargo, CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en el lugar del arbitraje”. Op. Cit. pp. 583-613, identifica antecedentes en varios países (principalmente Francia y los Estados Unidos de América) en los que se han ejecutado laudos arbitrales que habían sido anulados en la sede del arbitraje.

²² REISMAN, W. Michael. “Systems of Control in International Adjudication & Arbitration -Breakdown and Repair-”. Duke University Press. 1992. p. 114. “The ‘nullificatory’ consequences of decisions in secondary jurisdictions, if they can even be called that, are limited to (...) question of enforcement (...) in that forum. But nullification consequences of decisions in primary jurisdictions have a universal effect. In terms of the dynamic of the convention, once an award has been set aside in a primary jurisdiction, it is not supposed to be enforceable anywhere else”. DELAUME, Georges R. “Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards”. En: Journal of International Arbitration 1. Volumen 12. 1995. p. 6. “... it must be noted that the consequences of a challenge to an award at its place of making and at the place where recognition is sought are not the same. Judicial review at the place of making concerns the validity of the award and is of direct relevance to its finality since an adverse decision may lead to the annulment of the award. At the stage of recognition, the scope of judicial review is limited to deciding whether the award should be granted or denied recognition. In other words, a denial of recognition may affect the effectiveness of the award but has no bearing upon its validity”.

en principio, el efecto de evitar su reconocimiento y ejecución en otros Estados. En cambio, si el laudo es dictado, por ejemplo, en Alemania, y las cortes de justicia del Perú no amparan el pedido de reconocimiento y ejecución, ello no será impedimento para que el poder judicial de cualquier otro Estado otorgue el reconocimiento y la ejecución, si así lo considera pertinente, sin considerar lo decidido por los tribunales de justicia peruanos²³.

Idéntico será el efecto si quien pretende anular el laudo arbitral no es la autoridad del país en que o conforme a cuya ley se dictó el fallo, como ha quedado ejemplificado en el caso seguido por *Karaha Bodas Co. c. Perusahaan Pertamina Minyak Dan Bumi Negara*. En efecto, aquí la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito Federal norteamericano se enfrentó a un caso en el cual las partes participaron en un arbitraje en Suiza, luego de lo cual el perdedor inició un procedimiento de anulación del laudo arbitral pero no en Suiza sino ante las cortes de Indonesia, quienes “anularon” el fallo arbitral. Cuando se intentó el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral en los Estados Unidos de América al amparo de la Convención de Nueva York, el demandado alegó que no procedía porque el fallo había sido anulado por el poder judicial indonesio. Sin embargo, en su fallo de 23 de marzo de 2004, la corte norteamericana correctamente consideró que el laudo arbitral había sido dictado en Suiza, bajo las leyes arbitrales de ese país, por lo que la corte de Indonesia era una *secondary jurisdiction*, sin capacidad para anular un laudo arbitral.

II. NO CABE LA REVISIÓN DEL FONDO DE LA CONTROVERSIA

En ningún caso (sea un laudo nacional, internacional o extranjero), el poder judicial podrá reexaminar el

fondo de la controversia, ya que lo que hayan decidido los árbitros tiene la calidad de cosa juzgada²⁴.

En ese sentido, conviene recordar lo que disponen, por ejemplo, los artículos 60 y 61 de la Ley General de Arbitraje peruana, respecto al objeto de los recursos de apelación y de anulación. Así, mientras el primero permite la revisión de los fundamentos de las partes, de la prueba y de la aplicación e interpretación del derecho (análisis sobre el fondo), el recurso de anulación sólo tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos, de conformidad con las causales taxativas que determina la ley²⁵.

Justamente sobre este particular, vale la pena citar a Caivano²⁶: “Cabe aclarar que la impugnación por nulidad es conceptualmente distinta e independiente de la revisión por apelación que pueda caber contra el laudo. En el primer caso, lo que se procura es invalidar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone, y en consecuencia, los medios de impugnación no resultan (...) en principio disponibles por las partes al fundarse en cuestiones de orden público. Mediante la apelación lo que se busca es que el órgano superior revise lo decidido por los árbitros en el laudo, con facultades para confirmarlo, modificarlo o revocarlo. En este último supuesto se revisa el fondo del laudo, mientras que en el primero solamente se controla el cumplimiento de los recaudos legales, sin entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión (...) El mismo principio (...) debe aplicarse a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”²⁷.

Esto significa también que, como bien indica Boza²⁸, “... las determinaciones del árbitro tanto en cuanto

²³ VAN DEN BERG, Albert J. “When is an Arbitral Award Nondomestic under the New York Convention of 1958?”. En: *Pace Law Review* 1. Volumen 6. 1985. p. 41. “As a general rule, whilst recognition and enforcement merely have a territorial effect, setting aside has, according to the Convention, an extra-territorial effect (...) The granting or refusal of recognition and enforcement is territorially limited to the court’s jurisdiction. A foreign court is not bound by a granting or refusal of recognition and enforcement by a court of another country, because neither is listed in the Convention as a ground for which recognition or enforcement must be respectively granted or refused”.

²⁴ VAN DEN BERG, Albert J. “New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII (1988) - XIV (1989)”. En: *Yearbook Commercial Arbitration*. Volumen XIV. 1989. p. 582. “... the court before which the enforcement of a Convention award is sought, may not review the merits of the award...”.

²⁵ En ese sentido se pronunció el Tribunal Supremo español, en un fallo de 17 de marzo de 1988: “... a este Tribunal sólo le es dable emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento del arbitraje a los límites de lo convenido, dejando sin efecto, en este punto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en el mayor o menor fundamento de lo decidido”. Lo mismo hizo la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en su sentencia de 18 de octubre de 2002, en los seguidos por Hica Inversiones S.A. con la Empresa Eléctrica del Perú-Electroperú S.A. y el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado-FONAFE, sobre anulación de laudo arbitral (expediente 1440-02).

En efecto, Hica Inversiones S.A. interpuso recurso de anulación contra un laudo arbitral, cuyo proceso fue administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, alegando, entre otros, que el laudo arbitral no estaba debidamente motivado. Sin embargo, la corte consideró correctamente lo siguiente: “... las alegaciones de Nulidad del Laudo derivadas de presuntas deficiencias en la motivación del fallo arbitral, deben desestimarse de plano (...) por cuanto los mecanismos de protección previstos en la Ley de la materia (...) [Ley General de Arbitraje no] lo contempla dentro de su expreso tenor y porque, además, importa un nuevo examen de la prueba actuada...”.

²⁶ CAIVANO, Roque J. “Los Laudos Arbitrales y su Impugnación por Nulidad”. En: *Jurisprudencia Argentina*. 23 de febrero de 1994. p. 10.

²⁷ HOLSTEIN, Victoria L.C. “Co-opting the Federal Judiciary: Contractual Expansion of Judicial Review of Arbitral Awards”. En: *World Arbitration & Mediation Report* 11. Volumen 12. 2001. p. 277. En términos coloquiales una corte federal de los Estados Unidos de América identificó el rol asignado a los jueces en el recurso de anulación, indicando que se trata de “... a ticket-taker at an unreserved-seating entertainment event whose job is to check whether the parties have a valid ticket for the performance, but who has no responsibility to decide (...) where the parties should sit once inside, what time the show should begin and whether the guests’ complaints about the quality of the show are valid”. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Barchaman, 916 F. Supp. 845, 849 (N.D. 111. 1996).

²⁸ BOZA DIBÓS, Beatriz. “Reconocimiento y Ejecución en el Perú de Laudos Arbitrales Extranjeros”. En: *THEMIS- Revista de Derecho* 16. Lima. 1990. p. 63.

a los hechos materia de la controversia como a la interpretación que haga del Derecho aplicable y las conclusiones jurídicas a las que llegue, por más erradas que éstas pudieran estar, son inamovibles. La tarea de la corte se limita, pues, a revisar la forma más no el fondo del asunto... ”²⁹.

En otras palabras, aun cuando los jueces encuentren que los árbitros han incurrido en errores de apreciación de los hechos o han aplicado erróneamente el Derecho, por ningún motivo podrán

modificar lo decidido en el laudo³⁰, simplemente porque dicha función, para bien o para mal, fue asignada libremente por las partes de manera exclusiva a los árbitros³¹.

III. LAS CAUSALES SON TAXATIVAS Y DEBEN SER INTERPRETADAS DE MANERA RESTRICTIVA

Las causales para anular un laudo arbitral dictado en el foro, o para no reconocer y ejecutar un laudo arbitral emitido en el extranjero, son

²⁹ HOLSTEIN, Victoria L.C. “Co-opting the Federal Judiciary: Contractual Expansion of Judicial Review of Arbitral Awards”. Op. Cit. p. 277. Como explica la autora, este es el estándar establecido por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, que es el que corresponde seguir a los jueces latinoamericanos: “... the Supreme Court has explained that parties who voluntarily consent to arbitrate agree to accept the arbitrator’s fact-finding and construction of the contract. [United Paperworkers Int’l Union v. Misco, Inc. (1987)] In so doing, parties ‘trade the procedures and opportunity for review of the courtroom for simplicity, informality and expedition’. [Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. (1985)] (...) a court ‘do[es] not sit to hear claims of factual or legal error by an arbitrator as an appellate court does in reviewing decisions of lower courts...’. United Paperworkers Int’l Union v. Misco, Inc. (1987). De manera similar se han pronunciado en diversas oportunidades las cortes federales del Canadá, país que cuenta con una legislación arbitral UNCITRAL. Así, por ejemplo, ver el caso seguido por *Re Corporation Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. v. STET International, S.p.A. (CLOUT Case 391: Superior Court of Justice (Lax J.), 22 September 1999)*.

³⁰ BIREN, Melissa. “Res Judicata/Collateral Estoppel effect of a Court determination in subsequent Arbitration”. En: Albany Law Review 4. Volumen 45. 1981. p. 1048. “... the fact that another arbitrator or judge may have reached a different conclusion, or that the court finds the award contrary to the weight of the evidence, or that there was error in application of law or fact do not establish grounds sufficient for setting aside an award”. En ese sentido, en el caso *Dunda Shipping and Trading Co. v. Stravelakis Bros. Ltd. (508 F. Supp. S.D.N.Y. 1981)*, una corte norteamericana indicó lo siguiente: “[It] is not the function of a district court to review the record of an arbitration proceeding for mere errors of law or fact”. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “Laudos arbitrales y medios impugnatorios”. En: Cuadernos Jurisprudenciales –Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica 17. 2002. p. 17. “Por medio del recurso de anulación no es posible discutir los fundamentos del laudo ni el acierto de sus disposiciones, porque no se transfiere al tribunal revisor la facultad de decidir, que es exclusiva de los árbitros, porque las partes han querido precisamente excluir a los tribunales, de intervención, que solo aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas...”. En el fallo de la Corte de Apelaciones de Luxemburgo de 28 de enero de 1999, en los seguidos por *Sovereign Participations International S.A. v. Chadmore Developments Ltd. (Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (Ed.), Vol. XXIVA, 1999, pp. 714-723)*, sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Génova, se afirmó lo siguiente: “... the Convention does not allow the enforcement court in any case to review the manner in which the arbitrators decided on the merits (...) Even if the arbitral tribunal makes a gross mistake of fact or law, this is not a ground for refusing enforcement of the award”.

³¹ El caso *Northrop Corp. c. Triad International Marketing S.A. (811 F. 2d 1265 9th Cir. 1987)*, es ilustrativo acerca del comportamiento que deben observar los tribunales de justicia. Se trató de un contrato de marketing suscrito en 1970, mediante el cual Triad se convertía en representante exclusivo de todo contrato de adquisición de material bélico. Sin embargo, años después, el gobierno de Arabia Saudita prohibió el pago de comisiones por la adquisición de armamento, lo que desencadenó el conflicto que fue sometido a arbitraje. Cuando el laudo se dictó en favor de Triad, Northrop solicitó al poder judicial la anulación del laudo, ante lo cual la corte resolvió que: “The arbitrators’ conclusions on legal issues are entitled to deference here. The legal issues were fully briefed and argued to the arbitrators: the arbitrators carefully considered and decided them in a lengthy written opinion. To now subject these decisions to de novo review would destroy the finality for which the parties contracted and render the exhaustive arbitration process merely a prelude to the judicial litigation which the parties sought to avoid”.

De manera similar, en un fallo sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral al amparo de la Convención de Nueva York, una corte norteamericana afirmó lo siguiente: “We observe that it is only coincidence that the substantive law selected by the parties to be applied in this dispute happens to be the domestic law of a jurisdiction which we from time to time are called upon to apply. It could just as fortuitously have been the domestic law of Botswana or the Ukrainian Soviet Socialist Republic, both countries being contracting members under the Convention at the time of its ratification by the United States. We cannot understand how the Convention, created to assure consistency in the enforcement of foreign arbitral awards, would not be gravely undermined, if judges sitting in each of the many jurisdictions where enforcement may be obtained, were authorized by the Convention to undertake a de novo inquiry into whether the law the arbitrators said they were using was or was not properly applied by them. The plain answer is that the Convention does not, and could not, contemplate such a chaos” (*International Standard Electric Corporation v. Bidas Sociedad Anónima Petrolera, Industrial y Comercial, United States District Court, S.D. New York, 1990, 745 F.Supp. 172*).

En el Perú, vale la pena destacar los considerandos de dos resoluciones judiciales que expresamente prohíben el análisis del fondo de un laudo arbitral:

(a) Sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 21 de diciembre de 2001 (Expediente 176-2001), en los seguidos por IAN PERU S.A.C. con Agrícola Yaurilla S.A., sobre anulación de laudo arbitral: “Segundo: Que la pretensión de anulación basada en la causal antes indicada se circunscribe al cuestionamiento sobre la estructuración del razonamiento jurídico empleado por el árbitro en la construcción del laudo; que en este contexto, los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el laudo arbitral son inatacables e irreversibles; no pudiendo ser objeto de análisis, bajo los argumentos alegados por el peticionante desde que incidir sobre la construcción legal del Laudo para determinar si la motivación es la debida y si responde o tiene correspondencia con la prueba actuada, en la medida que el cuestionamiento en esencia compromete el razonamiento jurídico empleado por los árbitros, implica necesariamente analizar la justicia de la decisión, situación que la mencionada ley [General de Arbitraje] no lo permite a través del Recurso de anulación”.

(b) Sentencia en Casación de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de 5 de mayo de 2003 (Expediente Casación 3590-02, LIMA), en los seguidos por Compañía Importadora y Exportadora del Perú, S.A. con la Corporación de Productos Alimenticios Nacionales PYC S.A., sobre anulación de laudo arbitral: “Cuarto.- Que, la Sala Superior (...) [anula el laudo] por considerar que el Tribunal Arbitral no puede afirmar que la empresa CIMEX ha cumplido con su obligación de obtención de las cesiones de posesión contractual de todos los contratos con los terceros adquirentes de los locales del Mercado Arriola, si no se han tenido a la vista todos esos contratos, por lo que concluye que el laudo no se sujeta al mérito de lo actuado (...) Sexto.- Que, en el caso de autos, la Sala de mérito (...) analiza (...) [el fondo del laudo arbitral] pues considera que no se ha acreditado el incumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa CIMEX por no haberse tenido a la vista todos los contratos de cesión de posición contractual de todos los terceros adquirentes, cuando lo que correspondía era establecer si se le había perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa de la empresa PYC Sociedad Anónima, al sustentarse su recurso de anulación en la causal prevista en el inciso segundo del artículo setentitrés de la Ley Número veintiséis mil quinientos setentidós”.

taxativas³² y deben ser interpretadas de manera restrictiva³³.

En efecto, las legislaciones arbitrales de Perú, Venezuela, Paraguay, Panamá, Honduras, Guatemala, El Salvador, Chile, Bolivia y México, expresamente señalan que las causales de anulación de los laudos arbitrales son taxativas³⁴.

Por su parte, en lo que se refiere al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, el artículo V de la Convención de Nueva York dispone sobre este

particular, lo siguiente: "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución..."³⁵.

De la misma manera, las legislaciones arbitrales de Perú, México, Venezuela, Paraguay, Panamá, Honduras, Brasil, Guatemala, El Salvador y Chile, expresamente disponen que las causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales extranjeros son taxativas³⁶.

³² En el caso *D. Frampton & Co. Ltd. v. Silvio Thibeault and Navigation Harvey & Frères Inc.* (1998), una Corte Federal del Canadá ante un pedido de anulación de un laudo internacional, se pronunció en el sentido de que: "Cuando se solicita la anulación de un laudo arbitral, el tribunal sólo está facultado para examinar el laudo sobre la base de las disposiciones restrictivas del artículo 34 de la Ley Modelo [de UNCITRAL] que figuran en el *Commercial Arbitration Code*, S.R.C. 1985, c.C.-34.6" (citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1, de 17 de mayo de 1993).

³³ La Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, en el caso *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 520 (1974), dispuso lo siguiente: "The goal of the Convention, and the principal purpose underlying American adoption and implementation of it, was to encourage the recognition and enforcement of commercial arbitration agreements in international contracts and to unify the standards by which agreements to arbitrate are observed and arbitral awards are enforced in the signatory countries". Siguiendo este precedente, en el caso *Diapulse Corp. of America v. Carba Ltd.* (626 F.2d 1108, 2d Cir., 1980), la corte indicó lo siguiente: "The purpose of arbitration is to permit a relatively quick and inexpensive resolution of contractual disputes by avoiding the expense and delay of extended court proceedings (...). Accordingly, it is a well-settled proposition that judicial review of an arbitration should be, and is, very narrowly limited". VON MEHREN, Robert B. "The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law". En: *The Yale Journal of World Public Order* 1. Volumen 9. 1982. p. 349. "Because of these strong policy considerations, any defense to the enforcement or recognition of an award are construed narrowly".

³⁴ Perú (artículo 73.- "El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes..." y artículo 123.- "Contra lo resuelto en un laudo arbitral internacional (...) sólo procede interponer recurso de anulación (...) cuando la parte que interpone la petición pruebe..."), aplicables al arbitraje nacional e internacional, respectivamente); Venezuela (artículo 44.- "La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar..." y artículo 45.- "El Tribunal Superior no admitirá el recurso de nulidad (...) cuando las causales no se correspondan con las señaladas en esta Ley"); Paraguay (artículo 40.- "... Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados cuando..."); Panamá (artículo 34.- "Contra el laudo arbitral interno sólo podrá interponerse el recurso de anulación, por las siguientes motivos tasados..."); Honduras (artículo 73.- "Las únicas causas de nulidad del laudo son las siguientes..."); Guatemala (artículo 43 (2).- "El laudo arbitral sólo podrá ser revisado por la Sala de la Corte de Apelaciones respectiva, cuando..."); El Salvador (artículo 68.- "Las únicas causales del recurso de nulidad del laudo son las siguientes..."); Chile (artículo 34 (2) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.- "El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando..."); Bolivia (artículo 62.- "Contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo arbitral, debe fundamentarse y basarse exclusivamente en las causales señaladas en el siguiente artículo"); y, México (artículo 1457.- "Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando...").

La jurisprudencia peruana confirma este estándar:

- Sentencia de 18 de octubre de 2002, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en los seguidos por Hica Inversiones S.A. con la Empresa Eléctrica del Perú-Electroperú S.A. y el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado-FONAFE, sobre anulación de laudo arbitral (expediente 1440-02): "... la Ley General de Arbitraje (...) establece en su artículo setentitrés, en número cerrado, las siete únicas causales por las cuales puede demandarse la anulación de un Laudo Arbitral, señalando en su artículo setenticocho, en estricta y cerrada correspondencia biunívoca, las consecuencias jurídicas aplicables a cada una de las causales en caso de ser acogidas...".

- Fallo de 18 de abril de 2002, dictado por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en los seguidos por Texas Petroleum Company, Sucursal del Perú con Servicio Automotriz San Luis S.A., sobre anulación de laudo arbitral (expediente 723-01): "... de conformidad con el artículo sesentiueno de la Ley General de Arbitraje (...) contra los laudos (...) procede la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo setentitrés de la misma Ley (...) de modo que en vía de interpretación de la norma no es viable crear nuevas causales de anulación, pues los dispositivos legales acotados lo prohíben".

- Sentencia en Casación de 5 de mayo de 2003, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en los seguidos por Compañía Importadora y Exportadora del Perú S.A. con la Corporación de Productos Alimenticios Nacionales PYC S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Expediente Casación 3590-02 LIMA): "Quinto.- Que, conforme lo determina el artículo sesentiueno de la Ley General de Arbitraje (...) el recurso de anulación sólo puede sustentarse en las causales taxativamente establecidas en el artículo setentitrés de la Ley acotada, cuyo objeto es el de revisar su validez sin entrar al fondo de la controversia, estando prohibido la revisión del fondo de la controversia".

³⁵ VAN DEN BERG, Albert J. "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII (1988) – XIV (1989)". Op. Cit. p. 582. "The first main feature is that the grounds for refusal of enforcement mentioned in Art. V are exhaustive".

³⁶ Perú (artículo 129, segundo párrafo.- "Sólo se podrá denegar (...) el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral (...) cuando se pruebe..."); México (artículo 1462.- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral (...) cuando..."); Venezuela (artículo 49.- "El reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral (...) sólo se podrá denegar..."); Paraguay (artículo 46.- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral (...) cuando..."); Panamá (artículo 41.- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, si ocurre alguna de las circunstancias siguientes..."); Honduras (artículo 92 (1).- "Se podrá denegar únicamente el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero (...) en cualquiera de los siguientes casos..."); Brasil (artículo 38.- "Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que..."); Guatemala (artículo 46.- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral (...) en los siguientes casos..."); El Salvador (artículo 82 (1).- "Se podrá denegar únicamente el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero (...) en cualquiera de los siguientes casos..."); y, Chile (artículo 36 (1) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral...").

Por su parte, en la jurisprudencia peruana destaca la sentencia de 30 de octubre de 1998, expedida por la Sala de Procesos Sumarísimos de la Corte Superior de Lima, en los seguidos por DIST Corporation con Cosmos Internacional S.A., sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudo Arbitral Extranjero (expediente 968-98). Aquí el demandado pretendió que no se reconociera y ejecutara un laudo arbitral dictado bajo los auspicios de The Korea Commercial Arbitration Board, argumentando, entre otros, que "... existió deficiencia en el envío de la mercadería por parte de la ahora solicitante". Sin embargo, la Corte correctamente señaló lo siguiente: "Cuarto.- Que de los fundamentos esgrimidos por la empresa emplazada en el sentido de alegar deficiencias en el envío de la mercancía acordada en los contratos antes referidos resulta irrelevante, pues no constituye causal de denegación establecida por la Convención, no importando en este tipo de procesos la revisión sobre el fondo de la controversia que fue materia de arbitraje".

IV. LAS CAUSALES DEBEN SER, EN PRINCIPIO, ALEGADAS Y PROBADAS POR QUIEN SE OPONE A LA EFICACIA DEL LAUDO ARBITRAL

Las causales de anulación y, en su caso, de no reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, deben ser expresamente alegadas y probadas por quien interpone el recurso de anulación o se opone al reconocimiento y ejecución, según corresponda, salvo cuando la Convención de Nueva York o la ley aplicable autorice expresamente al poder judicial a aplicar de oficio alguna causal³⁷.

En ese sentido, los artículos 73 y 123 de la LGA peruana, disponen que quien interpone el recurso de anulación debe invocar las causales en que se ampara (salvo cuando la propia norma autorice al juez a invocarlas de oficio) y debe probar su procedencia³⁸. La regla es la misma en el artículo 129 de la LGA peruana aplicable al reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero³⁹, que no hace más que recoger lo que dispone la Convención de Nueva York⁴⁰.

V. LA CONVENCION DE NUEVA YORK, COMO LAS LEGISLACIONES ARBITRALES NACIONALES,

SANCIONAN UNA PRESUNCION DE VALIDEZ DEL LAUDO ARBITRAL

Si tenemos presente que el poder judicial no puede revisar el fondo de la controversia, que las causales de anulación o de no reconocimiento y ejecución son taxativas y deben ser interpretadas de manera restrictiva, y que, en principio, deben ser invocadas y probadas por quien solicita la anulación o se opone al reconocimiento y a la ejecución, según corresponda, necesariamente debemos interpretar que las legislaciones arbitrales, como la Convención de Nueva York, sancionan una presunción de validez del laudo arbitral⁴¹.

Ello implica además, que en caso de duda, el poder judicial siempre deberá fallar en favor de la validez del laudo arbitral⁴².

VI. EL INTERESADO TIENE QUE HABER PLANTEADO EN MOMENTO OPORTUNO SUS OBSERVACIONES

Si como hemos afirmado el recurso de anulación y la oposición al reconocimiento y ejecución son

³⁷ En el fallo de la Corte de Apelaciones de Luxemburgo de 28 de enero de 1999, en los seguidos por *Sovereign Participations International S.A. v. Chadmore Developments Ltd.* (VAN DEN BERG, Albert J. "Yearbook Commercial Arbitration". Volumen XXIVa. 1999. pp. 714-723), sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Génova, se afirmó lo siguiente: "Luxembourg undertook by this Convention to recognize arbitration agreements and not to refuse enforcement of arbitral awards rendered on the basis of an arbitration agreement unless on the grounds exhaustively listed in Art. V of the Convention. For the enforcement court to deny enforcement on one of these grounds, the party against whom enforcement is sought shall prove the existence of [one] such ground (Art. V (1)). Hence, the party seeking enforcement does not have to prove anything. The court may refuse enforcement ex officio only if the award violates [Luxembourg's] public policy or where the subject matter of the dispute cannot be settled by arbitration... (Art. V (2))".

³⁸ Similar regla existe en: Panamá (artículo 34 (1).- "Cuando la parte que interpone el recurso pruebe..."); Guatemala (artículo 43 (2) (a).- "La parte que interpone la petición pruebe..."); Chile (artículo 34 (2) (a).- "La parte que interpone la petición pruebe..."); Paraguay (artículo 40 (a).- "La parte que interpone la petición pruebe que..."); México (artículo 1457 (1).- "La parte que intente la acción pruebe que..."); y, Bolivia (artículo 63 (II).- "La autoridad judicial competente también podrá anular el laudo cuando la parte recurrente pruebe...").

³⁹ Panamá (artículo 41 (1).- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero (...) 1. A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe (...) que ha quedado establecido..."); Guatemala (artículo 47 (a).- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral (...) a. A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe..."); y, Chile (artículo 36 (1) (a).- "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral... a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe...").

⁴⁰ VAN DEN BERG, Albert J. "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII (1988) – XIV (1989)". Op. Cit. p. 583. "The introductory sentence of Art. V(1) makes clear that the party against whom enforcement of the award is sought has the burden of proving the grounds for refusal of enforcement listed in the first paragraph". Esto ha sido expresamente reconocido en innumerables fallos judiciales, como identifica BORN, Gary B. "International Commercial Arbitration: Commentary and Materials". Segunda Edición. The Hague: Kluwer Law International. 2001. p. 793. "... Judgment of 29 October 1993 (...) (Supreme Court of Queensland) (1995) ('the onus is upon the party opposing such an order' enforcing a Convention award); Roseel NV v. Oriental Commercial Shipping (UK) Ltd. (...) (English High Court 1990) (1991) ('the burden rests squarely on a respondent, who resists enforcement to prove the existence of one of the grounds of refusal'); Judgment of 14 April 1983 (...) (Geneva Court of Appeal) (1987) ('the New York Convention shifts the burden of proof by placing it on the defendant'); Judgment of 7 June 1995 (...) (1997) (Supreme Court of Italy) (same); Judgment of 25 January 1996 (...) (Court of First Instance, Brussels) (1997) ('the party against whom [the award] is invoked bears the burden of proof of the existence of one or more of such grounds for refusal'); Judgment of 22 February 1992 (...) (1993) (Supreme Court of Italy) (same)...".

⁴¹ BOZA DIBÓS, Beatriz. "Reconocimiento y Ejecución en el Perú de Laudos Arbitrales Extranjeros". Op. Cit. p. 63. MARTÍNEZ, Ramona. "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The 'refusal' provisions". En: *International Law* 24. 1990. p. 490. "The New York Convention places the burden of proving the invalidity of the award on the defendant (...) This establishes a prima facie case and the burden shifts to the defendant to establish the invalidity of the award on one of the grounds specified in article V". VON MEHREN, Robert B. "The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law". Op. Cit. p. 346. "In establishing a prima facie case for enforcement under the Convention, the party seeking to uphold an award is required only to supply the original or certified copy of both the award and the arbitral agreement". ZULETA, Eduardo. "En busca de árbitros y jueces para un arbitramento desnaturalizado". En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-04.html, p. 9. "El laudo está cobijado por una presunción de veracidad y no podrá ser revisado en sus aspectos de fondo por el tribunal del país en el que se pretende ejecutar".

En ese sentido, una corte de apelaciones de Hong Kong en el caso *Werner A. Block K. G. v. The N's Co. Ltd.* (1978), se pronunció así: "The application to enforce the award was made under Part IV of the Arbitration Ordinance (...) There is no doubt that this was a 'Convention Award', one to which Part IV applied, or that prima facie, enforcement of a Convention award may not be refused".

⁴² VON MEHREN, Robert B. "The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law". Op. Cit. p. 349. "Because of these strong policy considerations, any defenses to the enforcement or recognition of an award are construed narrowly. The presumption in any case must always be in favor of enforcing the award, unless the party opposing enforcement is able to demonstrate one of the few, narrowly construed defenses".

excepcionales y están directamente relacionados con el interés del legislador de evitar el “exceso de poder” de los árbitros⁴³, para proponer uno u otro recurso la generalidad de legislaciones arbitrales exigen que previamente el interesado haya planteado sus observaciones ante el tribunal arbitral, posibilitando de esa manera que se pueda corregir algún error significativo y, además, que se litigue de buena fe. El incumplimiento de este requisito será sancionado con la improcedencia de plantear las causales ante el poder judicial⁴⁴.

En ese sentido se pronuncian, entre otras, las legislaciones arbitrales de Suecia⁴⁵, la Federación Rusa⁴⁶, Alemania⁴⁷, Canadá⁴⁸, Guatemala⁴⁹, México⁵⁰, Costa Rica⁵¹, Chile⁵², Paraguay⁵³ y el Perú en su artículo 95: “Se considerará que renuncia a su derecho a objetar el arbitraje la parte que lo prosiga conociendo que no se han cumplido alguna disposición de la presente Sección de las que las partes pueden apartarse, o algún requisito del convenio arbitral, y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o dentro de un plazo pactado”.

Disposiciones como las citadas son la piedra angular del proceso de anulación o de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, según corresponda, ya que alegada y probada que fuera una causal de anulación o de no reconocimiento, ésta, sin embargo, podrá no ser amparada si se demuestra que la parte alegante “renunció a su derecho a objetar”.

En el caso del Perú, el artículo 95 de la LGA se encuentra ubicado en la Sección correspondiente al Arbitraje Internacional, no existiendo norma similar en la Sección Primera, referida al Arbitraje Nacional.

Si bien consideramos conveniente que en una futura reforma legislativa se incorpore a la Sección Nacional una norma como la comentada, consideramos que esta regla se desprende del articulado aplicable al Arbitraje Nacional⁵⁴, por lo que el poder judicial peruano deberá considerar la conducta procesal de la parte alegante, al momento de resolver acerca de la procedencia de alguna causal de anulación de un laudo arbitral nacional.

⁴³ REISMAN, W. Michael. “Systems of Control in International Adjudication & Arbitration -Breakdown and Repair”. Duke University Press. 1992. p. 6. «Without it, whatever an arbitrator did, no matter how inconsistent it might have been with his instructions, would have produced a binding award. The arbitrator would become an absolute decision-maker and arbitration would lose its character of restrictive delegation. Exces de pouvoir is the conceptual foundation of control for arbitration”.

⁴⁴ En ese sentido, CRAIG, W. Laurence; PARK, William W. & Jan PAULSSON. “International Chamber of Commerce Arbitration”. Tercera edición. Oceana Publications Inc./ICC Publishing SA. 2000. pp. 557-558, refiriéndose a la jurisprudencia francesa, señalan que: “Any potential ground for annulment should be brought to the arbitral tribunal’s attention immediately, in order to avoid waiver of rights for failure to bring objections in a timely fashion”.

⁴⁵ Último párrafo del artículo 34 de la Ley de Arbitraje de 1999: “A party shall not be entitled to rely upon a circumstance which, through participation in the proceedings without objection, or in any other manner, he may be deemed to have waived”.

⁴⁶ Ver artículo 4 de la Law on International Commercial Arbitration de 1993.

⁴⁷ Ver artículo 1027 del Código Procesal Civil.

⁴⁸ Artículo 4 del Commercial Arbitration Act de 1986: “A party who knows that any provision of this Code from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefore, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object”.

⁴⁹ Artículo 7 de la Ley de Arbitraje de 1995: “1) Si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje, y no expresa su objeción a tal incumplimiento sin demora justificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, y no lo hace dentro de ese plazo, se entenderá renunciado su derecho a impugnar. 2) La parte que no haya ejercido su derecho de impugnar conforme al párrafo anterior, no podrá solicitar posteriormente la anulación del laudo fundado en ese motivo”. Último párrafo del artículo 43 de la misma Ley: “La parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta u objeción oportuna respecto de las causales [de anulación] señaladas en el numeral 2) del presente artículo, no podrá invocar posteriormente la misma causal en el recurso de revisión”.

⁵⁰ Artículo 1420 del Código de Comercio Reformado: “Si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no ha cumplido alguna disposición al presente título de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora justificada o, si se prevé un plazo hacerlo y no lo hace, se entenderá renunciado su derecho a impugnar”.

⁵¹ Artículo 56 de la Ley 7727: “Considérese que renuncia al derecho de objetar la parte que sigue adelante con el arbitraje, a sabiendas de que no se ha cumplido alguna disposición convenida o algún requisito de la presente ley, sin expresar su objeción a tal incumplimiento dentro del término de diez días, contados a partir del momento en que sepa de ese incumplimiento”.

⁵² Artículo 4 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional: “Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente ley o algún requisito del acuerdo de arbitraje, y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar”.

⁵³ Artículo 7 de la Ley 1879/02. “Se considerará que la parte ha renunciado al derecho de objetar cuando, conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente ley o algún requisito del acuerdo de arbitraje, no exprese su objeción a tal incumplimiento dentro del plazo estipulado. Si las partes no hubiesen estipulado plazo para tal efecto, éste será de cinco días hábiles, a contar del día siguiente al momento en que se tomó conocimiento del hecho”.

⁵⁴ Así, por ejemplo, el artículo 31 de la LGA impone a la parte que desee recusar a un árbitro, la obligación de hacerlo inmediatamente. Por su parte, el artículo 39 obliga a la parte que considere que los árbitros carecen de competencia por vicio en el convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, a oponerse al arbitraje al presentar sus pretensiones iniciales. También puede observarse la exigencia de esta conducta en las condiciones para el ejercicio de las causales de anulación establecidas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 73 de la LGA. En consecuencia, el no actuar con la diligencia y buena fe debidas, deberá condicionar, qué duda cabe, la procedencia de alguna causal de anulación alegada recién ante el poder judicial.

De la misma manera, el artículo 63 (III) de la Ley de Arbitraje de Bolivia, establece que para la procedencia de alguna de las causales de anulación de los laudos arbitrales, “[l]a parte recurrente que durante el procedimiento omitiere plantear una protesta respecto de las causales señaladas, no podrá invocar la misma causal en el recurso de anulación”.

¿PARA QUÉ TE QUIERO OPA? SUS PRINCIPIOS Y SUS MALENTENDIDOS*

Alberto Rebaza**

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

¿Cuáles son los principios que rigen las Ofertas Públicas de Adquisición? ¿Podría afirmarse que nuestra legislación enuncia un principio de competencia entre postores? ¿Es conveniente?

En las líneas que siguen, el autor responde a las preguntas teniendo en cuenta la realidad del mercado de valores peruano, además de indicar quiénes serían los beneficiados o perjudicados de las opciones legislativas que se tomen. Asimismo, resultan de interés las consideraciones sobre la legalidad de ciertos acuerdos contractuales que pueden obstaculizar la finalidad perseguida por una OPA.

* Con la colaboración de Juan Manuel Robles, a quien sinceramente agradezco por su participación.

** Profesor de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master por la Universidad de Virginia.

Creo que THEMIS de alguna manera significa el abogado que todos queremos ser. Emprendedor, reflexivo, conocedor del Derecho, ético, imaginativo, solidario y optimista. Estos valores, lamentablemente escasos en nuestra profesión, abundan en THEMIS. Basta ver las generaciones involucradas desde su inicio, tantos nombres prestigiosos, tantos esfuerzos estudiantiles, triunfos editoriales y organizativos, entusiasmo e idealismo. Es por esto que todos los que hemos pertenecido a THEMIS sentimos una profunda alegría y un sincero orgullo.

Al llegar a su número 50 de esta Segunda Época, THEMIS se consolida como una verdadera institución, y sus 40 años hacen de la Primera Época una auténtica leyenda. Felicitaciones THEMIS.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las cosas que recuerdo con mayor nostalgia de mis años universitarios es mi época en THEMIS: aquellas reuniones de coordinación que hacíamos en distintas casas, la organización de seminarios y la revisión y edición de los artículos de las revistas... recuerdo especialmente un artículo que publicamos junto con Verónica Zavala y José Jiménez, como Grupo de Investigación de THEMIS en el número 14 titulado "Indexación" y en el que discutíamos la conveniencia de indexar las obligaciones de pagar sumas de dinero cuando los montos pactados se pulverizaban como consecuencia de la hiperinflación que azotaba al Perú en esos años. El artículo fue escrito en 1989. Ya desde esa época me deslumbraban las discusiones sobre cuestiones teóricas que tuvieran repercusiones económicas concretas y evidentes. Así comenzó a interesarme tan rápidamente el análisis económico del Derecho pues implicaba agregar a la rigurosidad del Derecho la razonabilidad económica de las decisiones individuales y colectivas, personales o empresariales. Hasta ese momento sentía que las discusiones legales estaban alejadas de la realidad de los negocios, de los asuntos empresariales y económicos con los que individuos y empresas lidian diariamente.

La hiperinflación ya es historia y esperemos que lo siga siendo. Sin embargo, ahora tenemos nuevos desafíos, muchos de ellos derivados de nuevos hechos e instituciones que tratan de perfilar una economía de mercado en nuestro país, tales como inversión extranjera, desarrollo de un mercado de capitales, listado de sociedades en la bolsa de valores y las normas que regulan su comportamiento, entre ellas las referidas a la Oferta Pública de Adquisición de Acciones (en adelante, "OPA").

En este trabajo pretendo nuevamente combinar una reflexión teórica con las aplicaciones prácticas que se

derivan de las posiciones que uno puede tomar. A la vez persigo delimitar cuáles son los únicos principios que rigen la OPA y las enormes consecuencias prácticas que surgen a raíz de una correcta determinación de los mismos. Frente a la poca jurisprudencia existente con respecto de las OPAs y la poca claridad de las normas vigentes, la legalidad o no de determinados actos previos, paralelos o posteriores a una OPA deberá ser evaluada tomando en cuenta tales principios.

Desde un primer momento debemos tener en claro que lo que está en juego con la adquisición de una empresa, sea mediante compra de acciones, fusión, aporte de capital u otra estructura legal, es la toma de control de un negocio que genera un flujo de caja que, luego de pagar los costos correspondientes, resulta en ganancias y posteriormente en utilidades.

Cuando se adquiere una empresa, se adquiere el control sobre ella, sobre las decisiones más importantes que permitirán mejorar el flujo de caja, los resultados operativos, la administración, las finanzas y las operaciones técnicas de la empresa. Dicho control se materializa en el nombramiento del directorio de la sociedad, de las gerencias y en la toma de las decisiones más importantes.

De la cabal comprensión de los principios que rigen la OPA, pero también de los intereses en juego, de los beneficiados y perjudicados; dependerá el establecimiento de los parámetros para la preparación, lanzamiento, vigencia y liquidación de una OPA, de los términos y condiciones que pueda incluir, y de los deberes y obligaciones que se impone a los distintos participantes en el proceso.

II. CUESTIONES PREVIAS

1. La exigencia de una OPA para hacerse del control de una empresa, tal como ha sido regulada por el Texto Único Ordenado (en adelante, "TUO") de la Ley de Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo 93-2002-EF (en adelante, "LMV") y el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión del Registro, Resolución CONASEV 630-1997-EF/94.10 (en adelante, "R. de OPAs"); implica una aproximación valorativa del legislador. Se considera que la exigencia de una OPA, en los términos establecidos por la ley, incentivará el mercado de valores, atraerá más inversionistas al capital de las empresas, generará certidumbre y seguridad jurídica entre las distintas partes involucradas en los procesos de adquisición, y equiparará a los accionistas mayoritarios y minoritarios en una relación que en principio es asimétrica. Dicha valoración es subjetiva y no impide visiones distintas sobre los costos y

beneficios que trae la exigencia de una OPA.

2. El mercado por el control de las empresas es un mercado con características similares al mercado correspondiente a cualquier producto, como automóviles, televisores o azúcar. A través de la cotización de las acciones en la Bolsa de Valores (y mediante la divulgación de los Estados Financieros y Hechos de Importancia) se envía permanentemente mensajes al mercado sobre la situación económica y financiera de las empresas ahí listadas y, por tanto, sobre la conveniencia o no de adquirirlas.

Lo anterior incentiva la eficiencia en el trabajo de la administración de las empresas listadas, pues el resultado de su trabajo será público. Sin embargo, tanto los resultados favorables como los desfavorables pueden atraer compradores. En el primer caso porque se puede considerar conveniente adquirir una empresa sólida y sana desde el punto de vista financiero. En el caso de las empresas con pobres resultados, porque se puede tener confianza que una nueva administración será capaz de revertir una coyuntura desfavorable, sea por especiales conocimientos (*know how*) que el comprador tiene, o por su capacidad financiera o por las sinergias que se desarrollarían a partir de la adquisición. Asimismo, una eventual compra de la sociedad favorecería la maximización de valor para todos los accionistas más allá de lo usual durante el curso regular de la empresa (distribución de dividendos).

En otras palabras, tanto porque disminuye para los accionistas minoritarios los costos de supervisión de las labores de la administración, como por el mayor valor que resulta en caso la sociedad sea adquirida por un tercero, el listado de una empresa es favorable para el mercado. En consecuencia, la regulación de las OPAs debe coadyuvar a que esos beneficios se materialicen, sin tergiversarlos, ni reducirlos, pero tampoco sin aumentarlos más allá de lo que el legislador dispuso y la eficiencia económica aconseja.

3. Salvo por los aspectos tributarios y regulatorios sectoriales (telecomunicaciones y energía, entre otros), los términos y condiciones para la adquisición de una empresa no listada en bolsa, sólo competen a las partes del contrato. En consecuencia aspectos

tales como precio, forma de pago, acuerdos de accionistas, pueden ser pactados libremente. A tal punto lo anterior es indiscutible, que el comprador puede pagarle a un accionista una cantidad significativamente menor que a otro. A su vez, tanto el precio como cualquier otra condición de compra, pueden ser mantenidos en términos estrictamente confidenciales.

Sin embargo, en caso la empresa objeto de la adquisición tenga por lo menos una clase de acciones listada en la Bolsa de Valores, la situación cambia considerablemente puesto que la LMV y el R. de OPAs establece lo que pueden o no hacer los diferentes actores relevantes en el proceso (comprador, accionistas vendedores, órganos de la empresa a ser adquirida, accionistas minoritarios u otros potenciales compradores).

El hecho de que haya un tercero bajo especial protección por parte de la Ley, el accionista minoritario, determina que este tipo de operaciones no sean privadas y que no pueda pactarse libremente lo que deseen el comprador y el vendedor.

4. Es necesario diferenciar las OPAs hostiles de las OPAs amigables. Las OPAs amigables son aquellas en las que existe un acuerdo¹ entre el potencial comprador y los accionistas que representan la mayoría de las acciones con derecho a voto emitidas por la empresa objetivo (los que detentan el control de la empresa). Por el contrario la OPA hostil es aquella que se lanza sin el consentimiento, muchas veces incluso en contra de la voluntad, de los accionistas que detentan el control efectivo de la sociedad. Esto es posible sólo cuando dichos accionistas poseen el control de la sociedad sin contar con la mayoría de acciones, lo que suele ocurrir cuando hay una importante porción del capital atomizado entre muchos accionistas minoritarios². Estos accionistas son, en términos prácticos, inversionistas conscientes de que no pueden colocar directores en la empresa ni influenciar en la gerencia, pero que están interesados en el retorno de su acción y en su valorización bursátil a efectos de vender o comprar más acciones.
5. La OPA tiene como propósito último tomar o aumentar el control de una compañía. Dicho control sólo lo otorgan las acciones con derecho a voto o

¹ Usualmente es un contrato de compra venta de acciones que incluye declaraciones y garantías sobre la situación legal, económica y financiera de la empresa. Sin embargo, el "cierre" del contrato, es decir, el cumplimiento de las prestaciones previstas está supeditado al cumplimiento de una serie de condiciones. En este caso, la culminación exitosa de la OPA a ser lanzada por el comprador.

² Usualmente inversionistas institucionales, inversionistas individuales, o accionistas que progresivamente han sido "licuados" en la sociedad como consecuencia de sucesivos aumentos de capital.

valores que tienen vocación de convertirse en ellas, tales como certificados de suscripción preferente o bonos convertibles en acciones. Por lo tanto, las acciones de inversión no participan ni tienen derecho alguno a formar parte de las acciones a las cuales se dirige la OPA, puesto que no son relevantes para la toma de decisiones de la empresa. No otorgan derecho a voto a sus titulares en la junta general de accionistas, ni permiten votar por directores. El hecho que no sean necesarias para la conducción de la empresa, no significa que sus titulares estén impedidos de exigir que la sociedad sea conducida de acuerdo a las normas legales y sin perjudicar su legítimo interés a percibir dividendos cuando los resultados de la compañía lo permitan.

III. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA OPA

1. Principio de transparencia en el Mercado de Valores

En términos generales, la transparencia es fundamental para los inversionistas que participan en el mercado de valores.

La transparencia reduce la asimetría entre accionistas mayoritarios y minoritarios respecto de la información disponible sobre la empresa objetivo, sobre las negociaciones de una eventual venta de una empresa y sobre sus términos y condiciones. Son el emisor y los accionistas mayoritarios quienes cuentan con la mayor información pertinente que afecte o pueda afectar la rentabilidad de las acciones, y no necesariamente tienen incentivos para poner dicha información al alcance de accionistas minoritarios y posibles inversionistas.

A fin de poder desarrollar un eficiente mercado de valores se requiere que la formación de precios sea consecuencia de la interrelación adecuadamente informada de los distintos actores relevantes que les permita optar por un valor determinado o migrar hacia otros que les resulten más favorables³.

La importancia de la información con la que cuenta un inversionista es tal, que la eficiencia de un mercado de valores se mide en función de cuán pronto se divulga la información necesaria para las decisiones de

inversión.

Para tal efecto, se ha expresado que existen tres niveles de eficiencia respecto de un valor: (i) fuerte, en la que el precio de un valor se forma con toda la información del emisor, sea pública o privada; (ii) semifuerte, en la que el precio de un valor recoge toda la información actual y pública; (iii) débil, en la cual el precio de un valor se forma con la información pasada y el mercado no está diseñado para que la información disponible fluya rápidamente.

El nivel de eficiencia semifuerte al cual apunta nuestra regulación del mercado de valores se resumiría de la siguiente manera: "... at any point in time, market prices are an unbiased forecast of future cash flows that fully reflects all publicly available information"⁴.

A fin de lograr el nivel semifuerte de eficiencia, la LMV ha proporcionado distintos mecanismos orientados a la divulgación de información pertinente⁵.

En el caso de las OPAs, la necesidad de transparencia e información es mucho mayor, al acentuarse la asimetría de información entre los actores que participan en las compras de empresas y los accionistas minoritarios, convirtiéndose estos en la "parte débil". De lo contrario, la negociación de la venta de una empresa poseerá términos y condiciones sólo conocidos por accionistas mayoritarios y su contraparte, sin posibilidad de que el resto de actores pueda proteger razonablemente sus derechos y legítimas expectativas. Sin la debida transparencia le resultaría difícil a un potencial competidor ofrecer una suma razonable y a los accionistas minoritarios decidir si les conviene vender o no.

Este interés en resolver o por lo menos reducir la debilidad del accionista minoritario se materializa en una serie de exigencias contempladas por la LMV y el R. de OPAs. Entre ellas podemos citar las siguientes:

a. El artículo 8 del R. de OPAs, dispone que el emisor se encuentra obligado a preparar un prospecto informativo que deberá contener información respecto del oferente, del precio a ser pagado

³ El precio de los valores se configura sobre la base de las expectativas que se va generando entre los inversionistas respecto del retorno futuro, ya sea a través de valores de renta variable (como las utilidades provenientes de acciones representativas del capital social de una empresa) o de renta fija (como la proveniente del rescate de un bono corporativo).

⁴ GILSON, Ronald y Bernard BLACK. "(Some of) The essentials of finance and investment". New York: The Foundation Press. 1993. p. 136.

⁵ La LMV ha impuesto como mecanismos destinados a la transparencia en el mercado de valores los siguientes: remisión de todos los hechos que sean relevantes para la toma de decisiones de inversión (*mandatory disclosure*), artículo 27 de la LMV, remisión de información financiera (es decir, estados financieros), artículo 29 de la LMV, penalización del uso directo o indirecto de la información privada del emisor, artículo 36 de la LMV.

por los valores materia de la oferta, el número máximo de valores que el oferente se compromete a adquirir, la finalidad perseguida con la adquisición y los planes respecto del emisor, entre otros.

- b. La obligación del Directorio de la empresa objetivo de emitir un pronunciamiento dentro de los 7 días siguientes a la fecha de lanzamiento de la OPA, detallando las ventajas y desventajas de aceptar la OPA.
- c. CONASEV está facultada a solicitar mayor información al oferente si considera que la información contenida en el prospecto informativo no es suficiente.
- d. CONASEV está facultada a suspender la OPA, en cualquier momento, en caso detecte la presentación de información falsa, inexacta o claramente insuficiente.

Sin embargo, debemos advertir que la propia forma como está estructurada la OPA en el Perú no genera mayores incentivos para una amplia divulgación de la información vinculada a la OPA más allá del precio ofrecido.

En efecto, como sabemos el R. de OPAs establece que una OPA es sustituida por otra que afecte la misma clase y, cuanto menos, el mismo número de valores objeto de la OPA anterior; que sea presentada hasta las quince horas de cualquier día anterior al antepenúltimo día del plazo previsto para la aceptación de la OPA; y, que mejore la propuesta ofrecida por la anterior, en términos de precio o de número de valores a ser adquiridos.

Esto quiere decir que, si en una OPA, por ejemplo, se ofreció comprar el 60% de las acciones de una empresa objetivo, pero ofreciendo S/. 1.00 por acción, dicha OPA no puede ser sustituida por una segunda propuesta que ofrezca comprar sólo 51% de las acciones, pero ofreciendo S/. 1.50 por acción y además un plan de negocios que favorece la distribución de dividendos en los siguientes años.

Las condiciones indicadas con respecto de la segunda propuesta hipotética podrían ser más interesantes para un accionista minoritario que las condiciones establecidas en la OPA original, pero la regulación no permite que la segunda se constituya en una OPA competidora (por no ofrecer comprar el 60% de las acciones). Al no hacerlo, reduce los incentivos para una profunda aplicación del principio de transparencia, limitándolo básicamente a la información sobre el número de acciones que se quiere comprar y el precio

ofrecido. Esto se debe a lo siguiente:

- a. No se permite que estén vigentes dos o más OPAs simultáneamente y que los accionistas opten por aquella que más les convenga. En consecuencia no hay incentivos para que los competidores ofrezcan más información sobre sus respectivas ofertas, lo que beneficiaría para convencer a los accionistas, a los accionistas y al mercado.
- b. La competencia entre OPAs está únicamente referida al monto pagado por acción y al porcentaje accionarial a ser adquirido, por lo que la información con respecto de planes futuros de la empresa termina siendo poco relevante en términos prácticos. Esto es particularmente grave en los casos en que se compra menos del 100% de las acciones de la empresa objetivo, en donde todos los accionistas serán prorratados al aceptar la OPA, si fuera el caso, sin tener la posibilidad de elegir vender a aquel que consideran como un mejor socio controlador en el largo plazo.
- c. Para colmo de males, el R. de OPAs le arrebató a los accionistas el dominio sobre sus decisiones con respecto de la aceptación de la OPA, estableciendo que la aceptación de una OPA se entenderá transferida a la OPA que sustituya a la inicialmente aceptada. Nuevamente se puede comprobar que las únicas dos condiciones relevantes para la LMV y el R. de OPAs son el porcentaje de acciones a ser adquirido y el precio. El resto es irrelevante e irrelevante también termina siendo la transparencia con respecto de temas que van más allá de dichas dos condiciones. Me pregunto, ¿qué sucede si los accionistas querían vender a un específico ofertante interesado sólo en el 51% de la sociedad, pero que ofrecía unos interesantes planes de desarrollo de la empresa? ¿Qué sucede si el mismo accionista no quería vender a otro postor que ofrecía un mejor precio por el mismo cincuenta y uno por ciento 51% pero que no ofrecía las mismas expectativas favorables en el mediano o largo plazo? Habría que analizar si es conveniente que la Ley se entrometa en la decisión del aceptante, al disponer que la aceptación a una específica OPA se considera transferida automáticamente a aquella OPA que la sustituya, sin necesidad de contar con la aceptación del accionista que aceptó la OPA original o incluso en contra su voluntad.

Obviamente que para evitar la transferencia automática de la aceptación a una OPA no deseada, se puede sugerir que el accionista espere hasta los últimos dos días del plazo de vigencia de la OPA,

cuando ya prácticamente no habría sorpresas sobre cuál sería la OPA vencedora⁶.

Sin embargo, una actuación como la sugerida afectaría sensiblemente la formación del precio de la acción objeto de la OPA. En efecto, una de las ventajas de una OPA es que no sólo la oferta de compra sino también las distintas aceptaciones sean públicas y se vayan comunicando a lo largo del proceso. Las aceptaciones contienen en sí mismas valiosísima información para los inversionistas sobre las ventajas de la OPA, más aún cuando dicha aceptación proviene de inversionistas institucionales que poseen los medios para hacer un análisis profundo y sofisticado, del cual se favorecen indirectamente los otros accionistas minoritarios. Nada de ello sucedería si es que todas las aceptaciones ocurren en los últimos dos días de vigencia de la OPA.

Lo anterior me lleva a la conclusión de que si bien la transparencia es un principio claramente recogido por la Ley y defendido por la CONASEV, la regulación de la OPA no contiene elementos que verdaderamente la hagan relevante más allá de la información sobre precio.

Probablemente la razón por la cual el legislador no quiso que dos o más OPAs convivieran y compitieran entre sí mediante diversas variaciones de precio, plazos, porcentajes, políticas de dividendos, etc. es la complejidad que dicho esquema tendría y la dificultad para los accionistas minoritarios de optar entre ofertas muy distintas entre sí. Es mejor, se habrá pensado, “facilitarles” las cosas reduciendo el análisis que deben hacer los accionistas (sobre todo los minoritarios) a cuestiones numéricas básicas pero, simultáneamente, limitando los alcances de su discreción.

Ésta es la primera muestra de una visión paternalista y protectora con respecto del accionista minoritario. Luego veremos otra.

2. Principio de tratamiento igualitario

La LMV persigue que los términos y condiciones ofrecidos en una OPA sean similares tanto para los accionistas mayoritarios como para los accionistas minoritarios.

Recordemos que las OPAs se lanzan cuando se pretende adquirir o incrementar participaciones significativas en una empresa listada en la Bolsa de Valores. Las participaciones significativas no tienen otra relevancia

que no sea el otorgamiento o incremento del control de una empresa. A través de la adquisición de una participación significativa de 25% del capital de una sociedad se puede obtener el control de ésta cuando su accionariado está muy difundido y desconcentrado. Con el 50% más uno, el control es total si la sociedad anónima es abierta.

El asunto relevante aquí es el control. Usualmente en el Perú, los accionistas mayoritarios detentan el control con más del 51% de las acciones y en muchos casos incluso con más del 60% para tener el control total si la sociedad anónima no es abierta. En pocos casos se detenta el control de la compañía con menos del 50%, aunque no son casos inusuales del todo.

Cuando se lanza una OPA por un paquete que otorga el control total de una sociedad, el monto ofrecido por acción es casi siempre mayor a su precio bursátil. Ese diferencial es la contraprestación por la obtención del control de la compañía a través del paquete accionario que se adquiere y es conocido como “prima de control”. En efecto, el paquete accionario que pretende adquirir el comprador es valorizado no sólo sobre la base de la rentabilidad que otorga a su titular, sino sobre todo porque otorga la capacidad de decidir a través de las juntas generales de accionistas, directorios y gerencias todos los asuntos relevantes de la empresa.

Sin embargo, la LMV al exigir un tratamiento igualitario al accionista minoritario y al mayoritario, configura en mi opinión un tratamiento paternalista y redistributivo a favor de un grupo y en perjuicio de otro.

En efecto, si bien es cierto que el control lo detentan los accionistas controladores y que por tanto ellos deberían beneficiarse de la cualidad especial que sus acciones poseen (otorgar control de la compañía a sus titulares) y por lo tanto deberían recibir la totalidad de la prima de control; la LMV establece algo distinto.

La LMV y el R. de OPAs ordenan que la prima de control por acción –que como dijimos anteriormente es la suma adicional por encima del valor bursátil de una acción– debe pagarse a todos los accionistas por igual. Tanto a los accionistas mayoritarios controladores de la sociedad, como a los accionistas minoritarios cuyas acciones no otorgan control alguno en la sociedad.

En otras palabras, la LMV es redistribucionista puesto que priva y retiene parte del valor del paquete accionario de los accionistas controladores para trasladarlo a los otros accionistas, a los no

controladores.

Esta es, qué duda cabe, una opción legislativa. Los autores de la LMV consideran que la distribución de la prima de control entre todos los accionistas promueve el interés de los inversionistas por el mercado de valores.

Como afirma Milton Friedman en su famosa frase "there is no free lunch" (no hay almuerzo gratis), alguien siempre termina pagando la cuenta. Claramente esta decisión legislativa, que no es además exclusividad de nuestro país sino que por el contrario está bastante extendida en Latinoamérica y en Europa, encarece considerablemente las compras de empresas.

Sobre este punto, cabe expresar, como lo menciona Sergio Salinas, que existe la "necesidad de no aumentar innecesariamente los costos de transacción asociados al mercado de adquisiciones y fusiones de empresas de manera que se impida un adecuado flujo de recursos en la economía"⁷, lo cual es un sustento elemental de cualquier mercado con un funcionamiento eficiente en la asignación de recursos.

Como señalamos líneas arriba, el principio del tratamiento igualitario encarece la compra de empresas. El accionista controlador, al no poder conservar toda la prima de control por las acciones que vende, tiene dos posibilidades: lograr un aumento del precio por acción (lo que a su vez traslada doblemente el costo al comprador puesto que cualquier aumento ofrecido al accionista mayoritario deberá ser también ofrecido al minoritario), o aceptar un precio menor que satisfaga sus pretensiones mínimas.

Obviamente, no deben descartarse los casos en que ninguna de las partes esté interesada en asumir el costo adicional, en cuyo caso, la transacción no se realiza.

El principio de tratamiento igualitario está contenido en varias provisiones importantes de la LMV y del R. de OPAs:

- a. Se debe ofrecer a todos los accionistas, sin distinción, iguales condiciones en la contraprestación ofrecida.
- b. Dado que en las compras indirectas de empresas listadas a través de la adquisición de las empresas *holdings* controladoras, es posible que el precio de las acciones de la holding (que son las que efectivamente se compran) se hayan incrementado o reducido por la adquisición de activos o pasivos que sumen o resten valor a la adquisición indirecta,

la norma señala la obligación de efectuar una valorización de la empresa listada de forma tal que se asegure que el precio a ofrecerse en la OPA posterior no sea menor al que resulte de dicha valorización.

En este punto, es necesario prestar atención a ciertos aspectos usuales en la negociación de compra de empresas, tales como:

b.1 En algunos casos se adquiere junto con una empresa, algunos activos complementarios que no eran propiedad de la empresa a ser adquirida, sino de alguna empresa vinculada o de sus accionistas principales. Dichos activos suelen estar destinados al rubro principal de la empresa objetivo y no resulta de interés de sus propietarios mantenerlos en caso la empresa que los utilizaba sea transferida a terceros. Evidentemente, la preocupación del regulador se concentrará en que no se sobrevalúen los activos a ser transferidos, pero no existen razones para impedir dicha transacción pues resulta razonable que activos complementarios al negocio al que se dedica la empresa objetivo, sean adquiridos por el comprador. La necesidad de verificar que no se sobrevalúen los activos complementarios es obvia: impedir que se transfiera prima de control sin que participen de ello los accionistas minoritarios.

A su vez, muchas veces en la compra de empresas es indispensable ciertos contratos complementarios tales como: convenios de no competencia, contratos de asesoría de uno o más miembros pertenecientes al grupo vendedor. Estos tipos de acuerdo son razonables y legales a pesar de que existan contraprestaciones adicionales por ello.

b.2 Lo paradójico es que el principio de tratamiento igualitario, tal como está regulado nos lleva a una situación absurda. No solamente los accionistas minoritarios están protegidos a efectos de que reciban igual precio por acción que el mayoritario que detenta el control de la empresa, sino que incluso pueden, y de hecho así sucede en la realidad, recibir un mayor precio por acción. Esto debido a que, como se sabe, en las OPAs amigables normalmente suele negociarse previamente un contrato de compraventa de acciones en donde se incluye las acostumbradas declaraciones y garantías sobre la situación legal, económica y financiera de la sociedad, lo que va acompañado de cláusulas de ajuste de precio e indemnizaciones.

Pues bien, quienes están obligados a indemnizar al comprador en caso surja un pasivo oculto (no declarado

⁷ SALINAS, Sergio. "La Regulación el Mercado Público de Adquisiciones de Control Societario". En: THEMIS-Revista de Derecho 40. 2000. p. 99.

por el vendedor) o se determine un activo inexistente o sobrevaluado; son los accionistas que firmaron el mencionado contrato. No los minoritarios, ajenos a dicho contrato. Por tanto, sólo el accionista mayoritario-controlador que comparte la prima de control con el minoritario, es el que asume las obligaciones de indemnizar al comprador. No el minoritario. Al final, el que no controla recibe mayor prima de control que el accionista controlador.

3. Principio de competencia entre postores

Queda por determinar si nuestra legislación sobre OPAs contempla un tercer principio: competencia entre postores.

Este principio consistiría en otorgar todos los incentivos, a través de la regulación vigente, para maximizar el precio que se ofrezca en las OPAs. Para lograr dicho objetivo, el medio idóneo sería promover la aparición de OPAs competidoras⁸ que presionen por el aumento del precio ofrecido a los accionistas o que ofrezcan mejores condiciones de pago.

En este contexto, tanto los accionistas controladores como la empresa objetivo estarían impedidos de efectuar cualquier acto que pudiera afectar no sólo el desarrollo de una OPA, sino incluso el eventual surgimiento de una OPA competidora en el futuro.

Considero que este principio no existe y que, además, no debería existir. No existe porque ni la LMV ni el R. de OPAs impiden la celebración de contratos de compraventa de acciones (SPA) entre accionistas controladores y comprador, que establezcan determinadas protecciones para este último que no serán trasladados a otros competidores.

Como hemos señalado anteriormente, en estos tipos de contratos suelen haber cláusulas de declaraciones y garantías sobre la situación legal, económica y financiera de la empresa que, en caso no sean correctas generan o una indemnización al comprador o una reducción del precio pagado o a ser pagado. Esto, como puede imaginarse da una ventaja enorme y prácticamente irremontable a la parte compradora que devendrá en oferente original de la OPA. Cualquier OPA competidora no estará protegida frente a pasivos ocultos o activos sobrevaluados o inexistentes de la empresa, dado que el oferente-competidor no tendrá un pacto que la proteja frente a dichos eventos. Adicionalmente, el comprador

amigable podrá haber hecho un *due diligence*. El comprador-competidor no podría obligar a la empresa o a sus accionistas controladores a que le permitan hacer lo propio. Ésta es una segunda gran desventaja.

Otra razón por la que considero que este principio no existe es por la forma como está regulada la adquisición indirecta de empresas mediante la compra de su empresa *holding* (no listada en la Bolsa de Valores) sin que para ello se requiera de manera previa la formulación de una OPA.

De conformidad con lo establecido en el inciso a) del artículo 31 del R. de OPAs, puede adquirirse indirectamente el control de una sociedad a través de dos mecanismos:

- a. La aprobación de una reorganización societaria con otra persona jurídica que posea directa o indirectamente acciones en la sociedad objetivo (tal es el caso de, por ejemplo, la aprobación de una fusión de la sociedad que desea adquirir el control de la sociedad objetivo con otra sociedad que posea, directa o indirectamente, acciones en la sociedad objetivo).
- b. La adquisición de valores que otorguen derecho a voto de una sociedad que posea, directa o indirectamente, acciones en la sociedad objetivo (adquiriendo, por ejemplo, las acciones de una sociedad *holding* propietaria de las acciones de la sociedad objetivo).

Cualquiera de los dos mecanismos antes citados tiene como efecto que se pueda adquirir el control de la sociedad objetivo, adquiriendo desde un primer momento la mayoría accionarial de forma indirecta y, que sólo posteriormente se tenga la obligación de efectuar una OPA por las acciones remanentes.

Evidentemente con la reglamentación actual descrita en los párrafos anteriores no hay posibilidad de que haya competencia entre distintos postores y que los accionistas se “beneficien” supuestamente de un mejor precio, producto de dicha competencia.

Cabe resaltar un hecho importante que, al parecer, ha sido olvidado por nuestra legislación; la decisión del accionista mayoritario es la decisión que en términos absolutos resulta de mayor valor para todos los inversionistas de la sociedad.

⁸ De acuerdo con el artículo 17 del ROPA, se consideran ofertas competidoras a las que afectan a valores respecto de los cuales se ha formulado previamente una OPA cuyo plazo de vigencia no ha finalizado y siempre que concurren los requisitos señalados en el artículo siguiente.

En efecto, la persona que tiene los mayores incentivos para sacar el mayor valor a una sociedad es el accionista mayoritario, puesto que es éste quien asume el mayor riesgo en la empresa, detenta el control de la misma y posee el mayor número de acciones a ser vendidas. Es él quien tiene los mayores incentivos para que la transacción se traduzca en el mayor valor posible.

El accionista mayoritario tiene todos los incentivos para lograr el mayor valor posible de su inversión y negociar los términos más beneficios posibles, los mismos que serían ofrecidos a los accionistas minoritarios, de acuerdo con el principio de tratamiento igualitario antes mencionado. ¿Por qué habría el accionista mayoritario renunciar a un mayor precio que habría de venir de una eventual competencia entre distintos postores?

IV. EFECTOS DE UN ESCENARIO DE COMPETENCIA POR LA TOMA DE CONTROL DE UNA EMPRESA

Surge la premisa que los accionistas minoritarios estarán siempre en mejor posición en los escenarios en donde se propicie una pugna de varios postores por el control de una empresa a través de OPAs competidoras. Dicha premisa alimenta la idea de considerar que la Ley debe procurar la maximización del valor de las acciones para los minoritarios y que la mejor forma para lograr ello es allanando el camino para la aparición de OPAs competidoras, impidiendo acuerdos entre vendedores-controladores y compradores que dificulten la aparición de OPAs competidoras. No comparto esta posición por las razones que expondré en esta sección. Debo precisar, sin embargo, que estas reflexiones están referidas a casos en que la primera OPA presentada sea una OPA amigable y lo que se pretenda sea la aparición de una OPA hostil. No comparto esta posición por las razones que vienen a continuación.

1. Incremento del riesgo de cierre

La eventual aparición de OPAs competidoras incrementa el riesgo de que no pueda ejecutarse el pacto de venta de acciones celebrado entre el(los) accionista(s) mayoritario(s) y el potencial adquirente, dada la posible aparición de un competidor que ofrezca un mayor precio por las acciones.

Dicho riesgo podría desanimar a potenciales compradores que no están interesados en destinar recursos para negociar una transacción y efectuar un *due diligence*, para que al final otro postor adquiera la empresa, a pesar que esta situación no es probable por las razones esgrimidas en la sección III.3 anterior.

Ese riesgo, sin embargo, existe y podría hacer que el vendedor pierda una estupenda oportunidad de vender sus acciones. Efectivamente, el postor original puede

desalentarse al no querer efectuar una inversión en tiempo, dinero y oportunidad, sin tener la seguridad de poder lograr el objetivo deseado. Lo paradójico es que también es posible que esos postores competidores nunca lleguen. Se habrá perdido soga y cabra.

Esta búsqueda incesante de un proceso de venta en donde compitan diversos postores no es necesariamente eficiente. Piénsese en alguien que quiera vender su automóvil y que en vez de venderlo directamente a alguien que le ofrece un precio razonable, prefiere optar por efectuar una suerte de subasta pública. Dicha subasta será costosa y complicada de organizar, no asegurando necesariamente un mayor precio o que este mayor precio justifique todo el esfuerzo y gastos realizados.

Evidentemente, no debe negarse el hecho que una competencia presione hacia arriba el precio de las acciones a venderse. Sin embargo, no es cierto que dicha competencia siempre vaya a llegar y que un precio satisfactorio no pueda lograrse sin ella. Más aún cuando en este tipo de transacciones usualmente se efectúan valorizaciones de las empresas y se verifican montos pagados en transacciones similares en el mismo sector y en empresas similares.

2. Desventajas del postor-competidor frente al postor-amigable

Debemos recordar que, en caso se celebre un contrato de compra-venta de acciones entre el accionista mayoritario y el postor original en los términos ya descritos en este trabajo, dicho pacto sólo tendría efectos entre las partes del mismo y no para el competidor.

En este sentido, ninguno de los términos que benefician al postor original podrían resultarle beneficiosos al competidor, por lo que éste no tendría la posibilidad de disminuir el riesgo que significa, en caso adquiera el control de la empresa objetivo, la aparición de un pasivo oculto o un activo que resulte de un menor valor al esperado, en montos que sean significativos.

La situación anterior genera que difícilmente ante el riesgo referido, el competidor pueda ofrecer un mejor precio que el ofrecido por el postor que ha celebrado un contrato de compra de acciones, pues éste no posee dicho riesgo. Como sabemos a mayor riesgo, menor precio a pagar.

Para efectos ilustrativos la situación que se produciría es la siguiente: el postor A puede ofrecer S/.1.00 por acción, pues posee la tranquilidad de que si aparece un pasivo oculto de un millón de nuevos soles, será indemnizado de forma tal que terminará pagando S/.

0.90 por acción. Si el postor competidor ofrece S/.1.20 por acción y aparece dicho pasivo oculto de un millón, no tendrá forma para exigir una indemnización por lo que terminará pagando S/.1.20 por acción, a pesar de que la empresa quizás ya nos los valga.

V. LEGISLACIÓN COMPARADA

1. España

Las normas españolas que regulan a las ofertas públicas de adquisición son la Ley del Mercado de Valores de España, Ley 24/1988 y el Real Decreto 1197/1991 de fecha 26 de julio de 1991.

Sobre el particular, debemos resaltar que la legislación española, al igual que la peruana, ha señalado como características de la oferta competidora que ésta tenga por objeto, al menos, el mismo número de valores que la última oferta precedente y que la contraprestación ofrecida sea mejor a ésta última, ya sea elevando el precio o el valor de la contraprestación ofrecida, o extendiendo la oferta a un número de valores superior al de la oferta precedente.

En este sentido, como podemos observar, la oferta competidora en el caso español deberá mejorar la contraprestación ofrecida u ofrecer la misma contraprestación pero a un mayor número de valores que la oferta inicial, ambos supuestos contemplados en la legislación nacional.

Asimismo, se establece que cuando la mejora sea distinta de la pura elevación del precio o de la pura extensión de la oferta a un número de valores superior, deberá presentarse un informe de experto independiente que acredite que la oferta mejora la última precedente.

Ahora bien, cabe resaltar que, de acuerdo con el artículo 34 del Real Decreto 1197/1991, una vez publicada la oferta competidora se pueden revocar las aceptaciones realizadas respecto de la primer oferta realizada, a fin de no sujetar la voluntad de un inversionista a una oferta sobre la cual no ha podido manifestar expresamente su decisión de aceptación.

Así pues, la norma española, permite que un inversionista pueda desistirse de transferir sus acciones, a pesar de que se le ofrezca un mejor precio, puesto que podría considerar que los planes proyectados por el postor competidor respecto de la sociedad objeto

representan un menor valor respecto de los planes proyectados por el postor original.

Sin embargo, como podemos observar, la regulación española no permite la posibilidad de que los inversionistas puedan escoger entre ofertas vigentes simultáneamente, lo cual genera todos los problemas señalados anteriormente.

2. Estados Unidos

La sección 240.13e-1 de la *Williams Act*, una ley federal dictada en 1968 que modificó la Ley del Mercado de Valores de 1934, es la norma que regula las ofertas públicas de adquisición competidoras, sin establecer requisitos que limiten su surgimiento (tales como el establecimiento de mejoras de la oferta anterior) ni sujetando la voluntad del inversionista a la nueva oferta realizada (pudiendo éste decidir entre ambas ofertas); sino, atendiendo, principalmente a la obligación de presentar información a los inversionistas.

Al respecto, cabe resaltar que dicha regulación fue establecida como para atender la necesidad de dar transparencia y publicidad a las *tender offers* (OPAs), las cuales se realizaban anteriormente sin que los inversionistas tuvieran conocimiento suficiente sobre la información relevante necesaria para una adecuada decisión respecto de la transferencia de sus acciones.

3. Argentina

La resolución General 401 de fecha 26 de Marzo de 2002, regula en su artículo 73 y siguientes la Oferta Pública de Adquisición Competidora.

Al igual que en la legislación española, cabe notar que su definición es sumamente similar a la establecida en la legislación peruana puesto que, de acuerdo con dicha norma, la oferta competidora deberá efectuarse con respecto a los mismos valores respecto de los cuales de manera total o parcial se haya lanzado previamente una oferta pública de comprar, debiendo mejorarla.

Sin embargo, señala condiciones adicionales a las dispuestas en la normativa peruana y española ya que no se acepta cualquier mejora en la contraprestación inicial, sino que la misma deberá elevar el precio o el valor de la contraprestación ofrecida en, al menos, un 5%, o deberá extender la oferta a un número de valores superior al 5% de aquella⁹.

⁹ Artículo 78.- Toda oferta competidora deberá cumplir, al menos, los siguientes requisitos: c) Mejorar la última oferta precedente, bien elevando el precio o el valor de la contraprestación ofrecida en al menos, un cinco por ciento (5%), o bien extendiendo la oferta a un número de valores superior al cinco por ciento (5%) de aquella.

Como podemos observar, la legislación argentina ha limitado aún más la posibilidad de que se presente una oferta competidora, lo cual va en perjuicio del inversionista minoritario.

Por último cabe notar que, de acuerdo con el artículo 79¹⁰ de la referida norma argentina, y al igual que en el caso español, se puede revocar la aceptación realizada respecto de la anterior oferta a fin de que la misma no se extienda a una oferta competidora no deseada.

VI. CONCLUSIÓN

Es indiscutible la existencia de dos principios fundamentales en la reglamentación sobre OPAs: transparencia y tratamiento igualitario a los accionistas. Sin embargo, no existe un principio de

competencia que promueva la aparición de OPAs competidoras que eventualmente ofrezcan un mayor precio.

Por lo tanto, son legales los acuerdos contractuales que puedan significar obstáculos para una OPA competidora, tales como los que hemos reseñado anteriormente. Esto sin perjuicio de lo establecido por el R. de OPAs con respecto de los deberes del emisor una vez que tenga conocimiento de la eventual presentación de una OPA.

Sin embargo, tratamiento especial merece la actuación del emisor, de los accionistas controladores y de los competidores, cuando se trata de una OPA hostil, lo que será objeto de un trabajo complementario al presente artículo.

¹⁰ Artículo 79.- Una vez publicado el anuncio de la oferta de la última oferta competidora, las declaraciones de aceptación que se hubieran producido con respecto de la oferta u ofertas anteriores podrán ser revocadas en todos los casos por parte de los titulares de los valores afectados.

GARANTÍAS DEL CRÉDITO BANCARIO: ¿SÁBANA O PAÑUELO?

Martín Mejorada C.*
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

¿Qué es la garantía Sábana? ¿Cuáles son sus características y propósitos? ¿Existe realmente un problema al garantizar una deuda con una cobertura amplia y global? ¿Por qué se afirma que la Garantía Sábana es parte de un régimen de protección del sistema financiero?

En las páginas que siguen, el autor responde a las preguntas enunciadas, explicando las características principales de esta garantía comprensiva y analizando críticamente los efectos de las recientes modificaciones introducidas por el legislador, las cuales, en su opinión, marcan la defunción de este tipo de garantía y dan nacimiento a una nueva categoría: la Garantía Pañuelo.

Hace 13 años fui Director de THEMIS-Revista de Derecho. En esos días sufríamos por las demoras de nuestros proveedores, en particular por los retrasos de la imprenta cuyo propietario solía desaparecer el día fijado para la entrega del número. Pese a la perseverancia del equipo y al asedio que ejercíamos, siempre había pequeñas demoras imputables al escurridizo deudor. No teníamos garantías. Nuestra preocupación era cumplir con las empresas que anunciaban en la Revista, con los suscriptores y con la Facultad de Derecho que nos alojaba física y espiritualmente. Estaba en juego nuestra palabra y el prestigio de la Institución. Ciertamente temíamos fallar. Las personas que confiaban en nosotros, acreedores y patrocinadores, no nos pedían ninguna garantía. Confiaban en los chicos de la Universidad Católica que producían y editaban una revista de Derecho. Creían en nosotros, como creen hoy en los jóvenes que publican estas líneas, como creían hace 40 años que comenzó THEMIS.

La confianza en THEMIS fue y es una cuestión institucional. Sin embargo, no siempre las relaciones operan institucionalmente o no siempre las instituciones generan confianza. Por ello son necesarias las garantías. Me ocuparé de una modalidad de garantía que estuvo en nuestro sistema jurídico desde 1931 y que se conoció como "Garantía Sábana". También conocida como "Garantía Global" o "Garantía de Máximo"¹, más que una modalidad de garantía es un sistema de cobertura regulado como fórmula típica, casi siempre vinculada a operaciones del sistema financiero. A través de esta garantía quedan comprendidas en la prenda o hipoteca constituidas, a favor de una empresa del sistema financiero, todas las obligaciones que se tuvieran con ella, sin tener que identificar el detalle de cada obligación garantizada. El adjetivo "Sábana" revela su cobertura singular, por encima de la que exhiben las garantías de operaciones ordinarias.

Pues bien, cierta campaña política y mediática logró en marzo de 2002 convertir a la "Sábana" en un costoso "Pañuelo". Ante el aplauso de morosos y periodistas redentores, surgió una nueva cobertura para la garantía bancaria a la que llamaré sarcásticamente "Pañuelo". Menos comprensiva, pretende resolver situaciones de supuesta injusticia, obligando a hacer expreso lo que antes era regla legal (la cobertura de la garantía), y recortando la libertad de los terceros que desean garantizar deudas ajenas (los terceros ya no pueden asegurar cualquier obligación ajena).

La cobertura "Pañuelo" ni siquiera está al nivel instrumental del siempre útil moquero, de ahí que la referencia al "Pañuelo" sólo sea para contrastar en dimensiones a la "Sábana", no para ofender al noble recibidor de lágrimas y otras sustancias.

I. LA GARANTÍA SÁBANA

La primera parte del artículo 172 de la Ley 26702 (Ley de las Entidades del Sistema Financiero y de Seguros) describe la cobertura de las garantías a favor de las empresas del sistema financiero. Antes de las modificaciones introducidas por las Leyes 27682 y 27851 contábamos con una verdadera Garantía Sábana. Después de los cambios surgió la cobertura "Pañuelo".

El texto original de la primera parte del artículo 172 (Garantía Sábana) era el siguiente:

"Con excepción de las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía o por el deudor, salvo estipulación en contrario".

El primer cambio fue introducido por la Ley 27682 del 9 de marzo de 2002 (origen de la cobertura "Pañuelo"), con el siguiente texto:

"Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, solo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien los afecta en garantía. Es nulo todo pacto en contrario". Subrayado agregado.

Con la Ley 27851 vino el segundo cambio, sólo siete meses después de la primera modificación. Este es el texto actual del artículo 172 de la Ley 26702 (se mantiene la cobertura "Pañuelo"):

"Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato.

Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta del deudor, éstas solo respaldan las deudas y

¹ Las denominaciones y características de detalle varían según la legislación, de manera que los comparatistas no se angustien por hallar diferencias no reveladas en esta mención entre la Sábana, la Global y la de Máximo, porque sin duda las hay, pero en esencia son lo mismo.

obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía”.

La Garantía Sábana no apareció por primera vez en la Ley 26702. Sus antecedentes se remontan a 1931. Diversas normas se han ocupado de ella². Del recorrido normativo se aprecia que la legislación nacional siempre dotó de Garantía Sábana a las entidades del sistema financiero, atendiendo a la evidente importancia de la recuperación crediticia en el financiamiento institucional. La idea ha sido que los bancos gocen de mecanismos expeditivos para asegurar la recuperación de sus créditos. El sistema financiero está integrado por las diversas entidades que operan recibiendo depósitos del público y concediendo créditos con cargo a dichos depósitos. Aunque no todas las entidades del sistema captan ahorros, la mayor parte sí lo hace y por tanto la circulación de dinero a través del crédito importa no sólo un riesgo para los banqueros sino también para el público. Además, la masa dineraria en circulación institucional (préstamos bancarios) es mucho mayor que la que se presenta en otros sectores (crédito directo entre proveedores y consumidores). Por ello el riesgo del crédito bancario es el riesgo de la economía en su conjunto.

El sistema financiero preocupa legítimamente al Estado en su propósito de alcanzar el bienestar económico del país. Esta preocupación tiene consagración constitucional. Tanto la Constitución de 1933 (artículo 13), la de 1979 (artículo 154), como la de 1993 (artículo 87) consagran normas expresas sobre la importancia del sistema financiero. Esta última señala: “El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y alcances de dicha garantía”.

¿En qué sentido la Garantía Sábana es parte de un régimen de protección del sistema financiero? Lo es porque esta cobertura tiene dos características principales: i) está prevista en la ley y rige sin necesidad de que las partes la estipulen expresamente en los contratos de crédito o garantía y ii) hace comprender en la garantía una gama indeterminada de obligaciones, evitándose la reiteración del acto constitutivo.

La Garantía Sábana no es una categoría única o universal (en realidad ningún concepto legal tiene semejante virtud), pero en mi opinión sólo tiene sentido como cobertura especial si cumple las características antes señaladas. De otro modo sería como cualquier

² A continuación la secuencia normativa de la Garantía Sábana, siempre ligada a operaciones del sistema financiero.

Decreto Ley 7159 (Ley de Bancos del 10 de julio de 1931).

“Artículo 169.- Las prendas que se constituyen a favor de un banco, en conformidad con las disposiciones de esta ley, servirán de garantía a todas las deudas y demás obligaciones, directas e indirectas, de cualquier clase, que el dueño de la prenda tenga contraídas al tiempo de constituirla o que contraiga posteriormente a favor del mismo Banco, a menos que conste expresamente que la prenda se ha constituido únicamente para garantizar determinadas obligaciones”.

Ley 9811 (Normas sobre el Banco Industrial del Perú del 14 de mayo de 1943).

“Artículo 8.- Las garantías de los créditos otorgados por el Banco respaldan, hasta por el total del crédito original y sus intereses y gastos, los saldos que arrojen las liquidaciones finales que el Banco practique, respecto de todas las operaciones, de cualquier naturaleza, autorizadas por la ley, que haya realizado con el deudor aunque noven o modifiquen el contrato original; y el Banco podrá ejecutar, mediante el embargo y demás procedimientos establecidos por las leyes referentes a sus operaciones, sobre los bienes en que radiquen dichas garantías, sin limitación alguna que provenga de la naturaleza, estado o uso al que estuvieren destinados dichos bienes”.

Decreto Supremo 299-68-HC (Ampliación de los fines del Banco Industrial del Perú del 14 de agosto de 1968).

“Artículo 26.- Para los efectos de los préstamos que el Banco otorga, las garantías mobiliarias e inmobiliarias tendrán el carácter de universales y conmutables en cuanto se refiere a que una misma garantía por un prestatario, en caso de ser suficiente, respaldará todos los créditos otorgados al prestatario. Igualmente, distintas garantías constituidas se aplicarán para respaldar obligaciones diferentes de las que originaron su constitución, sin que en uno u otro caso tenga necesariamente que vincularse la naturaleza de la garantía con el objeto o destino del préstamo”.

Decreto Supremo 298-68-HC (Normas sobre Banco Minero del Perú del 14 de agosto de 1968).

“Artículo 52.- Para los efectos de los préstamos que el Banco otorga, las garantías mobiliarias e inmobiliarias tendrán el carácter de universales y conmutables en cuanto se refiere a que una misma garantía por un prestatario, en caso de ser suficiente, respaldará todos los créditos otorgados al prestatario. Igualmente, distintas garantías constituidas se aplicarán para respaldar obligaciones diferentes de las que originaron su constitución, sin que en uno u otro caso tenga necesariamente que vincularse la naturaleza de la garantía con el objeto o destino del préstamo”.

Decreto Legislativo 202 (Ley Orgánica del Banco Industrial del 12 de junio de 1981).

“Artículo 33.- Las garantías que se constituyan en favor del Banco Industrial del Perú, además de las normas que le sean aplicables según su naturaleza y clase, se rigen por las disposiciones especiales siguientes:

a. Las garantías reales constituidas en caución de un crédito del Banco respaldarán toda otra obligación presente o futura del deudor, salvo pacto expreso en contrario”.

Decreto Legislativo 637 (Ley General de Inversiones Bancarias, Financieras y de Seguro del 25 de abril de 1991).

“Artículo 187.- A menos que exista estipulación en contrario, los bienes dados en prenda o hipoteca en favor de una empresa bancaria o financiera respaldan todas las deudas y obligaciones, directas o indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien lo afecte en garantía”.

Decreto Legislativo 770 (Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros del 30 de octubre de 1993).

“Artículo 175.- Con la excepción prevista en el inciso f) del Artículo 295, a menos que exista estipulación en contrario, los bienes dados en prenda, warrant o hipoteca en favor de una empresa o entidad del Sistema Financiero respaldan todas las deudas y obligaciones, directas o indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien lo afecte en garantía, o por el deudor.

(...)

Artículo 295.- Las letras hipotecarias tienen las siguientes características: f) Deben ser garantizadas con primera hipoteca, la que no es factible hacer extensiva a otras obligaciones a favor del banco emisor”.

cobertura tradicional³. Permítanme pues la pequeña arrogancia de señalar las características de la Garantía Sábana⁴, pero con el compromiso de justificarlas.

i) La Garantía Sábana rige en las relaciones jurídicas sin necesidad de que se incorpore expresamente en los títulos de donde proviene. La ley produce la incorporación automática e ingresa a la relación como una condición más, salvo que las partes excluyan la cobertura especial. Es decir, es una norma supletoria de la voluntad. Una norma que se integra a los negocios. Si las partes no dicen nada, rige la cobertura especial.

No se trata de una imposición legal sino de una aplicación supletoria e integrativa. Se entiende que las personas conocen las normas que se aplican a su relación o situación (no se admite prueba en contrario). El rol integrativo de las normas es muy común en el Derecho patrimonial y tiene como función principal reducir los costos de transacción derivados de las negociaciones contractuales. Si las partes en un negocio tuvieran que discutir y concordar todos los detalles de su relación los costos se elevarían demasiado, distorsionando la eficiencia del resultado que se espera o impidiendo eventualmente la satisfacción de los intereses en juego. Un régimen de normas que se integran a la relación implica la sustitución de la voluntad expresa, por reglas que según el legislador conducen a resultados satisfactorios para los directamente involucrados y para la sociedad.

Por ello el Código Civil está plagado de normas supletorias de la voluntad. Casi todas las normas sobre contratos nominados describen supuestos que las partes podrían cambiar si se ponen de acuerdo. Estas normas rigen ante el silencio o si las partes no expresan algo distinto. Así tenemos: el lugar de entrega de los bienes en la compraventa (artículo 1553), el volumen y periodicidad del suministro (artículo 1606), el régimen de la donación conjunta (artículo 1630), la oportunidad de entrega del mutuo (artículo 1653), la periodicidad de la renta en el arrendamiento (artículo 1676), el lugar de devolución de los bienes del comodato (artículo 1744), etc. En la regulación de garantías del Código Civil también existen normas que se integran a la relación, por ejemplo la prenda tácita (artículo 1063) y la cobertura de la hipoteca (artículo 1107).

La supletoriedad que cumplen las normas no distingue en la importancia del aspecto negocial que se suplirá.

Vemos así que en la compraventa la norma cumple función supletoria incluso cuando se ocupa del precio del bien, que es un elemento esencial de ese contrato (artículo 1547 del Código Civil), y en las garantías la norma cumple dicho rol nada menos que en la conformación del título constitutivo (prenda e hipotecas legales), es decir en el origen del derecho.

La Garantía Sábana tiene función supletoria. Las partes conocen su existencia normativa y sin tener que decidir expresamente sobre ella, la cobertura se integra a la relación de garantía. Si existe interés en estipular una cobertura distinta, las partes se pueden poner de acuerdo. Si no existe acuerdo, rige la Garantía Sábana.

Se podría decir que la cobertura de una garantía es una condición demasiado importante para que se incorpore a la relación por vía supletoria, sin embargo hemos mostrado que la supletoriedad normativa no distingue en la trascendencia de los elementos. Es decir, nuestro sistema jurídico admite que la ley supla la voluntad aun respecto de elementos centrales de una relación patrimonial, por tanto la característica que comentamos no debería tener oponentes. Lo importante es evaluar los costos que se generarían o los beneficios que se dejarían de obtener si se dejara librado el tema de la cobertura a un inevitable y expreso acuerdo de las partes.

ii) La Garantía Sábana comprende una gama indeterminada de obligaciones evitándose la reiteración del acto constitutivo.

La cobertura de la garantía es la esencia de esta modalidad. Es una herramienta fundamental para reducir costos en las operaciones de financiamiento. En lugar de señalar en cada constitución de garantía una obligación concreta y determinada a garantizar, se indica de modo general un conjunto indeterminado de obligaciones entre partes claramente identificadas. No se trata de decir simplemente: "se garantizan obligaciones", sino "se garantizan todas las obligaciones pasadas, presentes y futuras, que se den entre las partes".

Todas las obligaciones, o las que señalen las partes (se puede limitar la Sábana, por ejemplo, a las obligaciones del pasado o a las del futuro o a las contraídas en cierto periodo de tiempo, en fin), quedan comprendidas en un solo acto constitutivo. Claro, si la limitación convencional llega al punto de identificar sólo ciertas obligaciones expresamente señaladas ya no estaríamos

³ No se trata de desdeñar lo tradicional, pero veremos que algunas categorías clásicas resultan insuficientes para atender las necesidades del crédito institucional e incluso del crédito en general.

⁴ Hablar de "Garantía Sábana" es referirse a una categoría que naturalmente no goza de universalidad (como ninguna en Derecho patrimonial), de modo que lo dicho aquí no pretende construir una categoría, sino simplemente describir lo que nuestra legislación y algunas de otros sistemas han conocido como "Garantía Sábana".

ante una Garantía Sábana. Si ésa es la decisión de las partes, bien. En cambio, si viene de una prescripción legal resulta sumamente cuestionable, tal como veremos más adelante.

El ahorro de costos es evidente. Si el cliente mantiene diversas operaciones con el banco, de las cuales surgen o podrían surgir varias obligaciones, esta modalidad permite que todas ellas estén cubiertas por la misma garantía, sin necesidad de pasar cada vez por el proceso constitutivo de una garantía. No sólo estamos hablando de los costos de la escritura pública y de las tasas por el registro del gravamen, sino de los costos de investigación sobre el estado jurídico del bien (estudio de títulos). Cada vez que se pretende adquirir un derecho real, el potencial adquirente tiene que pasar por un estudio especializado que determine la situación legal del bien, y así estar seguro que adquirirá el derecho pretendido en condiciones satisfactorias. No sólo se trata de verificar que el bien corresponda a quien constituirá la garantía (presupuesto básico para la adquisición de todo derecho real), sino también de establecer su valor real sobre la base de los gravámenes y cargas que pudiera soportar (por ejemplo, otras garantías o derechos reales en general, como usufructos, superficies, servidumbres, etc.). Si este proceso se debe realizar cada vez que se constituye una garantía, por cada obligación que surge entre las partes, ciertamente estamos ante una operación costosa. ¿Quién asume estos costos? Los costos son trasladados a los deudores, quienes a su vez los trasladan al valor de los bienes o servicios que colocan en el mercado.

Fuera de lo señalado, el tiempo que se destina a los procesos constitutivos de garantías es un costo adicional que perturba el tráfico comercial y el flujo de recursos desde los prestadores hacia los prestatarios. Lo que podría realizarse a través de un par de comunicaciones electrónicas o telefónicas; una que pide el desembolso y otra que la acepta (todo lo cual tardaría minutos o a lo sumo horas), se convierte en un proceso complicado de varios días. Los negocios son oportunidades que se dan en el tiempo. Una garantía que debe pasar por procesos complicados y costosos no es una buena herramienta de negocios.

El objetivo es que los negocios se celebren al más bajo costo, y que por ello generen beneficios para las partes y para la sociedad. El problema de los costos en la constitución de garantías se explica en una serie de causas, muchas de las cuales son estructurales y no se presentan en países desarrollados. Por ejemplo, si tuviéramos un sistema de constitución de garantías eficaz (barato, rápido y seguro), no sería un problema serio la constitución individualizada de garantías por cada obligación que surge entre las partes. Es decir, la

Garantía Sábana es una respuesta a las deficiencias del sistema legal peruano. Por ello, cuando se juzga a esta garantía con la herramienta del Derecho Comparado hay que examinar el sistema constitutivo de cada régimen legal. Los sistemas que gozan de mecanismos sencillos y confiables de constitución de derechos reales no tienen Garantía Sábana porque no es necesaria, ciertamente no es el caso del Perú.

II. LOS PROPÓSITOS DE LA GARANTÍA SÁBANA

La Garantía Sábana tiene dos propósitos principales, uno menos discutible que el otro: i) es una fórmula que reduce costos operativos, en beneficio del tráfico y del mercado en su conjunto, tal como vimos y ii) le otorga al acreedor una facilidad operativa para proteger sus créditos, con eventual desmedro de la circulación patrimonial del bien afectado en garantía.

Lo primero es claro. Lo segundo enfrenta a la Garantía Sábana con ciertos valores pro-deudor. Se dice que semejante facilidad a favor del acreedor congela el bien impidiendo su circulación, pues al quedar atrapado en la Sábana nadie más aceptará otra garantía sobre él. Esto significaría la paralización del patrimonio afectado, lo cual además es contrario al mercado.

Es una verdad incontestable que la Garantía Sábana genera un beneficio operativo para el aseguramiento de los créditos. Por ello en el Perú siempre se le reguló como instrumento del sistema financiero. La protección de un crédito es un valor fundamental en modelos constitucionales como el peruano, según el cual los recursos del país son generados por operadores privados sobre la base del respeto de la propiedad y la libertad de negocios. La Constitución Económica señala que en el Perú rige una economía social de mercado que se sustenta en la generación de riqueza por parte de los privados (artículo 58 y siguientes de la Constitución). Para lograr esta meta se establecen dos componentes básicos de libertades económicas, a saber: i) propiedad y ii) libertad de contratos o negocios. Son los dos pilares sobre los que se centra el ordenamiento económico que nos rige. En materia económica el sistema legal debe buscar la efectiva vigencia de las libertades patrimoniales. Naturalmente ninguna de estas libertades es absoluta, la propiedad y los negocios están sometidos a límites. Los límites están previstos en la ley y por supuesto no son arbitrarios: deben observar los principios constitucionales en materia económica. Tales principios señalan que los derechos patrimoniales sólo pueden ser afectados por valores superiores, no para planificar resultados económicos. En las relaciones privadas, donde no se presenta un interés superior de la colectividad, las libertades de propiedad y contratos deben seguir los cauces propios de cada negocio según

las previsiones de las partes. En este marco deben ser interpretadas todas las relaciones privadas. La legislación está sometida a dicho marco jurídico.

Pues bien, ¿qué ocurre con las garantías? Son herramientas para asegurar el cumplimiento de obligaciones. El cumplimiento es parte de la libertad de contratos. De nada serviría que el sistema legal proteja la libertad para estipular prestaciones que luego podrían no cumplirse en la realidad. Por tanto la realización contractual o negocial es un elemento sustancial en el marco de nuestro sistema económico. Las garantías apuntan a la consecución de los objetivos constitucionales en materia económica.

Así, mejorar la cobertura de una garantía haciéndola compresiva de un cúmulo indeterminado de obligaciones (Garantía Sábana), es una medida a favor del cumplimiento. Si por efecto de estas afectaciones globales los bienes dejan de ser atractivos para otras operaciones de intercambio o de garantía, ello no debería escandalizar a nadie.

La garantía facilita el acceso al crédito, por tanto hay beneficio para quien compromete su patrimonio mediante la concesión de una garantía⁵. Si por una afectación global el titular del bien pierde oportunidades de nueva disposición, habrá sido una buena decisión si el beneficio es superior a las limitaciones surgidas del gravamen. Esto ocurre todo el tiempo cuando una persona dispone de sus bienes en usufructo, superficie, arrendamiento, servidumbre, etc. En todos estos casos la persona se limita (no podrá obtener nuevos provechos mientras se mantengan las afectaciones), pero eso no deslegitima su decisión. ¿Por qué no podría una persona afectar sus bienes en Garantía Sábana y sí hacerlo a título distinto? Desde mi punto de vista no hay razón para distinguir. Más aún, a pesar de las limitaciones temporales que impone la legislación pre-constitucional (Código Civil de 1984) a los actos de disposición de derechos (plazos máximos para el arrendamiento, la superficie, el usufructo, etc.), éstas no llegan a impedir la realización de operaciones que comprenden todo el bien e impiden en los hechos que por cierto tiempo su titular pueda comprenderlos en nuevos negocios, por qué entonces existiría inconveniente para las garantías globales.

Desde el punto de vista legal, la Garantía Sábana se inserta perfectamente en la lógica de nuestro ordenamiento civil sobre cobertura de garantías. Fuera de la regulación financiera, las normas del Código Civil

han admitido desde 1984 que se pueden garantizar obligaciones determinadas y determinables, futuras y eventuales. Es decir, hace 20 años el Código abandonó las posturas tradicionales que veían en las garantías un aseguramiento de obligaciones expresas y actuales. El sistema legal se ajustó a las necesidades del tráfico admitiendo la posibilidad de aseguramientos globales. Si bien esto ocurre con las operaciones comunes y corrientes de garantía, donde las partes tienen que pactar la cobertura expresamente, al hacerlo pueden acoger fórmulas similares a la Garantía Sábana. Es decir, hace mucho que nuestro sistema legal abandonó las categorías tradicionales que veían en la llamada "accesoriedad" (característica central de las garantías reales) un impedimento para estipular fórmulas abiertas de aseguramiento.

En materia patrimonial no se debe ser espiritualista. Dejando siempre a salvo los derechos fundamentales de la persona, las categorías jurídicas patrimoniales están destinadas a cambiar en cuanto sean necesario para atender a las relaciones sociales que son su fin último. Es claro que existen negocios marco de los cuales no se puede anticipar el resultado crediticio que resultará al concluir la relación, pero que definitivamente dan cuenta de una relación que debe ser protegida. Así ocurre, por ejemplo, en el contrato de suministro (artículo 1604 del Código Civil) y el contrato de cuenta corriente mercantil y bancaria (artículo 563 del Código de Comercio). Se puede decir que la "accesoriedad" ya no está referida a una deuda, sino a una relación jurídica.

De otro lado, la Garantía Sábana no sólo goza de una perfecta justificación legal sino también ética. Ello agrava la distorsión de la que ha sido objeto recientemente y evidencia el despropósito de la norma vigente, la falta de una visión informada, y, por cierto, la indiferencia frente a las necesidades del tráfico comercial. Las garantías son instrumentos legales para respaldar créditos. Es decir su justificación está en la existencia de los créditos que deben ser pagados. No está en discusión que las obligaciones se deben pagar, por el contrario cualquier sistema moral respaldará la necesidad de que los compromisos se cumplan. Es decir, hay una enorme carga ética a favor del pago. ¿Puede alguien negar la entrega de lo prometido, sin incurrir en cuestionamiento ético? Nadie. Por tanto, si con la Garantía Sábana se cobra un crédito, este instrumento adquiere la misma justificación moral que el pago.

Si de algún modo se pudiera cuestionar el nacimiento de las obligaciones o sus condiciones, al punto de

⁵ En la mayoría de casos, los que afectan bienes en garantía tienen una motivación económica (cuando son ellos los deudores o cuando tienen interés en el crédito garantizado), sin embargo no podemos dejar de mencionar que en algunas situaciones quien constituye el gravamen lo hace en consideración a personas (deudores) con quien sólo guardan relación familiar o de amistad. Aun así, la causa del acto constitutivo es atendible como liberalidad que el sistema legal admite.

negarles el respaldo del sistema legal, entonces sus garantías carecerán de sustento como una consecuencia traslativa, pero no por una razón que tenga que ver con la estructura de la garantía. Esto ocurre con las obligaciones que por diversas causas se encuentran viciadas a los ojos de la ley.

¿Puede una garantía incurrir en vicios legales? Por supuesto que sí. Una garantía también puede provenir de agentes incapaces, tener un fin ilícito, contener una voluntad viciada, o sencillamente no expresar la voluntad de los agentes. ¿Pueden estos vicios presentarse sólo en el aspecto referido a la cobertura de la garantía? Esto es más difícil. O la garantía está viciada en su totalidad por las diversas causas que la ley señala, o no lo está. La cobertura es un aspecto que al igual que los demás deriva de la voluntad, por tanto no tiene por qué merecer una limitación o prohibición legal en sí misma. ¿Qué se teme?

El argumento recurrente a favor de las normas limitativas en materia económica es que las partes no siempre actúan libremente en sus negocios, y que terminan vinculadas a condiciones que no aceptaron en realidad o que desconocían. Este argumento reposa en la asimetría que caracteriza a la contratación moderna, donde una de las partes tiene el control del proceso formativo del negocio. Una de las partes, normalmente la proveedora de bienes o servicios, redacta las condiciones del contrato, conoce la ley a la perfección y avasalla con su aparato logístico al indefenso consumidor. Conclusión: la ley debe limitar dicho sometimiento impidiendo que se formulen ciertos pactos, incluso si la llamada “parte débil” estuviese de acuerdo con ello. Así tenemos, por ejemplo, las estipulaciones prohibidas por el artículo 1398 del Código Civil, referidas a cláusulas limitativas de responsabilidad, facultades resolutorias y prohibiciones.

También existen limitaciones y prohibiciones que no requieren justificarse en la contratación en masa. Me refiero a la prohibición de pactar la no enajenación o gravamen de bienes (artículo 882 del Código Civil) o la prohibición del pacto comisorio (artículo 1066 del Código Civil). En estos casos, aunque no exista asimetría los acuerdos resultan ofensivos para el sistema legal. ¿Por qué? Nuevamente, el legislador cree que a través de estas prohibiciones se asegura una relación más justa.

Las mencionadas limitaciones y prohibiciones son discutibles en constitucionalidad y eficiencia, pero sin duda encierran un propósito ético a favor de la llamada “parte débil” de la relación. Es verdad, la asimetría puede dar lugar a situaciones de injusticia, empero existe una gran diferencia entre las prohibiciones que impiden una ventaja patrimonial injusta, con las que

afectan condiciones de una garantía (en particular su cobertura), pues en éstas se trata de respaldar una obligación que además de ser causa de la garantía es el límite para la ejecución. Si una deuda existe, sin importar el origen de la cobertura garantista (legal o contractual, global o específica), la deuda debe ser pagada. La garantía no es más que el espejo del crédito. El acreedor sólo puede cobrar lo debido. La cobertura puede ser mayor o menor pero siempre tiene como límite de realización al crédito garantizado.

En consecuencia, ¿cuál es el problema de garantizar una deuda con una cobertura amplia y global? La Garantía Sábana no contraría de modo alguno el equilibrio que siempre busca el Derecho, por el contrario afirma el cumplimiento de las obligaciones, afirma lo correcto, lo justo.

La Garantía Sábana se explica perfectamente en el marco de nuestra Constitución, pues se trata de una herramienta que facilita el pago de los créditos y reduce costos de transacción. Estamos pues ante una cobertura cuyo propósito es abonar al cumplimiento contractual: pieza clave de nuestra Constitución Económica.

III. ¿QUÉ HA QUEDADO DE LA SÁBANA?

Con las modificaciones de marzo y octubre de 2002 las garantías del crédito bancario dejaron de ser Sábanas, pero no sólo eso. Además se introdujo en el sistema legal una categoría absurda e inconstitucional: la cobertura Pañuelo. El texto vigente del artículo 172 de la Ley 26702 señala:

“Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato.

Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta del deudor, éstas solo respaldan las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía”.

Se anula la primera de las características de la Garantía Sábana. La cobertura de la garantía bancaria ya no proviene del rol supletorio de la ley, sino de la voluntad expresa de las partes. Éstas deben señalar expresamente la cobertura de la garantía ¿como en cualquier operación no bancaria? Peor aún, pues la voluntad que describe la cobertura debe ser expresa, en cambio en las garantías ordinarias la cobertura es una condición del negocio cuya estipulación también puede ser tácita (141 del Código Civil).

Esta exigencia del legislador se explica en que (según él) la condición supletoria de la Garantía Sábana generaba situaciones injustas, pues las partes quedaban sometidas a una ejecución que no habían estipulado expresamente y cuyos alcances desconocían. Esta apreciación era y es equivocada. La razón por la cual algunas personas se sorprendían por los alcances de una ejecución era porque no leían los contratos que suscribían o desconocían la ley. Estas son las verdaderas razones de la sorpresa, pero ¿son esas razones para cambiar la estructura de una garantía? Considero que no.

La desinformación y el desconocimiento legal son un problema de incultura comercial que el sistema jurídico no puede apañar. Todo lo contrario, el sistema debe promover el conocimiento y la generación de agentes económicos responsables. Se dijo además que los bancos usan su posición de supremacía para imponer la suscripción de la Garantía Sábana. Falso, la Garantía Sábana venía de la ley y en los hechos todos los bancos la incluían como una cláusula de los contratos de garantía, a pesar que dicha incorporación no era necesaria para su vigencia. El problema era la desinformación de los deudores o propietarios que afectaban sus bienes.

Claro que la desinformación es un problema, pero no lo es sólo para la cobertura de las garantías sino para todos los términos de un negocio. Lo mismo que se dijo de la cobertura de las garantías se pudo decir de la tasa de interés, de las condiciones del pago, del plazo, de la mora, del adelanto del vencimiento, todas circunstancias más graves que la cobertura de una garantía. Sin embargo el legislador sólo se ocupó de la cobertura. La razón es obvia: el drama de una ejecución (lanzamiento de por medio) vende más a los medios que el simple devenir de un contrato de crédito.

La manera de combatir la desinformación es informando, no impidiendo el ejercicio de la libertad económica. Si fuera razón válida para limitar los negocios la falta de comprensión de los agentes, entonces todas las operaciones que se celebran por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación serían limitadas en todos sus términos, y, por supuesto, no existirían normas supletorias. Todos los términos de un contrato deberían ser expresos como prueba que las partes han comprendido. Nada más absurdo. Por ello existe una disciplina y régimen legal sobre defensa del consumidor que nos habla de “consumidor razonable”, “consumidor final”, etc., todos conceptos que tienen que ver con el propósito de informar y no de impedir operaciones económicas. La propia Constitución se ocupa del tema al señalar en su artículo 65:

“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la

información sobre los bienes y servicios que se encuentra a su disposición en el mercado”.

La Constitución de 1993 es consciente de que la economía de mercado se desarrolla inevitablemente en un escenario de contratación masiva, donde la asimetría es una condición de los intercambios. Pues bien, la respuesta constitucional no es limitar la libertad sino asegurar la información.

La defensa del consumidor es la clave para enfrentar los problemas vinculados a la asimetría informativa que caracteriza a la contratación moderna en todas sus manifestaciones, y no sólo en el aislado aspecto de la cobertura de una garantía. Una vez más la visión del legislador, tan amplia como el lente de la cámara que lo obsesiona, contrasta con la globalidad de muchos de nuestros problemas. Si no se identifica con seriedad el origen de un problema no es posible implementar una respuesta adecuada.

La segunda parte de la norma completa el sin sentido de la primera. La norma distingue entre las garantías que son otorgadas por el deudor y las que otorgan terceros no deudores. Dice la segunda parte que cuando la garantía la constituyen terceros, ésta sólo puede asegurar obligaciones expresamente señaladas en el título. Se distingue de las garantías otorgadas por el deudor en que estas últimas sí podrían comprender una globalidad de créditos, las de terceros no. Claro, se pueden formular una serie interpretaciones para extender los alcances de la norma y limitar la prohibición, sin embargo la voluntad del legislador es contundente. Según él, las garantías que otorgan terceros no deben asegurar obligaciones globales porque ellos no conocen el movimiento patrimonial del deudor, y por ello no sabrían de las nuevas obligaciones que surjan. Un problema de información se intenta solucionar con una grave limitación de la libertad. La norma no dice que es el “nulo el pacto en contrario” pero no tiene que decirlo. Su sentido prohibitivo no deja lugar a dudas.

Con este agregado la Garantía Sábana desaparece por completo. El Pañuelo que queda en su lugar reduce la garantía bancaria a una dimensión inferior de la que existe para las garantías ordinarias. Cualquier persona ajena al sistema financiero podría garantizar una deuda global (obligaciones determinables, futuras o eventuales) a favor de un acreedor que no es el suyo, pero no podría hacerlo si el acreedor es un banco. ¿Por qué? No hay respuesta razonable. Estamos ante una clara discriminación que vicia la norma que comentamos y la pone en situación de ser inaplicable o derogada por inconstitucional.

Siempre he creído que todas las titularidades deben gozar de los mecanismos más eficaces a los que se

pueda acceder para hacerlas realidad. Los privilegios que tradicionalmente se han otorgado a las entidades del sistema financiero deberían compartirse con todos los acreedores. Tanto daño hace a la sociedad el incumplimiento frente a un banco, como el incumplimiento frente a cualquier otro acreedor. Sin embargo, vemos en primera fila la paradoja: no sólo el Estado renuncia a darnos un sistema de garantías eficaz en general, manteniendo una regulación plagada de prohibiciones, sino que elimina los pocos elementos que existían para menguar la ineficiencia del sistema, y lo hace con quien según la Constitución debiera ser especialmente protegido: el sistema financiero.

Queda claro que la versión vigente del artículo 172 de la Ley 26702, cuya modificación comenzó el 10 de marzo de 2002, no afecta a los contratos de garantía celebrados antes de esa fecha (artículo 62 de la Constitución), pero obviamente para las nuevas operaciones se ha creado un costo adicional. Festín para los magos de la ciencia jurídica y los artilugios. Solución para la foto, sólo parece haber complacido al legislador, pues en los hechos los terceros se volverán deudores y los contratos describirán con más detalle

los negocios capaces de generar la obligación garantizada (más páginas para la escritura pública), mientras que el deudor y sus socios de la relación garantista no habrán visto mejorar el conocimiento sobre la operación en la que se embarcan, ni las condiciones del crédito obtenido.

Las formas de garantizar una obligación no se agotan en la estructura de la difunta Garantía Sábana. Existen diversas garantías abiertas que se pueden convenir, de las cuales me ocupare en otra ocasión. Por ahora sólo he querido mostrar algunos contrastes y paradojas que resumo así: a la necesidad de eficiencia que reclaman nuestras incipientes relaciones económicas, se responde con una medida tan costosa como inútil.

Por cierto THEMIS no es ajena a los contrastes. El pequeño trabajo que aportamos sus miembros no se compara ni por asomo con lo que nos dio la Institución: no sólo la oportunidad de conocer y trabajar con estupendas personas, sino ser parte de una estructura en movimiento desde hace 40 años, testigo y partícipe de hechos que son historia y fundamento del futuro de nuestro país. ¡Feliz aniversario THEMIS!

Martín Mejorada C.

POTESTAD TRIBUTARIA Y TRIBUTOS DE LA ESPECIE TASA*

Eduardo Sotelo**

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

¿Cuál es la participación de las tasas en el financiamiento de las entidades públicas? ¿Cómo se distribuye el poder tributario en relación a ellas? ¿Quiere decir el artículo 74 de nuestra Constitución lo que su texto literalmente expresa?

A través del presente artículo, el autor nos conduce mediante consideraciones de orden normativo, social y de política legal y tributaria a enfrentar la realidad de las tasas en nuestro ordenamiento. Así, este interesante análisis, demostraría que la Constitución material quiere indicar algo distinto a la formal en lo referente a la potestad tributaria de las tasas y que, por consiguiente, el Derecho es siempre más que una norma.

* "Porque no me gusta que mi libro sea tomado a la ligera. Siento tanta pena al contar estos recuerdos. Hace ya seis años que mi amigo se fue con su cordero. Y si intento describirlo aquí es sólo con el fin de no olvidarlo. Es muy triste olvidar a un amigo. No todos han tenido un amigo. Y yo puedo llegar a ser como las personas mayores, que sólo se interesan por las cifras. Para evitar esto he comprado una caja de lápices de colores. ¡Es muy duro, a mi edad, ponerse a aprender a dibujar, cuando en toda la vida no se ha hecho otra tentativa que la de una boa abierta y una boa cerrada a la edad de seis años!". DE SAINT-EXUPÉRY, Antoine. "El Principito". Capítulo 1. El presente artículo ha sido preparado, especialmente, para la edición 50 de THEMIS-Revista de Derecho y está dedicado a todos sus miembros y ex miembros, mis amigos, con la esperanza de que el tiempo no logre hacer que perdamos la capacidad de distinguir entre un sombrero y una serpiente boa que digiere un elefante. Sobre algunas pocas variantes legales de esta esencial distinción versa el presente trabajo.

** Abogado. Master en Derecho por The University of Chicago Law School. Master en Administración Pública y Políticas Públicas por The London School of Economics and Political Science, The University of London. Ex asesor del Ministerio de Economía y Finanzas. Profesor de Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador del Instituto Libertad y Democracia y Consultor de la Adjuntía de Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.

1. INTRODUCCIÓN

La apariencia nos engaña, porque lo esencial es casi siempre invisible a los ojos. Cuando cualquiera de nosotros, que empieza esta lectura, se acerca a una entidad pública para requerir o solicitar un servicio público individual, o aun sin requerirlo lo recibe en la paz del hogar, normalmente el Estado o la entidad pública nos carga o cobra una retribución que pagamos, las más de las veces, de manera impensada y casi refleja.

Normalmente, se trata de sumas pequeñas que por su nimiedad hacen poca o ninguna mella en nuestra riqueza personal. Por esto mismo, cuidamos poco en detenernos a pensar y reflexionar qué es, por qué se genera, en qué se sustenta y justifica este pago a favor de la entidad pública y el por qué de su cuantía. Usualmente, también, tendemos a pensar que tal pago contribuye marginalmente en poco con el financiamiento de la entidad pública que tenemos enfrente.

Ya estos dos primeros párrafos introductorios encierran ciertas afirmaciones que pueden bien ser relativizadas y aún cuestionadas por erróneas. ¿Son estas sumas pagadas por servicios públicos realmente nimias? ¿Lo son sólo en términos absolutos y no en términos relativos? Es decir, por esto último, ¿son pequeñas e inocuas para todos los ciudadanos o habitantes del Perú o tenemos o compartimos una percepción de que tales sumas resultan pequeñas cuando medidas “en relación con” nuestro –el de usted, lector, y el mío– patrimonio o riqueza personal? ¿Serán pequeñas o percibidas como pequeñas incluso por el poblador de un centro poblado o de un asentamiento humano, de la sierra, o de la selva del país? ¿Lo serán para el 52,9% de la población desempleada y subempleada del país¹? ¿Serán, como para nosotros, similarmente inocuas e imperceptibles para el 52% de pobres del país o para el 20,7% de esos pobres que se ubican en pobreza extrema²? ¿Serán, por último, sumas igualmente ínfimas e imperceptibles en relación con el sueldo promedio mensual nacional de un empleado o ejecutivo (S/. 1,723) o en relación con el salario promedio mensual nacional de un trabajador obrero (S/. 533)³?

Primera relativización, entonces, de una afirmación que se sustenta en un pretendido conocimiento suministrado por la intuición o por la apariencia visible a nuestros ojos pero, que, al parecer, es incorrecto. Un

cobro por servicios públicos, si bien poco importante en cuantía o monto, puede no resultar, en términos relativos, imperceptible o inocuo para los habitantes de un territorio con los índices sociales y económicos que presenta nuestro país.

La informalidad imperante en el país, la incidencia conocida de procedimientos administrativos y judiciales contra el cobro de tasas –procedimientos ellos mismos que “cuestan” al ciudadano, la mayoría de veces, una tasa–, la aparición de mecanismos alternativos para la extinción de obligaciones tributarias –“pago” de tasas con servicios frente a gobiernos locales–, entre otras evidencias, pueden, asimismo, proporcionarnos una luz o indicio acerca del malestar o perturbación que, en la práctica y contra la intuición inicial, puede ocasionar el cobro de una tasa en el presupuesto y en las economías familiares de este país.

Nuestro error, parece ser, radica en creer que lo que es –o se percibe o siente– poco o pequeño por y para algunos, es también –o percibido o sentido– poco o pequeño por y para todos los demás. El tributo tasa –como un precio público, o como un precio en el mercado– sólo es insignificante, pequeño o inocuo, para aquellos que o comparten un mismo nivel o están por encima de un cierto nivel de ingreso, de riqueza, económico o social⁴.

De otro lado, volviendo a las afirmaciones vertidas en los párrafos introductorios, las mismas personas sometidas al pago de tasas que tendemos a pensar que lo que pagamos es poco y que esto es verdad para todos los demás, normalmente, somos los mismos que vivimos convencidos de que este pago contribuye marginalmente con poco en el financiamiento de las entidades públicas. Si esto parece ser cierto en términos individuales –porque la cuantía de la tasa individualmente apreciada es, sin duda, un grano de arena en comparación con el presupuesto de una entidad pública–, en términos agregados, una vez más, esta verdad se relativiza.

En efecto, lo que en términos generales puede resultar cierto para algunas entidades, no lo es tanto en otros casos bastante ilustrativos.

En materia de gobiernos locales, por ejemplo, un estudio de Naciones Unidas de 2001⁵ terminó por establecer que en el Perú la recaudación tributaria de

¹ Datos al 2003. Fuente: INEI-Compendio Estadístico 2004.

² Datos al 2004. Fuente: INEI-Compendio Estadístico 2004.

³ Datos al 2004. Fuente: INEI-Compendio Estadístico 2004.

⁴ El tributo tasa puede, en efecto, resentir, de algún modo y en diversos grados, el concepto tributario de capacidad contributiva, que muchos creen –porque “los hombres carecen de imaginación; no hacen más que repetir lo que se les dice” diría el Principito– disociado del concepto mismo de tasa.

⁵ “The Fiscal Covenant. Strengths, Weaknesses and Challenges”. ECLAC. UN. p. 225.

impuestos que realizan los gobiernos locales tiene una participación bastante baja en la financiación de los municipios, baja inclusive para niveles internacionales, sin ir muy lejos, Latinoamérica. Recogiendo un estudio elaborado por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), se llegó a establecer que mientras la participación promedio de los impuestos locales en las finanzas municipales es de 38.8% en Colombia, de 32.9% en Chile, de 22.8% en Bolivia y de 22.3 en Brasil, en el Perú esta participación llegaba a ser –en el 2001– tan sólo de 13%. Esto en cuanto a impuestos.

Por su parte, un estudio sobre sostenibilidad fiscal del Banco Interamericano de Desarrollo⁶ (en adelante, “BID”) ha mostrado, indiciariamente, que al año 2002 la recaudación promedio de los tributos tasas de los gobiernos locales es, en proporción, más importante que la recaudación promedio por concepto de impuestos⁷.

Por lo que, si en su comparación con los ingresos totales de un gobierno local, los recursos tributarios no llegan a ser en promedio los más importantes –lo cual muestra la preocupante brecha que deben cubrir estos gobiernos, buscando potenciar su recaudación tributaria, para lograr un alivio en sus deprimidas finanzas locales–, al interior del componente tributario de sus presupuestos sorprende que las tasas constituyan recursos nada deleznable para los mismos gobiernos locales. No deleznable al punto que incluso la recaudación por concepto de tasas llega a superar en promedio a los recursos que provienen de impuestos que los gobiernos locales recaudan como acreedores tributarios –nos referimos al Impuesto Predial, de Alcabala, al Patrimonio Vehicular y demás. Es decir, la recaudación promedio por concepto de tasas llega a superar el 13% (al año 2001) de la participación promedio de los impuestos locales en las finanzas municipales.

Estructura de los Ingresos Municipales 2001-2002 (En valores y porcentajes)

	2001		2002	
	Valores	%	Valores	%
INGRESOS CORRIENTES	1,627,719,018.00	43,93%	1,931,586,582.28	48,77%
Impuestos	434,179,904.00	11.72%	495,996,193.06	12.52%
Tasas	574,093,231.00	15.49%	725,895,055.86	18.33%
Contribuciones	11,946,771.00	0.32%	5,011,137.57	0.13%
Venta de bienes	21,090,936.00	0.57%	31,516,482.27	0.80%
Prestación de servicios	112,913,503.00	3.05%	110,858,196.77	2.80%
Rentas de propiedad	341,420,237.00	9.21%	394,782,305.95	9.97%
Multas, sanciones y otros	132,074,436.00	3.56%	167,527,210.80	4.23%
Otros ingresos corrientes	—	0.00%	—	0.00%
INGRESOS DE CAPITAL	16,667,662.00	0.45%	24,079,745.33	0.61%
TRANSFERENCIAS	1,618,562,901.00	43.68%	1,699,540,898.66	42.91%
FINANCIAMIENTO	442,535,032.00	11.94%	305,118,565.39	7.70%
TOTAL	3,705,484,613.00	100.00%	3,960,325,791.67	100.00%

Fuente: Contaduría Pública de la Nación
Elaboración: BID

⁶ BID. “Estudio de Sostenibilidad Fiscal de los Gobiernos Locales en el Perú”. Diciembre de 2004. Elaboración propia del BID con fuente en datos de la Contaduría Pública de la Nación. Inédito.

⁷ Este mismo informe puntualiza, sobre las tasas y contribuciones –pero, en verdad, fundamentalmente sobre las tasas–, que “en zonas urbanas, como en el caso de Lima, son una de las principales fuentes de financiamiento lo que indica la preferencia que tienen las autoridades locales por cobrar directamente a ciertas actividades o personas por los servicios que prestan, en lugar de preocuparse por incrementar la recaudación tributaria. Esto puede estar afectando la competitividad de la economía al imponerse tasas por servicios que no son absolutamente necesarios. Adicionalmente no existe un mecanismo transparente y sencillo que permita determinar los costos de los servicios por los cuales se quieren cobrar tasas, esto genera cierto desorden lo cual afecta la percepción que tiene la ciudadanía de sus autoridades locales”.

El hallazgo del estudio seminal realizado por el BID, se encuentra corroborado con los datos disponibles en los presupuestos ejecutados por los gobiernos locales⁸.

Lo dicho, por lo pronto, es ya bastante representativo de lo que en las finanzas de las entidades públicas puede llegar a representar la recaudación de tasas, pues los datos referidos atañen a un segmento copioso del universo de entidades públicas acreedoras de tasas: esto es, 1,829 gobiernos locales. Recordemos, adicionalmente, que, en promedio, agregar los ingresos propios de los gobiernos locales en la medición de la presión fiscal nacional, incrementa en alrededor de un punto porcentual –en términos de PBI– la presión tributaria del país⁹.

De otra parte, no se requiere contar con información exhaustiva o completa de cada una de las entidades de la administración pública distintas de los gobiernos locales para saber que varias de ellas llegan a componer sus presupuestos institucionales, primordialmente, sobre la base de la recaudación directa de tasas –y también de los tributos denominados contribuciones. Este es el caso de muchas Entidades de Tratamiento Empresarial o ETEs dentro de las que se encuentran las entidades supervisoras y reguladoras: tal es el caso, para mencionar los más representativos, del INDECOPI¹⁰, la SUNARP¹¹ o el CONSUCODE¹².

Para tales entidades, hablar de la especie tributaria tasa es hablar de una de sus principales fuentes de financiamiento. La tasa es, entonces –nuevamente, creo, de forma contra-intuitiva–, el modo y el recurso esencial para financiar su actuación o los servicios públicos que tienen legalmente encomendados brindar a la sociedad.

Con lo dicho, creemos que las tasas dentro de nuestro sistema tributario¹³ no ocupan la posición residual o accesorio que *prima facie* tendemos a asignarle, cuando juzgamos sobre la apariencia o aplicando la mera intuición, ciudadanos que, como el lector y yo, hemos sido tocados con la suerte, a la vez que con la desgracia, de no sentirnos gravemente afectados por la cuantía de la mayoría de tasas que el Estado decide cargar sobre nuestras espaldas¹⁴.

Las tasas tributarias, por la contribución que son capaces de hacer a las finanzas de las entidades públicas y por la afectación que pueden ocasionar en la esfera patrimonial de sus pagadores¹⁵, son más problemáticas de lo que nos puede, en principio, parecer.

Porque el fenómeno tributario no es exclusivamente un problema legal, el presente trabajo ha usado algunos datos estadísticos y conceptos económicos, y comprende también comentarios de política tributaria, que se ha hecho imperioso mostrar para la funcionalidad del mensaje que se intenta transmitir. Empero, por limitaciones del propio autor, el presente artículo aspira a no ser más que un artículo jurídico.

El presente artículo abarca tan sólo unos pocos problemas de todos los que se pueden encontrar, cuando empezamos a reflexionar sobre la especie de tributos denominada tasa, al interior de nuestro sistema legal. Por el amplísimo espectro que cubriría un análisis de las tasas, este artículo agotará el espacio que tiene reservado antes que la temática y problemática sobre esta especie tributaria, demostrando que los temas relativos a las tasas son menos pacíficos e incontrovertibles de lo que nos parecen a primera vista.

⁸ Según estadísticas elaboradas por la Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales del Ministerio de Economía y Finanzas, en el año 2003 alrededor del 17% de los ingresos corrientes de los gobiernos locales a nivel nacional, era explicado por la recaudación de sus tasas, en el año 2002 la proporción fue de alrededor de 36% y en el año 2001 de alrededor de 38%. En los tres años, en efecto, la recaudación por concepto de tasas locales, superó la recaudación correspondiente a impuestos pagados en favor de los gobiernos municipales.

⁹ Banco Central de Reserva del Perú. "Memoria 2003". Cuadro 38, p. 98.

¹⁰ Según el Presupuesto Institucional 2005 del INDECOPI, su recaudación por concepto de tasas explica el 58,5% (S/. 21'246,000) de los S/. 36'271,197 de los ingresos corrientes de esta institución. Ver: <http://www.indecopi.gob.pe/transparencia/plan/2005/Pia2005.htm>.

¹¹ Según el Presupuesto Inicial de Apertura desagregado para el 2005 de la SUNARP, la recaudación por concepto de tasas, rubro principal comprendido en "1. Ingresos Corrientes 1.1. Venta de Bienes y Servicios", explica casi el 88% (S/. 124'341,770) de los ingresos corrientes (S/. 140'592,008) de esta institución, o casi el 87% del presupuesto total de sus ingresos para el 2005 (S/. 141'320,467). Ver: <http://www.sunarp.gob.pe/TRANSPARENCIA.asp?ID=172>.

¹² Según datos extraoficiales, los S/. 15'293,401 por concepto de Prestaciones de Servicios brindados por el CONSUCODE (que se componen de las tasas que recauda de sus usuarios) explican el 84% del total de los Ingresos por Operación de la entidad (S/. 18'110,278) (Flujos de Caja - Presupuesto 2005).

¹³ Resultan alineadas con nuestra apreciación, las comprobaciones a las que arriba, aún cuando sin llegar a una desagregación exacta de cifras con relación a las tasas tributarias, el Informe 25 de la Asociación Ciudadanos al Día "¿Cuánto nos cuesta el Estado Peruano a los ciudadanos?". Diciembre, 2003. Ver en: http://www.ciudadanosaldia.org/documents/informes/InformeCAD_25_Cuanto_nos_cuesta_el_Estado_Peruano.pdf.

¹⁴ Decimos "suerte" porque nos duele menos o no nos duele pagar una tasa tributaria que nuestra renta puede absorber, regularmente, sin mayor detrimento. "Desgracia" porque al dolernos menos, nos hace perder de vista y alejarnos de la realidad de una problemática que podría estar afectando, de hecho, a la mitad de ciudadanos de este país, cuando no nos insensibiliza o, peor aún, anula nuestra capacidad de empatar y solidarizarnos con dicha problemática.

¹⁵ "El hecho de que las tasas no incidan sobre la capacidad económica de los sujetos pasivos es sumamente discutible, sobre todo en aquellos casos en los que la tasa puede ser vital para una persona o familia (...) No debemos olvidar que el carácter obligatorio de la prestación o actuación administrativa solicitada por el sujeto deviene, en muchos casos, en virtud de su baja capacidad económica. Esto se produce cuando la comparación de cuantías exigidas a un mismo sujeto por la misma prestación hace que sea más favorable a su capacidad económica la realizada por el ente público, aun existiendo competencia en el sector privado". RUIZ GARIJO, Mercedes. "Problemas Actuales de las Tasas". Madrid: Lex Nova. 2002. pp. 58-59.

El análisis se centra en algunos aspectos vinculados con la potestad constitucional para su creación y en ciertos problemas en la aplicación o el funcionamiento de las tasas. Fieles al enunciado inicial del trabajo, nuestra hipótesis es que, dado que lo esencial es invisible a los ojos, las normas constitucionales e *infra* constitucionales en materia de tasas no son todo lo que su apariencia nos muestra o lo que creemos intuitivamente que nos comunica su texto. Quizás el trabajo abra más preguntas que las que puedan contestarse. Si tal fuera el caso, se habrá ya cumplido, por lo menos, con el muy modesto objetivo que se propone el autor.

2. POTESTAD TRIBUTARIA SOBRE LAS TASAS

2.1 Distribución constitucional del poder tributario

La forma más lógica de iniciar un análisis de las tasas es entrar por la puerta constitucional que es a lo que, precisamente, se contrae el presente trabajo.

La Constitución es la norma matriz y fundacional del Estado, que reconoce en él, como un derivado de su propia soberanía, el poder tributario como poder jurídico mediante el cual se le capacita para pretender exacciones de las economías de los ciudadanos. Como poder jurídico, el poder tributario del Estado se encuentra sometido a límites que son consagrados en el propio texto constitucional, para garantía de los derechos de los ciudadanos sometidos a tal poder.

En los ordenamientos legales modernos que tienen como pilar de su sistema jurídico una Constitución escrita, la función principal de ésta en materia tributaria consiste en repartir tal poder tributario al interior del Estado. Es decir, la Constitución como documento político constitutivo y como norma suprema de la república, señala quiénes son los titulares legitimados para ejercer el poder soberano estatal consistente en “crear, modificar y derogar tributos, establecer exoneraciones y demás beneficios”. Asimismo, establece en qué porción o cuota ejercerán el poder tributario dichos titulares, con qué límites y bajo qué condiciones.

Las normas de inferior rango al constitucional (leyes, decretos legislativos, ordenanzas locales y ordenanzas regionales, etc.) se subordinan a los mandatos contenidos en el texto constitucional.

La Constitución, entonces, distribuye ese poder tributario en una serie de dependencias del Estado,

instituyendo lo que se conoce como titulares del poder tributario. En nuestro país tales titulares son el gobierno nacional, los gobiernos locales y, recientemente, los gobiernos regionales¹⁶.

La Constitución vigente señala así en los párrafos primero, segundo y cuarto de su artículo 74 que:

“Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los gobiernos regionales y los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio. (...)”

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”.

¿Qué problemática encierra este artículo 74?

En primer lugar, pareciera, por el texto, que el universo de las tasas posibles se encuentra segmentado entre el primer y el segundo párrafo de la Constitución.

En efecto, en el segundo párrafo del artículo 74 se encuentra claramente precisado que los gobiernos locales y regionales tienen hoy análogas potestades en la creación –modificación, derogación, etc.– de tasas y contribuciones. Los gobiernos locales ejercerán dicha potestad mediante ordenanzas locales, mientras que los gobiernos regionales lo harán mediante ordenanzas regionales. Nos interesa aclarar el mapa de las potestades tributarias tal y como parecen haber sido repartidas por la Constitución.

2.2 Potestad tributaria del Poder Ejecutivo en materia de tasas

Si el segundo párrafo del artículo 74, como hemos dicho, designa dos titulares de poder tributario, el primer párrafo, al enunciar que para la creación de todo tributo se requiere una ley “salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo”, parece noticiarnos que el Poder Ejecutivo ha recibido poder tributario originario para la creación, modificación, y derogación de tasas que no son las de

¹⁶ Modificación del Artículo 74 de la Constitución mediante Ley 28390, publicada el 17 de noviembre de 2004.

gobiernos locales y regionales. Esta afirmación última reviste ciertas dificultades¹⁷.

Nótese, entonces, la estructura de dicho primer párrafo del artículo 74: tributos por ley o decreto legislativo, “salvo” tasas que se regulan mediante decreto supremo. “Salvo” es una preposición adverbial que significa “con excepción de”¹⁸. La interposición de dicha preposición denota que mientras por ley o decreto legislativo se crean, modifican, derogan, exoneran y otorgan beneficios respecto de los tributos en general, respecto de la especie tributaria tasa –y los impuestos llamados “aranceles”– tal regla no aplica, porque las tasas están exceptuadas de tal mandato, las tasas “se regulan” mediante decreto supremo¹⁹.

Resta, para terminar de entender el mandato, dilucidar lo que debe entenderse por “regular”. No existe truco ni diccionario que resuelva lo que el constituyente dijo o quiso significar mediante el uso de tal término. Algunos autores han entendido que el rango de actuación del decreto supremo debido al uso del verbo “regular” se limita a la fijación de la cuantía de la tasa, mas no a la decisión soberana de crearla²⁰.

Otros, sin embargo, como Bernales²¹, puntualizan claramente que la salvedad que rescata dicho artículo 74 importa que tasas y aranceles estén exceptuados de esta norma y pueden ser aprobados por el Poder Ejecutivo utilizando un decreto supremo. El mismo Bernales, cierra el argumento, interpretando una verdadera reserva del Ejecutivo o reserva de Administración, cuando señala que “Es obvio que por ser estos dos casos excepciones al principio de reserva legal, el Congreso no puede dictar normas al respecto: son de competencia constitucionalmente establecida en favor del órgano Ejecutivo”.

El debate sobre el alcance de la excepción que estableció el artículo 74 de la Constitución no es nuevo y tiene más implicancias de las que nos parecen evidentes.

En resumen, tres posiciones se pueden aislar respecto del tema abordado:

- i) Una interpretación amplia que admite que el Poder Ejecutivo tiene poder tributario integral en materia de tasas y aranceles –crear, modificar, derogar, conceder beneficios–, no sólo sin intervención del Poder Legislativo sino, con exclusión de él. En definitiva, se trataría de una reserva de Administración;
- ii) Una segunda, que admite poder tributario integral en materia de tasas y aranceles en favor del Poder Ejecutivo, pero sólo luego del pase o autorización que la ley congresal debiera hacer. Con lo cual la intervención de la ley congresal no estaría excluida sino que sería indispensable para dar pase a la tasa o al arancel –a la manera de un marco legal, ley “autoritativa” o similar–, dejando luego todo –su creación, modificación y supresión específica– en manos del Ejecutivo; y,
- iii) Una tercera que, de modo restringido, entiende que el Poder Ejecutivo sólo podría tener una participación accesorio o complementaria a la ley congresal –o a la delegada– para, mediante decreto supremo, “regular” –en la acepción reseñada previamente de sólo “fijar cuantía”– sobre tasas y aranceles, pero sin poseer la competencia para crearlos ni derogarlos.

De las tres posiciones posibles, la tercera parece la más difícil de admitir como “acomodada” a la Constitución²². “Crear”, “modificar” y “derogar” son atributos que han sido puestos sin distinción o

¹⁷ En el presente acápite se desarrollará sólo una de las dificultades, simplificada descrita: si el Poder Ejecutivo ha recibido poder tributario autónomo, originario y excluyente del Congreso para tasas tributarias. Más abajo, en el acápite 2.3 discutiremos otra de las dificultades que encierra el artículo 74: si después del gobierno local y regional, es sólo el Poder Ejecutivo el tercero y último titular en la creación de tasas.

¹⁸ A riesgo de ser considerado formalista, a continuación, se nos hace ineludible iniciar con un análisis textual de la norma constitucional, que trate de arrojar luces sobre las dudas no aparentes que el artículo encierra. “En este estadio de aplicación del Derecho –luego de haber cotejado la existencia de la norma– es preciso determinar lo que la norma dice y no lo que quiere decir porque a menudo esto último se hace indistinguible de lo que quien aplica la norma quiere que ella diga. Es preciso por tanto, en primer lugar, separar nuestros buenos deseos de la significación de las normas hasta donde ello sea posible”. RUBIO CORREA, Marcial. “Interpretación de las Normas Tributarias”. Lima: ARA Editores. 2003. p. 52. No obstante, reconocemos con el mismo autor que “En realidad, aun cuando uno pretenda extraer solamente lo que la norma dice, ya está interpretando porque uno mismo da sentido a las palabras”. Ibid. p. 55.

¹⁹ Ruiz Garijo, comentando la flexibilidad de la reserva legal en materia de tasas autonómicas y locales en España refiere que “La flexibilidad de la reserva legal en las tasas ha de predicarse como una exigencia lógica de sus peculiaridades estructurales y, sobre todo, como una consecuencia de las necesidades del ente público llamado a exigir las”. RUIZ GARIJO, Mercedes. Op. Cit. p. 60.

²⁰ Tal es el caso de nuestro profesor Armando Zolezzi quien señala que “lo que se regula no es el arancel ni las tasas, sino la tarifa del arancel de aduanas y la cuantía de las tasas del Gobierno Central e Instituciones Públicas, lo que debió expresarse en esos términos. Por el contrario, si lo que se pretendía es que sea el Poder Ejecutivo el que ejerza en toda su amplitud la potestad tributaria respecto del arancel de aduanas y los tributos denominados tasas, con lo que estoy plenamente de acuerdo, lo que debió expresarse es algo como: ‘salvo el arancel de aduanas y las tasas, los cuales son competencia del Poder Ejecutivo y se aprobarán por Decreto Supremo’”. ZOLEZZI, Armando. “El Régimen Tributario en la Nueva Constitución”. En: La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 10. Lima: Comisión Andina de Juristas. 1994. p. 145.

²¹ BERNALES, Enrique. “La Constitución de 1993. Análisis Comparado”. Quinta edición. 1999. p. 390.

²² Sobre la manera en que la normativa se “acomoda” a la Constitución, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Onceava edición. Madrid: Civitas. 2002. p. 107 y siguientes.

en pie de igualdad por la Constitución como elementos constitutivos de la potestad tributaria. Por ello, se nos presenta arbitrario y aun contradictorio aceptar, por un lado, que el decreto supremo pueda “modificar” una tasa y un arancel –porque establecer cuantías es, sin duda, “modificar” dichos tributos– y, por el otro, proscribir que el mismo decreto supremo pueda crear, derogar o establecer exoneraciones o beneficios respecto de la misma tasa o arancel²³.

Parecería, no obstante, que esta tercera posición inspiró, sin convencer, al legislador de nuestro actual Código Tributario a lanzar el tímido pronunciamiento del penúltimo párrafo de la Norma IV de su Título Preliminar²⁴. Dicho enunciado redundante simplemente en el hecho que el decreto supremo puede modificar la cuantía de las tasas, sin terminar de aclarar si lo que intentó transmitir fue que modificar la cuantía es lo único que el decreto supremo puede hacer *per se*.

La posición del legislador del Código Tributario es tímida e insuficiente porque concluir que el decreto supremo puede modificar la cuantía de las tasas es posible, de suyo, bajo la primera y tercera posiciones arriba esquematizadas, y, además, se torna posible en la segunda posición si interpretásemos que el propio penúltimo párrafo de la Norma IV, al enunciar tal capacidad, se constituye, precisamente, en la norma habilitadora y general que dicha segunda posición demanda. Por lo dicho, salvo en cuanto a la intervención de los referendos ministeriales respectivos, el párrafo comentado de la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, poco ayuda a disipar las dudas.

De otro lado, insospechadamente, la segunda posición esbozada líneas arriba ha recibido plasmación positiva en nuestra Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, “LPAG”) en lo que respecta a las tasas de tramitación de procedimientos o derechos de tramitación, cuando señala que “Son condiciones para la procedencia de este cobro: que la entidad esté facultada para exigirlo por una norma con rango de ley, y que esté consignado en su vigente Texto Único

de Procedimientos Administrativos”²⁵. Hurgando en las ideas de quienes colaboraron en esta Ley, no hemos encontrado total conocimiento y voluntad respecto de la posición subyacente que determinó la opción de exigir un “marco autoritativo” con rango legal para que, sólo después, procediese el dictado del decreto supremo que crease una tasa por tramitación²⁶.

¿Qué razones justifican el tratamiento dispar entre las tasas que son derechos de tramitación y las que no lo son? ¿Es este tratamiento disímil, consciente y deseado o deseable? O ¿estamos frente a normas que no han recibido una sistematización y compatibilización plena? ¿Brinda, quizás, el artículo 44.2 de la LPAG la respuesta que estábamos buscando? Esto es, la creación de los tributos tasa por el Poder Ejecutivo –por lo menos las tasas por tramitación o derechos de trámite– no sería una atribución directamente entregada por la Constitución a la competencia de un decreto supremo, sino que una norma con rango de ley –ley congresal o decreto legislativo– podría ¿legítimamente? interceder y arrogarse una competencia que no sólo sería uniformadora u homogeneizadora sino, además, autoritativa. Empero, como dijimos, esto sólo estaría dicho de modo general, respecto de las tasas por tramitación. Si esto es así ¿cuál es el grado de intromisión permitido a una norma con rango de ley? Es decir, ¿cabría que la intromisión de la norma con rango legal sea tal que la decisión de qué trámite o servicio puede tornarse oneroso y susceptible de cargarse con una tasa se aliene a dicha norma con rango legal, y no sea potestad o decisión del Poder Ejecutivo, como parece leerse en el texto de la Constitución?

Recordemos, antes de citar otro ejemplo, que en el caso de los gobiernos locales la actual Ley de Tributación Municipal²⁷ sí autoriza expresamente –a la manera en que lo exige la LPAG– la imposición de tasas derecho a estos niveles de gobierno pero, aunque tal disposición parezca “concordada” con lo que exige la LPAG, en verdad, tal compatibilidad es meramente circunstancial, no sólo porque tal disposición en la Ley de Tributación Municipal es más antigua que la LPAG sino, además, porque se deriva del, u obedece al, mandato

²³ Posición que no está en balance con la admisión de un contenido moderno –que compartimos– del principio de legalidad como “la utilización del instrumento legal pertinente, por su respectivo titular, en el ámbito de su competencia”. ZOLEZZI, Armando. Op. Cit. p. 149.

²⁴ El penúltimo párrafo de la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario señala que “Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Sector competente y el Ministro de Economía y Finanzas, se fija la cuantía de las tasas”.

²⁵ Artículo 44.2 de la Ley 27444, LPAG.

²⁶ Por el contrario, nuestro amigo el profesor Danós expresó, originalmente, si bien es cierto en un estudio preliminar sobre la Constitución de 1993, que: “la Constitución ha configurado una verdadera ‘reserva de administración’, de tal modo que sólo el Poder Ejecutivo podrá regular los tipos tributarios aranceles y tasas, sin que al Congreso le esté permitido intervenir en la regulación de estos tributos”. DANÓS, Jorge. “El Régimen Tributario en la Constitución: Estudio Preliminar”. En: THEMIS-Revista de Derecho 29. 1994. p. 132. Sin perjuicio de comprender –y hasta ser partidario de– que una intervención homogeneizadora o uniformadora *ex ante* de una norma con rango legal es útil y hasta aconsejable en materia de tasas, entenderíamos que la posición originalmente expresada por el profesor Danós en 1994 cambió para cuando fue redactada la LPAG.

²⁷ Artículo 68, inciso b), de la Ley cuyo texto único ordenado se encuentra aprobado por Decreto Supremo 156-2004-EF.

constitucional que supedita el ejercicio del poder tributario local a “los límites que señale la ley” (párrafo segundo del artículo 74 de la Constitución).

Pero, aún hay más, con similar idea subyacente a la que hemos imputado al artículo 44.2. de la LPAG, el propio Código Tributario²⁸ recientemente reformado se ha atrevido a señalar que “No podrá concederse incentivos o exoneraciones tributarias sobre tasas y contribuciones”. Entendida en su contexto, esta disposición realiza una declaración bien intencionada de una línea de política tributaria: la proliferación de exoneraciones y beneficios termina afectando el equilibrio, la neutralidad y la equidad de un sistema tributario. A su vez, da cuenta de las dificultades para conciliar los conceptos de exoneración y beneficio tributarios con los tributos de la clase vinculados que, como se sabe, rescatan el costo de un servicio, de una actividad o de una obra de carácter público –puesto en el aspecto material de la hipótesis de incidencia como vinculados al nacimiento de la obligación tributaria²⁹. Pero, al margen de estos temas que no corresponde tratarlos aquí, en lo que ahora resulta pertinente, la Norma VII del Código Tributario, una norma de rango legal, asume que puede “ordenar” sobre quienes tienen capacidad para crear tasas y contribuciones.

Si analizamos la disposición contenida en la Norma VII a la luz de la Constitución, cabría interpretar con coherencia meramente textual que su mandato bien podría haber sido dirigido a los gobiernos locales y regionales que al dictar ordenanzas sobre tasas y contribuciones, deben ceñirse a los “límites que señale la ley” –una de estas leyes: el Código Tributario.

Pero, revisemos esto que acabamos de decir. Aún cuando inspirado en razones de política tributaria general y siendo recomendable para cualquier administración pública que es a la vez fisco, o sea titular de poder tributario –y abstracción hecha de la bondad de no adoptar la exoneración y el beneficio, como reglas o conceptos generalizables dentro de los tributos vinculados–, ¿podría venir una norma de rango legal a cercenar tan gravemente parte del poder tributario que los gobiernos locales y regionales han recibido de la Constitución –como cuando, por ejemplo, se dispusieran

a otorgar, excepcionalmente, una exoneración o beneficio respecto de uno de sus tributos vinculados en el ámbito local o regional? ¿Cuál es, nuevamente, el límite de la intervención de la ley del gobierno central o nacional en el ejercicio del poder tributario de los gobiernos locales y regionales? ¿Cuánto puede verdaderamente limitar o constreñir el gobierno central la potestad tributaria de los gobiernos locales y regionales³⁰? No es pertinente abocarnos a responder estas preguntas ahora. Seguiremos avanzando.

El contexto de la Norma VII³¹ del Título Preliminar del Código Tributario, y no sólo la seria crítica que se levantaría respecto de la afectación razonable que una ley, aún cuando facultada constitucionalmente, puede hacer del poder tributario otorgado a tales niveles de gobierno, nos indicaría que la disposición que comentamos no apuntó a mandar sobre los gobiernos locales y regionales.

Pero, entonces, si el inciso e) de la Norma VII del Código Tributario no está mandando sobre los gobiernos locales y regionales, ¿manda sobre el Poder Ejecutivo y, por ende, regla la dación de sus decretos supremos que crean tasas³²? La respuesta a esta pregunta tiende a ser afirmativa. Tal disposición habría querido restringir, amparada en una idea de jerarquía normativa, el otorgamiento que un decreto supremo podría hacer de un beneficio, exoneración o incentivo respecto de una tasa –excluimos del análisis lo concerniente a las contribuciones. Pero, entonces, ¿es correcta la lectura que de la Constitución hace el legislador del Código Tributario? En materia de tasas del Poder Ejecutivo, ¿es jerarquía, en vez de competencia, el principio que explica la relación ley-decreto supremo? Si es ello así, nunca más deberíamos esperar ver un decreto supremo del Poder Ejecutivo eximiendo de una tasa, o generando una alícuota diferenciada basada en razones objetivamente justificadas. ¿Alguien se equivoca?

Hasta este punto no hemos levantado la mirada de los textos normativos. Es decir, no hemos hecho más que movernos a través de los mandatos expresos, como descubrimos, ni muy claros ni necesariamente compatibles, de unas cuantas normas legales. Fuera de los fríos textos legales, está la evaluación y decisión de política legal o de política tributaria a la que responde un

²⁸ Inciso e) de la Norma VII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

²⁹ ATALIBA, Geraldo. “Hipótesis de Incidencia Tributaria”. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario. 1987. p. 156.

³⁰ “Pero la intervención Legislativa que permite el segundo párrafo del artículo 74 de la Constitución no puede servir de pretexto para que por esa vía el Congreso o el Ejecutivo, puedan afectar los caracteres básicos del poder tributario atribuido por la Constitución a las municipalidades”. DANÓS, Jorge. Op. Cit. pp. 133-134.

³¹ En otro de los incisos de dicha Norma VII, se habla de una propuesta legislativa que requerirá “informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas”. No es razonable pensar que el Ministerio de Economía y Finanzas se arrogará competencia para pronunciarse acerca de la exoneración, el beneficio, o el incentivo tributario que 1.829 gobiernos locales o 26 gobiernos regionales intenten otorgar respecto de sus tasas y contribuciones.

³² Cabe todavía la posibilidad de que pueda mandar sobre otros actores, como son las entidades en quienes una ley “delega” el establecimiento de los elementos constitutivos de tributos como una tasa o contribución.

legislador –un constituyente o un reglamentador. Si el constituyente, adoptando una posición moderna respecto de la garantía que implica el principio de legalidad, admitió la intervención del Poder Ejecutivo en la dación de tasas, lo hizo porque reconocía que la autoridad más cercana al ciudadano receptor de los servicios públicos y, en adición, prestadora ella misma de tal servicio, estaba en mejor condición, posición y capacidad, para ponderar la oportunidad, mensurar el costo de la actividad y fijar el cobro de una tasa. El Congreso, está más alejado del ciudadano y de la provisión de servicios individualizados en favor de éste, y no tiene la rapidez, la especialización ni la información para juzgar la oportunidad de su cobro, o de su supresión y cuantía.

En ese sentido, entregar el ejercicio de poder tributario sobre tasas al Poder Ejecutivo es “juridizar” una opción que se ha creído costo-eficiente para la sociedad. En este mismo orden de ideas, al ser el Poder Ejecutivo el que formula el presupuesto de la República, está en capacidad de transparentar las diversas fuentes de financiamiento de la actividad de los entes públicos. Por su parte, al ser el Congreso quien aprueba el presupuesto de la República, está en la capacidad de supervisar y censurar una composición no equilibrada de tal presupuesto. El financiamiento alterno al rescate individual del costo de los servicios públicos vía tasas, se produce principalmente vía impuestos u otros recursos no tributarios, o con mayor endeudamiento, o, en la relación entre los distintos niveles descentralizados y desconcentrados del gobierno, a través de un mecanismo de transferencias condicionadas o no condicionadas.

En este orden de ideas, sin pretensión de dar una respuesta a un debate en el que muchas más partes se deben dejar aún escuchar, nos parece poco fácil alejarnos de la interpretación que admite que el Poder Ejecutivo, en efecto, ha recibido potestad tributaria originaria y autónoma en materia de tasas. Por lo que, en lo que respecta a las tasas que no son de gobiernos locales o regionales sino del Ejecutivo –salvedad hecha de lo que será analizado en lo acápites siguientes–, el artículo 74 de la Constitución admitiría, en principio, una reserva del Ejecutivo flexible, la misma que no demandaría una norma con rango legal que permita o autorice el cobro de dichas tasas, o de una norma con rango legal que las cree³³.

En lo que atañe a la intervención normativa de rango legal en materia de tasas distintas de las de gobiernos locales y regionales –esto es, cuando la Constitución no ha sujetado el ejercicio del poder tributario a “límites señalados en ley”– creemos que sería factible, basados en un principio de reserva del Ejecutivo o reserva de Administración “flexible”, adoptar una posición permisiva –alineada con la realidad de ver, tanto a la LPAG como al Código Tributario, realizando intervenciones no siempre libres de críticas. Es decir, reconoceríamos que la presencia de normas generales con rango legal pueden cumplir un rol importante – rector, uniformador, vigilante– pero sobre todo constitucionalmente legitimado, sobre la producción normativa de segundo orden.

Sería prudente, no obstante, en la situación normativa en la que nos encontramos, intentar convocar el pronunciamiento autorizado de un tribunal como lo sería el constitucional, para lograr disipar la probable contienda competencial o duda que pudiese generarse o para que, con ocasión de resolver alguno de los procesos constitucionales que tiene facultad de resolver, aclare y establezca el grado y los límites para que tal intervención no se torne irrita al ordenamiento legal³⁴.

Ésta es, quizás, la hipótesis más saludable para el sistema, pues, no se puede negar –ahora desde una óptica de política legal– que la entrega irrestricta de poderes tributarios, sin lineamientos, marcos o principios y criterios, a un cuantioso número, variado y heterogéneo, de entidades de la administración pública, podría ocasionar caos y dispersión, cuando no abuso y afectación de derechos fundamentales. Si éste fuese el talante del órgano convocado a pronunciarse, entonces, normas con rango de ley podrían proporcionar, legítimamente, tales lineamientos, criterios o principios uniformadores u homogeneizadores, respetando el núcleo competencial de las entidades constitucionalmente designadas, sin mellar o afectar negativamente el ejercicio autónomo de un poder tributario que, como el del Poder Ejecutivo, encuentra origen en la Constitución. Ciertamente que, tanto mejor sería si la Constitución trajese ya señalada y autorizada de modo directo tal intervención. Esto último sólo lo lograría una nueva reforma constitucional³⁵.

³³ En efecto, esta afirmación tiene que ser matizada más abajo, cuando nos refiramos a las tasas que cobra el Poder Judicial o las que han venido cobrando por muchos años los CTARs y gobiernos regionales.

³⁴ “La generalidad del mandato de interpretación conforme a la Constitución asigna, por sí solo, un valor preeminente a la doctrina legal que resulte de las sentencias del Tribunal Constitucional frente a cualquier otro cuerpo jurisprudencial de cualquier otro orden judicial, preeminencia que resulta del carácter de ‘interprete supremo de la Constitución’ que a aquel Tribunal corresponde, según la Ley Orgánica de 1979”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. Cit. p. 109.

³⁵ Algunos puntos de los que aquí se desarrollan fueron alguna vez expuestos por el autor a diversas autoridades con capacidad de influir en el debate de reforma constitucional. En algunos casos no hubo siquiera receptividad. En general, el resultado de la gestión fue desalentador. No implicamos con esto que la problemática que comentamos exija de un modo ineludible enmendar la Constitución, pero es un hecho que la Ley 28390 se limitó a solucionar un tema puntual y urgente: la potestad tributaria de los gobiernos regionales. El legislador de la Ley 28390 no reflexionó, ni visualizó si el artículo 74 encerraba otros problemas que ameritasen mayor cambio en su texto que el producido.

La constatación realizada hasta aquí nos exige regresar a lo dicho en la introducción del presente trabajo: a veces, lo que creemos cierto *prima facie* lo es sólo en apariencia. A veces, la lectura inicial que hacemos de lo que una norma *dice* no es equivalente, por exceso o por defecto, a lo que la norma está significando o *quiere decir*. Con relación al artículo 74, la Constitución material peruana dice algo distinto de lo que se lee en la Constitución formal³⁶. Continuemos con esta idea en mente.

2.3 Potestad tributaria y tasas del Poder Judicial

Otra parte de la problemática constitucional de las tasas, se encuentra estrechamente vinculada con lo que acabamos de culminar de esbozar en el acápite precedente.

Nos referimos en este caso a las tasas que cobra otra entidad que ni es gobierno local o regional, y que tampoco es una entidad de la administración central del Estado. Se trata del Poder Judicial que financia de modo importante su actuación con tasas³⁷ pero cuya creación no se ha hecho mediante decreto supremo. Entonces, ¿qué instrumento legal las creó para dicho Poder del Estado? Este es, precisamente, la parte problemática del asunto. Normas con rango legal dieron el impulso creador y luego “derivaron” o “delegaron” en una norma de rango inferior al de decreto supremo –la norma de mayor rango que es capaz de dictar la institución o entidad pública– establecer elementos configuradores de la hipótesis de incidencia y la fijación de la cuantía. Veamos más detenidamente el caso.

Existen tasas judiciales³⁸. Según reseña la Defensoría Especializada en Asuntos Constitucionales –hoy Adjunta de Asuntos Constitucionales– de la Defensoría del Pueblo³⁹ la introducción de la perspectiva económica en el diseño de las instituciones jurídicas

ha ocasionado que en materia de los servicios de justicia el justiciable o “usuario” contribuya con el financiamiento de tales servicios con la finalidad de que no sobre-utilice dichos recursos o no los utilice de manera irresponsable o ineficiente. Es más, la utilización eficiente del servicio de justicia permite que algunos grupos vulnerables de la sociedad, como las personas de escasos recursos económicos, reciban de forma hasta incluso gratuita el servicio de justicia, en concordancia con las ideas que promueve el constitucionalismo social.

Modernamente, el cobro de tasas judiciales no es un hecho aislado, y es cierto que a veces no resulta aconsejable “... cuando el pago de gravámenes es un estorbo para la finalidad que el Estado busca con la prestación del servicio, por ejemplo el servicio de justicia, pues aún cuando se exigiese al particular el pago de una cantidad mínima y, aun simbólica, resultaría un estorbo para la consecución del bien común que busca el Estado con la prestación del servicio”⁴⁰.

Tomamos como dado la existencia de tales tasas judiciales y conocemos que las tasas contribuyen de manera importante con el financiamiento del Poder Judicial. Pero existen algunas preguntas en las que deberíamos pensar. ¿Está constitucionalmente legitimado el poder tributario para la creación de tasas judiciales⁴¹? ¿Quién debe crear las tasas judiciales: el Poder Ejecutivo, el Congreso, el Poder Judicial mismo? ¿Cuánto de la formulación de la hipótesis de incidencia de una tasa judicial podría o sería aconsejable dejar en manos de un poder del Estado distinto del Poder Judicial? O, desde otra perspectiva, ¿cuánto de la formulación de la hipótesis de incidencia de la tasa judicial podría quedar en manos del mismo Poder Judicial?

El Poder Judicial no ha sido designado de modo expreso en la Constitución peruana como titular de poder tributario por lo que no podría *per se* crearlas⁴². Y sin

³⁶ “Para conocer cuáles son las disposiciones constitucionales que rigen un determinado país, no es suficiente conformarnos con leer la Constitución escrita o formal. Es necesario saber si esa Constitución funciona, se aplica, se cumple, o si –por el contrario– está deformada en la práctica, o es sistemáticamente violada en todo o en parte, e indagar qué otros contenidos constitucionales han ingresado a la dimensión sociológica por medio de diferentes y reconocidas fuentes: la costumbre, el derecho internacional, las normas infraconstitucionales y la jurisprudencia”. Bidart Campos citado por SPISSO, Roberto. “El Poder Tributario y su Distribución”. Tratado de Tributación. Tomo I. Derecho Tributario. Volumen 2. Buenos Aires: Astrea. 2003. pp. 6 y 7.

³⁷ El segundo considerando de la Resolución Administrativa 037-99-SE-TP-CME-PJ, publicada el 20 de enero de 1999, señalaba que las tasas y aranceles judiciales constituían aproximadamente el 75% de los ingresos del Poder Judicial.

³⁸ El artículo 410 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil señala que “Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso”.

³⁹ Véase el trabajo “El Costo de Defender los Derechos Humanos: Las Tasas Judiciales”. En: Debate Defensorial, Revista de la Defensoría del Pueblo 2. 2000. p. 286.

⁴⁰ RODRÍGUEZ L., Raúl. “Derecho Fiscal”. Segunda edición. México D.F.: Harla. 1997. p. 80.

⁴¹ El artículo 1 de la Ley 26846 explica que “La determinación del pago de Tasas Judiciales se sustenta en la:

- a) Equidad, por la que se exonera del pago de tasas a personas de escasos recursos económicos, obteniendo así mayores ingresos que permitan mejorar el servicio de auxilio judicial.
- b) Promoción de una correcta conducta procesal que desaliente el ejercicio irresponsable del litigio y el abuso del ejercicio de la tutela jurisdiccional.
- c) Simplificación Administrativa, que permita mayor celeridad en el trámite de acceso al servicio de auxilio judicial”.

⁴² En contraste, la Constitución ecuatoriana de 1996 expresa en su artículo 120 que el Consejo Nacional de la Judicatura “fijará el monto de las respectivas tasas”. Ver: <http://www1.universia.net/CatalogaXXI/pub/ir.asp?IdURL=37533&IDC=10010&IDP=ES&IDI=1>

embargo, creo se atreverían a admitir conmigo que tratándose de un poder del Estado, sería incongruente, ilógico e indeseado, sugerir que una tasa del Poder Judicial pueda resultar aprobada, creada o regulada por el Poder Ejecutivo, que es el órgano político del cual el Poder Judicial es, precisamente, un contrapeso.

La autonomía o división de poderes⁴³ es un argumento suficientemente pesado como para impedir que un decreto supremo sea el que “autorice” –al crearla, modificarla, derogarla, etc.– el cobro de una tasa en favor del Poder Judicial. Tal escenario incrementa, además, el riesgo de provocar un conflicto competencial que requeriría intervención de un órgano de la importancia del Tribunal Constitucional.

Admitir lo afirmado precedentemente –que el Poder Judicial no puede crear *per se* sus tasas porque la Constitución no lo ha ordenado y que, a su vez, el Poder Ejecutivo no es quien debería crearlas o estar legitimado para hacerlo⁴⁴–, importaría dudar de que la lista de “oligopolistas” en la producción de tasas escrita en el artículo 74 de la Constitución estuviese completa con el Poder Ejecutivo, los gobiernos locales y los gobiernos regionales. Entonces, contra la primera lectura que dimos del artículo 74 de la Constitución, quizás hemos soslayado un cuarto agente, no enunciado de modo expreso en dicho artículo 74, titular también de poder en la creación de tasas tributarias. El problema que hago notar ahora no es, sin embargo, nuevo.

Dentro del núcleo de estudiosos constitucionalistas que formaban parte del grupo asesor de la Defensoría del Pueblo, colaboradores en la conclusión final del informe que ahora reseñamos, se sugirió enfatizar la vigencia del principio de unidad⁴⁵ en la interpretación jurídica de la Constitución, de modo tal que el texto de cierto

artículo de esta norma fundamental debía de ser leído e interpretado en concordancia y consonancia con los demás artículos del mismo cuerpo⁴⁶.

Por ende, el artículo 74 de la Constitución del que empezamos a hablar hace largo, a pesar de presentarse inicialmente como un artículo pacífico cuyo mandato claro y distinto parecía decirnos, simple y llanamente, que: “tasas pueden ser creadas por gobiernos locales y regionales, y por el Poder Ejecutivo mediante decreto supremo”; encerraría, en realidad, una dosis de oscuridad que amerita un esfuerzo de intelección mayor.

Ya en el análisis que precede al presente acápite hemos demostrado cómo el artículo 74 no contiene una respuesta apodíctica a la pregunta acerca del poder tributario originario, autónomo y excluyente del Poder Ejecutivo para la creación de sus tasas. Ahora, nos tienta una nueva forma –o, si no nueva, por lo menos, poco mentada– de comprender el artículo 74, pues, éste no nos ha revelado de manera evidente la forma legítima en que se deberían crear las tasas judiciales, con respeto de todas las disposiciones constitucionales unitariamente interpretadas.

El bache que deja una lectura inicial del artículo 74 de la Constitución a este respecto, cuando contrastado con el caso de las tasas judiciales, habría sido cubierto o pavimentado por la escueta línea argumental que expuso el trabajo del Informe de la Defensoría del Pueblo ya mencionado, así como por una sentencia que dicho Informe refiere.

En el año de 1999 se interpuso una demanda de acción popular contra la Resolución Administrativa 009-99-SE-TP-CME-PJ la cual actualizaba las tasas judiciales vigentes a dicha fecha⁴⁷, argumentándose que

⁴³ La unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (artículos 139 y 146 de la Constitución peruana de 1993) son notas de dicha separación.

⁴⁴ El artículo 82 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 017-93-JUS) señalaba lo siguiente “Funciones y atribuciones. Son funciones y atribuciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial: (...) 7.- Aprobar el Cuadro de Términos de la Distancia, así como revisar periódicamente el valor de los costos, multas y depósitos correspondientes y otros que se establezcan en el futuro”. Dicho mandato se convirtió en inciso 8 en mérito a la modificación de la Ley 27465 de 30 de mayo de 2001, con idéntico texto. No obstante, la Primera de las Disposiciones Transitorias del Código Procesal Civil (aprobado por el Decreto Legislativo 768) ordenó constituir “una comisión especial de cinco miembros, designados tres por el Ministerio de Justicia, uno de los cuales la presidirá, un representante del Colegio de Abogados de Lima y otro designado por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, para que, en el plazo de sesenta días, formule el proyecto de Decreto Supremo que reglamente el sistema de notificaciones, mandamientos y depósitos judiciales, de costas, de formularios, libros de conciliaciones y de consignaciones y demás aspectos prácticos para la debida aplicación del Código Procesal Civil”. El subrayado es nuestro.

⁴⁵ “En síntesis desde el punto de vista de las normas jurídicas mismas, el Derecho debe ser siempre considerado un todo armónico (a pesar de que a veces no necesariamente lo sea o, por lo menos, que no lo sea a plenitud). La regla básica de aplicación del Derecho en este punto consiste en que siempre debemos buscar la forma aplicativa que armonice hasta donde sea posible las diversas normas jurídicas existentes y el contenido de todas ellas con los principios del Derecho. No es correcto, a la primera divergencia entre normas, asumir contradicción y elegir una de ellas. Esto sólo debe hacerse cuando no quede otra posibilidad pero, generalmente, la posibilidad de armonización existe aunque, desde luego, no siempre nos guste”. RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. p. 75.

⁴⁶ “El Costo de Defender los Derechos Humanos: Las Tasas Judiciales”. En: Debate Defensorial, Revista de la Defensoría del Pueblo 2. 2000. p. 289.

⁴⁷ Anteriormente, las Resoluciones Administrativas 001-92-CE/PJ, 002-93-CE/PJ, expedidas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial al amparo de lo dispuesto por el artículo 82, inciso 7) de la Ley orgánica del Poder Judicial, Decreto Legislativo 767, aprobaron tasas judiciales. La Resolución Administrativa 002-93-CE/PJ fue modificada por la Resolución Administrativa 014-94-CE/PJ, y los valores de las tasas actualizados mediante las Resoluciones Administrativas 015-95-CE/PJ, 047-96-SE-TP-CME/PJ, 438-96-SE-TP-CME/PJ, 396-97-SE-TP-CME/PJ, hasta finalmente llegar a la 009-99-SE-TP-CME/PJ. La Resolución Administrativa 002-93-CE/PJ estuvo vigente hasta enero de 2000, año en que fue derogada por la Resolución Administrativa 1074-CME/PJ, emitida por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial –que desempeña funciones de gobierno y gestión del Poder Judicial, antes ejercidas por el Consejo Ejecutivo y el Consejo de Gobierno del Poder Judicial.

resultaba parcialmente inconstitucional por crear nuevos tributos –en el proceso, al parecer, se cuestionaba también que un órgano administrativo del Poder Judicial innovara la lista de actuaciones judiciales que se cargarían con una tasa. El Dictamen Fiscal 132-99 sustentó la tesis en dicho expediente de que, según el artículo 74 de la Constitución, “las tasas sólo pueden ser creadas por decretos supremos” y, por ende, que las tasas creadas mediante resoluciones administrativas resultaban inconstitucionales por no ser de competencia del Poder Judicial. Esta tesis habría de ser desvirtuada y desechada por la Sala de Derecho Público de Lima –¿Juez y parte?–, la que declaró que las resoluciones administrativas del Poder Judicial se “sustentan en la autonomía económica y administrativa de la que goza el Poder Judicial, siendo expedidas en tanto entre en vigencia el Reglamento a que se refiere la Primera Disposición Transitoria del Código Procesal Civil”.

En efecto, según la opinión de la Corte Superior, entonces, el enunciado constitucional del artículo 74 no podría leerse literalmente como vedando la posibilidad de que un órgano constitucionalmente autónomo estableciera sus propias tasas. Empero, como ayuda a entender la Defensoría del Pueblo, una lectura de la Ley 26846 y una interpretación armónica de la Constitución, terminan sustentando dejar en pie las tasas judiciales aprobadas por meras resoluciones administrativas –que regulan, en realidad, la integridad de aspectos de la hipótesis de incidencia del tributo– del órgano de gobierno del Poder Judicial por haberse producido, en realidad, una “delegación” proveniente de leyes del Congreso, que habían previamente admitido la regulación específica de las tasas judiciales directamente mediante tales disposiciones administrativas del Poder Judicial⁴⁸.

Una vez más, el artículo 74 estaría diciendo más de lo que su, en apariencia “quieto y pacífico”, texto hubiese permitido leer en él. Según la línea argumental con la que nos hemos topado, el poder tributario sobre los tributos tasa no sería función exclusiva de los gobiernos locales, regionales, y del Poder Ejecutivo, pues –según lo sustentado por el Poder Judicial y la Defensoría del Pueblo– el Poder Judicial tendría un cierto grado de “poder tributario” –basado en su autonomía e independencia constitucional– “delegado” por cuanto mediatizado por la intervención de una norma de rango legal –en el caso concreto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el Código

Procesal Civil, Decreto Legislativo 768 complementado por una ley del Congreso que lo enmienda, Ley 26846⁴⁹.

Detengámonos un segundo en lo dicho. Hemos usado una serie de licencias para hablar del poder tributario delegado, no queriendo con ello darle un significado científico sino, más bien, gráfico al hecho que el Poder Judicial no se ha arrogado una capacidad *per se* de crear y aprobar sus tasas, sino que ha sustentado tal facultad o, la ha entendido sustentada, en normas provenientes del Congreso –Ley Orgánica del Poder Judicial– o derivadas de él –como el Código Procesal Civil que se aprueba en uso de facultades delegadas.

Con lo dicho, entonces ¿no se rastrea más bien que, en origen, sería el Congreso el depositario del poder tributario sobre las tasas que constitucionalmente se encuentra impedido de crear directamente el Poder Judicial? Tal parecería, en efecto, que sin la venia y habilitación de una norma de rango legal, el Poder Judicial no habría quedado habilitado para desplegar el contenido del poder tributario.

En tal sentido, no querría más bien decir el artículo 74 de la Constitución, contra lo que en efecto dice, que: “los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas del Poder Ejecutivo, los cuales se regulan mediante decreto supremo”. Esto significaría que en el caso de tasas que no fuesen las del Poder Ejecutivo, es la ley o el decreto legislativo, o, en definitiva, el propio Congreso, los instrumentos o la entidad, respectivamente, habilitados para crearlas, cuando no sucediera que, como en el caso concreto del Poder Judicial –y basado en su autonomía– se “delegase” su creación.

Interpretada como se ha dicho, entonces, la Constitución habría ordenado que para el caso de tasas en favor de un sujeto distinto del Poder Ejecutivo –y de los gobiernos locales y regionales– éstas se someterían a la regla general consistente en que su “regulación” queda supeditada a ley –del Congreso– o decreto legislativo –mediando delegación del Congreso. El afianzamiento de tal línea interpretativa implicaría una mejora en términos de seguridad jurídica frente a la actual situación de incertidumbre, considerando, además, que el constituyente normalmente se encuentra ocupado en otras tareas que juzga más importantes o urgentes.

⁴⁸ Tales normas delegantes de rango legal serían la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil, en los artículos previamente glosados en notas precedentes.

⁴⁹ “El acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecida en este Código y disposiciones administrativas del Poder Judicial”. Artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el subrayado es nuestro. El Decreto Legislativo 768 aprobó, en ejercicio de facultades delegadas por la Ley 25282 y prorrogadas por Ley 25321 y Ley 25375, el Código Procesal Civil (Texto Único Ordenado, aprobado por Resolución Ministerial 10-93-JUS, publicado el 23 de abril de 1993).

Nótese, además, que una solución que asemeja a la inferida no sólo no resulta inédita sino que, además, fue ya asumida de modo consciente y expreso para dar solución a un problema similar, cual es el caso de la carencia transitoria de autorización constitucional para ejercer potestades tributarias de los nuevos gobiernos regionales⁵⁰.

Tal solución para el caso del Poder Judicial está emparentada con una comprensión del principio de reserva de ley entendido en términos relativos en vez de su tradicional versión absoluta. Decimos “emparentada”, pues mientras que la solución dispensada al caso del Poder judicial combina los elementos de “autonomía” por tratarse de un poder del Estado y soberanía de la ley o norma de rango legal –capaz de crear o autorizar, como parece estamos terminando de concluir, la creación de tasas que no se puedan hacer mediante decretos supremos u ordenanzas locales o regionales–, el concepto de “reserva de ley relativa” dice que la determinación de los elementos esenciales de un tributo puede ser derivada a normas de inferior jerarquía que la ley, siempre que la derivación en dichas normas no se haga de modo ciego o en blanco⁵¹. La ley, en tales casos, debiera determinar los criterios o lineamientos a los que debe ceñirse la norma que explicita o desarrolla el concepto legal. Estos conceptos, aplicados al ámbito tributario, no son ahora extraños a nuestro Derecho gracias a la cada vez más importante jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional⁵².

2.4 Potestad tributaria de los gobiernos regionales en materia de tasas

Líneas arriba señalamos que “El Poder Judicial no ha

sido designado de modo expreso en la Constitución peruana como titular de poder tributario por lo que no podría *per se* crearlas”. Antes de la modificación del Artículo 74 de la Constitución mediante Ley 28390 (noviembre, 2004), lo mismo se podía predicar respecto de los gobiernos regionales. Hoy, por tanto, la posición respecto de la potestad tributaria de los gobiernos regionales es clara. Empero, antes de esta aclaración existió un grupo de normas que vamos a mencionar más adelante que desafiaban, de manera análoga a como sucedía en los casos que hemos narrado en el presente trabajo, la intelección del texto del artículo 74 de la Constitución vigente.

Empecemos por reseñar el estado de cosas previo a la modificación constitucional del artículo 74 introducido por Ley 28390.

En materia de potestad tributaria en favor de gobiernos regionales, el estado de cosas previo a la Ley 28390 era que el artículo 74 de la Constitución otorgaba titularidad para la creación, modificación y supresión de tributos (“potestad tributaria”) sólo a:

- a. El gobierno central; y,
- b. Los gobiernos locales, restringidos a sus tasas y contribuciones y “con los límites que señala la ley”.

La Constitución de 1993, entonces, no había considerado como titular de cuota alguna del poder tributario estatal a los gobiernos regionales⁵³. Por ende, previo a la Ley 28390, los gobiernos regionales no eran “actores” legitimados o válidos para ejercer poder tributario.

⁵⁰ El caso no es idéntico al del Poder Judicial pero sí similar y, en efecto, el numeral 10.1 del Artículo 10 del Decreto Legislativo 955, Ley de Descentralización Fiscal, dispuso que “Los Gobiernos Regionales podrán proponer directamente al Congreso de la República, la creación de Tasas y Contribuciones destinadas a financiar las obras públicas o los servicios públicos que sean de su competencia”. Ello importó un reconocimiento bastante directo de que la primera parte del Artículo 74 de la Constitución –aquella que reza “Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades”–, cubre y tiene utilidad en los casos en que un órgano que no es el Poder Ejecutivo está desprovisto de poder tributario reconocido en la Constitución o, por lo menos, del impulso inicial de ese poder tributario –decidir, crear o imponer tributos. Debe rescatarse, sin embargo, que el mecanismo plasmado en la Ley de Descentralización Fiscal no llegó a ponerse en práctica, pues, en el camino, se aprobó la modificación constitucional de la cual ya hemos dado cuenta (modificación del Artículo 74 de la Constitución mediante Ley 28390, publicada el 17 de noviembre de 2004).

⁵¹ A este respecto puede consultarse a SANTAMARÍA PASTOR, Juan. “Fundamentos de Derecho Administrativo”. Madrid: Centro de Estudios Manuel Areces. 1988. p. 783 y siguientes.

⁵² Para la concepción de nuestro Tribunal Constitucional, la reserva de ley del artículo 74 de la Constitución es ya relativa “en cuanto al tipo de norma”, desde que se admite la delegación de facultades legislativas que pueden comprender ejercicio de poder tributario: “para los supuestos contemplados en el artículo 74 de la Constitución, la sujeción del ejercicio de la potestad tributaria al principio de reserva de ley –en cuanto al tipo de norma– debe entenderse como relativa, pues también la creación, modificación, derogación y exoneración tributarias pueden realizarse previa delegación de facultades, mediante decreto legislativo. Se trata, en estos casos, de una reserva de acto legislativo”. Parágrafo 6 de la sentencia de 30 de enero de 2003, expediente 2762-2002-AA/TC, British American Tobacco South América Limitada. Adicionalmente, con relación ahora a la reserva de ley relativa pero en cuanto al “contenido de la norma”, el mismo Tribunal Constitucional señala que “en cualquier caso, nuestro texto constitucional habilitará remisiones de elementos esenciales del tributo a normas reglamentarias, única y excepcionalmente, cuando la ley misma establezca parámetros y límites de actuación a dicha norma, la razonabilidad así lo justifique, y se haya superado el análisis de proporcionalidad; es decir, cuando la referida remisión quede sustentada como una medida necesaria e ineludible. Sin embargo, en ninguno de estos casos podrá aceptarse la deslegalización de la materia tributaria, lo que significa la entrega abierta al Ejecutivo de facultades para determinarla”. Parágrafo 13 de la Sentencia de 30 de enero de 2003, expediente 2762-2002-AA/TC, British American Tobacco South América Limitada.

⁵³ La única disposición constitucional previa a la dación de la Ley 28390 de donde se pudo haber inferido, de modo indirecto y a nuestro juicio equivocado, titularidad de poder tributario en favor de los gobiernos regionales, limitados a dos tipos de tasas (licencias y derechos), pudo ser el inciso 4 del artículo 192 que señala que los gobiernos regionales son competentes para: “Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad”. En realidad, esta mención se contrae a un plano meramente de “derecho administrativo” y no de “derecho tributario”, se refería a nuestro juicio a la concesión de permisos o autorizaciones a particulares, con relación a servicios que fuesen de su competencia, mas no a la posibilidad de “cargar” tales permisos o autorizaciones con un tributo vinculado de la especie tasa o contribución. Por su parte, el artículo 72 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales estableció que son recursos de los gobiernos regionales, entre otros, aquellos generados por permisos, licencias y autorizaciones, lo que tampoco podía dar pie a reconocer a los gobiernos regionales más que capacidad de ser acreedores de, entre otros, recursos tributarios.

Contra lo dicho, no era posible –por obvias razones jerárquicas– oponer el texto de los artículos 8 y 9 de la Ley de Bases de la Descentralización (Ley 27783) que otorgaba a los tres niveles de gobierno –nacional, regional y local– la capacidad y el derecho de “*normar, regular y administrar*” los asuntos públicos de su competencia (autonomía). Dentro de las dimensiones de esa autonomía se encontraba la “autonomía económica” que consiste en la “facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios y aprobar sus presupuestos institucionales conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las leyes anuales de presupuesto. Su ejercicio supone reconocer el derecho a percibir los recursos que les asigne el Estado para el cumplimiento de sus funciones y competencias”.

Las normas *infra* constitucionales mencionadas no eran posibles de ser implementadas en cuanto respecta a la creación de tributos por los propios gobiernos regionales, pues era una exigencia previa la modificación constitucional correspondiente –gobierno nacional y local, como dijimos, tenían ya la autorización constitucional respectiva vigente antes de la Ley 28390. La disposición glosada de la Ley de Bases de la Descentralización no era una norma inconstitucional en tanto era y se interpretase que era –antes de la dación de la Ley 28390– vigente y eficaz respecto de cualquiera otro recurso de los gobiernos regionales distintos del tributario.

Lo dicho, por supuesto, no obstaba para que, antes de la Ley 28390, el artículo 193 de la Constitución dispusiera que eran rentas de los gobiernos regionales “los tributos creados por ley a su favor”. Ello era plausible porque esta afirmación equivalía tan sólo a hacer *acreedor de recursos tributarios* al gobierno regional, sin que ello implicase –salvo mención adicional de la Constitución en tal sentido– que el gobierno regional pudiese crear o *ejercer poder tributario* sobre tales recursos tributarios. Muy por el contrario, el propio artículo 193 delataba en su texto que los tributos en favor de los gobiernos regionales debían ser creados “por otro” sujeto mediante ley, para recién constituirse en recursos de un gobierno regional.

Otras disposiciones *infra* constitucionales pueden ser citadas que, como se comprueba, no se referían –porque no podían hacerlo–, a ningún tipo de poder tributario constitucional de los gobiernos regionales⁵⁴.

Luego, en ausencia –antes de la Ley 28390– de norma constitucional que atribuyese poder tributario a los gobiernos regionales, era imposible que una ley del gobierno central o nacional pudiese irrogarse autoridad o competencia para establecer que el gobierno regional tenía poder en materia de creación, supresión o modificación de tributos.

Como hemos dicho, el poder tributario se origina en el pacto social hecho manifiesto en la Constitución y allí se reparte o distribuye. Lo afirmado, por supuesto, no equivale a decir que una ley no habría podido, antes de la dación de la Ley 28390, delegar o derivar en los gobiernos regionales facultades administrativas en materia de tributos, pues para asignar funciones de administración (por ejemplo, fiscalización, recaudación, determinación, sanción) no se requiere una autorización constitucional. En la misma línea, lo afirmado tampoco impedía, como ya constatamos, que los gobiernos regionales resultasen destinatarios de recursos provenientes de tributos, pues, igualmente, la calidad de destinatario, acreedor o receptor de tributos, se atribuye legalmente⁵⁵, no como el reparto de poder tributario, que requiere consagración constitucional.

En resumen, tener facultades de administración o ser beneficiario o destinatario de recursos tributarios es sustancialmente distinto de tener o ser titular de potestad tributaria. Esto último tiene que venir autorizado en origen por la Constitución y, sólo después, desarrollado por una norma del gobierno central.

De otro lado, para impulsar realmente el desarrollo de un proceso de descentralización y cumplir con sus fines, los gobiernos subnacionales no solamente debían aspirar a tener capacidad de recibir total o parcialmente fondos derivados de recursos tributarios, y de ejercer administración sobre recursos tributarios sino, además, ser capaces de crear sus propios tributos⁵⁶. Los gobiernos locales poseen desde mucho antes, por tener también existencia que precede a la de los gobiernos regionales, esta última potestad constitucional.

Por lo dicho, entonces, era claro que para implementar el poder tributario de los gobiernos regionales –que ellos pudiesen crear, modificar y suprimir sus tasas y contribuciones, o, eventualmente, con márgenes establecidos por el gobierno central, establecer sobre-

⁵⁴ Por ejemplo, el artículo 37 de la Ley de Bases de la Descentralización establece que entre los bienes y rentas regionales se encuentran “c) Los tributos creados por Ley a su favor”. Esta norma decía y sigue diciendo tan sólo del destino del recurso tributario “creado en favor de las regiones”, pero no de poder tributario alguno en su favor. Cosa que también se dice y sucedía ya en parte respecto de los gobiernos locales –i.e. los impuestos creados en favor de las municipalidades. En efecto, el artículo 46 de la Ley de Bases de la Descentralización establece, al igual que lo hace en el caso de los gobiernos regionales, que entre los bienes y rentas municipales se encuentran “c) Los tributos creados por ley a su favor”.

⁵⁵ Artículo 4 del Texto Único Ordenado del Código Tributario.

⁵⁶ Bird M. Richard. “Rethinking Subnational Taxes: A New Look at Tax Assignment”. Fondo Monetario Internacional, Working Papers. Fiscal Affairs Department. 1999.

tasas de impuestos nacionales o modificar ciertos elementos de la estructura en impuestos nacionales, o crear sus propios impuestos— se requería ineludiblemente una modificación constitucional en tal sentido. Era aconsejable, no obstante, que tal modificación constitucional planteara que los gobiernos regionales ejercieran poder tributario con sujeción a la ley, de forma tal que el gobierno central mantuviese la autoridad para dictar lineamientos que uniformen y disciplinen tal ejercicio, dentro de todo el territorio nacional. Una Ley de Tributación Regional podría ocupar el lugar de regular el proceso de producción jurídica de normas tributarias de los gobiernos regionales.

Dentro de un proceso de descentralización, la fase de descentralización fiscal tiene vital gravitación. La descentralización fiscal implica establecer los mecanismos o instrumentos que permitirán generar en los gobiernos subnacionales los ingresos suficientes para hacer frente a las necesidades de gasto que les irroga la atribución de funciones y competencias. De allí que el legislador de la Ley de Descentralización Fiscal estuviese muy preocupado de recoger, dentro del componente tributario de los recursos en favor de gobiernos regionales, una disposición que autorizase la posibilidad de que los gobiernos regionales tuviesen ingerencia en la decisión sobre, por lo menos, los tipos tributarios vinculados (contribución y tasa) dada la necesidad de involucramiento en la responsabilidad que implica tomar la opción de tornar onerosas las prestaciones de servicios individualizables que empezarían a proveer o las actividades que pudiesen reportar un beneficio diferencial o ventaja particular en favor del contribuyente⁵⁷.

De esta forma, en febrero de 2004, en el numeral 10.1 de su artículo 10, el Decreto Legislativo 955, Ley de Descentralización Fiscal, estableció la siguiente fórmula: “Los Gobiernos Regionales podrán proponer directamente al Congreso de la República, la creación de Tasas y Contribuciones destinadas a financiar las obras públicas o los servicios públicos que sean de su competencia”⁵⁸.

La disposición incluida en la Ley de Descentralización Fiscal era una suerte de complemento a lo ya dispuesto por el artículo 38.1 de la Ley de Bases de la

Descentralización: “El Poder Ejecutivo en el marco de la reforma tributaria y la política de descentralización fiscal, propone al Congreso para su aprobación, los tributos regionales cuya recaudación y administración será de cuenta directa de los gobiernos regionales”.

Como se ha mencionado líneas arriba, el numeral 10.1 del artículo 10 de la Ley de Descentralización Fiscal importó un reconocimiento explícito de que la primera parte del artículo 74 de la Constitución —la que dice “Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades”—, cubre y tiene utilidad para hacer intervenir una norma de rango legal en los casos en que un órgano está desprovisto de poder tributario reconocido en la Constitución o, por lo menos, del impulso inicial de ese poder tributario —decidir, crear o imponer tributos como fue el caso del Poder Judicial.

El numeral 10.1 del artículo 10 de la Ley de Descentralización Fiscal fue una norma no bien entendida por las autoridades públicas. Se llegó a pensar que el Poder Ejecutivo, fingiendo cumplir con las facultades autorizadas, desnaturalizaba el proceso de descentralización concentrando o centralizando un poder tributario que “le correspondía” a los gobiernos regionales. Nada más alejado de la realidad. Leído con detenimiento el numeral 10.1 del artículo 10 de la Ley de Descentralización Fiscal no era más que otra forma de decir lo que ya traía consigo el inciso m) del artículo 15 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley 27867) que contó, entre las atribuciones del Consejo Regional, con la de proponer la creación, modificación o supresión de tributos regionales o exoneraciones, conforme a la Constitución y la ley.

Debe rescatarse, sin embargo, que el mecanismo plasmado en la Ley de Descentralización Fiscal no llegó a ponerse en práctica, pues, la Ley 28390 vino a aprobar en noviembre de 2004 la modificación del artículo 74 de la Constitución, de la cual ya hemos dado cuenta.

Entonces, si tal y como se ha anticipado, en ausencia de modificación constitucional, el trámite de producción normativa que debía seguirse era el especificado en el inciso m) del artículo 15 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley 27867)—luego

⁵⁷ VALDÉS COSTA, Ramón. “Curso de Derecho Tributario”. Depalma. 1996. p. 141 y ss. y p.179 y ss.

⁵⁸ La Sexta de las Disposiciones Transitorias, Complementarias y Finales de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley 27867) estableció que “En concordancia con el artículo 38 de la Ley de Bases de la Descentralización, el Poder Ejecutivo, dentro de los 180 días de vigencia de la presente ley, presentará al Congreso de la República el proyecto de Ley de Descentralización Fiscal, el mismo que considerará los tributos regionales cuya recaudación y administración será de cuenta directa de los gobiernos regionales, como parte de una propuesta integral de reforma tributaria”. El Decreto Legislativo 955, aunque tardíamente, cumplía con este mandato. Si nos ceñimos así a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, ella menciona los tributos regionales cuya “recaudación y administración” será de cuenta directa de los gobiernos regionales. La recaudación forma parte del género de facultades de administración que pueden ser entregadas mediante Ley, no se menciona el poder tributario para crear tributos. La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales fue, pues, respetuosa del estado de las cosas previo a la Ley 28390 y no excede su marco constitucional.

“reiterado” por numeral 10.1 del artículo 10 de la Ley de Descentralización Fiscal– ¿cuál era la consecuencia de no seguir dicho procedimiento? ¿Podía una norma de rango legal, común u orgánica, “delegar” poder tributario en los gobiernos regionales aún en ausencia de una disposición constitucional que así lo dispusiese? ¿Los tributos que el gobierno regional dictase o crease por tal método, serían inválidos o nulos⁵⁹?

Ahora veamos una selección del grupo de normas que, como dijimos, desafiaban la Constitución formal, es decir, el texto del artículo 74 de la Constitución peruana, previo a su modificación por la Ley 27867.

La Resolución de Presidencia Ejecutiva 107-2002-CTAR LIMA/PE, por ejemplo, publicada el 11 de julio de 2002 citando como base legal, entre otros, la Ley 27444, LPAG, aprobó el Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante, “TUPA”) del CTAR del Departamento de Lima. Dentro de dicho TUPA (publicado en anexo del día 22 de julio), se leen algunos procedimientos como el de “3. Petición Administrativa”, el “4. Recurso de Reconsideración”, “5. Recurso de Apelación”, o “21. Recurso de Apelación que impugna actos de Comités Especiales”, todos ellos con un monto asignado por concepto de tasa derecho⁶⁰.

De otro lado, la Ordenanza Regional 009-2003-CR/GRM, publicada el 13 de diciembre de 2003, aprobó el TUPA de la Sede del Gobierno Regional de Moquegua. Dentro de dicho TUPA, se leen algunos procedimientos como el de “02.- Certificación de documentos expedidos por órganos de la entidad”, o “Recursos Impugnativos” que van del 10 al 19, todos ellos con un monto asignado por concepto de tasa derecho y todos ellos citando como base legal, entre otras, la Ley 27444, LPAG.

La Ordenanza Regional 014-2003-CR/RA, publicada el 23 de diciembre de 2003, aprobó el TUPA de la Sede del Gobierno Regional de Amazonas. Dentro de dicho TUPA, se leen algunos procedimientos como el de “01.- Recurso de Reconsideración”, el “02.- Recurso de Apelación”, “27.- Expedición de Certificado de Trabajo”, o “28.- Expedición de constancia de haberes y descuentos”, todos ellos con un monto asignado por concepto de tasa derecho y todos ellos citando como base legal, entre otros, la Ley 27444, LPAG.

Por su parte, el 14 de diciembre de 2003, se publica la Resolución Ejecutiva Regional 801-2003-GR/LL/ PRE que aprobó el TUPA de la Sede Central del Gobierno Regional de La Libertad. Dentro de los considerandos de dicha Resolución Ejecutiva se lee, entre otros, que la Resolución Presidencial Ejecutiva 097-2002-CTAR-LL de fecha 7 de febrero de 2002, aprobó la actualización del TUPA de la CTAR de La Libertad. Asimismo, se lee en dichos considerandos que se han efectuado ajustes en los procedimientos para determinar los costos sobre la base de la Unidad Impositiva Tributaria, usando para ello las atribuciones conferidas en el artículo 37 de la Ley 27444, LPAG.

De igual modo, el 6 de enero de 2004 se publica la Resolución Ejecutiva Regional 499-2003-G.R.TACNA que aprobó el TUPA de la Sede del Gobierno Regional de Tacna. Dentro de los considerandos de dicha Resolución Ejecutiva se lee, entre otros, que la Resolución Ejecutiva Regional 311-2002-CTAR-TACNA aprobó el TUPA vigente en el año 2002 para el ex CTAR Tacna. Asimismo, se lee en dichos considerandos que el TUPA que aprueba contiene la relación de los servicios prestados por la entidad incluyendo los de exclusividad, a costos reales y que, entre otros, el fundamento legal de tal Resolución es la Ley 27444, LPAG. Adicionalmente, dentro del TUPA aprobado, se leen algunos procedimientos como el de “2.- Queja”, “3.- Reclamación”, “4.- Declaración de Nulidad”, otros “Recursos Impugnativos” que van del 5 al 7, “8. Constancia Certificada de pago de haberes y descuentos”, “9. Expedición de certificados de trabajo”, “10. Declaración Jurada para pago de Bonos de Reconocimiento AFP”, “11. Certificados de Trabajo para continuación facultativa en ESSALUD y Certificado de Renta de Quinta Categoría”, “12. Certificado Negativo de Propiedad”, “13. Suscripción de Acta de Compromiso para adjudicación de terreno con fines de vivienda”, “14. Acta de Adjudicación” y otros poco comunes procedimientos, todos ellos con un monto asignado por concepto de tasa derecho y muchos citando como base legal, entre otros, la Ley 27444, LPAG.

La enumeración precedente no es, por supuesto, exhaustiva pero sí bastante ejemplificadora. A pesar de referirse a normas derogadas tiene relevancia para llegar, acorde con el objetivo del presente trabajo, a la

⁵⁹ El último párrafo del artículo 74 de la Constitución vigente señala que no surten efectos las normas tributarias dictadas en violación de lo previsto en dicho artículo (es decir, entre otras cosas, en violación de la lista de titulares de poder tributario, con los límites allí señalados). Como se sabe también, los efectos en el tiempo de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad por contravención del artículo 74 de la Constitución son graduado por el Tribunal Constitucional.

⁶⁰ Casos similares respecto de los antiguos CTARs se dieron con la Resolución de Presidencia Ejecutiva 091-2002-CTAR CALLAO-PE, publicada el 16 de abril de 2002, que aprobó el TUPA del CTAR Callao; o con la Resolución Ejecutiva Regional 0051-2002/CTAR TUMBES-P, publicada el 17 de marzo de 2002, que aprobó el TUPA del CTAR Tumbes.

indagación de la realidad o contenido material del texto artículo 74⁶¹.

Varios comentarios son pertinentes respecto de las normas regionales precitadas. Uno primero es con relación a la proliferación de tasas atribuidas a una variedad de actuaciones que dudosamente justifican la traslación de costos a los particulares que se encuentran bajo el ámbito de competencia de los gobiernos regionales. Uno segundo, consiste en una gran variabilidad de los costos asignados a las funciones regionales que se traducen en tasas de montos muy diversos. Esta realidad abunda en la conveniencia de proponer la existencia –ahora que la Constitución sí reconoce potestades tributarias regionales, sometidas a ley– la dación de una ley que a la manera de la Ley de Tributación Municipal, uniforme el actual ejercicio de potestad tributaria de los gobiernos regionales.

Otro comentario, más cercano con la materia que analizamos, es que la descripción de la normativa regional precedente demostraría, cuando menos, una verdad material disímil respecto de la verdad formal del artículo 74 constitucional o, como mucho, una abierta contravención del marco constitucional que hasta antes de noviembre de 2004 no contemplaba ninguna potestad tributaria para los gobiernos regionales.

En efecto, ¿cómo conciliar la ausencia de texto constitucional que autorizase a los gobiernos regionales a crear tributos antes de noviembre de 2004 con la existencia y vigencia de las normas glosadas? Una respuesta: las disposiciones regionales mencionadas que aprobaban los TUPA citaban, la mayoría de las veces, como su fundamento legal la propia LPAG. Pues, en efecto, no es del todo falso que la LPAG fuera la fuente legal directa de dichos TUPA, pero ¿tenía tal capacidad la LPAG?

El numeral 36.1 del artículo 36 de la LPAG dispone –desde su vigencia, que precede a noviembre de 2004– que “Los procedimientos, requisitos y costos administrativos se establecen exclusivamente mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, norma de la más alta autoridad regional, de Ordenanza Municipal (...) Dichos procedimientos deben ser compendiados y sistematizados en el TUPA, aprobados por cada entidad”.

El numeral 36.2 del artículo 36 de la LPAG continúa diciendo: “Las entidades solamente exigirán a los

administrados el cumplimiento de procedimientos, la presentación de documentos, el suministro de información o el pago de derechos de tramitación, siempre que cumplan con los requisitos previstos en el numeral anterior.”

Por su parte, el artículo 38, numeral 38.1, de la LPAG señala que dicho TUPA “es aprobado por Decreto Supremo del sector, por la norma de máximo nivel de las autoridades regionales, por Ordenanza Municipal (...)”.

Entonces, ¿cómo conciliar el artículo 74 de la Constitución previo a noviembre de 2004, la LPAG, el Artículo 38.1 de la Ley de Bases de la Descentralización, el inciso m) del artículo 15 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, el numeral 10.1 del Artículo 10 de Ley de Descentralización Fiscal, con las disposiciones regionales glosadas? ¿Podemos pensar correctamente que entre 1993 y 2004, la LPAG era la norma que autorizaba a las CTARs y luego a los gobiernos regionales a crear, por lo menos, las tasas de la especie derecho de tramitación? ¿Pudo haber otorgado la LPAG un poder tributario que no se le concedió a ella misma de modo constitucional?

Al margen del reconocimiento fáctico o económico de que en los años previos a 2004 sí hubo servicio o función desempeñada primero por los CTARs y luego por los gobiernos regionales, sería amparar el enriquecimiento indebido no permitir que, de algún “modo”, los CTARs y luego los gobiernos regionales recuperasen el costo que la actividad les irrogaba, utilizando una tasa, ¿puede sostenerse que tal “modo” era la autorización de norma con rango legal (la LPAG), en vez de constitucional? ¿Se parece este caso a los narrados en los acápites 2.2 y 2.3?

Nos encantaría tener la capacidad de prever cuál sería el resultado de una contienda llevada a la máxima instancia constitucional sobre este problema, sobre todo después de una sentencia como la recaída en el expediente 0041-2004-AI/TC (Defensoría del Pueblo contra Municipalidad de Santiago de Surco). Nuevamente, no tenemos una respuesta definitiva para este caso, la LPAG nos debe la explicación sobre cómo su numeral 36.1 del artículo 36 no consagraba una inconstitucionalidad –antes de noviembre de 2004– cuando señalaba que “los costos administrativos” se establecerían mediante “norma de la más alta autoridad regional”.

⁶¹ Además, el propio Tribunal Constitucional ha terminado por reconocer la propiedad de pronunciarse respecto de la constitucionalidad de normas derogadas, pues, como estableció en el expediente 0004-2004-AI/TC “no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria”. Tal criterio ha sido adoptado con carácter vinculante y fue aplicado en la reciente sentencia de noviembre de 2004 en el Expediente 0041-2004-AI/TC (Defensoría del Pueblo contra Municipalidad de Santiago de Surco).

3. A MANERA DE CONCLUSIONES. TAREA PENDIENTE

Saltamos a las conclusiones luego de habernos tomado ya bastante licencia en cuanto al espacio. Lo evidente para nosotros es poco. Las tasas no representan, en realidad, un ingreso deleznable para las entidades que las cobran, así como tampoco una carga ridícula para todos los ciudadanos de este país.

Desde el punto de vista legal algunas conclusiones mezcladas con recomendaciones y labores pendientes:

- i. La norma constitucional material peruana quiere decir, en materia de potestad tributaria sobre tasas, a veces más y hasta algo distinto de lo que la norma constitucional formal dice. Es indispensable fijar esos significados legítimos y posibles.
- ii. Los mandatos materiales del artículo 74 de la Constitución referentes a la potestad tributaria sobre los tributos tasa registran vigencias interpretativas y sociológicas que difieren o se alejan del texto o enunciado de la Constitución formal.
- iii. Algunas de estas vigencias interpretativas o sociológicas deberían merecer una evaluación de legitimidad.
- iv. Por ejemplo, es una tarea pendiente, dilucidar minuciosamente la medida legítima en que normas con rango de ley pueden intervenir en la competencia originaria de los decretos supremos para regular los tributos denominados tasa.
- v. Urge repensar y revisar la LPAG y el Código Tributario para considerar su plena compatibilidad constitucional y su eficacia respecto de la potestad tributaria ejercida mediante decretos supremos, ordenanzas locales y regionales.
- vi. Se debería evaluar la posibilidad de proponer una modificación constitucional mucha más

reflexionada que elimine una serie de incertidumbres jurídicas que perduran, entre ellas, con relación al fundamento de la Potestad Tributaria del Poder Judicial.

- vii. Verificar el alcance de los mandatos del Código Tributario cuando limita la concesión de beneficios y exoneraciones respecto de tasas –y contribuciones.
- viii. Precisar los alcances de la función del Congreso como uniformador o supervisor del ejercicio del poder tributario de otros titulares.
- ix. Evaluar la conveniencia de introducir una Ley de Tributación Regional.

Otros temas pendientes que hemos renunciado a abordar sobre las tasas pero que comparten la apariencia de ser claros y pacíficos: la compatibilidad entre el concepto de capacidad contributiva y los tributos tasa; la idoneidad de los conceptos beneficio, exoneración e incentivo en materia de tributos vinculados; la idoneidad y el alcance de los Convenios de Estabilidad Tributaria local, entre otros.

Debemos suspender ahora sí el presente trabajo. En este breve recuento se ha sacrificado la diversidad temática que evoca un estudio sobre las tasas por un leve mayor detalle y profundidad. Como anticipamos, durante éste hemos planteado más preguntas que otorgado respuestas. Esperamos, por lo menos, haber contribuido con algo a provocar una reflexión sobre los conceptos y las normas tributarias que hemos abordado.

No perdamos el vicio o la virtud de dudar. Utilicemos “metodológicamente” nuestras hesitaciones para desentrañar lo que quieren decir las normas más allá de lo que ellas, en principio, dicen. Descubramos la Constitución tributaria material detrás de la formal y busquemos eso esencial más allá de lo visible: quizás las palabras no hagan la razón sino, precisamente, su ausencia.

ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS PARA EL FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA: EL NUEVO ROSTRO DEL *PROJECT FINANCE**

Enrique Felices S.**

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Como todo país que vive en un estado de subdesarrollo, el Gobierno peruano enfrenta una serie de demandas sociales que se traducen en requerimientos de infraestructura, educación, salud, etc. Así, luego del programa de concesiones iniciado en los noventa, y pese a éste, constatamos, como señala el autor, que aún enfrentamos una brecha en inversión en infraestructura superior a los US\$ 18 mil millones. Lamentablemente, los recursos del Estado para afrontar esta brecha son insuficientes. En ese sentido, la obligación de buscar alternativas adecuadas de financiamiento se impone si pretendemos cambiar la realidad nacional.

En las líneas que siguen el autor busca introducirnos a las asociaciones público-privadas como mecanismos para superar las referidas carencias de financiamiento, respondiendo, entre otras, a las siguientes preguntas (enunciadas por el propio autor): ¿qué son las asociaciones público-privadas? ¿Qué ventajas o qué inconvenientes ofrecen? ¿Por qué deberíamos considerarlas como modelos de inversión?

* El presente artículo es una versión ampliada de la presentación realizada por su autor ante el International Finance Corporation en Washington D.C. en el marco del programa CLED el 21 de abril de 2005.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LL.M. Yale Law School. Socio de Miranda & Amado Abogados.

THEMIS celebra 50 ediciones ininterrumpidas. Se trata de un hito único y, como tal, merece una gran celebración. Pero hay que haber sido miembro de una revista de Derecho para saber que detrás del sentido metafórico de esos dos dígitos, se esconde también una misma cantidad de ocasiones de incertidumbre difícilmente celebratoria, en las que la falta de recursos puso en duda la publicación de un siguiente número. Como podrá atestiguar cualquier antiguo miembro, el orgullo de ser parte de una tradición como THEMIS sólo podía ser socavado por el temor real de acabar con ella.

Hace exactamente 25 ediciones, los miembros de la Revista preparábamos con esmero los detalles finales de una edición de aniversario. Una madrugada, luego de vaciar los contenidos de nuestras billeteras y carteras sobre una mesa, llegamos a la conclusión de que la Revista no podría salir. La escena era desoladora. Teníamos buenos anunciantes (aunque la mitad de ellos ya no existe) y algunos canjes importantes, pero no alcanzaba. Hasta que unos días más tarde una empresa productora de jugos de fruta nos encargó un anuncio. La salvación de la edición cabía en tres cuartos de página. Como el tiempo apremiaba, no preparamos un arte especial sino que, siguiendo instrucciones de nuestro providencial benefactor, entregamos al diagramador una página de periódico en la que aparecía, entre otros, un anuncio de la empresa.

La edición 25 de THEMIS fue un éxito y se celebró con estruendo. Pero el anuncio de la fábrica de jugos nunca se publicó. Varias noches de desvelo hicieron que el diagramador confundiera el anuncio que debía ser reproducido con el de otra empresa que compartía la misma página del periódico. Me parece que desde entonces ningún otro cementerio ha anunciado sus servicios en la Revista.

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre el Estado y las empresas privadas en el Perú a lo largo de los años han sido caracterizadas por la ambivalencia. Los años setenta estuvieron signados por la ausencia de incentivos reales para el desarrollo de la inversión privada, lo que significó que en el Perú, como en otros países de América Latina, el financiamiento de la inversión en infraestructura haya recaído en su totalidad sobre el sector público. El protagonismo que asumió el Estado en este ámbito

guardaba consistencia con el modelo económico de sustitución de importaciones que predominaba en la región, y en función al cual el Estado reclamaba para sí un papel excluyente en el proceso de desarrollo, el mismo que fue facilitado por la disponibilidad de recursos financieros en los mercados de capitales internacionales, que condujeron a muchos Estados latinoamericanos a asumir deuda externa por encima de sus posibilidades de pago¹. La situación no cambió demasiado en la década del ochenta, a pesar del optimismo que acompañó a la transición democrática que siguió a la dictadura militar y de algunos intentos poco decididos por liberalizar la economía. La intervención del Estado en el proceso de desarrollo se mantuvo como una constante, promoviéndose el gasto y empleo públicos, con el consiguiente incremento de la presión social, agregada a la creciente inestabilidad económica y a la necesidad de encontrar respuestas a las demandas de la población. El financiamiento de la infraestructura siguió centrado en el sector público, aun cuando la inversión en este rubro fue comparativamente menor al gasto público en otros sectores, evidenciándose un declive más pronunciado en la inversión en energía.

La implementación de un programa de estabilización macroeconómica y de reformas liberales orientadas a promover la inversión privada y a reducir el nivel de intervención estatal en el proceso productivo signaron el inicio de los años noventa. Este programa estuvo acompañado de una redefinición del marco legal y regulatorio vigente con el propósito de atraer mayores inversiones hacia sectores productivos, y de un ambicioso proceso de privatización (dirigido a transferir empresas y activos públicos al sector privado) y de concesiones (para promover la inversión en infraestructura y servicios públicos). En este contexto, se promulgó el Decreto Legislativo 839 y, más adelante, mediante el Decreto Supremo 059-96-PCM, el texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos, así como un conjunto de normas reglamentarias y complementarias, además de una serie de mecanismos de garantía para los inversionistas, incluyendo convenios de estabilidad jurídica y contratos de garantía celebrados con el Estado.

Un número significativo de los proyectos iniciados en los noventa, dentro del marco del programa de

¹ Como señala Reyes, "El factor más visible de la crisis [de finales de los setenta], dentro de las condiciones domésticas de las naciones, fue la deuda externa. Entre 1978 y 1981, la región cosechó los beneficios de una mejora en los términos de intercambio del mercado internacional para sus exportaciones y de una generosa dotación de créditos internacionales especialmente por parte del sector privado. Estas condiciones posibilitaron que la región implementara políticas económicas expansivas, las cuales a su vez hicieron que 11 países latinoamericanos mantuvieran tasas de crecimiento económico por arriba de 4 por ciento". A mayor abundamiento, ver REYES, Giovanni. "Cuatro Décadas en la Historia Económica de América Latina". En: 25 años del SELA. Un balance. Edición 60. Septiembre-diciembre, 2000.

concesiones, tuvo resultados exitosos. Sin embargo, dicho programa ha llegado a su fin y el Perú todavía enfrenta una brecha en inversión en infraestructura superior a los US\$ 18 mil millones. Si a esta cifra se suma la realidad de un Estado deficitario, con recursos extremadamente limitados, una demanda social creciente por servicios públicos primarios, particularmente en la provisión de agua potable y servicios de saneamiento, y un proceso de negociación en curso para la firma de un tratado de libre comercio con los Estados Unidos, comprobaremos que el desafío por encontrar esquemas de inversión que permitan complementar de la mejor manera los escasos recursos del Estado en el desarrollo de infraestructura básica, de forma creativa y eficiente, es cada vez mayor.

Frente a este problema de orden estructural, el Gobierno ha comenzado a promover activamente la inversión en infraestructura mediante asociaciones público-privadas, habiéndose otorgado bajo este modelo de inversión la concesión para la construcción, operación y mantenimiento de las obras de trasvase del Proyecto Olmos y la concesión de las obras para el mantenimiento de los tramos viales del eje multimodal del Amazonas Norte del “Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana” (“IIRSA”), red vial de 960 km de extensión que une las localidades de Paita y Yurimaguas. Más aun, hace algunas semanas el Directorio del Banco Mundial aprobó la creación de un fondo de garantías por US\$ 200 millones para la promoción de asociaciones público-privadas en proyectos de infraestructura en el Perú.

Para nuestro país, que enfrenta, como señalamos, un déficit de inversión en infraestructura que supera los US\$ 18 mil millones y que carece de los recursos públicos necesarios para financiarlo, las concesiones otorgadas y la creación del fondo de garantías para la promoción de asociaciones público-privadas son buenas noticias. Pero, ¿qué son las asociaciones público-privadas? ¿Qué ventajas o qué inconvenientes ofrecen? ¿Por qué deberíamos considerarlas como modelos de inversión? Éstas son algunas de las

preguntas que este artículo tratará de responder.

Para tal efecto, el presente artículo (i) describirá el origen de las asociaciones público-privadas (o “PPP”, términos que serán utilizados indistintamente) como modelos de inversión, haciendo referencia específica a la experiencia del Reino Unido y a las lecciones aprendidas a partir de la misma; (ii) detallará las principales características del modelo, sus diferencias respecto de las estructuras tradicionales de privatización y concesión, y describirá los componentes centrales de una estructura típica de PPP; (iii) analizará los beneficios de los PPP desde la perspectiva del Estado y del mercado, y evaluará algunas de las críticas más comunes al modelo; (iv) describirá a grandes rasgos los elementos distintivos de la aplicación del modelo en el Perú; y, finalmente, (v) se propondrán algunas reflexiones finales a manera de conclusión.

II. EL ORIGEN DE LOS PPP COMO MODELOS DE INVERSIÓN

Los PPP empezaron a utilizarse en el Reino Unido en 1992, tras la derogación de un conjunto de normas –conocidas como las “Ryrie Rules”– que establecían limitaciones a la utilización de recursos privados para el financiamiento de activos públicos. Se trataba, por esta vía, de promover la utilización de capitales privados en proyectos que el sector público no se encontraba en capacidad de financiar, en especial los vinculados con el desarrollo de obras de infraestructura para la provisión de servicios de saneamiento y de salud a nivel de los gobiernos locales².

Inicialmente, los PPP fueron promovidos con el nombre de Iniciativas de Financiación Privada (*Private Finance Initiative* o “PFI”) bajo el auspicio del gobierno conservador de John Major³. Algunos años más tarde, sin embargo, fue el gobierno laborista de Tony Blair el que reemplazó el término PFI por el de Asociaciones Público-Privadas (*Public Private Partnerships* o “PPP”)⁴. Más allá del cambio en la nomenclatura utilizada, motivada más por la

² Para mayores referencias sobre los orígenes de los PPP en el Reino Unido consultar “Public Private Partnerships. Experiencia del Reino Unido para los Mercados Internacionales”. Londres: International Financial Services. 2003.

³ Los primeros proyectos bajo el PFI estuvieron también orientados a lograr una prestación más eficiente de servicios de salud que permitieran un mayor grado de injerencia y control por parte de los pacientes. Los esfuerzos iniciales encontraron oposición en los sindicatos de salud, quienes calificaron al PFI de “privatización por la puerta falsa”. Incluso hoy en día, y como lo demuestra Ruane, los sindicatos siguen oponiéndose al modelo de PPP a través de la campaña “Positively Public”, señalando que la utilidad que beneficia a un inversionista es incompatible con la provisión de servicios públicos. Ver, RUANE, Sally. “Acquiescence and opposition: the Private Finance Initiative in the National Health Service”. En: Policy and Politics 28. pp. 411-424. Citado por MUSSON, Steve. “Where does all the Money Go? Analysing the Geography of the Private Finance Initiative”. En: <http://www.bbk.ac.uk/geog/staff/musson.html>.

⁴ Si bien actualmente los términos PFI y PPP suelen ser utilizados indistintamente, hay quienes encuentran diferencias en cuanto a su ámbito de aplicación y desarrollo. Así, los PFI se caracterizarían por promover el desarrollo de un proyecto específico, estando concebidos para transferir los riesgos derivados de la operación del proyecto. En contraposición, los PPP corresponderían típicamente a proyectos más complejos y de mayores dimensiones que incrementarían los riesgos asociados a la operación del proyecto, los mismos que debían ser atenuados mediante la participación del Estado promotor como garante de los inversionistas.

búsqueda de réditos políticos que por divergencias sustantivas en aspectos técnicos, y que la utilización de recursos privados para financiar el desarrollo de obras públicas podría resultar controversial desde un punto de vista tradicional, los PPP como modelo de inversión han logrado una amplia aceptación política y social en el Reino Unido, habiéndose canalizado a través de ellos inversiones superiores a los US\$ 30 mil millones desde 1997.

Actualmente, el debate sobre los PPP en el Reino Unido tiende a centrarse menos en la legitimidad del Estado para recurrir a capitales privados para el desarrollo de obras públicas que en la creación e implementación de mecanismos más eficientes y confiables de supervisión y control de estos proyectos. Y es que, como señala Steven Musson⁵, los imperativos electorales por ofrecer una mejora en la prestación de servicios públicos, sin el consiguiente incremento de los tributos existentes (o, más bien, con la exigencia de reducirlos), y con las limitaciones que son inherentes al financiamiento estatal, reducen en la práctica el universo de alternativas para el desarrollo de infraestructura que sean financieramente viables y políticamente aceptables. En este contexto, parte del atractivo de los PPP radica precisamente en que permiten al Estado diferir el impacto financiero (conceptuado como el pago de la retribución que efectúa el Estado a favor del concesionario) hasta el momento en que el servicio es prestado efectivamente a los usuarios finales del mismo; otorgando, por ello, mayor flexibilidad presupuestal a los gobiernos centrales, regionales o locales que promueven el proyecto.

La gama de proyectos que han sido realizados en el Reino Unido bajo el modelo PPP es muy amplia, incluyendo proyectos vinculados con el desarrollo de infraestructura penitenciaria, judicial, educativa, deportiva, vial, militar, ferroviaria, habitacional, universitaria, de salud y de saneamiento. Algunos ejemplos relevantes son el proyecto de inversión a 30 años y por sumas mayores a los US\$ 25 mil millones para el mejoramiento del sistema de transporte subterráneo de la ciudad de Londres; la construcción de instalaciones médicas en los hospitales de Barts y Londres por un monto mayor a

los US\$ 3 mil millones; o la concesión para el mantenimiento y operación de la infraestructura vial de la ciudad de Portsmouth durante un período de 25 años. Sin embargo, quizás el PPP más importante, por su dificultad y trascendencia, haya sido la construcción del Channel Tunnel Rail Link (en adelante, "CTRL"). El CTRL fue construido por London & Continental Railways Limited para unir la estación ferroviaria de Saint Pancras en Londres con el Euro Tunnel (que, a su vez, une la costa inglesa con el puerto de Calais en Francia) mediante una vía rápida de 109 km de extensión. Se trataba, en este caso, de la primera inversión significativa en infraestructura ferroviaria realizada en Inglaterra en casi un siglo. El proyecto requería una inversión aproximada de US\$ 8 mil millones, de los cuales US\$ 5 mil millones serían proporcionados por el gobierno inglés, que además participaba como garante de la empresa constructora en el contexto de los financiamientos realizados en el mercado de capitales, a cambio de una participación en los ingresos de la empresa operadora hasta el año 2020.

El modelo desarrollado en el Reino Unido también ha sido aplicado con éxito en otros países de Europa, Asia y en los Estados Unidos⁶, y ha empezado a ser utilizado en el Perú y en algunos otros países de América Latina.

III. ¿CÓMO DEFINIR UN PPP?

Como señalamos anteriormente, el término PPP corresponde a las siglas en inglés de *Public Private Partnerships* (traducido al castellano como "asociaciones público-privadas") y suele utilizarse para describir una serie de relaciones entre el sector público y el privado en el contexto del desarrollo de proyectos de infraestructura. Sin embargo, como señalan Kumar y Prasad, el único elemento absolutamente esencial en un PPP es la existencia de un componente de participación privada en un ámbito que tradicionalmente ha correspondido de manera exclusiva y excluyente al Estado como gestor de obras públicas. A pesar de ser extensamente utilizado, el término PPP no está exento de interpretaciones y contenidos que no son siempre unívocos. En la acepción más restrictiva del término,

⁵ MUSSON, Steve. Op. Cit.

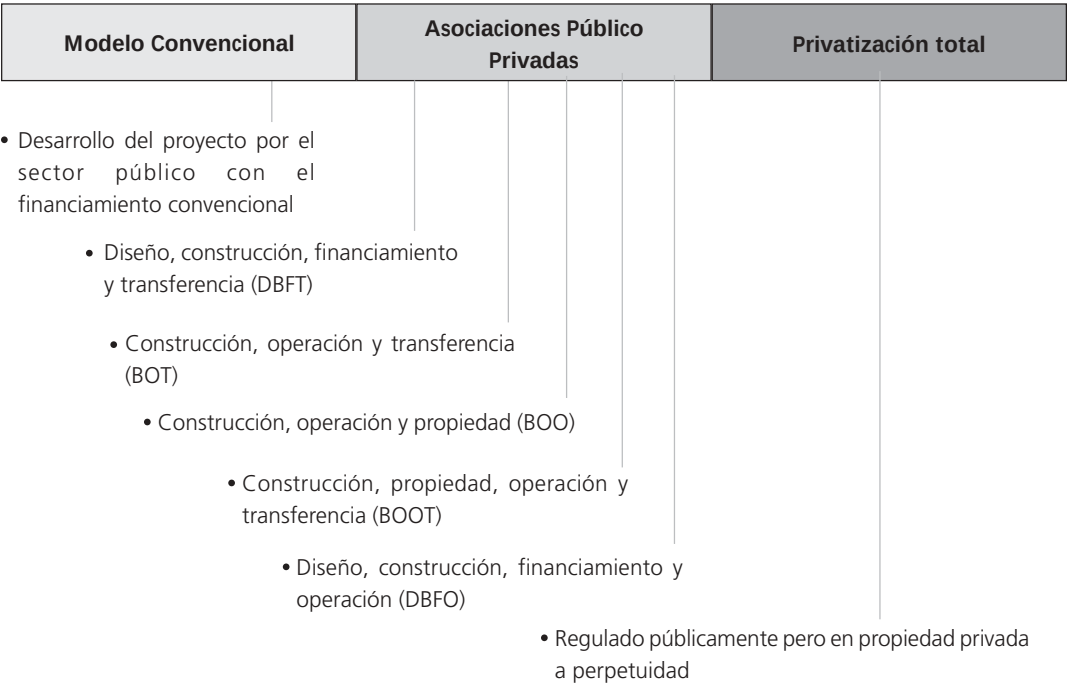
⁶ Por ejemplo, en el transcurso de los últimos cuatro meses se han entregado en concesión bajo el modelo PPP proyectos importantes en España (un conjunto de ocho hospitales, incluyendo el proyecto modelo de Majadahonda), Japón (a través de una concesión para el diseño, construcción y mantenimiento del nuevo local del Congreso japonés por un valor de US\$ 126 millones), Australia (para la construcción de la sede central del comando conjunto del Ministerio de Defensa por un monto de US\$ 236 millones, y para el diseño, construcción y mantenimiento de un proyecto habitacional en la ciudad de Sydney), que se suman a las iniciativas promovidas hace algunos años en Sudáfrica y a otras más recientes en Alemania, Francia, Holanda, Portugal, Grecia, Singapur, Italia, Suecia, Noruega, Canadá, Hungría, Polonia y Finlandia. Ver: Project Finance Magazine 257 y 258. Febrero, 2005 y marzo, 2005, respectivamente. Londres: Euromoney PLC.

PPP se refiere únicamente a ciertas clases de proyectos de infraestructura que cuentan con un cofinanciamiento público y privado, mientras que en la más amplia comprende modalidades de inversión que se extienden desde la privatización hasta el modelo tradicional de *Project Finance*⁷, pasando por esquemas contractuales de procura y construcción.

Para los propósitos de este trabajo, definiremos a los PPP como modelos de inversión que asocian a los sectores públicos y privados en la provisión de infraestructura pública o en la prestación de servicios públicos. En ese sentido, el modelo PPP se ubica en un punto medio entre los extremos que caracterizan a dos esquemas tradicionales de desarrollo de infraestructura: la propiedad estatal y la privatización. De un lado, el modelo basado en la propiedad estatal se sustenta en la existencia de un Estado autogestionario que provee por sí mismo los recursos necesarios para el desarrollo de una obra o la prestación de un servicio público. Del otro, la privatización implica la transferencia de la propiedad y operación de una empresa pública al sector privado. En el primer caso, el papel desempeñado por el Estado incluye el diseño, financiamiento, construcción y operación de una determinada infraestructura; en el segundo, la tarea del Estado se limita al saneamiento, dentro de ciertos márgenes, de un activo o empresa pública, para efectos de transferir

su propiedad a perpetuidad al sector privado y, posteriormente, a su supervisión y control mediante un organismo regulador. Como explicaremos en mayor detalle más adelante, el modelo PPP se distingue de los modelos tradicionales de propiedad estatal y de privatización al combinar elementos propios de cada uno de ellos, asociando capitales privados y públicos, y distribuyendo los riesgos derivados del proyecto entre ambas partes.

Si bien es cierto que, bajo ciertas condiciones y en circunstancias particulares, la privatización puede redituar resultados eficientes desde la perspectiva del Estado y de los usuarios de los servicios prestados, lo cierto es que durante los últimos años se han levantado numerosas voces de oposición en contra de la privatización. Especialmente en nuestro país y en algunos otros de la región, la privatización como vehículo de promoción de la inversión se ha visto afectado por corrientes sociales y políticas adversas. Si no el más reciente, por lo menos el ejemplo más gráfico en nuestro país, ha sido la fallida privatización de las empresas eléctricas EGASA y EGESUR debido a la oposición popular en junio de 2002. A pesar de que algunos sectores ven en los PPP una fórmula de privatización “por la puerta falsa”, lo cierto es que, como puede apreciarse del gráfico que sigue, los PPP representan un modelo de inversión distinto.



⁷ No existe una definición unánimemente aceptada sobre el concepto de *Project Finance*. Sin embargo, con una finalidad metodológica, podríamos seguir las definiciones que postulan Finnerty, y Nevitt y Fabozzi. De un lado, Finnerty define el concepto de *project finance* como “... la obtención de fondos para financiar un proyecto de inversión económicamente independiente, en el que quienes financian el proyecto encuentran principalmente en los flujos del proyecto la fuente para el pago de sus préstamos y la obtención de un retorno sobre la inversión realizada”. Por su parte, Nevitt y Fabozzi, lo definen como “El financiamiento de una unidad económica específica, en la que un prestamista se concentra inicialmente en el flujo de dinero y los ingresos de dicha unidad económica como fuente de los fondos que se utilizarán para el repago del préstamo, y en los activos de la unidad económica como garantía de dicho préstamo”. Para un mayor análisis, revisar FINNERTY, J.D. “Project Financing: Asset-Based Financial Engineering”. Nueva York: John Wiley & Sons. 1996; y NEVITT, P.K. y F.J. FABOZZI. “Project Financing”. Séptima Edición. Londres: Euromoney Books. 2000.

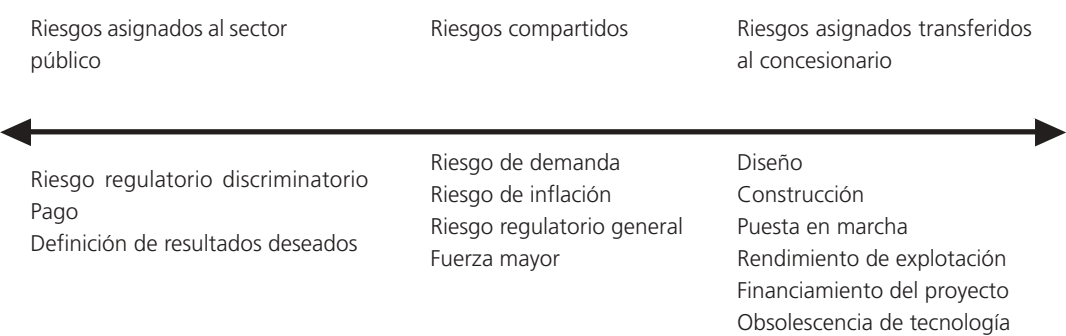
Los PPP se diferencian de otras estructuras de inversión en que la provisión de un bien o la prestación de un servicio público bajo un PPP se realiza mediante la constitución de un vehículo legal especial que es financiado y operado por el sector privado (usualmente con algún componente financiero proporcionado por el sector público), pero en el cual los riesgos derivados de la realización del proyecto han sido contractualmente distribuidos entre ambos sectores en función de quien se encuentre en mejor posibilidad de asumirlos a un menor costo. En este sentido, el propósito del vehículo legal constituido será el proveer un bien o prestar un servicio a su cliente y contraparte (es decir, al sector público) a cambio de una contraprestación determinada. Un ejemplo usual es la construcción de una nueva infraestructura vial, en la que corresponde al sector privado el diseño, construcción, operación y mantenimiento de la obra durante un período determinado a cambio de pagos a ser efectuados por la entidad que promueve el proyecto en el sector público, ya sea el gobierno central o algún gobierno regional o local.

En los PPP, a diferencia de la privatización en la cual el Estado transfiere los activos o instalaciones existentes al sector privado, el Estado es el promotor del proyecto y el que establece, como punto de partida, los **resultados** que deben ser alcanzados (entendiéndose por ello a la definición de objetivos y estándares que fija el sector público y que debe ser

satisfecha por el inversionista privado que resulte adjudicatario del proyecto), dejando en manos del inversionista privado la definición de los **medios** a través de los cuales hacerlo. En la medida en que es el propio sector público el que define los resultados que desea obtener, existe un alto grado de control sobre los niveles mínimos de calidad y operación de la obra una vez que ésta haya sido culminada. Al mismo tiempo, promueven el desarrollo más eficiente de la obra al trasladar al sector privado la responsabilidad de definir la mejor manera de alcanzar los resultados esperados por el Estado. Así, las ventajas que suelen ser propias del sector privado y que, por cierto, sirven de fundamento normativo para la privatización (es decir, la innovación, el acceso a mejores y mayores fuentes de financiamiento y al uso eficiente de dichas fuentes, el acceso a tecnología más lograda, a una mayor capacidad gerencial y operativa, entre otras) se combinan en los PPP con la responsabilidad social, la conciencia ambiental y el conocimiento de la realidad local que son propias del sector público, en un esfuerzo por encontrar soluciones integrales y viables a problemas reales. En ese sentido, quizás la mayor virtud de los PPP es que permiten asignar riesgos y responsabilidades a quienes están en mejor posición para asumirlos al menor costo posible.

La asignación de riesgos propia de un esquema de PPP puede observarse en el siguiente gráfico:

Asignación de riesgos en la modalidad de PPP



Los PPP también se diferencian de los esquemas tradicionales de concesiones, en la medida en que en éstos el concesionario suele asumir directamente el riesgo derivado de la incertidumbre sobre los ingresos generados por el proyecto, siendo la única fuente de los mismos la tarifa que cobra a los usuarios finales.

Sin embargo, bajo una estructura típica de PPP, es el gobierno central, o uno regional o local, el que retribuye al concesionario mediante “pagos unitarios”. Como señala Harris⁸, aun cuando es posible que existan ingresos adicionales provenientes de cargos efectuados a los usuarios, es, en esencia, el gobierno el que asume

⁸ HARRIS, Stephen. “Public Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services”. Working Paper. Washington D.C.: Inter-American Development Bank, Sustainable Development Department. 2004.

la obligación de efectuar un pago por el uso efectivo o la disponibilidad de una infraestructura determinada.

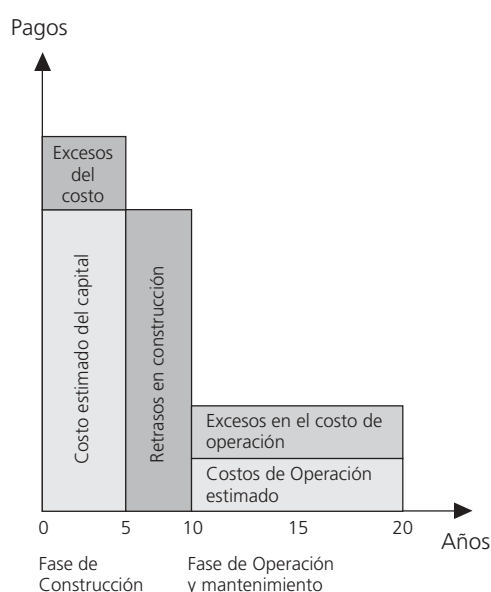
Por esta razón, los PPP suelen emplearse en el desarrollo de aquellas obras de infraestructura que, por su propia naturaleza o por condiciones intrínsecas al mercado, no aseguran que el flujo de los ingresos generados por el proyecto será suficiente para permitir la recuperación total de la inversión a ser realizada. En estricto, el modelo PPP es más útil en proyectos que no cuentan con una demanda suficientemente alta como para ser financieramente viables desde la perspectiva del sector privado. Ejemplos comúnmente citados son el diseño, construcción, operación y mantenimiento de redes viales que todavía no cuentan con un alto nivel de tránsito y que, por consiguiente, no permitirían a una empresa privada la recuperación de su inversión mediante un sistema de peajes; o aquellos proyectos que por perseguir la consecución

de un objetivo principalmente social han correspondido tradicionalmente al Estado, como la construcción de escuelas y centros de salud públicos.

En este esquema, el mecanismo de pago que los PPP prevén cumple un papel central: a diferencia de otras estructuras, en los PPP los pagos son efectuados conforme los servicios sean efectivamente prestados o, en otros términos, cuando son efectivamente “consumidos” por los usuarios finales. Siguiendo el mismo ejemplo, los pagos a ser realizados por el Estado al inversionista privado se efectuarían únicamente cuando la red vial en cuestión entre en operación y funcionamiento y, consiguientemente, cuando ésta empiece a ser transitada por vehículos que paguen el peaje establecido. Las principales diferencias en cuanto al pago realizado al concesionario bajo un esquema tradicional y un PPP se muestran en el cuadro siguiente:

Modelo de financiamiento convencional

Perfil de pago para el sector Público:

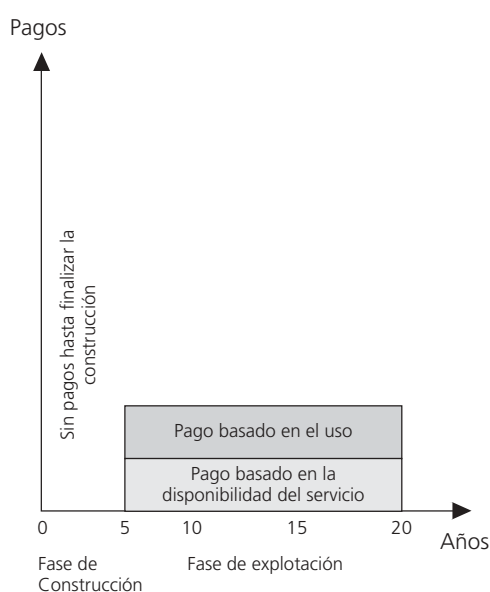


Fuente: PricewaterhouseCoopers

Es por ello que, como menciona Harris⁹, si son diseñados adecuadamente, los mecanismos de pago que los PPP contemplan tienen la virtud de alinear los intereses de la empresa privada prestadora del servicio con los de la entidad receptora en el sector público, en la medida en que cualquier desviación significativa en la calidad o alcance de los servicios repercutirá directamente en la capacidad de dicha empresa privada de obtener el pago oportuno por la prestación de sus

Modelo de financiamiento con PPP

Perfil de pago para el sector Público:



servicios o, de ser el caso, en la posibilidad de que los bancos que la financien aseguren el retorno seguro de los capitales prestados. Así, el incentivo con que cuenta el inversionista para hacer el proyecto atractivo a potenciales entidades proveedoras de crédito es, a la vez, la mayor seguridad con que cuenta el Estado en relación con la realización exitosa del mismo¹⁰. Pero, como indica el mismo autor, los PPP se basan en relaciones contractuales mediante las cuales el sector

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

público define la clase de servicio que desea obtener de parte del sector privado. Y si, llegado el momento, el sector privado se ve incapacitado de prestarlo en esos términos y condiciones, se verá ante un evento de incumplimiento bajo el contrato de concesión.

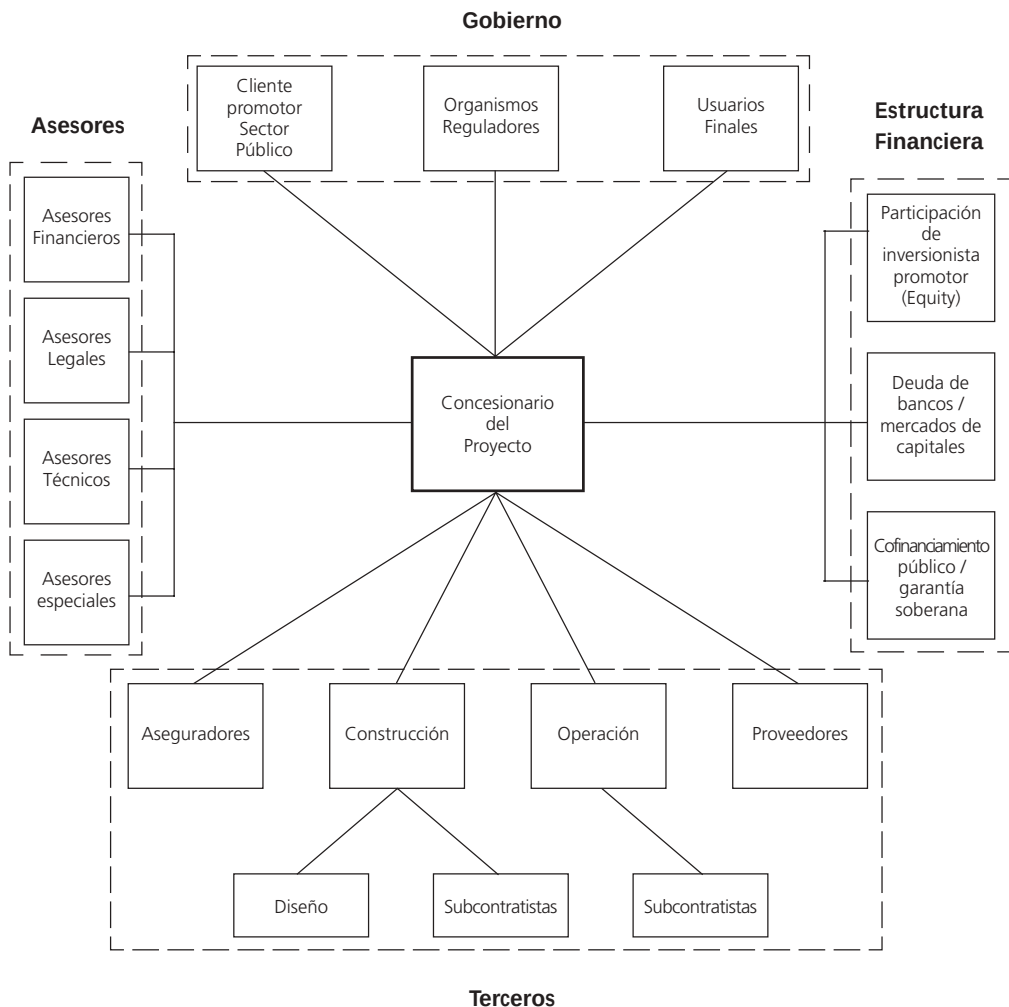
De este modo, algunas de las principales características de los PPP son las siguientes:

- La asociación de capitales públicos y privados durante un plazo largo orientada al mejoramiento de servicios públicos.
- La determinación antelada por parte del Estado de los fines o resultados esperados (output) en la prestación del servicio a ser entregado en concesión.
- La responsabilidad por parte del sector privado de definir los medios más eficientes (input) para alcanzar los resultados definidos por el Estado para dicho servicio.
- Una estructura remunerativa que compense al concesionario mediante pagos que se produzcan

una vez concluida la obra y cuando el servicio esté siendo efectivamente prestado a los usuarios finales.

- Los pagos efectuados al concesionario se contabilizan como gasto corriente por parte del Estado.
- Una distribución de riesgos que los asigne a aquella parte que se encuentre en mejor posición para asumirlos a un menor costo.
- La propiedad de los activos puede recaer en el sector privado o público, aunque tiende a lo segundo.

Como hemos señalado anteriormente, la provisión de un bien o la prestación de un servicio público bajo un PPP se realiza mediante la constitución de un vehículo legal especial que es financiado y operado por el sector privado, usualmente con algún componente financiero proporcionado por el sector público, y al que están asociados una serie de estructuras contractuales. Una estructura usual de PPP es la que se detalla a continuación:



Como es evidente, el contrato de concesión es el de mayor importancia en una estructura de PPP, al vincular al concesionario con la entidad del sector público que promueve el proyecto (sea ésta el gobierno central, o una autoridad regional o local), y en virtud al cual se confiere a dicha empresa los derechos y obligaciones referidos a la prestación de los servicios al usuario del sector público, incluyendo entre otros aspectos relevantes, los niveles de calidad exigidos para el diseño y operación, los resultados mínimos esperados, y los mecanismos de pago al concesionario. Los servicios de operación y mantenimiento normalmente serán subcontratados por la empresa concesionaria, por lo general con una filial de alguno de sus accionistas principales que se mantendrá como operadora durante el plazo de la concesión. De otro lado, el contrato de construcción será normalmente un contrato de ingeniería, procura y construcción bajo la modalidad “llave en mano”, por un monto fijo durante un período determinado, en el cual el contratista asume el riesgo de la construcción adecuada y oportuna de la obra.

Por su parte, existe una serie de escenarios posibles en cuanto al financiamiento del proyecto. Estos podrían incluir la participación directa de los accionistas mediante el aporte de capitales propios (*equity*) o deuda contraída en virtud a préstamos bancarios o a través de emisiones de instrumentos representativos de deuda (tradicionalmente, bonos) en el mercado de capitales, las mismas que podrían estar garantizadas, entre otros, por una hipoteca constituida sobre el derecho de concesión del proyecto y, en algunos casos, por una garantía soberana que proporcione a quienes financian el proyecto la seguridad de que la continuidad de los flujos que sustentan el mismo estará respaldada por el Estado. En este contexto, el compromiso del Estado, ya sea a través del gobierno central o como garante de un gobierno regional o local, suele también requerir la garantía de pago por parte de un tercero (usualmente de entidades multilaterales). Y es que, como dice un viejo aforismo financiero, el valor de la garantía que otorga un gobierno es igual al riesgo crediticio del país. En ese sentido, la credibilidad financiera de la entidad participante del sector público es fundamental, teniendo una incidencia directa en la calificación crediticia del proyecto (en la que el *rating* del país es el elemento más sensible) y en las posibilidades de obtener financiamiento en los mercados de capitales a tasas competitivas. Por esta razón, la creación del fondo de garantías por el Banco Mundial para promover asociaciones público-privadas en el Perú es una buena noticia, en la medida en que

a través de la emisión de las llamadas Garantías de Riesgo Parcial se podrá mitigar los riesgos financieros que enfrentan los inversionistas ante un eventual incumplimiento contractual de pago por parte del Estado. Adicionalmente, y como elemento distintivo de un PPP, se encuentra el componente de cofinanciamiento que es proporcionado de manera directa o indirecta por el sector público, a través de la entidad de que se trate, y que suele aplicarse a la etapa de construcción inicial de la obra.

IV. ¿QUÉ BENEFICIOS GENERAN LOS PPP? ¿POR QUÉ EL SECTOR PÚBLICO DEBERÍA CONVOCAR AL SECTOR PRIVADO MEDIANTE MODELOS DE PPP?

De un lado, los PPP aseguran una prestación de servicios más eficiente en términos de precio y calidad. El principio es el mismo que subyace al concepto de privatización: el sector privado está en mejor posición que el Estado para asegurar la realización eficiente de ciertas tareas. En ese sentido, los PPP buscan utilizar las ventajas comparativas del sector privado (que resumíamos líneas arriba como el acceso a la innovación, a mayores y mejores fuentes de financiamiento, a tecnología más avanzada y a una capacidad gerencial mejor desarrollada) para atender las demandas de los consumidores, asociándose con el sector público para ofrecer mejores servicios.

De otro lado, los PPP permiten una mayor flexibilidad en las finanzas públicas. Los PPP ofrecen un medio para atender las crecientes demandas por infraestructura y servicios de índole social que no logran ser autofinanciables; es decir, que no resultan suficientemente atractivas por sí mismas (en función a la recuperación esperada de la inversión) para atraer inversión privada. En este contexto, y ante una realidad que impone presión sobre las finanzas públicas y que exige que el déficit gubernamental no crezca, especialmente durante períodos de crecimiento económico desacelerado y de ingresos fiscales decrecientes, la respuesta más consistente sería la de recortar el gasto público. Pero, como señala Harris, existe también una necesidad real y constante por renovar, mantener y operar la infraestructura existente. Por ello, “la competencia por financiamiento es intensa, y no sólo entre proyectos de infraestructura sino entre las muchas otras demandas con que se enfrentan las finanzas públicas”¹¹.

En este escenario, los PPP tienen una ventaja significativa, en la medida en que eliminan la necesidad

¹¹ Ibid. p.3.

de proporcionar financiamiento público en el corto plazo, porque en ellos las obligaciones de pago del sector público se inician recién con la prestación efectiva del servicio; es decir, después de culminadas las etapas de diseño y construcción de la obra, beneficiando contable y financieramente al Estado. Sin embargo, incluso desde este punto de vista, los PPP no son una panacea para el financiamiento público. No cualquier proyecto puede o debe ser llevado a cabo bajo este modelo. Por el contrario, sólo aquellos proyectos cuyos resultados deseados puedan ser determinados claramente de antemano, y en los cuales no sea presumible un cambio significativo durante su ejecución, son propicios para ser desarrollados bajo este modelo.

Pero así como los PPP permiten que cada parte involucrada desarrolle aquellas funciones que mejor se adecuan a sus capacidades, también imponen sobre aquéllas un mayor grado de responsabilidad. Así, si bien la responsabilidad por el pago oportuno recae sobre el Estado, la que se refiere a la entrega y operación de la obra en los niveles y estándares de calidad preestablecidos corresponde al privado, quien asume el costo financiero del retraso en el pago que se produzca por la demora en la entrega de las obras, o por su construcción defectuosa o incompleta.

Por el lado del Estado, además, encontramos la obligación de comportarse responsablemente desde una perspectiva política en relación con el proyecto, evitando decisiones de corto plazo cuyo único fin sea hacerse de un rédito político. En este sentido, el compromiso político es fundamental para el éxito de un programa de PPP, ya que "a menos que se vea que los PPP ofrecen continuas oportunidades de inversión, las empresas serán reacias a desarrollar los recursos necesarios para licitar por los contratos"¹².

Pero además del compromiso político, existe consenso en que un buen programa de PPP requiere, cuando menos, lo siguiente: (i) una legislación adecuada en materia de concesiones (que se pueda adecuar rápidamente a la modalidad de los PPP), concursal y tributaria; (ii) mecanismos adecuados de resolución de disputas; (iii) una correcta distribución de competencias entre los distintos actores en el proceso; (iv) la identificación de aquellos proyectos que sean adecuados y prioritarios, desde un punto de vista de viabilidad comercial; (v) un flujo homogéneo de

proyectos y la estandarización de contratos que generen predictibilidad, al tiempo que reducen costos de transacción entre los contratantes; (vi) un marco macroeconómico relativamente estable; y (vii) el desarrollo de un mercado de deuda local que permita financiar los proyectos a un menor costo.

Críticas frecuentes a los PPP

Los PPP no están exentos de críticas. Algunas de las más frecuentes son las siguientes¹³:

1. El financiamiento estatal es más barato que el financiamiento privado. Si bien esta crítica tiene un fundamento real, no toma en consideración algunos aspectos relevantes. De un lado, si bien el financiamiento público es más barato que el privado, el margen no es significativo. De otro, la consideración sobre los costos asociados a un financiamiento no deben limitarse a la evaluación de tasas de interés aplicables, sino comprender también los costos derivados de los retrasos en el proceso de construcción en los que podría incurrir el sector público y el sector privado, respectivamente, siendo en este aspecto el sector privado más eficiente, en términos de prácticas gerenciales y operacionales, así como en la utilización de los recursos disponibles¹⁴. Como postula Harris, "los PPP permiten alcanzar una adecuada relación de precio-calidad debido a que los ahorros que se generan a lo largo de la vida útil de los activos superan al margen que pudiera existir en términos de un financiamiento más barato"¹⁵.
2. El hecho de que los PPP impongan compromisos de largo plazo sobre el sector público para atender necesidades presentes, implica restarle flexibilidad para afrontar las necesidades futuras. Sin embargo, esta crítica podría sostenerse de igual manera cuando hablamos de la contratación pública en general. Por el contrario, muchos esquemas de PPP permiten precisamente aprovechar los beneficios que la tecnología y la técnica vayan ofreciendo con el paso del tiempo, al obligar al concesionario a cumplir con ciertos parámetros y estándares de la manera más eficiente posible.
3. Los PPP generan inestabilidad en los empleados públicos. Según este punto de vista, la participación del sector privado generaría un efecto adverso en

¹² Ibid.

¹³ Sobre este punto, se sigue el análisis efectuado por Stephen Harris en el texto que venimos citando.

¹⁴ Por ejemplo, un informe publicado el 5 de febrero de 2003 por la Oficina Nacional de Contraloría del Reino Unido indicaba que los proyectos desarrollados bajo el modelo tradicional de procura y construcción mostraban sobrecostos de 73% en términos de precio y de 70% en tiempo promedio de retraso, mientras que los proyectos que habían sido implementados bajo un esquema de PPP habían mostrado sobrecostos que no superaban el 22% en términos de precio y 24% en tiempo promedio de retraso.

¹⁵ HARRIS, Stephen. Op. Cit. p. 13.

los trabajadores del sector público, al producir incertidumbre sobre su permanencia en sus respectivos puestos. Sin duda, un resultado posible de los PPP es que algunos trabajadores dejen de ser requeridos como resultado de la operación más eficiente de un activo en manos privadas, pero la evidencia de la experiencia del Reino Unido indica que la mayoría de los trabajadores muestran niveles de satisfacción elevados y condiciones laborales superiores.

4. Los PPP encubrirían los verdaderos alcances de la responsabilidad del sector público, generando descontrol sobre el número y ámbito de los proyectos realizados. Se trata, sin duda, de un argumento que no carece de sentido. Sin embargo, este riesgo puede atenuarse si el proceso de entrega en concesión bajo el modelo PPP y sus costos financieros, operativos y administrativos se hacen transparentes, y los pagos a las entidades concesionarias logran cierta predictibilidad en el tiempo.
5. Los PPP son costosos debido a los costos asociados en la preparación de propuestas. Se trata de una crítica válida, en la medida en que los costos asociados con el análisis necesario para el desarrollo de un PPP suelen ser mayores que en otras estructuras. Sin embargo, la mayor práctica y estandarización deberían permitir que estos costos puedan ser mitigados.
6. Los PPP sólo ofrecen espacio para las grandes empresas multinacionales. Quizás sea cierto que las grandes empresas multinacionales son las que se encuentran en mejor posición para desarrollar proyectos bajo la modalidad de los PPP. Sin embargo, la evidencia demuestra que la participación de las grandes empresas va de la mano con la intervención de otras más pequeñas y de un número significativo de subcontratistas locales.

V. LA APLICACIÓN DEL MODELO PPP EN EL PERÚ

La experiencia local en materia de PPP es sumamente reciente, como lo es en los demás países de América Latina y ha seguido, como señalamos anteriormente, a la finalización del proceso de concesiones que se inició a comienzos de los noventa. Las primeras concesiones fueron otorgadas por el Estado peruano, actuando a

través de la autoridad sectorial competente, mediante estructuras BOOT (acrónimo en inglés de los términos *Build-Own-Operate-Transfer*) en proyectos de transmisión de energía eléctrica. En estas estructuras, los términos y condiciones contenidos en los contratos de concesión se encontraban protegidos a través de contratos de garantía suscritos con el Estado peruano¹⁶. En ciertos casos, los contratos de concesión requerían algunos compromisos de inversión por parte del concesionario dirigidos a ampliar la capacidad productiva de los activos otorgados en concesión. Sin embargo, el financiamiento del proyecto recaía exclusivamente sobre el concesionario y sus accionistas, salvo casos excepcionales en los que el Estado contribuía en el financiamiento mediante una participación minoritaria en el accionariado del concesionario. En este contexto, la existencia de una estructura remunerativa clara establecida en los contratos de concesión fijada en relación con las tarifas a ser pagadas por los usuarios del servicio, añadida a la demanda existente y a las garantías legales y contractuales antes mencionadas, contribuía a asegurar la recuperación de la inversión por parte de los concesionarios y, además, permitió el financiamiento exitoso de muchos de estos proyectos a través de préstamos sindicados locales e internacionales, de préstamos de entidades bilaterales y multilaterales, y de colocaciones en el mercado de capitales local e internacional.

Sin embargo, algunas concesiones otorgadas a finales de los años noventa y a comienzos de este siglo empezaron a incorporar una mayor participación privada que, si bien no podría ser técnicamente calificada como PPP, sí importaba una distribución de riesgos que los distinguía de los contratos de concesión más convencionales. Quizás el mecanismo creado en el contexto de la negociación del contrato de concesión para el transporte y distribución del gas de Camisea, para la constitución de la llamada Garantía por Red Principal (en adelante, "GRP") sea un buen ejemplo, y el antecedente más próximo al modelo PPP que ha empezado a promover Proinversión.

La GRP es un mecanismo creado para otorgar al concesionario la posibilidad de compensar cualquier déficit existente entre los flujos que efectivamente genere el proyecto y los ingresos garantizados bajo el contrato de concesión. En este sentido, la GRP se incorpora a la tarifa eléctrica bajo el rubro

¹⁶ Los contratos de garantía representaban un componente importante desde la perspectiva del inversionista, debido a que los contratos de concesión eran de naturaleza administrativa y contenían, en algunos casos, cláusulas que diferían abiertamente de la legislación vigente, en particular en cuanto a los mecanismos de pago al concesionario. Por esta razón, los contratos de garantía, que eran contratos ley regidos por el Derecho civil, aseguraban al concesionario que los términos y condiciones pactados en el contrato de concesión no serían modificados por el Estado en uso de su *ius imperium* y que, aun si eran modificados, los concesionarios tendrían la facultad de recurrir a foros independientes de resolución de disputas para exigir el cumplimiento de una obligación y/o el pago de una reparación.

correspondiente al peaje del Sistema Principal de Transmisión Eléctrica. Al incorporarse al peaje, la fuente de los fondos para el pago de la GRP es trasladada hacia todos y cada uno de los consumidores de electricidad a través de instalaciones que forman parte del Sistema Principal de Transmisión. En la medida en que la gran mayoría de los usuarios de electricidad en el Perú obtienen dicha electricidad a través de instalaciones que conforman el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, “SEIN”), el pago de la GRP es repartido entre la casi totalidad de usuarios de electricidad en el país. Los montos específicos de la GRP correspondientes a cada usuario por cada período anual son determinados por OSINERG en función a lo previsto en la legislación aplicable y a los contratos de concesión existentes, y la asignación de las sumas a ser pagadas mensualmente por concepto de GRP por cada uno de los generadores eléctricos conectados al SEIN es realizada por el Comité de Operación Económica del Sistema (“COES”). La racionalidad subyacente a la GRP es que estos mismos usuarios serán quienes se benefician en un futuro de los menores costos de la energía generada con gas natural. Este mecanismo facilitó la viabilidad del proyecto, al reducir

parte de los riesgos asociados a la recuperación de la inversión por la vía de los pagos previstos en el contrato de concesión, y permitió a la empresa concesionaria obtener financiamientos de entidades multilaterales y en el mercado de capitales.

Como mencionamos al inicio de este trabajo, la infraestructura pública existente en nuestro país es insuficiente para satisfacer demandas sociales mínimas, y constituye un obstáculo importante para un desarrollo económico acelerado. Los sectores en los que la situación es particularmente crítica son en carreteras, puertos, aeropuertos y servicios de agua potable y saneamiento. Sin embargo, la realidad de las finanzas públicas limita la capacidad del Estado para desarrollar nuevas inversiones en infraestructura o para mejorar la existente.

Para tener una idea más concreta del déficit de infraestructura en nuestro país, utilizaremos los resultados de los estudios realizados por el Instituto Peruano de Economía, que muestran el estimado global de la brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos en el Perú (hasta el 2003):

Estimado global de la brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos (en millones de US\$)

Brecha de inversión		Observación
TRANSPORTES	6,090	Los requerimientos de la red vial se basan principalmente en estimados oficiales del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.
Red vial	5,005	
Puertos	159	
Aeropuertos	926	
SANEAMIENTO	4,153	Considera principalmente necesidades de inversión comparativamente a los niveles de cobertura y desarrollo en Chile.
Agua potable	1,535	
Alcantarillado	1,601	
Aguas servidas	385	
Rehabilitación	532	
Micromedición	100	
ELECTRICIDAD	5,569	Se considera el escenario de crecimiento respecto del consumo <i>per cápita</i> de Chile.
Generación	4,166	
Transmisión	303	
Cobertura	1,100	
TELECOMUNICACIONES	2,350	Toma en consideración el escenario plausible de mayor dimensión. Teledensidad fija de 14% y móvil de 16%.
Red fija	1,040 ⁽¹⁾	
Red móvil	1,310	
TOTAL ESTIMADO	18,162	

⁽¹⁾ Incluye telefonía rural
Fuente: Instituto Peruano de Economía - IPE. “La Brecha en Infraestructura, Servicios Públicos, Productividad y crecimiento en el Perú”. ADEPSEP. Septiembre, 2003.

Los mismos estudios muestran que la brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos

segmentada entre Lima y provincias sería la siguiente:

Estimado global de la brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos (en millones de US\$)

Industria	Lima Metropolitana	Resto del país	Total
Transportes	1,668	4,422	6,090
Saneamiento	1,995	2,158	4,153
Electricidad	279	5,290	5,569
Telecomunicaciones	1,263	1,087	2,350
Total estimado	5,205	12,957	18,162
Participación%	28.7	71.3	100.00

Fuente: Instituto Peruano de Economía - IPE. “La Brecha en Infraestructura, Servicios Públicos, Productividad y crecimiento en el Perú”. ADEPSEP. Septiembre, 2003.

En un contexto como el descrito, los PPP como modelos de inversión cobran una mayor relevancia. En primer lugar, porque crean incentivos para la eficiencia en la prestación de los servicios y el desarrollo de infraestructura, al determinar de manera antelada los resultados esperados y al dejar en manos de los privados la definición sobre los mejores mecanismos para alcanzarlos. En segundo lugar, porque permiten la asignación eficiente de los riesgos involucrados, correspondiendo a cada una de las partes aquellos riesgos que se encuentran en mejor capacidad para asumir a un menor costo. En tercer lugar, porque reducen la distancia existente entre las restricciones presupuestarias del sector público y la necesidad de contar con infraestructura pública. Y en cuarto lugar, porque introducen componentes generadores de valor agregado tradicionalmente asociados a la inversión privada (innovación, tecnología, acceso a fuentes de financiamiento y capacidad gerencial y operativa) en sectores que anteriormente correspondían al sector público.

A diferencia de la experiencia internacional en PPP, la utilización de este modelo de inversión en el Perú no se ha iniciado por sectores educativos o de salud, quizás porque se trata de sectores socialmente sensibles, en los que está en juego el mayor o menor rédito político para el gobierno de turno. En ese sentido, trasladar a un privado la responsabilidad de desarrollar y financiar obras públicas como aquéllas, parecería generar en el Estado un temor a que dicha iniciativa sea percibida como una renuncia a actividades que le son inherentes e indelegables, aun cuando una empresa privada se encuentre en mucho mejor capacidad que aquél para desempeñar dicha función.

Tal vez por eso las primeras experiencias con PPP en el Perú se hayan producido en obras de infraestructura de otra índole: la concesión para la construcción,

operación y mantenimiento de las obras de trasvase del Proyecto Olmos (en adelante, “Olmos”) y la concesión de las obras para el mantenimiento de los tramos viales del eje multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana, red vial de 960 km de extensión que une las localidades de Paita y Yurimaguas (en adelante, “IIRSA Norte”).

En el caso de Olmos, se trataba de un proyecto promovido y cofinanciado por el Gobierno Regional del Departamento de Lambayeque (en adelante, “Gobierno Regional”), concebido como un complejo hidroenergético (con una capacidad inicial de generación de 850 GWh) y de irrigación (que importa la conducción y distribución de aguas de riego para un área de 40 mil hectáreas), aprovechando el trasvase a la vertiente del Océano Pacífico de una masa global anual de 2,050 millones de m3 de agua, procedente del río Huancabamba y de otros ríos de la Cuenca Amazónica, a través de un túnel trasandino de 19.3 km. El proyecto consta de tres fases: (i) obras de trasvase (que fue otorgada en concesión al consorcio brasileño Odebrecht en julio de 2004); (ii) obras de generación hidroeléctrica; y (iii) obras de conducción y distribución de agua de riego. Además del hecho evidente de que se trata de una obra indispensable que fue postergada durante varias décadas, la importancia de Olmos para efectos del presente trabajo radica en que ha sido el primer proyecto realizado en nuestro país bajo la modalidad PPP. Como señalamos, la concesión fue otorgada por el Estado peruano, actuando a través del Gobierno Regional y aprovechando las disposiciones legales que favorecen la descentralización de las inversiones.

El proyecto fue otorgado en concesión por un período de 20 años que podía extenderse hasta un máximo de 60 años, y convocado bajo una estructura BOT (siglas

de *Build-Operate-Transfer*) en la modalidad de “cofinanciamiento”. De acuerdo con el “cofinanciamiento”, US\$ 77 millones de la inversión total requerida de US\$ 185 millones para la primera fase del proyecto sería proporcionada por el Estado peruano mediante un aporte financiero no reintegrable, que sería financiado a través de un préstamo proporcionado por la Corporación Andina de Fomento-CAF. La diferencia se financiaría directamente por el concesionario a través del mercado de capitales. Para tal efecto, y con la finalidad de mejorar la calificación crediticia del proyecto, el Gobierno peruano actuó como garante de las obligaciones asumidas por el Gobierno Regional bajo un contrato *take or pay* suscrito con la empresa concesionaria. Sin embargo, siendo el Perú un país sin calificación crediticia suficiente, la garantía otorgada por el Gobierno peruano debió ser a su vez respaldada por una garantía de riesgo parcial asumida por la CAF. Finalmente, los flujos originados bajo el contrato *take or pay* se incorporarían a una estructura de fideicomiso y contribuirían a la obtención del financiamiento requerido para el proyecto.

Si bien la premisa fue la misma que en Olmos, el proyecto IIRSA Norte se diferenciaba en ciertos aspectos. El proyecto fue promovido por Proinversión y celebrado entre el Estado peruano, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y Odebrecht como postor ganador, estando concebido para otorgar en concesión la construcción, rehabilitación, mejoramiento, conservación, mantenimiento y explotación de la infraestructura de servicio públicos de los tramos comprendidos entre Paita y Yurimaguas, con una longitud total de 955.1 km.

En este caso, el proyecto fue otorgado en concesión por un período de 25 años, también bajo la modalidad de “cofinanciamiento”, de acuerdo con la cual el

Estado Peruano asumía el compromiso de efectuar (i) un pago anual por obras (en adelante, “PAO”), durante un período de 15 años y en forma semestral; el 50% del PAO se empezaría a pagar a la entrega de obras de la primera etapa y el otro 50% a la entrega de obras de la segunda etapa; y (ii) un pago anual por mantenimiento y operación (en adelante, “PAMO”), durante todo el plazo de la concesión y en forma trimestral. Asimismo, el peaje recaudado por el concesionario constituye capital de trabajo y, por lo tanto, se descuenta del pago del PAMO. La inversión total requerida será superior a los US\$ 200 millones. Como en el caso de Olmos, el proyecto también contempla la emisión de una garantía de riesgo parcial por parte de un organismo multilateral que garantice el pago de los compromisos asumidos por el Estado peruano por concepto de PAO.

VI. CONCLUSIONES

Como modelos de inversión, los PPP han sido experiencias exitosas. Para nuestro país, que enfrenta un déficit de inversión en infraestructura superior a los 18 mil millones de dólares y que carece de los recursos públicos necesarios para financiarlo, los PPP representan una alternativa que conviene explotar. Por esta razón, la creación del fondo de garantías por el Banco Mundial para promover asociaciones público-privadas en el Perú es una buena noticia. Y si a esto se suman las iniciativas de Proinversión para promover los PPP como modelos de inversión (que se inició con éxito en los proyectos de Olmos e IIRSA Norte, y que tiene previsto continuar con más de quince proyectos en redes viales, puertos y aeropuertos regionales, gas, agua, saneamiento y telecomunicaciones), y el papel que desempeñan los organismos financieros multilaterales, comprobaremos que tenemos frente a nosotros una oportunidad viable para reducir la brecha de inversión en nuestro país.

CONTRA LOS EXCESOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas*

José Juan Haro Seijas**

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

“Vivimos tiempos de inflación regulatoria”, denuncia el autor del presente artículo. En esa línea, el trabajo que sigue constituye una invitación a los lectores a cuestionar las bases teóricas que sustentan, en palabras del autor, “el inquietante consenso a favor de más regulación” y a dos de sus principales instrumentos: los conceptos de monopolio natural e instalación esencial.

De esta forma, revisando casos recientes con la claridad y agudeza de quien conoce perfectamente las implicancias legales y económicas del área de Derecho enfocada, José Juan Haro presenta en sociedad su manifiesto de Competencia... naturalmente, pro liberalización de los mercados.

* A THEMIS-Revista de Derecho, cuya oficina –vecina a la de Derecho & Sociedad, la revista a la que pertenecía Yvonne– me proporcionó una excusa para aproximarme diariamente a quien hoy día es mi esposa; y a José Francisco, mi hijo, que, aunque fuera sólo bajo una amplia concepción de causa, es también producto de nuestro paso (el de Yvonne y el mío) por las revistas universitarias.

**Analista del informativo de actualidad jurídica Enfoque Derecho. Abogado. Master en Derecho por la Universidad de Chicago. Profesor de Contratos, Derecho de la Competencia y Análisis Económico del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

No debíamos haber sido más de veinte. Nos reuníamos los domingos a las 9 de la mañana para Asamblea General. Algunos llegaban de boleto, chancleteando los zapatos, con la camisa desparramándose por detrás del pantalón y con signos irrefutables de haber libado alcoholes hasta bien entrada la madrugada. Con suerte, aquellos podían dormir algo más en la puerta, mientras aguardaban la llegada de Ximena Zavala, que en ese tiempo era un poco como nuestra madre. Otros, los novatos, nos preparábamos con anticipación injustificable para un evento que estaba destinado a convertirse en parte cotidiana de nuestra vida universitaria. Íbamos llegando a Miraflores desde distintos lugares, en auto los más pudientes, los demás en transporte público. Habíamos recurrido a todo tipo de estrategias –el despertador, una llamada oportunamente concertada, la vigilia obligada– para no faltar a la convocatoria.

Ximena no sólo había conseguido el local para las reuniones –las oficinas de su tío Francisco Lombardi, el director de la “Boca del Lobo”– sino que había asumido también, de *motu proprio*, la responsabilidad de conducir y dotar de un sentido de unidad a un grupo bastante disímil de personalidades. Y, si bien es verdad que había tenido éxito en su esfuerzo, mentiría si quisiera negar que, quizá por nuestras naturales diferencias de carácter, quizá por los rezagos de las juergas inmediatamente precedentes, no era inusual que las reuniones llegaran al punto de la confrontación: que se formaran grupos, que se defendiera agresivamente las propuestas propias como si se tratara de asuntos de los que dependiera la viabilidad de la empresa conjunta. A fin de cuentas, en la Asamblea se adoptaban algunas decisiones que estaban destinadas a dejar huellas imborrables del paso de nuestra generación por la Revista: definíamos el color de la tapa y el cuadro que adornaría la carátula, debatíamos sobre el contenido de los artículos y su organización, establecíamos si debíamos pronunciarnos como grupo en torno a un determinado evento político. Luego, muy probablemente cuando la intensidad de la discusión se había ya aquietado, nos enfocábamos en temas menos candentes pero quizá más relevantes para la subsistencia inmediata: analizábamos las ventas de la edición anterior, evaluábamos si era posible colocar espacios publicitarios en nuevas empresas y confirmábamos esperanzadamente colaboraciones que entonces parecían destinadas a la eterna permanencia: rogábamos, por ejemplo, que EICA Consultores –la empresa del papá de Enrique Felices– pudiera colaborar con nosotros, una vez más, para cubrir el exiguo presupuesto que manejábamos.

No recuerdo muy bien si fue en el mismo ciclo en que me admitieron o fue en el ciclo siguiente, pero me pareció que había pasado poco tiempo desde mi ingreso cuando tres de los cinco miembros del Consejo Directivo anunciaron su retiro: Ximena y Mauricio Gustin completaban su carrera universitaria; Nacho Castro había tenido que decidir, forzado por las circunstancias, si permanecía un semestre más con nosotros o, como finalmente hizo, asumía la plaza de abogado que le habían ofrecido, antes de concluir la Universidad, en el Estudio para el que practicaba en esa época. Tengo grabada en la memoria, no me explico bien por qué, la forma en que Nacho nos comunicó su decisión: fue un discurso breve, que pretendió sazonar con momentos de comicidad, pero que acabó hilvanando con una tristeza cuyas causas, al menos en ese momento, me resultaban absolutamente indescifrables. No era consciente todavía del verdadero significado del alejamiento, ni de la lógica que se escondía detrás de la sustitución de los miembros antiguos por nuevos integrantes; no había comprendido aún que el recambio –que convierte en una institución a lo que de otra forma sería solamente un grupo de personas– estaba destinado a repetirse, ciclo a ciclo, en los años venideros. Tal vez no imaginaba entonces que, pocos años después, como parte natural del proceso, me tocaría también a mí asimilar el golpe del distanciamiento forzado.

En memoria de mi propia despedida, conservo todavía un sencillo diploma, otorgado “en agradecimiento por el trabajo y la amistad brindados”. Está fechado en enero de 1996. Casi diez años después de ese adiós oficial (mucho tiempo más del que me tocó vivir en THEMIS), recuerdo todavía claramente mi primer contacto con la Revista. Me declaraba entonces estudiante del segundo ciclo de Derecho, aunque en mi primer semestre en la Facultad –que era en realidad el cuarto de Estudios Generales Letras– sólo había podido adelantar Introducción a las Ciencias Jurídicas y Derecho Penal I. Solía apostarme en la rotonda de Derecho para conversar con los amigos y fue en esas circunstancias cuando, un buen día, probablemente próximo a los exámenes finales, se acercó a nosotros Mauricio Gustin a ofrecer en venta la edición número 21. Como nunca andaba con dinero suficiente, no tengo en claro cómo pude comprarla. Lo que sí soy capaz de rememorar como si fuera ayer es que la leí febrilmente, con la ansiedad de quien se reconoce por completo ignorante en las materias que en ella se trataban. Es verdad que para entonces había tenido ocasión de revisar algunas ediciones de Derecho & Sociedad, una revista dedicada en esa época al Derecho Público, pero THEMIS se me antojó bastante más atractiva. Y posiblemente fue como producto de ese parecer que decidí que quería formar parte del equipo

que la editaba y eventualmente alcancé mi cometido.

Sólo ahora que me he dado a la tarea de hojear nuevamente la número 21 y que convoco a la nostalgia, soy capaz de constatar el modo tan profundo en que ese pequeño volumen azul habría de impactar en la formación de las convicciones que me propongo concentrar en este ensayo. El ejemplar que ahora tengo entre manos no sólo me abrió las puertas a una institución con la que –a pesar del tiempo transcurrido– me siento todavía tan estrechamente identificado, sino que puso a mi disposición de un modo bastante temprano las ideas que algunos años después habría de profundizar y desarrollar en mi carrera profesional. Como ningún volumen de THEMIS lo había hecho antes, la edición 21 habría de ofrecer generosamente sus páginas a una rama del pensamiento entonces poco conocida entre nosotros: el análisis económico del Derecho (AED). A un clásico artículo de Guido Calabresi y Douglas Melamed –me refiero por supuesto a “Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un Vistazo a la Catedral”¹, cabalmente traducido por Ximena Zavala y Eduardo “Lalo” Sotelo– se acompañaba un texto de valía firmado por Alfredo Bullard en el que se explicaba pulcramente los postulados básicos del Teorema de Coase² y otro de Jorge Fernández Baca, corto pero relevante (al menos para el tiempo en que fue escrito), en el que se defendía la necesidad de contar con una ley antimonopolios y se recomendaba el modo en que ésta debía ser aplicada³. No sabía yo nada de Derecho, pero la penetrante simplicidad de las ideas del AED me sedujo inmediatamente. Y aunque por años, durante el curso de mi formación universitaria, habría de transitar por los caminos de la dogmática romano-germánica de la mano de mis maestros Gastón Fernández Cruz y Hugo Forno Flórez, hacia el final de mi carrera retomaría sin saber muy bien cómo ni cuándo la senda económica de la que no me he apartado hasta la fecha.

“¡Al fondo hay sitio!” –así se llamaba el texto de Alfredo Bullard– era un llamado desprejuiciado a favor de la desregulación. El artículo aventuraba que la

liberalización del transporte público, introducida en nuestro país mediante Decreto Legislativo 651 de 25 de julio de 1991, podría contribuir a resolver los problemas de dicho sector mucho mejor de lo que el sistema intervencionista lo había hecho jamás. A pesar de que las enfermedades que la liberalización pretendía curar (la escasez del parque automotor, las largas esperas en los paraderos, la saturación de las unidades más allá del límite de su capacidad⁴, los conflictos relacionados con la regulación tarifaria) fueron sustituidas poco tiempo después por otro tipo de males (el exceso de oferta de combis, la congestión de las rutas, el incremento del tiempo necesario para transportarse de un lugar a otro de la ciudad, la concertación de precios entre los gremios de microbuseros) y que algunos problemas (como la siniestralidad en nuestras pistas o la inurbanidad vial) nunca amainaron, tengo para mí que las intuiciones básicas del trabajo de Alfredo eran sustancialmente correctas. Gran parte de los problemas a los que nos ha tocado enfrentarnos en los últimos años tienen que ver con la inadecuada comprensión de nuestras autoridades y de la judicatura sobre los fenómenos económicos, antes que con deficiencias en la receta de liberalización. La congestión del transporte público es, en gran medida, el resultado de una inadecuada asignación de titularidades sobre las rutas y de un inexplicable activismo judicial que, mediante acciones de amparo dirigidas a tutelar alegadamente el derecho al trabajo o a la libertad de empresa, se encargó durante largo tiempo de paralizar los esfuerzos de las autoridades municipales por licitar los trayectos y construir una verdadera red de transporte público. El incremento de los accidentes y de la inseguridad vial, por su parte, tiene que ver con el absoluto fracaso del sistema de responsabilidad civil y con el retraso o deficiencia en la implementación de medidas alternativas, como el seguro obligatorio⁵.

De la misma manera que adoptar una orientación económica para pensar las instituciones jurídicas no supone negar al Derecho el fundamental espacio que le corresponde en nuestra sociedad, desregular no consiste –como podría pensarse de un modo

¹ El artículo, contenido entre las páginas 63 y 86 de THEMIS 21, había sido publicado originalmente en Harvard Law Review 85. 1972. pp. 1089-1128.

² BULLARD, Alfredo. “¡Al fondo hay sitio! ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público?”. En: THEMIS-Revista de Derecho 21. 1992. pp. 93-100.

³ FERNÁNDEZ BACA, Jorge. “La Ley Antimonopolio ¿por qué y cómo aplicarla?”. En: THEMIS-Revista de Derecho 21. 1992. pp. 87-92.

⁴ Baste con recordar, para suscitar recuerdos en ciertos lectores, que parte de la aventura de la vida universitaria consistía, a finales de los ochentas y comienzo de los noventas, en aprender a viajar colgado con una mano del estribo del microbús mientras que con la otra se sujetaba la mochila.

⁵ No quiero sugerir, en este punto, que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), tal cual éste ha sido concebido, esté contribuyendo efectivamente a la reducción del número e intensidad de los accidentes. Transcurrido más de un año de su entrada en vigencia, las estadísticas muestran más bien un incremento de la siniestralidad, lo que a nuestro juicio se explica (aunque no exclusivamente) por el hecho de que el seguro fue planeado con la única intención de cubrir automáticamente a las víctimas y, precisamente por ello, prescindió de mecanismos que típicamente se usan en la industria (franquicias, incrementos en la prima, etc.) para inducir a los asegurados a tomar precauciones y minimizar el problema del “riesgo moral”. En esas condiciones, paradójicamente, el SOAT podría estar generando más comportamientos negligentes que antes.

apriorístico– en eliminar por completo todo tipo de normas jurídicas. De lo que se trata en realidad, tal cual sugería implícitamente el seminal trabajo de Ronald Coase sobre el problema del costo social⁶, es de dejar de lado la regulación que no tiene sentido. Coase postula, esta es la idea básica de su Teorema, que el Estado sólo puede contribuir a distorsionar el mercado si interviene en casos en los que los privados son perfectamente capaces de arribar a soluciones negociadas. Cuando la existencia de costos de transacción elevados impide cualquier tipo de arreglo privado, en cambio, la regulación estatal se justifica como sustituta de la autonomía privada. No se trata de eliminar al Estado, sino de hacer que éste cumpla adecuadamente su cometido: que defina apropiadamente las titularidades, que aplique la fuerza pública para hacer cumplir los contratos y que asegure la provisión de un sistema (bien público, bien privado) para la solución de conflictos.

En el campo de los servicios públicos, aunque también en el del consumo masivo en general, se percibe con facilidad la confusión a la que se ha llegado en nuestro país sobre el papel que debe corresponder a la regulación económica. No se trata ya, parecen entender algunos, de corregir las fallas que impiden el adecuado funcionamiento de los mercados: se pretende, más bien, sustituir decisiones de consumo que pueden adoptar perfectamente los consumidores entre varias opciones disponibles por una única alternativa definida por la autoridad. A pesar de la existencia de una pluralidad de proveedores en el mercado, desde diversos sectores se reclama la intervención del Estado para la fijación de las tarifas del SOAT, de las comisiones bancarias, de las comisiones que cobran las AFPs, del precio del gas licuado de petróleo o de la gasolina; se exige la proscripción de cláusulas y condiciones contractuales que se juzgan abusivas sin mayor análisis; se intenta forzar a empresas que han realizado cuantiosas inversiones a ponerlas a disposición de sus competidores como si no fuera posible que negocios similares se concertaran voluntariamente a través de contratos. Y si, por alguna razón, un organismo regulador técnicamente capacitado exige el respeto de sus fueros y se aventura a exponer las razones por las que la intervención exigida no resulta recomendable, arriesga que se le tilde públicamente de ineficaz y se le exija que modifique sus políticas para favorecer, supuestamente, el verdadero interés de los consumidores. Apoyada en modas de discutible fundamento más que en verdaderas teorías económicas, se vislumbra así la consolidación de un preocupante consenso a favor de una mayor

intervención del Estado en la actividad económica.

El presente artículo constituye un humilde homenaje a THEMIS-Revista de Derecho, con ocasión de sus 40 años de vida. A lo largo de su existencia, la Revista ha destacado por su pluralismo: ha sabido dar cabida a ideas fundamentadas en las más diversas corrientes del pensamiento jurídico y a diferentes inclinaciones ideológicas; se ha ocupado por igual del Derecho Privado y del Derecho Público; ha acogido textos escritos por profesores universitarios y por alumnos, por extranjeros y por peruanos; pero por sobre todas las cosas –y esto es lo que considero más valioso– ha inspirado a un siempre heterogéneo grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú a mostrar pasión por lo que hacen. Es el pluralismo que sustenta su modo de ser lo que permite que cada quien encuentre en THEMIS un camino distinto. En mi caso personal, la búsqueda me condujo a afirmar una vocación por el AED y por el estudio de la regulación económica que pretendo convocar en las páginas que siguen para evaluar algunas decisiones, normativas y jurisdiccionales, adoptadas recientemente en nuestro país. El esfuerzo que acometo no tiene, como podrá percibirse con facilidad, un mero propósito académico. La aproximación, intencionalmente pragmática, está dirigida particularmente a explicitar las razones por las que juzgo necesario oponerse a los excesos de la regulación económica. Si acaso algún mensaje pretendo transmitir es que, más de diez años después de que nuestro país empezó a transitar por ese camino, la vía de la liberalización y la desregulación continúa siendo la mejor receta para alcanzar el desarrollo.

1. SOBRE EL INQUIETANTE CONSENSO A FAVOR DE MÁS REGULACIÓN

La Comisión de Defensa del Consumidor y de Organismos Reguladores del Congreso de la República ha adquirido particular notoriedad durante el gobierno del Presidente Toledo. En los últimos cuatro años hemos sido testigos de la formulación de diversas iniciativas para intervenir virtualmente en todos los campos de la actividad económica. Propuestas y normas para controlar las tasas de interés y las tarifas de diversos servicios constituyen parte de la agenda legislativa. La necesidad de regulación tarifaria se predica tanto respecto de mercados monopólicos (la telefonía fija, por ejemplo) como de mercados competitivos (entre ellos, la banca). Las justificaciones para una mayor intervención son variadas y no siempre consistentes entre sí. Un reciente proyecto de ley presentado ante

la Comisión sostenía virtualmente que los usuarios del servicio de telefonía no están en capacidad de elegir las condiciones que mejor se ajustan a sus necesidades y proponía que se proscribiera, sin más ni más, las cláusulas contractuales que autorizaran a las empresas concesionarias a modificar los contratos (incluso para mejorar las condiciones contractuales) sin la anuencia expresa de cada uno de los usuarios, las que autorizaran a grabar las comunicaciones con el usuario, las que autorizaran a recibir publicidad de la empresa, las que supusieran la venta de paquetes de servicios, entre otras⁷. Una y otra vez propuestas de ese tipo han sido combatidas por medios e instituciones de corte liberal. El Instituto Peruano de Economía (IPE) se ha encargado de distribuir opiniones diarias en las que se pronuncia claramente en contra de recetas engendradas en el seno de la Comisión. Lo propio ha hecho *Semana Económica* y conocidos diarios de nuestro país. Si el análisis se mantuviera en un plano estrictamente superficial y se fundara en la inclinación ideológica de los participantes en este debate, se diría que lo que se encuentra detrás de la discusión es una típica confrontación entre derechas e izquierdas.

Hay más que eso, sin embargo. En el otro extremo del espectro político es posible ubicar también abogados de algún tipo de intervención estatal que juzgamos excesiva. No resulta extraño que quienes se oponen frontalmente a medidas propuestas por el Congreso en supuesta tutela del interés de los consumidores, exijan a renglón seguido que ese mismo cuerpo legislativo o los organismos reguladores adopten medidas que favorezcan el interés de ciertos competidores en el mercado. Para dotar de mayor coherencia al discurso, se argumenta comúnmente que –sin una decidida acción regulatoria– algunos mercados no podrían funcionar adecuadamente. Rara vez, sin embargo, se ofrece evidencia que demuestre categóricamente que la regulación es imprescindible. Considérese, por ejemplo, el siguiente párrafo: “Esperamos que el próximo año, no sea un año de inacción sino que se incentive la inversión privada en las telecomunicaciones y la competencia mediante la dación oportuna de una serie de regulaciones pendientes y que vienen siendo reclamadas desde el año pasado, tales como: (i) el cargo de terminación en red móvil único y

orientado a costos; (ii) la portabilidad numérica; (iii) la reglamentación de la ley de compartición de infraestructura; (iv) la reducción del cargo por transporte; (v) la reducción de los costos de los enlaces de interconexión; y (vi) la regulación de los cargos de terminación en red fija por ocupación de red”⁸.

La ausencia de una teoría sólida que justifique verdaderamente la intervención estatal y que coloque el centro del debate en algo más que la protección de ciertos sectores (los consumidores o los competidores) ha abonado un campo particularmente peligroso, en el que la validez de cualquier discurso en contra de los excesos de la regulación económica parece haber empezado a diluirse. Si en una economía social de mercado la regulación sólo puede concebirse como un sucedáneo excepcional del funcionamiento libre de los mercados, interesa especialmente que seamos capaces de identificar, con la mayor claridad posible, los extraordinarios supuestos en que, siguiendo el postulado de Coase, la regulación está en capacidad de generar mejores resultados que el mercado.

2. BUENA, MALA Y FEA REGULACIÓN

Con ocasión de su visita al Perú en setiembre de 2003, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) solicitó a Richard Epstein, distinguido profesor de la Universidad de Chicago, que pronunciara una conferencia sobre las buenas y malas formas de regulación. La exposición del profesor Epstein, condensada en poco menos de treinta minutos de charla, se ocupó finalmente de lo bueno, lo difícil y lo horrible en materia regulatoria⁹. El hilo conductor de las ideas que Epstein sometió a consideración del auditorio en aquella ocasión es relativamente sencillo: para dilucidar si una medida regulatoria es adecuada o no sólo basta con preguntarse si ésta podría producir una mejora social o, para ponerlo en términos de Kaldor-Hicks¹⁰, si es que la regulación propuesta podría generar mayor beneficio agregado que perjuicio agregado.

Es evidente que la indagación nunca puede formularse en abstracto. Epstein partía de un mundo de reglas sencillas, en el que sólo existieran normas que obligaran

⁷ Nos referimos al Proyecto de Ley 13279/2004-CR, que propone una ley complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios públicos de telefonía fija y tarjetas prepago.

⁸ ALJOVIN, Cayetana. “Lo que nos dejó y nos traerá el sector telecomunicaciones”. En: *Enfoque Derecho* 32. Informativo de actualidad jurídica editado por THEMIS. Diciembre, 2004. p. 9.

⁹ Una traducción de las palabras de Epstein, todavía sujeta a revisión, puede encontrarse en http://www.upc.edu.pe/bolson/0/0/252/1242/2317/Edicion_Seminario_Reglas_Simples_Parte_II.pdf bajo el título de “Buena y mala regulación”.

¹⁰ El criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, también conocido como criterio potencial de Pareto, considera que una decisión es eficiente si es que origina cambios en los que los ganadores ganan más de lo que pierden los perdedores. Como explican Cooter y Ulen, “Si se satisface esta condición, los ganadores pueden, en principio, compensar a los perdedores y quedarse todavía con un excedente. Para una mejora potencial en términos de Pareto, no tiene que hacerse efectivamente la compensación, pero ella debe ser posible en principio. En esencia, ésta es la técnica del análisis costo-beneficio”. COOTER, Robert y Thomas ULEN. “Derecho y Economía”. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 66.

el cumplimiento de contratos libremente concertados y sancionaran el uso privado de la fuerza contra las personas o su patrimonio. Tales normas constituyen, por principio general, buena regulación: el mercado – la abstracción que se construye con el conjunto de transacciones que los privados negocian– no puede existir en un mundo sin algún tipo de organización jurídica. Para que opere se requiere cuando menos que se reconozca la titularidad de un individuo sobre cierto recurso (el que se transa) y que se establezcan incentivos para la ejecución de las prestaciones comprometidas en las transacciones. De lo que se trata, sobre esta base regulatoria mínima, es de establecer si lo que nos proponemos añadir a las reglas básicas es susceptible de originar una mejora adicional del bienestar social.

La teoría microeconómica clásica constituye un buen punto de partida para confirmar la validez del parecer defendido por Epstein sobre la buena regulación. De acuerdo con ella, el equilibrio producido por un mercado perfectamente competitivo –también llamado “de competencia pura”– es el más eficiente posible¹¹. La competencia perfecta (una abstracción construida por los economistas) requiere la concurrencia de una serie de supuestos que muy difícilmente podrían presentarse en la realidad: pluralidad de proveedores y consumidores, información perfecta, costos de transacción nulos y homogeneidad del producto transado. En estas condiciones, las empresas se encuentran en imposibilidad de competir en términos de calidad (recuérdese que todos los recursos disponibles son, por definición, exactamente iguales), por lo que la competencia se concentra exclusivamente en el precio. La presión competitiva origina reducciones graduales en los precios hasta hacerlos iguales al costo marginal de producción de la industria. Ningún proveedor está dispuesto a vender por debajo de ese precio (porque ello originaría una pérdida en términos económicos) y, como quiera que, por suposición del modelo, ningún participante en el mercado cuenta con suficiente influencia para incrementar los precios, las empresas son meras “tomadoras de precios”.

¿Qué beneficios puede generar para la sociedad un

mercado perfectamente competitivo? Para los propósitos de este artículo interesa destacar especialmente tres.

- a) En primer lugar, los precios que produce la competencia pura son los más bajos posibles (son iguales al costo¹²). Téngase en cuenta que la sociedad no puede beneficiarse con la venta de un producto por debajo de su costo de producción, en la medida que ello supondría obligar a alguien (el proveedor) a perder más de lo que puede ganar otro (el consumidor) con la transacción. La venta forzada por debajo del costo económico¹³ es una medida regulatoria que no es susceptible de mejorar el bienestar social y, siendo ello así, no debería existir dificultad alguna para objetarla¹⁴.
- b) En segundo término, como quiera que todos los que valoran el bien en más que su costo de producción están en capacidad de adquirirlo, el número de unidades producidas en el mercado es el más alto posible. No puede producirse más bienes dado que ello exigiría que algunos se colocaran en el mercado por debajo de su costo, lo que produciría ineficiencias que reducirían el bienestar social.
- c) Los mercados perfectamente competitivos, por último, alcanzan un equilibrio de maximización de la producción y minimización de los precios al costo más bajo posible. No se requiere establecer una agencia regulatoria especializada para definir el precio en situaciones de competencia: éste es el resultado de la interacción descentralizada de proveedores y consumidores, cuyas transacciones moldean –como si se tratara de una “mano invisible”, para usar la expresión de Adam Smith– las condiciones de comercialización que prevalecen en un determinado momento. Este es quizá el punto que merece mayor atención. A diferencia de la regulación de precios (que exige la constitución de un cuerpo regulatorio, la inversión de recursos públicos en estudios especializados y está siempre sujeta a enorme incertidumbre) un mercado perfectamente competitivo está en capacidad de

¹¹ Véase, por ejemplo, FRANK, Robert. “Microeconomía y conducta”. Cuarta edición. Madrid: Mc Graw-Hill. 2001. p. 317.

¹² El costo de producción relevante, en este caso, es el costo marginal de corto plazo, que incluye no sólo el costo de los factores de producción sino también el costo del capital invertido (esto es, la rentabilidad mínima exigida por los accionistas y acreedores para colocar recursos financieros en la actividad económica). Ver, al respecto, COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. Cit. p. 47.

¹³ Como explica Posner, el concepto de costo económico hace referencia, en realidad, al mínimo precio que un vendedor racional cobraría por un bien. Ese mínimo es el precio que los recursos empleados en su producción tendrían en su mejor uso alternativo. Desde esa perspectiva, el costo económico es siempre un costo de oportunidad: el beneficio dejado de percibir al emplear un recurso de modo tal que se niega a otro su utilización. POSNER, Richard. “Economic Analysis of Law”. Quinta edición. New York: Aspen. p. 6.

¹⁴ Sin embargo, no es difícil encontrar propuestas formuladas por congresistas en las que se plantea virtualmente eso. Considérese, por ejemplo, el Proyecto de ley 12118/2004-CR, que sugiere establecer “condiciones equitativas en la determinación de los cargos de interconexión en el sector de telefonía móvil” y que –sin embargo– contiene en su fórmula legislativa un artículo que establece que, mientras que los operadores dominantes deberán rembolsar a los demás operadores el íntegro del costo económico incurrido para la provisión de la interconexión (esto es, el 100% de los cargos de interconexión fijados por el organismo regulador), los operadores con menores participación de mercado pagarán sólo una porción del costo en el que el operador dominante incurra. Puede revisarse el proyecto en <http://www.congreso.gov.pe/ley/ejecutivo/12118.pdf>.

generar un resultado que alinea los costos incurridos por los proveedores con la retribución que éstos obtienen sin necesidad de mayor gasto público y sin posibilidad alguna de error. Siendo ello así, la intervención regulatoria en los precios parecería no tener justificación alguna en mercados en los que pueda desarrollarse la competencia.

Es verdad que en el mundo real no existen mercados perfectamente competitivos y que la formación de los precios se produce como efecto de un proceso dinámico que el modelo de competencia pura ignora por completo¹⁵. No obstante ello, la exacerbación hipotética de las condiciones reales en que se produce la competencia sirve para constatar, con relativa simplicidad, cómo es que podemos beneficiarnos con menores precios y mayor eficiencia social en la medida que se incrementen las presiones competitivas. La alternativa –la intervención regulatoria– es un camino bastante costoso que sólo debería utilizarse (i) cuando existen razones para creer que no es posible que se desarrolle competencia en un determinado mercado; y (ii) cuando el costo de imponer un cierto tipo de regulación –cualquiera que éste sea– fuera menor que el costo de no imponerlo. Al destacar que, de cualquier forma, este tipo de empresa regulatoria supone una tarea “difícil”, Epstein intenta llamar la atención sobre el hecho que –sin perjuicio de las buenas intenciones que orienten el proceder del Estado– la alteración de los equilibrios producidos en los mercados mediante medidas normativas encierra normalmente riesgos que hay que considerar muy especialmente al momento de regular. A este tipo específico de intervención llamaremos en adelante “regulación económica” para distinguirla de las reglas básicas –los Derechos Reales, el Derecho de Contratos y la Responsabilidad Civil Extracontractual– que se establecen, simplemente, para habilitar el funcionamiento del sistema de precios¹⁶.

La regulación económica –afectada por la dificultad de producir equilibrios artificiales en un contexto de gran incertidumbre– se torna “horrible”, como destaca el mismo Epstein, cuando pretende imponerse sobre mercados competitivos: “Me parece que cuando se eleva o baja los precios ilusoriamente a través de la regulación se origina una gran distorsión social”¹⁷. Los agentes económicos conocen mejor que el Estado el costo y el valor de los recursos que producen o adquieren en el mercado, según fuera el caso. Siendo ello así, cuando el precio de equilibrio en un mercado competitivo se pretende reducir por vía regulatoria, se producen desajustes en la demanda que luego es difícil controlar: se genera escasez y aparecen mecanismos –no siempre lícitos– dirigidos a reestablecer el equilibrio: acaparamientos, ventas atadas, mercados negros. La historia peruana de finales de los ochenta es pródiga en ejemplos que permiten constatar la validez de este aserto. Distorsiones inversas se generan cuando los precios se pretenden incrementar artificialmente.

3. ¿CUÁNDO INTERVENIR EN EL MERCADO?

El debate sobre la conveniencia de la regulación económica en distintos contextos ha ocupado la reflexión de diversos especialistas en las últimas décadas¹⁸. Ha sido precisamente la investigación académica la que se ha encargado de denunciar las fallas de la regulación y de poner sobre el tapete evidencia incontestable de que los reguladores son también seres humanos imperfectos, sujetos a “captura” por las mismas empresas cuyos beneficios supuestamente deben controlar, proclives a adoptar decisiones sobre la base de razonamientos ajenos a la eficiencia económica y capaces de equivocarse en sus elecciones, sin importar si los guían buenas intenciones o no. Stephen Breyer –nada menos que uno de los magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos

¹⁵ Como indica Armentano: “La mayoría de los economistas estaría de acuerdo en que la competencia pura no es verdaderamente posible. Algunos estarían de acuerdo, quizá reticentemente, que podría no ser siquiera deseable u óptima si pudiera existir (...) Pero pocos economistas han advertido o enfatizado la falla fundamental del modelo puramente competitivo, esto es, que no constituye en modo alguno una verdadera descripción de la competencia. La competencia pura es una condición de equilibrio estática, cuyos mismos supuestos son tales que el proceso competitivo es eliminado por definición. O, para poner el asunto de un modo más condescendiente, **mientras que la competencia pura puede describir el resultado final de una situación competitiva particular, el resultado final no describe el proceso competitivo que produjo ese particular resultado.** La teoría de la competencia pura no es una teoría de la competencia en sí misma”. Énfasis agregado. ARMENTANO, Dominick. “A Critique of Neoclassical and Austrian Monopoly Theory”. En: SPADARO, Louis M. “New Directions in Austrian Economics”. Kansas: Sheed Andrews and McMeel. 1978. pp. 94-110.

¹⁶ Como explica Coloma, la regulación económica comprende manifestaciones directas (como la fijación de precios y el control de las condiciones de provisión de los servicios públicos) y manifestaciones indirectas (entre las que ubica a las normas que prohíben prácticas anticompetitivas y a la legislación antidumping). COLOMA, Germán. “Regulación del poder de mercado”. Texto inédito. Puede consultarse en: HARO SEIJAS, José Juan. “Derecho de la Competencia. Selección de textos”. Volumen I. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005. p. 16.

¹⁷ Epstein. Loc. Cit.

¹⁸ Aunque los orígenes de la discusión contemporánea sobre la materia pueden trazarse, entre otros, hasta el trabajo de Ronald Coase publicado en 1959 sobre la Comisión Federal de Comunicaciones (COASE, Ronald. “The Federal Communications Comisión”. En: J. Law & Econ. 2. p. 1), en el que se postulaba la necesidad de eliminar la intervención estatal en la asignación de recursos sobre el espectro electromagnético y se proponía sustituirla por mecanismos de mercado; también estarían destinados a causar profundo impacto los trabajos de George Stigler sobre la ineficacia de la regulación en el sector eléctrico (STIGLER, George y Claire FRIEDLAND. “What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity”. En: J. Law & Econ. 5. p. 1) y sobre la “teoría de la captura” (STIGLER, George. “The Theory of Economic Regulation”. En: Bell J. Econ. & Mgmt. Sci. 2. p. 3), así como las contribuciones de Richard Posner sobre la necesidad de abandonar por completo la idea de que es el interés público, y no el interés privado, el que justifica la aparición de la regulación económica (POSNER, Richard. “Theories of Economic Regulation”. En: Bell J. Econ. & Mgmt. Sci. 5. p. 335).

de América—relata una anécdota de su vida personal que me parece que puede ilustrar, del modo más objetivo posible, la tremenda dificultad que encierra el proceso regulatorio:

“Una excelente compañía [gasífera sujeta a regulación] llamada Foster Associates creó modelos para calcular lo que debía ser el nivel correcto de sus ganancias. Calcularon hasta dieciocho decimales: el precio ‘correcto’ resultaba algo así como US\$ 28.6035297 por mil pies cúbicos. Paul McAvoy, mi amigo y destacado profesor del MIT, diseñó un modelo que indudablemente era cincuenta veces mejor que el modelo de Foster Associates, y predijo que el precio en un mercado sin regulación sería de alrededor de cincuenta y ocho centavos por mil pies cúbicos. Cuando desregulamos, el precio llegó hasta US\$ 3 por mil pies cúbicos. Le dije: ‘¡Tu modelo era muy bueno! Solamente subestimó en un factor de uno a seis’. Y según él era bueno el modelo, **el problema es que simplemente no se puede tomar en cuenta todo. Lo que uno trata de hacer al regular la tarifa de una industria es imaginar cuál sería ésta en condiciones de libre mercado para un producto en que no existe un mercado libre. No es fácil hacer esa estimación y no importa cuanto tiempo se invierta en ello, el resultado siempre será extremadamente impreciso.** Supongo, entonces, que una subestimación de 1 a 6 es bastante buena”¹⁹. Énfasis agregado.

Que las estimaciones de los organismos reguladores normalmente discrepen del equilibrio que produciría el funcionamiento libre de los mercados no debe llamar la atención. De hecho, eso es lo que típicamente ocurre debido a factores múltiples como la existencia de distintos modelos regulatorios, diferentes metodologías para la estimación de costos o deficiencias en la información disponible. Es probable que una subestimación de 1 a 6 constituya todavía, dadas esas condiciones, una aproximación lo suficientemente buena para un regulador; pero es innegable que si en el caso que detalla Breyer se hubiera adoptado la propuesta formulada por el profesor del MIT, la empresa regulada habría sido condenada a la subcompensación de sus inversiones. Cuando se percibe que la

intervención del Estado puede generar tan graves distorsiones en el sistema de precios, sólo puede concebirse a la regulación como un mecanismo absolutamente excepcional de intervención en la economía. Como el propio Breyer lo indica: “Si se decide regular, hay que tener certeza, o bastante certeza, de que pese a la imprecisión de los modelos y pese al esfuerzo seguramente tosco de la gente por bajar los precios y mejorar la eficiencia, es mejor regular que dejar funcionar el mercado libre (...) lo importante es no regular presumiendo que se va a obtener un resultado ‘afinado’ (*fine tuned*)”²⁰.

Cuando estudiaba la Maestría en la Universidad de Chicago, el profesor Randall Picker me transmitió una frase de aquellas destinadas a quedar para siempre registradas en la memoria. “La regulación llama a más regulación”, decía. En el curso de mi actividad profesional he terminado convencido de que —en toda su simplicidad— la frase condensa una tesis difícilmente rebatible. Una vez que un organismo regulador recibe el encargo de supervisar un determinado sector de la actividad económica, resulta particularmente difícil que abandone la intervención regulatoria o justifique con facilidad su inactividad aun cuando cuente con evidencia de la existencia de un mercado competitivo. Nuestra experiencia reciente proporciona varios ejemplos para confirmar el aserto. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la Superintendencia de Banca y Seguros, que se ha resistido de modo consistente a regular el precio de los seguros y de las comisiones bancarias, sólo para ser llamada al orden por la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores debido al supuesto alto precio de ciertos servicios que se encuentran bajo su ámbito de competencia²¹. Considérese también el mercado de la distribución de gas licuado de petróleo envasado, tremendamente fragmentado, que ha merecido sin embargo una cada vez mayor atención del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía (OSINERG) y en el que se ha orquestado incluso, con el decidido apoyo del propio Congreso de la República, una concertación destinada no a promover mayor competencia sino a conformar un cartel que uniformice (supuestamente a la baja) el nivel general de los precios en el mercado y que neutralice las presiones

¹⁹ BREYER, Stephen. “Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública”. En: Estudios Públicos 78. Otoño de 2000. p. 32.

²⁰ Ibid. p. 33.

²¹ La opinión de Gianfranco Castagnola —publicada en Peru.21 el 6 de junio de 2005— es suficientemente ilustrativa del punto: “Está en debate el tema de las comisiones cobradas por los bancos a sus clientes por diversas transacciones. El BCR ha opinado que debe haber una ‘regulación expost’, según la cual el banco debería sustentar los costos que justifican sus comisiones. Aunque parezca menos burocrática, una regulación expost no deja de ser un control: igual los bancos tendrían que someter sus estudios de costos a la SBS para que ésta decida si las comisiones se justifican o no. Más aun: si la autoridad decide que no se justifica, entonces ordenará la reducción de la comisión, y eso significa control de precios. Las comisiones nos pueden mortificar. Pero si el cobro es adecuadamente informado, entonces no debería haber problema: el cliente puede negociar con el banco o cambiarse a otro más barato. Por ello, hace bien la SBS en trabajar más en la línea de la disponibilidad y claridad de la información, para que el cliente juzgue y decida, que por controles que nos pueden llevar al pasado”.

competitivas²². Analícese finalmente el servicio de comunicaciones de larga distancia nacional, abierto a la competencia desde el año 1999 con particular éxito (según reconoce el propio Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, OSIPTEL²³) y que, sin embargo, viene siendo objeto de una cada vez más exigente intervención regulatoria²⁴.

Existe un amplio consenso en el mundo académico e incluso entre los organismos reguladores sobre lo pernicioso que resulta la regulación de los mercados competitivos. Las discrepancias se presentan, sin embargo, cuando se intenta establecer en el mundo real cuánta competencia es necesaria para justificar la remoción de toda regulación económica. No se puede pretender –como lamentablemente han hecho en diversas ocasiones los organismos reguladores– que la desregulación sólo se justifica cuando el mercado haya alcanzado una situación de competencia pura. Si este fuera el estándar aplicable, las industrias sujetas a regulación económica en la actualidad deberían continuar siendo reguladas eternamente: como nos hemos encargado de puntualizar líneas arriba, en el mundo real no existen mercados que satisfagan el modelo teórico de la competencia perfecta. Esto es tanto más cierto en países como el Perú en los que el nivel de inversiones requerido en ciertas actividades en atención al tamaño de la demanda imposibilita de hecho que contemos con un gran número de participantes en los mercados que tradicionalmente caen dentro de la categoría de los “servicios públicos”²⁵.

En estas condiciones, no puede exigirse que la participación de los proveedores en el mercado se atome como paso previo para iniciar un proceso de liberalización. Lo que se requiere es identificar simplemente si se presentan los elementos mínimos para el desarrollo natural del proceso competitivo: normalmente, la mera existencia de dos o más competidores. Es posible que los precios y las condiciones de comercialización que resulten como

producto de la pugna competitiva en un mercado recientemente liberalizado no satisfagan en un primer momento las expectativas de corto plazo que algunos sectores puedan tener sobre el nivel de las tarifas o sobre la calidad del servicio, pero es altamente probable que los equilibrios que se originen en un mercado sin trabas artificiales garanticen la viabilidad de los servicios a largo plazo e induzcan la entrada de nuevos y más eficientes proveedores.

La regulación económica sólo se justifica, en definitiva, cuando existe una buena razón para considerar que el desarrollo de un mercado competitivo es absolutamente improbable; no se justifica, en cambio cuando el nivel de las presiones competitivas no se ajusta a lo que el regulador esperaría observar en un entorno de competencia perfecta. Es la certeza de que la intervención es ineluctable la que distingue la buena de la mala regulación (o, si se quiere, la intervención sería de la intervención irresponsable en los mercados); no las buenas intenciones que la inspiren: “No olvidéis lo que pasa cuando hay un regulador. En vez del mercado impersonal, despiadado, vas a tener una persona que responderá en forma natural. Entonces ten cuidado de sus buenas intenciones (...) Y uno no se debe engañar pensando que se puede diseñar un sistema regulatorio que no esté dirigido por personas, o que esas personas no van a responder. Porque sí lo van a hacer. Van a responder a la situación humana con que se encuentren y así reemplazamos el mercado impersonal por el dictado de un ser humano que puede causar tantas dificultades económicas cuando es simpático como cuando no lo es”²⁶.

Diversas teorías se han construido para identificar los contextos en los cuales la competencia no puede desarrollarse. Las más importantes se relacionan con los conceptos de “monopolio natural” y de “instalaciones esenciales”, que han llegado a posicionarse virtualmente como dogmas en los que reposan diversas decisiones adoptadas por organismos

²² La naturaleza competitiva del mercado de distribución de gas no puede ser discutida. El mercado se reparte entre Solgas (33%), Llama Gas (15%), Zeta Gas (12%), Lima Gas (10%) Costa Gas (4%), Pecsca (3%), y un conjunto bastante relevante de pequeños envasadores.

²³ Considérese, por ejemplo, el siguiente párrafo contenido en un documento de trabajo publicado por OSIPTEL: “En cuanto a las tarifas de larga distancia, se debe recordar que el Programa de Rebalanceo Tarifario –plasmado en el Contrato de Concesión de CPT y ENTEL– contemplaba la reducción de las tarifas de larga distancia con el fin de orientar las tarifas a costos. Así, entre los meses de diciembre de 1994 y 1998 las tarifas reales de LDN se redujeron en 49% y las tarifas de LDI, en 56%. En los tres años siguientes las tarifas se redujeron marginalmente, a pesar del ingreso de nuevos operadores. Sin embargo, con el inicio del Sistema de Llamada por Llamada –que facilita la elección de operadores alternativos– se inició una fase de mayor competencia en precios, por lo que a diciembre de 2003, las tarifas de LDN y LDI representaron alrededor de un tercio de las tarifas establecidas en diciembre de 1994”. OSIPTEL. “Informe 035-2004/GPR”. El texto completo del informe puede consultarse en http://www.osiptel.gob.pe/osipteldocs/Temporal%20PDF/Compendio%20Estadístico%202003_Versión%20Final.pdf.

²⁴ En mayo de 2004, OSIPTEL emitió la Resolución 044-2004-CD/OSIPTEL para exigir la aplicación de pruebas de imputación tarifaria en los servicios de telecomunicaciones. El mercado de larga distancia nacional es el único mercado en el que la prueba se aplica a la fecha. La regulación aprobada establece que Telefónica del Perú –el mayor operador de larga distancia– no puede reducir sus precios por debajo de ciertos pisos calculados por el propio organismo regulador. Esta medida, que coloca en desproporcionada desventaja competitiva a dicha operadora, ha querido sustentarse en la necesidad de evitar prácticas predatorias, como si para ello no existiera un ordenamiento de libre competencia. El riesgo de la intervención es altísimo, sin embargo, porque reduce las presiones competitivas que originaron la reducción de los precios en el mercado y, desde esa perspectiva, resulta inconsistente con el interés de los consumidores.

²⁵ Sobre la difusa evolución del concepto de “servicio público” puede consultarse ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Principios de Derecho Público Económico”. Lima: Ara Editores. pp. 551-577.

²⁶ BREYER, Stephen. Op. Cit. p. 35.

reguladores y agencias de competencia. Como intentamos detallar en las líneas que siguen, ninguna de esas teorías cuenta con una base empírica sólida: la mayoría de veces es absolutamente imposible trazar una clara línea divisoria entre los mercados que pueden ser calificados como un monopolio natural y aquellos que no pertenecen a dicho conjunto; lo propio ocurre con la categoría de las “instalaciones esenciales”.

4. ¿EXISTEN LOS MONOPOLIOS NATURALES?

Como explica Posner, se afirma que un mercado constituye un monopolio natural cuando la producción monopólica es la forma más eficiente de organizar una industria²⁷. Nótese que la idea no describe necesariamente una situación en la que nunca haya existido competencia. El concepto esconde más bien una predicción económica según la cual, aun si la competencia surgiera en algún momento, no sería posible que alcanzara un equilibrio sostenible en el largo plazo.

El monopolio es inevitable, sostienen los defensores de este punto de vista, cuando los costos fijos requeridos para el establecimiento de un negocio son muy importantes y, al mismo tiempo, resultan suficientes para atender toda la demanda existente en un mercado. Si dichos costos pudieran ser distribuidos entre el número total de unidades demandadas, una sola empresa productora podría alcanzar menores costos medios de producción que dos o más empresas igualmente eficientes, cada una de las cuales –por definición– debería incurrir en costos fijos similares pero se vería obligada a distribuirlos entre un número menor de unidades producidas. En adición, los costos medios continuarían decreciendo en la medida que la producción se fuera expandiendo. Los ejemplos típicos de monopolios naturales que describe la literatura económica comprenden a la transmisión eléctrica y a las redes locales de telefonía fija. En estas actividades, se argumenta, una sola red de transmisión o de telefonía se encuentra, por regla general, en capacidad de atender la demanda de un mercado. El problema de esta formulación, como ha observado inteligentemente Posner²⁸, es que si la demanda de un mercado es suficientemente pequeña, virtualmente toda empresa podría considerarse un monopolio natural –la tienda de abarrotes de un pueblo apartado, por ejemplo– porque todo negocio exige inversión en

costos fijos y esta inversión puede dominar si el número de unidades producidas es suficientemente pequeño.

Como explica Thomas J. DiLorenzo, la idea del “monopolio natural” no fue desarrollada por los economistas para explicar un fenómeno cuya existencia hubiera sido comprobada efectivamente en los mercados (la supuesta inexistencia de competencia), sino más bien para fundamentar la necesidad de impedir el ingreso de nuevos competidores en ciertas industrias que, al menos en su origen, eran extremadamente competitivas²⁹. La evidencia empírica recabada en los Estados Unidos no permite afirmar que en el momento de la aparición de la regulación económica de los servicios públicos (finales del siglo XIX y principios del siglo XX) existiera algún mercado en el que estuviera gestándose –al menos en línea de tendencia– una estructura monopólica. Todo lo contrario. Burton Behling ha descrito el entorno competitivo que podía observarse en aquella época en ciertos negocios, tradicionalmente sujetos a regulación en nuestros días: “Seis compañías de luz eléctrica fueron organizadas sólo en el año de 1887 en la ciudad de New York. Cuarenta y cinco empresas de luz eléctrica tenían derechos legales para operar en Chicago en 1907. Antes de 1895, Duluth, Minnesota, era atendida por cinco compañías de luz eléctrica, y Scranton, Pennsylvania, tenía cuatro en 1906 (...) Durante la última parte del siglo diecinueve, la competencia era una situación común en la industria del gas en este país. Antes de 1884, seis compañías competidoras estaban operando en la ciudad de Nueva York (...) la competencia era común y especialmente persistente en la industria telefónica (...) Baltimore, Chicago, Cleveland, Columbus, Detroit, Kansas City, Minneapolis, Philadelphia, Pittsburg y St. Louis, entre las ciudades principales, contaban al menos con dos servicios telefónicos en 1905”³⁰.

Todo indica que el surgimiento de los grandes monopolios en los servicios públicos en los Estados Unidos estuvo relacionado más con la intervención del Estado que con la validez de la teoría del monopolio natural. Considérese el caso del servicio telefónico³¹: una vez que las patentes originalmente otorgadas a Alexander Graham Bell sobre el teléfono expiraron en 1893, la American Telegraph & Telephone Company (AT&T) tuvo que hacer frente a docenas de nuevos competidores. Para finales de 1894, más de 80 nuevos

²⁷ POSNER, Richard. Op. Cit. p. 377.

²⁸ Ibidem. p. 379.

²⁹ DILORENZO, Thomas J. “The Myth of Natural Monopoly”. En: *The Review of Austrian Economics* 9, 2. pp. 43-58.

³⁰ BEHLING, Burton. “Competition and Monopoly in Public Utility Industries”. En: DEMSETZ, Harold. “Efficiency, Competition and Policy”. Cambridge: Blackwell. 1989. p. 78.

³¹ Para un mayor detalle de la historia de la industria telefónica en los Estados Unidos puede consultarse: THIERER, Adam. “Unnatural Monopoly: Critical Moments in the Development of the Bell System Monopoly”. En: *Cato Journal*. Otoño de 1994. pp. 267-285.

competidores independientes habían capturado ya un 5 por ciento de cuota de mercado a nivel nacional. Al iniciarse el siglo veinte, más de 3,000 compañías telefónicas se habían establecido. En algunos estados podían encontrarse hasta 200 compañías operando simultáneamente. Para 1907, los competidores de AT&T habían capturado ya el 51% del mercado telefónico y los precios estaban reduciéndose agresivamente como producto de la competencia. Nada permite sustentar que las economías de escala u otras barreras de entrada impidieran el acceso o dificultaran el mantenimiento de los competidores en el mercado, lo que resulta contrario al modo en que la teoría del monopolio natural se ha desarrollado en la regulación de las telecomunicaciones. Como indica DiLorenzo³²:

“La eventual creación del monopolio telefónico fue el resultado de una conspiración entre AT&T y los políticos que pretendían ofrecer ‘servicio telefónico universal’ como una prebenda a favor de sus votantes. Los políticos comenzaron a denunciar la competencia como ‘duplicativa’, ‘destructiva’ y ‘derrochadora’, y varios economistas fueron contratados [por AT&T] para asistir a audiencias del Congreso en las que declaraban sombriamente que la telefonía era un monopolio natural. ‘No hay nada que pueda ganarse con la competencia en el negocio de la telefonía local’, concluyó una audiencia del Congreso.

La cruzada para crear una industria monopolística de telefonía mediante concesión gubernamental alcanzó éxito cuando el gobierno federal usó la Primera Guerra Mundial como una excusa para nacionalizar la industria en 1918. AT&T todavía operaba su sistema telefónico, pero era controlada por una comisión federal encabezada por el Jefe General de Correos. Como en otros muchos casos de regulación gubernamental, AT&T ‘capturó’ rápidamente a los reguladores y usó el aparato regulatorio para eliminar a sus competidores. ‘Para 1925 virtualmente todos los estados no sólo habían establecido estrictos lineamientos de regulación tarifaria, sino que además la competencia en la telefonía local era desincentivada o explícitamente prohibida en muchas de esas jurisdicciones’ ”.

La completa desaparición de la competencia en la industria de la telefonía, ha concluido Thierer, no fue producida por la supuesta existencia de un “monopolio natural” sino por la confluencia de las siguientes fuerzas: políticas de licenciamiento exclusivo; monopolios protegidos para los portadores

dominantes; ingresos garantizados para las empresas sujetas a regulación; una política de acceso universal impuesta desde el Estado que exigía un único proveedor del servicio y una regulación tarifaria diseñada para dar cumplimiento al objetivo mismo del “servicio universal”³³. La dudosa profecía de la desaparición de la competencia se convirtió en una realidad con la intervención del Estado. DiLorenzo sostiene enfáticamente que la más grande mentira que han podido construir ciertos economistas es la afirmación de que la libre competencia fue la fuente del monopolio telefónico que se instauró en los Estados Unidos a principios del siglo veinte: “El libre mercado jamás ‘falló’; fue el gobierno el que no permitió la libre competencia en el mercado al tiempo que construía un esquema corporativista para el beneficio de las compañías telefónicas, a la expensa de los consumidores y de los potenciales competidores”³⁴.

En estas condiciones, no debe sorprender que, a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, algunos empresarios consiguieran que las más disímiles industrias recibieran protección contra la competencia a través de concesiones exclusivas, bajo la teoría de que dichas industrias constituían “monopolios naturales”. El caso más curioso del que he tenido noticia aparece recogido en la decisión expedida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el proceso seguido por *New State Ice Co. con Liebmann*³⁵. La cuestión en debate tenía que ver con la constitucionalidad de una norma que requería que cualquiera que pretendiera producir y vender hielo obtuviera previamente un certificado de conveniencia y necesidad pública y establecía que la solicitud correspondiente sería denegada si se juzgaba que el servicio existente era adecuado. *New State*, que tenía el certificado, pretendía impedir que *Liebmann* (que no lo tenía) ingresara al negocio de producción de hielo en su territorio. Al declarar que la norma era inconstitucional, la mayoría de la Corte afirmó que la industria del hielo no podía ser considerada un monopolio natural o “una empresa dependiente en su naturaleza de la concesión de privilegios públicos”, por lo que cualquier limitación que pretendiera imponerse para el acceso al mercado violaba la libertad contractual. Para ilustrar la confusión imperante en la época, sin embargo, el voto en discordia del magistrado Brandeis, se alineó con la legislatura de Oklahoma que había expedido la norma cuestionada y declaró que la industria del hielo podría ser “una de aquellas que se inclina peculiarmente hacia el monopolio” puesto que

³² DILORENZO, Thomas J. Op. Cit. p. 57.

³³ THIERER, Op. Cit. p. 277.

³⁴ DILORENZO, Thomas J. Loc. Cit.

³⁵ 285 U.S. 262 (1932).

—entre otras razones— “la operación se realiza en plantas locales con un mercado sumamente limitado en área” debido al peso y escasa duración del producto.

La historia de los servicios públicos en el Perú también se encuentra marcada por la concesión de derechos de exclusiva desde el Estado. No existe base histórica para sostener —por ejemplo, en el negocio de las telecomunicaciones— que los monopolios de los que gozaron la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT) y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL-Perú), privatizadas en 1994, estuvieran justificados en una tendencia natural hacia la concentración del mercado³⁶. El primer cableado telegráfico fue instalado entre Lima, Callao y Cerro de Pasco en 1857 sobre la base de la concesión en exclusividad otorgada por el Estado peruano a favor de Augusto Goné. Diez años más tarde, el telégrafo fue declarado de propiedad nacional por incumplimiento de contrato. En setiembre de 1867, Carlos Paz Soldán funda la Compañía Nacional de Telegrafía para hacerse cargo del servicio, la que conserva hasta el año 1878 en que el Estado recupera la titularidad del servicio. En el año 1889, el Gobierno del General Andrés Avelino Cáceres convoca una licitación pública para establecer el servicio telefónico en Lima. La buena pro se adjudica a la casa norteamericana Bacigalupi, que fundaría en ese mismo año la Peruvian Telephone Company (PTC). En 1920 se constituye la CPT y se fusionan sus operaciones con las de la PTC. En 1930, la Internacional Telephone and Telegraph Corporation (ITT), una empresa vinculada a AT&T, adquiere el 60% de las acciones de la CPT y mantiene la provisión del servicio en exclusiva por más de tres décadas. En 1968, el Gobierno militar del General Velasco Alvarado define una política de nacionalización progresiva de las telecomunicaciones, como parte de la cual constituye —en 1969— ENTEL-Perú. En 1972 se produce, finalmente, la expropiación de las acciones de la CPT. No sería sino hasta 1991, con la promulgación del Decreto Legislativo 702, que se iniciaría el proceso de liberalización del mercado peruano de las telecomunicaciones. Durante sus más de cien años de historia, nunca había estado abierto a la competencia. Al igual que en el caso estadounidense, había sido el propio Estado el que había desalentado el desarrollo de un mercado libre; no la supuesta existencia de un monopolio natural.

La evidencia histórica respalda la tesis de que la teoría del monopolio natural es una ficción económica. El concepto, surgido a finales del siglo XIX y principios

del siglo XX, sirvió en un primer momento, antes que para describir la realidad económica, para impulsar los pedidos formulados por ciertos empresarios para impedir el libre acceso a los mercados y obtener monopolios legalmente establecidos. La elaboración económica sobre el concepto que pervive hasta nuestros días parece tener su origen en una racionalización realizada *ex post* para justificar el poder monopólico reconocido por el Estado.

La concesión de monopolios legales y la regulación que impedía el acceso a los mercados concedidos originó casi inmediatamente, como era de esperarse, un problema derivado: carentes de presiones competitivas, los nuevos monopolistas tenían todo incentivo para establecer precios muy superiores a los que podrían regir en mercados competitivos. En lugar de que este efecto condujera al reconocimiento del error cometido y a la desregulación de las industrias monopolizadas, algunos estados respondieron —este es el caso del Perú, pero también de la mayor parte de países latinoamericanos y europeos— con la nacionalización de los denominados servicios públicos, cuya provisión en exclusiva mantuvieron hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX; en los Estados Unidos (pero también en Canadá) se implantó, por su parte, una estricta regulación tarifaria sobre los proveedores privados. El libre juego de los mercados había desaparecido por completo, sin que existiera una razón válida para ello.

Es verdad que a partir de los años setenta los controles de acceso a los mercados han venido relajándose³⁷, pero la teoría del monopolio natural está lejos de ser erradicada. En un entorno de liberalización progresiva de los mercados, que ha propulsado enormes avances tecnológicos y ha terminado de echar por tierra la concepción de que no es posible la competencia en el mercado de las telecomunicaciones (piénsese en la telefonía móvil y la larga distancia, por citar dos claros ejemplos) o en la distribución de electricidad (ahí está el caso de la “generación distribuida”), el monopolio natural constituye todavía la piedra sobre la que se asienta la regulación tarifaria de los operadores dominantes, al menos en ciertos sectores.

En el negocio de la telefonía, son ahora los operadores entrantes, ya no los establecidos, los que echan mano de la idea para sostener que no es posible duplicar ciertas instalaciones (por ejemplo, el par de cobre que conecta el teléfono del abonado con las centrales telefónicas) y para exigir que el

³⁶ Para mayores detalles sobre la historia de las telecomunicaciones en el Perú recomendamos visitar <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=P&P=2651>.

³⁷ Puede consultarse, por todos, el libro de BREYER, Stephen. “Regulation and Its Reform”. Cambridge: Harvard University Press. 1982; y, en particular, el capítulo 8 de la obra (Alternatives to Classical Regulation) que discurre sobre los métodos a los que puede echarse mano cuando se levantan los controles regulatorios.

Estado intervenga para disponer que dichas instalaciones sean puestas a su disposición con el alegado propósito de favorecer la competencia. El problema es que, cuando se reconoce la calidad de monopolio natural ya no a todo el servicio sino a ciertos segmentos de la red (supuestamente aquellos que no pueden duplicarse), se eliminan por completo los incentivos para que los operadores entrantes construyan sus propias instalaciones: ¿para qué desplegar redes paralelas a las de los operadores establecidos si es que puede accederse a ellas a través de mandatos normativos? ¿Cuál sería el propósito de construir infraestructura propia cuando ello podría poner en evidencia, una vez más, la invalidez de la idea del “monopolio natural” o, lo que es peor todavía, forzar a quien ha realizado una nueva inversión a ponerla a disposición de sus competidores?

5. SOBRE LOS EXCESOS DE LA DOCTRINA DE LAS “INSTALACIONES ESENCIALES”

La doctrina de las instalaciones o recursos esenciales tiene estrecha vinculación con el concepto de monopolio natural. Su origen se remonta al famoso caso seguido por los Estados Unidos con Terminal Railroad Association of St. Louis (Terminal)³⁸ que fuera resuelto por la Corte Suprema del país del norte en 1912. El tráfico ferroviario entre el este y el oeste de la ciudad de St. Louis exigía la construcción de un puente que atravesara el Río Mississippi. Algunas de las empresas que concurrían en el mercado de los ferrocarriles constituyeron Terminal para adquirir, desarrollar y poner a disposición de los fundadores puentes y terminales que facilitarían el tráfico ferroviario sobre el río. El gobierno solicitó la disolución de la empresa sobre la base de alegadas contravenciones a la Ley Sherman³⁹ y requirió a los tribunales que ordenaran la transferencia de la propiedad sobre las instalaciones a favor de una empresa que no estuviera verticalmente integrada con compañías ferroviarias. La Corte Suprema estuvo de acuerdo con la teoría defendida por el gobierno –esto es, que las instalaciones en cuestión constituían un monopolio natural que no podía ser duplicado– pero, en lugar del remedio propuesto por el demandante, se limitó a disponer que las

instalaciones fueran compartidas con otras empresas bajo condiciones razonables y no discriminatorias.

Algunas diferencias con la teoría del monopolio natural deben ser puntualizadas. La más evidente de ellas es que la idea de los recursos esenciales no fue formulada por una autoridad política o regulatoria con el propósito de justificar intervenciones normativas en los mercados, sino que germinó y se desarrolló en contextos jurisdiccionales, como producto de la aplicación de las normas de libre competencia. La segunda tiene que ver con el tipo de remedio al que ha aparecido tradicionalmente vinculada: mientras que las autoridades regulatorias cuentan con mayor capacidad y experiencia para establecer regulaciones tarifarias que aseguren el estricto respeto del derecho de acceso a una instalación esencial, las cortes –conscientes de su incapacidad para llevar adelante una intervención intensiva en los mercados– se han inclinado tradicionalmente por imponer obligaciones de acceso “en términos no discriminatorios”. La tercera diferencia tiene que ver con la extensión misma del concepto: se habla de un monopolio natural para referirse comúnmente a aquellos mercados en los que un solo proveedor puede atender más eficientemente la demanda por el producto final; la noción de instalaciones esenciales se utiliza más bien para referirse a infraestructuras o servicios intermedios que requieren normalmente los competidores del titular de tales recursos para poder concurrir en el mercado del producto final y, siendo ello así, no debe extrañar que la doctrina aparezca usualmente convocada en denuncias por negativa injustificada a contratar.

La paulatina aceptación del concepto a nivel global ha generado una oleada de demandas en las que los competidores entrantes solicitan, cada vez con mayor éxito, que se les autorice la utilización, a tarifas reguladas, de recursos desarrollados por las empresas establecidas. El crecimiento de la influencia de este movimiento ha conducido a la imposición de obligaciones de acceso abierto (*open access*) en una serie de sectores de la actividad económica⁴⁰, lo que –a la par de afectar la estructura misma de los derechos de propiedad– ha minimizado los incentivos para la

³⁸ 224 U.S. 383, 32 S.Ct. 507, 56 L.Ed. 810.

³⁹ La Ley Sherman o Sherman Act, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1890, constituye el primer cuerpo normativo de relevancia internacional que estableció un ordenamiento de libre competencia. La sección 1 de la Ley sanciona los carteles o conspiraciones que restringen el comercio. La sección 2 condena la monopolización o el intento de monopolización del mercado.

⁴⁰ Para un análisis del fenómeno, consúltese THIERER, Adam y Clyde Wayne Jr. CREWS. “What’s yours is mine: Open Access and the Rise of Infrastructure Socialism”. Washington: Cato Institute. 2003. El libro explica cómo, aunque los defensores de la idea sostengan que la imposición de obligaciones de acceso abierto es procompetitiva, la realidad contradice el aserto. Las políticas de acceso abierto exigen mayor intervención regulatoria (para empezar, controles de precios y de calidad que las hagan efectivas), conducen a un incremento en la litigiosidad y afectan la innovación. La genuina competencia requiere que las empresas puedan explotar en exclusiva los recursos que desarrollan, porque –de otro modo– desaparecen los incentivos para mejorarlos.

construcción de nuevas redes y el mejoramiento de las existentes⁴¹. La alegación implícita es que, de no facilitarse el acceso, se producirá un daño irreparable al proceso competitivo. Este es el tipo de argumentos que dan sustento al proceso seguido por Ambev Perú con Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOP⁴². Durante los últimos dos años, Ambev Perú ha pugnado infructuosamente por convencer a nuestras autoridades de competencia de que el sistema de intercambiabilidad de botellas desarrollado por las empresas cerveceras establecidas en el Perú antes que la demandante constituye un elemento sin el cual su entrada al mercado no es posible. El hecho mismo de que la denunciante haya iniciado la comercialización de cerveza sin que se le haya reconocido el derecho a participar de dicho sistema de intercambiabilidad (si acaso éste existe) da cuenta de las dificultades que encierra la solución de la disputa: ¿cuáles son, en definitiva, los límites de la doctrina de las instalaciones esenciales? ¿Hasta qué punto una empresa puede ser forzada a poner a disposición de sus competidores recursos en los que muy probablemente ha realizado cuantiosas inversiones?

Como señalan Sullivan y Grimes, “Compeler a un monopolista a otorgar acceso a una instalación que el monopolista ha desarrollado por sí solo es problemático. La idea en sí misma colisiona con tres proposiciones elementales: que ni siquiera los monopolistas están obligados a asistir a sus competidores; que la innovación debe ser incentivada y premiada; y que el Derecho no puede castigar a aquellos a los que la competencia ha motivado por el simple hecho de que ellos finalmente hayan prevalecido”⁴³. Es verdad que denegar el acceso puede limitar las oportunidades de los rivales, pero es imposible que el acceso se conceda sin lesionar al mismo tiempo los incentivos para el despliegue de infraestructuras propias por los nuevos entrantes, así como para el desarrollo de nuevas tecnologías y métodos que permitan sustituir de un modo eficiente el recurso al que no se puede acceder.

Debido a los riegos que la doctrina encierra, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha seguido una aproximación más bien cautelosa al aplicarla en los últimos años. Resulta contraproducente que, en un país

como el nuestro, en el que los incentivos para la innovación y para la realización de nuevas inversiones son todavía más necesarios, se haya optado por un camino inverso.

Como ejemplo de esta línea de tendencia puede traerse a colación el procedimiento seguido por Aerocontinente con Banco de Crédito del Perú⁴⁴, en el que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOP declaró que hasta una cuenta corriente bancaria podía ser considerada un recurso esencial. Sobre la base de su experiencia previa con Aerocontinente (AC), el Banco de Crédito del Perú (BCP) se había negado a habilitar a favor de la denunciante una cuenta corriente en la que dicha empresa pudiera acreditar los ingresos que obtenía por la venta de pasajes que realizaba en Puerto Maldonado. AC sostenía que la cuenta corriente era indispensable para sus operaciones comerciales, en la medida que en Puerto Maldonado el BCP era el único banco privado establecido. El BCP aseveró no sólo que contaba con razones más que suficientes para negarse a atender la solicitud, sino además que su negativa no podía tener ningún propósito o efecto anticompetitivo toda vez que la denunciante podía perfectamente usar los servicios del Banco de la Nación (BN) para la transferencia de los ingresos a la ciudad de Lima. Al fallar a favor de la denunciante, la Sala consideró que si bien era cierto que el BN ofrecía servicios de transferencia de dinero, las cuentas corrientes tenían características adicionales que no podían ser sustituidas por productos financieros alternativos.

Otro caso particularmente interesante, en el que la autoridad de competencia no recurrió de modo expreso a la doctrina de los recursos esenciales pero en el que la discusión estuvo presente durante la tramitación de la causa, es el proceso seguido por Telecable con Telefónica del Perú, Telefónica Multimedia (TM), Fox y Turner⁴⁵. Telecable acusó a TM de haber infringido la Ley de Libre Competencia al suscribir contratos que le permitían transmitir en exclusiva un conjunto de ocho señales, producidas por Fox y Turner, que gozaban de alta preferencia entre los consumidores. TM señaló, por su parte, que la exclusividad había sido otorgada por las empresas productoras para inducir a TM a invertir en el posicionamiento de dichas señales en el mercado en un contexto en el que Telecable había

⁴¹ Esto es tan claro que la propia Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos (uno de los principales promotores del acceso abierto a nivel internacional) se vio obligada a levantar en el año 2003 las obligaciones de compartición de elementos de red que recaían sobre las conexiones domiciliarias de banda ancha, a fin de incentivar las inversiones en arquitecturas avanzadas y en el tendido de fibra óptica. Véase, al respecto: Report and Order and Order on Remand and Further Notice of Proposed Rulemaking, In the Matter of Review of the Section 251 Unbundling Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers, CC Docket 01-338.

⁴² Expediente 001-2004/CLC.

⁴³ SULLIVAN, Lawrence y Warren GRIMES. “The Law of Antitrust: An Integrated Handbook”. St. Paul: West Group. 2000. p. 112.

⁴⁴ Resolución 0870-2002/TDC-INDECOP.

⁴⁵ Resolución 062-CCO-2000.

empezado a incumplir con los pagos comprometidos frente a Fox y a Turner. El Cuerpo Colegiado Ordinario (CCO) de OSIPTEL, órgano encargado de la resolución en primera instancia de los conflictos sobre libre competencia originados en el mercado de las telecomunicaciones, emitió una decisión dividida. El fallo de la mayoría, suscrito por tres de los cinco miembros del CCO, declaró fundada la denuncia y estableció que si bien la exclusividad sobre una única señal no era susceptible de generar significativas barreras de acceso al mercado “salvo que dicha señal sea imprescindible para la provisión del servicio”, el efecto de la exclusividad sobre un conjunto mayor de canales sí puede lesionar el proceso competitivo. El voto en discordia de dos de los cinco miembros del CCO se sustentaba en el hecho demostrado de que las preferencias de los consumidores varían en el tiempo, por lo que la posesión en exclusiva de un canal o de un programa no puede concebirse nunca como un recurso imprescindible, sino más bien como un catalizador que obliga a los competidores a generar oferta propia o a adquirir otras señales con las que hacer frente a las exclusividades. En opinión que compartimos, la minoría parecería reconocer que, al fomentar la diferenciación de las parrillas de programación de cada operador de cable, las exclusividades pueden exacerbar la competencia antes que reducirla⁴⁶.

El delicado balance que las autoridades de competencia y las cortes especializadas deben construir para definir cuándo las firmas entrantes tienen derecho a acceder a un recurso producido por las empresas dominantes obliga a precisar las condiciones que deben cumplirse para considerarlo “esencial”. De acuerdo con los “Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones” (aprobados mediante Resolución 003-2000-CD/OSIPTEL), “un recurso esencial se define como aquél servicio o infraestructura que: (i) es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores, y (ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico”. La validez de esta formulación –coincidente con la recogida por la Organización Mundial de Comercio– se encuentra sujeta a intenso debate en el entorno académico. Sullivan, por ejemplo, propone que se analicen otros elementos: (i) si la instalación esencial produce una ventaja de precio o de calidad tan grande para sus

titulares como para amenazar la viabilidad misma de los competidores excluidos; y (ii) si la desaparición del mercado de las firmas excluidas podría transformar una estructura competitiva de mercado en una estructura oligopolística o monopolística⁴⁷. En el caso seguido por MCI Communications Corp. con AT&T⁴⁸, quizá la decisión que mejor desarrolla los requisitos mínimos que deben cumplirse en este tipo de casos, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos hizo referencia a cuatro elementos configuradores: (i) el control de una instalación esencial por un monopolista; (ii) la imposibilidad práctica de que el competidor duplique en términos razonables la instalación esencial; (iii) la negativa al uso de dicha instalación formulada por el monopolista; y (iv) la posibilidad de compartir la instalación.

En un contexto de gran incertidumbre teórica, Hovenkamp ha destacado que la doctrina de las instalaciones esenciales “es una de las más problemáticas, incoherentes y difícilmente manejables” de aquellas en las que puede apoyarse la responsabilidad bajo la ley de libre competencia⁴⁹. Las definiciones que se ofrecen normalmente, a juicio del mismo autor, dejan sin respuesta numerosas preguntas. Entre ellas, nos interesa destacar dos: (i) ¿cuándo puede considerarse que un recurso no es técnico y económicamente replicable en términos razonables por un competidor?; y (ii) ¿se encuentra obligado el titular del recurso esencial a compartirlo con cualquier solicitante o sólo debe ponerlo a disposición de aquellas empresas con las que concurre en el mercado?

La primera de las preguntas es quizá la de más difícil respuesta. Más allá de los enunciados retóricos, no existe base económica que permita trazar una clara línea divisoria entre la replicabilidad y la irreplicabilidad de un recurso. ¿Por qué Ambev puede construir sus propias fábricas embotelladoras (no obstante la enorme inversión que ello supone) y no está en capacidad –según sostiene– de establecer su propio sistema de intercambiabilidad de botellas? ¿Cómo explicar, tal cual hemos podido observar líneas arriba, que un solo canal difícilmente pueda constituir un recurso esencial y que ocho canales en conjunto sí lo sean? ¿Cuál es el nivel de costos a partir del cual se abre, en definitiva, el espacio de la irreplicabilidad? Una simple revisión de nuestra propia jurisprudencia administrativa contribuye, si acaso, a incrementar la confusión. En el proceso seguido por Bellsouth Perú S.A. (BSP) con Telefónica

⁴⁶ Para un mayor detalle sobre el caso puede consultarse: FERNÁNDEZ-BACA, Jorge y Jennifer WAKEHAM. “Contratos de exclusividad en el mercado de televisión por cable: el caso Telecable contra Cable Mágico”. En: FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. “Experiencia de Regulación en el Perú”. Lima: Universidad del Pacífico. 2004. pp. 191-250.

⁴⁷ SULLIVAN, Lawrence y Warren GRIMES. Op. Cit. p. 251.

⁴⁸ 708 F.2d. 1081.

⁴⁹ HOVENKAMP, Herbert. “Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice”. St. Paul: West Group. 1999. p. 305.

Móviles S.A.C. (TM)⁵⁰ por presunta negativa injustificada a facilitar el servicio de *roaming* automático nacional, el CCO falló a favor de TM y sostuvo que BSP estaba en perfecta capacidad de instalar sus propias redes móviles en provincias. La conclusión del CCO, que compartimos absolutamente, pretendía mantener los incentivos para que los operadores móviles entrantes (TIM, Nextel y BSP) continuaran expandiendo sus redes de modo que el proceso competitivo se fortaleciera. No resulta claro, sin embargo, qué es lo que pudo llevar al CCO en este caso a sostener que el recurso era siempre replicable cuando otros CCOs venían afirmando al mismo tiempo que los operadores de cable no podían duplicar con facilidad las redes de postes o ductos tendidas por los proveedores de telefonía o de electricidad y sostenían, debido a dicha supuesta irreplicabilidad, que tales proveedores estaban obligados a poner su infraestructura a disposición de cualquier interesado en términos razonables y no discriminatorios⁵¹. Al menos desde nuestro punto de vista, reconciliar ambas decisiones es una tarea poco menos que imposible: ¿cómo puede sostenerse, sin mayor evidencia económica sobre los costos involucrados y la demanda del mercado, que una red de telefonía móvil sí es replicable en localidades alejadas mientras que una red de postes no lo es en zonas con un gran número de clientes potenciales?

La segunda pregunta tiene que ver con la formulación misma del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 –que exige para la configuración del abuso de posición de dominio que la empresa dominante cause perjuicios y obtenga beneficios que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio⁵²– y está estrechamente relacionada con los casos de postes a los que hemos hecho referencia en el párrafo precedente, la mayor parte de los cuales se han tramitado contra empresas de distribución eléctrica. La intervención del Derecho de Competencia –con la consecuente restricción de la propiedad y la libertad de contratar que puede suponer– sólo puede habilitarse

cuando las conductas denunciadas sean susceptibles de afectar el proceso competitivo. Esto difícilmente puede ocurrir cuando una empresa que no concurre con otra en el mercado niega a ésta el acceso a un recurso. ¿Qué propósito anticompetitivo podría tener una compañía de distribución de energía eléctrica para negarse a facilitar puntos de apoyo en sus postes a un operador de cable? ¿Qué beneficio podría obtener de excluir a dicho operador del mercado en lugar de incrementar sus ingresos con la celebración de un contrato de arrendamiento? En circunstancias en las que no se presenta conflicto competitivo no existen razones para pensar que el acceso a la infraestructura no pueda lograrse mediante la negociación privada. Y, si ésta es posible, la mejor respuesta que puede ofrecer el ordenamiento jurídico es abstenerse de intervenir.

6. ABRIENDO NUEVAS VENTANAS: LA RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE “NEGATIVA ARBITRARIA”

Consciente de que, bajo el artículo 5 del Decreto Legislativo 701, sólo es posible sancionar las negativas injustificadas a contratar que puedan reportar beneficios al operador dominante, los órganos de solución de controversias de OSIPTEL han afirmado en diversas resoluciones que las negativas que no tienen propósito anticompetitivo pueden ser sancionadas de cualquier manera bajo el artículo 3 del mismo cuerpo normativo⁵³ –con el *nomen* de “negativas arbitrarias”– cuando el denunciado, no obstante no concurrir en el mercado con el denunciante, no sea capaz de proponer una justificación objetivamente demostrable para su negativa.

En el caso seguido por Pedro Juan Laca Buendía con Electronorte⁵⁴, por ejemplo, el CCO reconoció expresamente que no existía relación de competencia de especie alguna: “... la empresa demandada no es competidora del Sr. Laca ni existen pruebas de que se encuentre vinculada a un competidor del demandante.

⁵⁰ Resolución 038-2001-CCO/OSIPTEL.

⁵¹ Ver, por todas, la Resolución 039-2003-CCO/OSIPTEL, emitida en el proceso seguido por Empresa de Telecomunicaciones Alfa E.I.R.L. (Alfate) con Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica). Si bien en dicho proceso el CCO se abstuvo de considerar que los postes constituyen una instalación esencial *stricto sensu*, concluyó de cualquier modo que su sustitución por la empresa cablera era virtualmente impracticable. En palabras del CCO: “En cuanto a los plazos y costos relacionados con la instalación de postes propios, el Cuerpo Colegiado considera que la misma no sería viable al menos en el corto plazo, pues los estudios técnicos que deban elaborarse, las licencias que deben obtenerse, la negociación de los contratos de adquisición de los postes y la instalación misma de la infraestructura pueden implicar plazos relativamente prolongados. **Asimismo, la instalación de postes propios resulta más costosa para un operador entrante que el arrendamiento de la infraestructura de postes de una tercera empresa que ya los tenga instalados** (...) lo relevante a efectos del análisis de sustitución es determinar si existen hechos que limitan dicha sustitución en un plazo razonable, **dado que ello podría hacer que la sustitución no fuera posible en lo económico**. En tal sentido, dadas las características de la instalación de una red de postes, los factores antes señalados limitarían la posibilidad de que ALFATEL instale postes propios en lo inmediato, lo que no significa que se trate de una opción imposible, sino que dicha alternativa no podría darse en el corto plazo y que ello limita el nivel de sustitución del servicio en cuestión”. Énfasis agregado.

⁵² La norma señala textualmente lo siguiente: “Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, **con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio**”. Énfasis agregado.

⁵³ El texto del artículo 3 es el siguiente: “Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”.

⁵⁴ Resolución 041-2002-CCO/OSIPTEL.

Más aun, ni siquiera existen indicios de que la demandada tenga algún interés por incursionar en el mercado del Sr. Laca. En consecuencia, mal podría sostenerse que ELECTRONORTE tenga incentivos anticompetitivos para negar el alquiler de postes al demandante". No obstante la inexistencia de propósito anticompetitivo, el CCO coincidió con su Secretaría Técnica en que, al menos en teoría (la denuncia fue declarada infundada), sería posible imponer a una compañía eléctrica la obligación de compartir sus postes con operadores de telecomunicaciones.

Eduardo Quintana ha defendido la línea argumental seguida por los órganos de solución de controversias de OSIPTEL con el argumento de que, "si bien las negativas arbitrarias no generan un beneficio para quien se niega a contratar, en algunos casos pueden ocasionar efectos restrictivos de la competencia sin necesidad de que esa haya sido la intención de la empresa dominante"⁵⁵. A pesar de que intuyo las buenas intenciones que llevan a Eduardo a mostrarse a favor de la compartición mandatoria de postes u otro tipo de infraestructuras ya desplegadas (se trata, probablemente, de evitar una innecesaria duplicación de instalaciones), no puedo compartir su punto de vista. En primer lugar, me parece sumamente peligroso – como él mismo lo reconoce en el trabajo suyo que he citado líneas arriba– que se construya una tercera categoría de infracciones a la Ley de Libre Competencia, distinta del abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la competencia, puesto que ello podría generar un cajón de sastre que habilite mayores afectaciones a los derechos de propiedad y a la libertad contractual que las que resultan socialmente justificables. En segundo término, no llego a entender qué es lo que impulsa a Eduardo a considerar que – lesionando el derecho de propiedad de los titulares de infraestructura– podrá promoverse mejor el despliegue de redes y fomentarse la aparición de un verdadero mercado de infraestructuras; si acaso, ocurrirá

exactamente lo contrario. Por último, me parece pertinente poner de relieve que, al menos en materia de postes, existen dos grupos de proveedores potenciales (las empresas telefónicas y las empresas eléctricas): si bien puede argumentarse que las empresas telefónicas podrían tener algún interés en impedir el desarrollo de potenciales competidores en el mercado de cable, nada hace suponer que las empresas eléctricas no estén en capacidad de negociar contratos de arrendamiento de infraestructura sin necesidad de intervención estatal. Una vez más, conviene recordar que cuando el mercado puede funcionar, la regulación económica no resulta aconsejable⁵⁶.

Pienso, en definitiva, que la categoría de las negativas arbitrarias y su pretendida sanción bajo el artículo 3 de la Ley de Libre Competencia debe ser desterrada por completo de nuestra práctica administrativa. En circunstancias en que es perfectamente posible que se concluyan arreglos privados, esta sola idea habilita afectaciones impermisibles a la autonomía privada.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL INFIERNO ESTÁ LLENO DE BUENAS INTENCIONES

Vivimos tiempos de inflación regulatoria. En tiempos como éstos, no siempre resulta sencillo refrenar la tentación de solucionar los aparentes problemas de los mercados a través de la intervención normativa o jurisdiccional. Más allá de las buenas intenciones que puedan conducir al incremento de la presión regulatoria en ciertos sectores de la actividad económica, debemos recordar que la regulación económica es siempre un mecanismo imperfecto, susceptible de producir profundas distorsiones en el funcionamiento de la economía. Cuando se usa, debe usarse responsablemente. Y cuando no existe certeza del efecto que la regulación puede producir, es mejor permitir que los mercados se desarrollen libremente.

⁵⁵ QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. "Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?". En: *Ius et veritas* 25, pp. 378-388.

⁵⁶ No obstante ello, las decisiones expedidas por OSIPTEL en los casos de postes dieron paso a la aprobación en el año 2004 de la Ley 28295, que dispone –para la prestación de servicios de telecomunicaciones– la compartición obligatoria de la infraestructura de uso público desplegada por empresas eléctricas o telefónicas en el territorio nacional.

“Y MI PALABRA ES LA LEY”: INDECOPI, PUBLICIDAD COMPARATIVA E INTERPRETACIÓN CONTRA LEGEM * **

Gonzalo Zegarra Mulanovich ***
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Por eso nos da más protección sin irritación...

¿No era Coca Cola?

A continuación el autor nos ofrece –partiendo de los conocidos y polémicos casos aludidos– un análisis cabal de dos importantes momentos de la regulación de la publicidad comparativa en nuestro ordenamiento, y la poco pacífica aplicación de sus normas por parte del INDECOPI.

Sin duda, entre las principales virtudes del texto se encuentran el inteligente desarrollo de los fundamentos ideológicos que llevaron al INDECOPI a ir más allá del texto legal –y en forma contradictoria– en dos oportunidades; la claridad expositiva y; sobre todo, las consideraciones sobre interpretación jurídica y razonamiento legal del autor, que trascienden el ámbito específico del Derecho de Competencia Desleal estudiado.

* A la memoria de Bobby Mulanovich.

** Casi todas las reflexiones de este artículo tienen algo que ver –su origen, el debate en torno a los temas abordados, las fuentes consultadas– con THEMIS-Revista de Derecho. Y no es casual, pues casi todo lo que soy tiene también vinculación con mi antigua pertenencia a esa suerte de fraternidad disfrazada de revista; acaso la más gratificante y motivadora de las experiencias de mis años de estudiante de Derecho. Descubrir el rigor del mundo académico, desarrollar sanamente mi curiosidad intelectual, conocer el fascinante mundo editorial, forjar algunas de las amistades más sinceras y duraderas que tengo y haber asumido la inigualablemente gratificante responsabilidad de hacer propio un proyecto colectivo; son sólo algunas de las cosas que pude empezar a hacer gracias a THEMIS y que hoy –editor de una revista de negocios– conforman parte de la esencia de mi oficio, que –como THEMIS– exige constante renovación. “Renovarse es vivir, dijo José Enrique Rodó, y THEMIS debe vivir” es la frase que apareció en el número 6 de la Primera Época de THEMIS y fue citada luego en el primer número de la segunda y otras ocasiones, hasta convertirse en un resumen del espíritu de THEMIS.

Constatar hoy que THEMIS publica el número 50 de su Segunda Época y celebra 40 años de la primera, es una de las satisfacciones más intensas que podemos sentir quienes alguna vez afrontamos la disyuntiva real de que THEMIS dejara de existir, contraviniendo el deber ser de la famosa frase fundacional. Felizmente, quienes nos sucedieron han asegurado la supervivencia de la especie, de manera que –ya sin angustia existencial– carece de sentido poner como deber ser lo que ya es. Superada también la influencia arielista de la frase original –transmitida seguramente a Domingo García Belaunde por su ilustre abuelo don Víctor Andrés– citar a Rodó tampoco viene mucho al caso. Por eso, si renovarse es vivir, habrá que renovar también la frase y hablar de nuevas aspiraciones, ahora que la existencia parece asegurada. Gracias a quienes hoy hacen THEMIS, es posible afirmar que “renovarse es vivir, y THEMIS vive”.

*** Abogado. Profesor de Derecho Mercantil y de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Master en Derecho por la Universidad de Yale.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la publicidad comparativa en el Perú ha sido un ejemplo de cómo ciertos intérpretes de la ley, con un poco disimulado voluntarismo, pueden emprender lecturas de ésta que exceden sus facultades legales, y tergiversan el sentido que le otorgaron –en uso de sus potestades políticas– los encargados de redactar la norma, es decir, los legisladores. Esto sucedió primero cuando la ley impedía las comparaciones subjetivas en publicidad, pero los funcionarios de INDECOPI pensaban que esa restricción era injustificada o irrazonable, y entonces pretendieron abolirla mediante la interpretación legal. Frustrado su intento porque fue repudiado por los tribunales judiciales, se decidió –con mejor criterio– modificar la ley para derogar el poco acertado requisito. Sin embargo, cuando la composición del Tribunal del INDECOPI cambió, de forma que entre sus miembros empezaron a primar criterios ideológicos distintos y que no comulgaban con esa modificación legislativa –pues añoraban la norma en su versión original– nuevamente se emprendió en el seno del INDECOPI un intento por tergiversar la nueva ley, esta vez para reestablecer ilegítimamente la prohibición de comparar subjetivamente.

Este artículo intentará demostrar que, en ambos casos, el INDECOPI excedió sus funciones interpretativas y usurpó atribuciones de tipo político que corresponden al legislador. Sin embargo, la segunda tergiversación deviene en más grave, porque pretende restringir derechos –no sólo de los anunciantes, sino también de los consumidores– sin ninguna base legal. Por tanto, la interpretación –aún vigente– que pretende restituir la prohibición sin base legal, pero además restringiendo derechos de anunciantes y consumidores, merece ser repudiada por el ordenamiento y prontamente revocada mediante los mecanismos idóneos que el sistema franquea.

II. LOS HECHOS

2.1 Primer acto: menor protección, mayor irritación

El 21 de septiembre de 1996, Productos Sanitarios Sancela S.A. (en adelante, “Sancela”) puso al aire un anuncio televisivo para su toalla higiénica “Nosotras” (en adelante, “anuncio Camerino”), en el que se afirmaba, entre otras cosas, lo siguiente:

Modelo 2: (...) antes, para sentirme seca yo usaba esas toallas con malla en la cubierta –coge una toalla higiénica con alas cubierta por el material denominado polietileno perforado, cuya superficie es tomada en primer plano– *pero ese plastiquito en los lados ¡uf! Me irritaba la piel* –mientras dice esto, señala el costado de la toalla.

Modelo 1: Ahora para nosotras eso quedó atrás.

Modelo 2: Porque la cubierta de Nosotras es mucho más suave para esa parte tan delicada.

Modelo 1: Por eso nos da **más protección sin irritación...**

Según Procter & Gamble del Perú (en adelante, “P&G”) en ese entonces Deterperú–, el anuncio introducía una comparación “no sólo con las demás toallas del mercado, sino en particular con las toallas de cubierta de polietileno” como su toalla “Always”¹. Para P&G esa comparación entrañaba dos aseveraciones falsas; a saber: (i) que “Nosotras” brindaba “más protección” que “Always”; y (ii) que “Always”, a diferencia de “Nosotras”, producía irritación en sus consumidoras. Por ello, P&G denunció a Sancela ante la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, “CCD”), alegando además que el anuncio denigraba su producto.

Por su parte, al contestar la denuncia, Sancela manifestó que en ningún caso el anuncio Camerino debía entenderse como un caso de publicidad comparativa, porque no había comparación explícita de productos.

La CCD, mediante Resolución 012-97-CCD del 18 de marzo de 1997, se inclinó por considerar que “la frase ‘más protección’ constituye una apreciación subjetiva del anunciante sobre los beneficios de su producto, que no contiene información concreta que pudiera ser susceptible de comprobación por la empresa denunciada”². Respecto de la supuesta denigración, la CCD estableció que el hecho que “Nosotras” produjese o no menor irritación que “Always” dependía de “la experiencia que hubiese tenido cada consumidora en la utilización de toallas higiénicas”³ y que, por tanto, no existía de por medio información objetivamente verificable, sino simplemente “una apreciación del anunciante respecto de las bondades de su producto, que no resulta susceptible de inducir a error a los consumidores”⁴. Protección e irritación, pues, debían ser analizados en este caso desde un punto de vista subjetivo. Por tanto, según la CCD el

¹ Denuncia de P&G. p. 2

² Resolución 012-97-CCD. p. 9

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

anuncio Camerino era un supuesto válido de publicidad comparativa ya que, si bien el artículo 8 del Decreto Legislativo 691 establecía que toda comparación publicitaria debía ser específica, veraz, objetiva y dar una apreciación de conjunto de los hechos, tales requisitos están supeditados al cumplimiento de los principios de veracidad y lealtad que informa toda la regulación publicitaria; principios que, por los motivos antes reseñados, la publicidad bajo comentario no contravenía.

P&G apeló el fallo señalando que éste “estaría validando el hecho de que una empresa pueda transmitir un mensaje publicitario diciendo que un producto competidor tiene un efecto negativo o dañino (en este caso, irritar la piel), sin necesidad de sustento o prueba, bajo el único (sic) justificación de que la frase es de tipo ‘subjetivo’”⁵. P&G hizo entonces hincapié en el argumento de que la objetividad era un requisito de validez de la publicidad comparativa⁶.

Contestada la apelación, el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI (en adelante, “TDC”) resolvió el recurso confirmando la decisión de la CCD, aunque con una argumentación aparentemente más sofisticada:

“... existen sólidos argumentos a favor de tomar una actitud más flexible respecto a la licitud de las comparaciones publicitarias. (...) la Sala considera que las comparaciones fomentan la competitividad y la creatividad en el mercado. Así, por un lado, la publicidad comparativa permite a los consumidores obtener mayor información respecto de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Por otro lado, las comparaciones publicitarias representan una herramienta sumamente eficaz para que el empresario anunciante distinga sus productos de los de sus competidores y expanda su participación en el mercado o ingrese a nuevos mercados, captando mayor número de clientes (...) siempre y cuando no contravengan los principios generales aplicables a todo tipo de anuncios –esto es, que no engañen (por implicancia u omisión) o confundan a los consumidores ni denigren a los competidores”⁷.

Con la justificación antes citada, el TDC ensayó una artificiosa interpretación según la cual el segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 no contenía requisitos de validez para la publicidad comparativa, sino una mera descripción de los aspectos

característicos de ésta:

“... es la opinión de esta Sala que el artículo 8 del Decreto Legislativo 691 tiene como función primordial el establecer que las comparaciones expresas están permitidas, siempre y cuando sean veraces y no denigren al competidor (...) De otro lado, dicho artículo señala cuáles son las características que distinguen a dichas comparaciones para poder ser consideradas publicidades comparativas, esto es, la especificidad, la objetividad, que den una apreciación de conjunto de los principales aspectos comparados y la veracidad...”⁸.

Sobre la base de este razonamiento, el Tribunal construyó un precedente de observancia obligatoria, según el cual:

“1. De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, es lícito hacer comparaciones expresas de productos en la publicidad. Esta modalidad denominada publicidad comparativa se caracteriza particularmente por ser específica, objetiva y brindar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Asimismo, las comparaciones expresas de productos deben cumplir con los requisitos exigidos a toda publicidad comercial, es decir: no deben infringir el principio de veracidad, contenido en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, engañando por implicancia u omisión; ni deben infringir el principio de lealtad, contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 691, induciendo a los consumidores a confusión o denigrando a los competidores.

2. No constituyen publicidad comparativa aquellos anuncios en donde la confrontación entre productos o servicios no se realiza de manera específica, objetiva y no brinda una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Estos tipos de anuncios constituyen publicidad comercial común y, en tal sentido, se rigen por las normas generales contenidas en el Decreto Legislativo N° 691”.

La resolución del TDC con el precedente citado fue impugnada por P&G en sede judicial, a través de un proceso contencioso administrativo. Estando la causa pendiente de resolución en segunda instancia judicial, el problemático segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 fue suprimido por una modificación legal (Ley 27311 del 18 de julio de 2000),

⁵ Apelación de P&G. p. 7

⁶ Ibid. p. 12: “Aún (sic) en el caso que se insistiera en considerar que se trata de afirmaciones de tipo subjetivo, la publicidad denunciada igualmente tendría que ser considerada ilícita, por el hecho de ser comparativa y –a la vez– carecer del requisito de objetividad”.

⁷ Resolución 168-97-TDC del 2 de julio de 1997. pp. 4-5.

⁸ Ibid. p.9

posiblemente promovida por las autoridades del INDECOPI de aquel entonces. No obstante, ello no impidió que el precedente fuese revocado por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, que argumentó que "... la objetividad constituye uno de los requisitos de licitud de la publicidad comparativa, de allí que la ausencia de dicho requisito de licitud constituye una infracción legal"⁹. El fundamento de esta consideración radicaba en que "la publicidad comparativa tiene como fundamento resaltar las ventajas o bondades de los productos frente a los ajenos, para ello, el anuncio deberá apoyarse en datos concretos, esenciales e intrínsecamente comparables entre sí, siendo la objetividad el requisito esencial que permite a los consumidores adoptar correctamente sus decisiones..."¹⁰.

De esta manera, el precedente quedó revocado, pero la legislación había sido modificada adoptando la misma línea ideológica y generando el mismo impacto hacia futuro que éste buscaba. No obstante, poco tiempo después, nuevos funcionarios INDECOPI, con otra postura ideológica, abrieron un nuevo capítulo en la historia ondulante de la regulación de la publicidad comparativa en el Perú.

2.2 Segundo acto: ¿no era Coca Cola?

El 28 de abril de 2002 Embotelladora San Jorge S.A.C. (en adelante, "San Jorge") difundió un anuncio para promover su producto "Perú Cola" (en adelante, "anuncio Perú Cola"). En éste aparecían sucesivas imágenes de cuatro personajes de apariencia extranjera en diversas locaciones que aparentan ser atractivos turísticos peruanos. En todos los casos, toman o prueban una bebida de color negro y afirman luego creer que se trata de Coca Cola. Estos personajes son identificados con su nombre, número de pasaporte y nacionalidad (en todos los casos, reales). A continuación aparecen todas estas personas en los mismos lugares sonriendo con un vaso en la mano mientras una voz en *off* afirma: "Todos ellos pensaban que el sabor de Coca Cola era inigualable hasta que conocieron el Perú... la nueva Perú Cola". Aparecen luego nuevamente las cuatro personas preguntando "¿No era Coca Cola?", a lo que la voz en *off* responde: "Es Perú Cola, lo mejor de lo nuestro" y aparece la frase "Pídela... ¡Cuesta menos!", así como una figura circular que indica: "Un producto del grupo JPM".

Dada la alusión expresa que se hacía al producto "Coca Cola" en el anuncio Perú Cola, The Coca Cola

Company (en adelante, "CC") denunció a San Jorge ante la CCD basándose en los siguientes argumentos:

- (i) El anuncio vinculaba dos productos que competían en el mercado de gaseosas y cuyas características eran similares ("Perú Cola" y "Coca Cola").
- (ii) Este grado de similitud había sido forzado por San Jorge, lo que se evidenciaba en el modo como había diseñado la etiqueta de su producto "Perú Cola" a efectos de que fuese confundible con "Coca Cola".
- (iii) El motivo detrás de esto último era imitar el producto de CC aprovechándose del prestigio ganado por ésta en el mercado, para luego beneficiarse vendiéndolo a un menor precio.
- (iv) No obstante, a diferencia de lo que pretendía demostrar San Jorge con el anuncio Perú Cola, los sabores de ambos productos no eran lo suficientemente similares como para crear confusión en los consumidores de gaseosas.
- (v) Sin perjuicio de ello, San Jorge debía presentar a la CCD las pruebas de autenticidad e idoneidad respecto de los testimonios que forman parte del anuncio Perú Cola, así como las autorizaciones de las personas que habían emitido dichos testimonios.

Por su parte, San Jorge contestó la denuncia de CC señalando que:

- (i) El anuncio respetaba la normativa publicitaria pues la comparación se sujetaba a los términos del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 (tal como había quedado modificado)
- (ii) CC se contradecía al decir, por un lado, que con la etiqueta del producto se buscaba imitar a "Coca Cola" mientras que el objetivo de la comparación de sabores era más bien distinguir los productos para dejar en claro que "Perú Cola" tenía un precio inferior en el mercado.
- (iii) Los testimonios citados en el anuncio Perú Cola no se presentaban como la opinión generalizada de los consumidores del mercado de gaseosas, sino como apreciaciones subjetivas de quienes los habían emitido.
- (iv) En esa misma línea, el anuncio apelaba al humor y se refería expresamente a un elemento de tipo subjetivo, como era el sabor de las bebidas.
- (v) Sin perjuicio de lo anterior, la etiqueta de "Perú Cola" no generaba confusión en el mercado pues se utilizaba un diseño que era común a las "colas negras", las que más bien optaban por diferenciarse sobre la base de sus denominaciones.

⁹ Sentencia sin número de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema del 22 de mayo de 2001, considerando tercero.

¹⁰ Ibid. Considerando quinto.

En primera instancia administrativa, esta denuncia fue declarada infundada por la CCD. El problemático segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 ya había sido eliminado del ordenamiento y, en esa medida, era jurídicamente incuestionable que la publicidad comparativa subjetiva estaba admitida en el Perú, por lo que no podía cuestionarse ni sancionarse el anuncio Perú Cola en este extremo¹¹. No obstante, apelada la resolución de la CCD, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI de ese entonces no razonó de la misma forma. Para ella, éste no era un caso de publicidad comparativa, sino más bien uno de lo que describía como publicidad adhesiva, siendo que una y otra se diferencian en que la primera busca la diferenciación de los elementos presentados conjuntamente, para resaltar las ventajas propias frente a las desventajas ajenas; mientras que la segunda busca la equiparación de ambas ofertas, es decir, a resaltar las semejanzas y negar las diferencias¹². Según la Sala, mientras que la publicidad adhesiva es siempre ilegal, la comparativa puede ser legal o ilegal. Es en este punto donde esta instancia introduce un elemento interpretativo artificioso, ya que, a efectos de determinar en qué casos podría hablarse de publicidad comparativa ilícita, vuelve a elucubrar sobre una discusión que la ley (al modificar el artículo 8 del Decreto Legislativo 691) ya había zanjado; esto es, la licitud de las comparaciones publicitarias subjetivas. En tal sentido, el TDC consideraba ahora que el daño concurrencial que toda comparación publicitaria genera “goza de un elemento justificador consistente en su carácter informativo, el cual beneficia el interés superior del consumidor”¹³.

Según el TDC si una publicidad comparativa contiene meras opiniones o juicios no comprobables, no tiene carácter informativo para el consumidor, pues éste no tiene cómo comprobar que las afirmaciones sean ciertas, mientras que el competidor cuyos productos o servicios han sido materia de comparación sufren una detracción de su clientela. Este efecto, según la resolución comentada, sería negativo bajo un modelo social de represión de la competencia desleal.

Pues bien, aplicando esta lógica al anuncio Perú Cola, el TDC concluyó que, al incidir éste sobre los elementos “sabor” y “precio”, no transmitía ninguna información a los consumidores de refrescos de cola, debido a que el “sabor” es un elemento subjetivo, opinable,

imposible de ser mensurado o verificado. Por ello, estima que el anuncio hace que “los consumidores se vean inducidos, erróneamente, a pensar que, efectivamente, el sabor de ‘Perú Cola’ es igual al de ‘Coca Cola’, lo que lo convertiría en ilegal, pues infringiría el principio de veracidad”¹⁴. Sobre la base de este razonamiento, el TDC estableció un nuevo precedente de observancia obligatoria aplicable a la publicidad comparativa:

“... 4. La publicidad comparativa se convierte en ilícita al vulnerar el principio de lealtad, adquiriendo la calidad de acto de competencia desleal. Esto sucede cuando la publicidad comparativa pierde su carácter informativo –es decir, deja de transmitir información al consumidor– teniendo por objeto o efecto el aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena.

5. La publicidad comparativa pierde su carácter informativo cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, es decir, de carácter subjetivo, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas existen en realidad. Esta falta de carácter informativo, es decir, de objetividad, provoca que el competidor aludido sufra un daño –materializado en la detracción potencial o real de clientela– sin que el consumidor se vea beneficiado por ello. El efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal al que responde el ordenamiento nacional en materia publicitaria.

6. La utilización de testimonios en un contexto comparativo es lícita, siempre y cuando el anunciante presente de manera objetiva el testimonio y para lo cual cuente previamente con las pruebas documentales suficientes que sustenten no sólo la existencia sino el contenido y el sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en el comercial”¹⁵.

III. QUÉ DIJO LA LEY Y QUÉ NO DIJO, Y QUÉ DIJERON LOS PRECEDENTES

Descritos los hechos, corresponde ahora profundizar en la demostración de que la interpretación del texto original del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 (en adelante, “Ley 1”) realizada por el Tribunal de INDECOPI en la Resolución 168-97-SDC descrita en el punto 2.1

¹¹ Sin embargo, como quiera que la publicidad comparativa seguía sujeta a los principios que rigen a la publicidad en general, y entre ellos está el de no inducir a error a los consumidores acerca del origen empresarial de los productos comparados, la licitud integral del anuncio Perú Cola podía ser analizada sobre la base de otras consideraciones, como la señalada acá. Al parecer, la CCD omitió entrar en ese análisis.

¹² Resolución 0547-2004-TDC del 10 de diciembre de 2003. p. 14.

¹³ Ibid. p.15.

¹⁴ Ibid. p.19.

¹⁵ Ibid. pp. 31-32.

anterior (en adelante, “Precedente 1”), es una interpretación ilegítima y, por tanto, tergiversadora del sentido de dicha norma. Para tal efecto, analizaremos las técnicas interpretativas aplicadas, así como la razonabilidad de lo planteado en el Precedente 1. Igualmente, aplicando una lógica y un escrutinio similares, se demostrará que la más reciente –y aún vigente– Resolución 0547-2004-TDC (en adelante, “Precedente 2”, que sustituye al Precedente 1) interpreta contra su sentido el artículo 8 del Decreto Legislativo 691 tal como fue modificado por la Ley 27311 (en adelante, “Ley 2”).

La Ley 1, expedida el 6 de noviembre de 1991, establecía literalmente:

“Artículo 8: Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores. Toda comparación debe ser: específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados”.

Fue ésta la ley que el Precedente 1 interpretó, el 2 de julio de 1997, contra su sentido explícito, pretendiendo que la norma lo que hace es describir cuándo una publicidad es comparativa, en lugar de cuándo una publicidad comparativa es legal. Según esta rebuscada teoría, pues, una publicidad es comparativa cuando, además de comparar, es específica, veraz, objetiva y da una apreciación de conjunto. Si no cumple esos requisitos, sería una publicidad común (incluso si fuera comparativa pero, digamos, no objetiva). Como toda publicidad común, tendría que ser veraz y leal. ¿Y si cumpliera los requisitos? Pues en ese caso sería publicidad comparativa y, a falta de otros requisitos de legalidad, tendría que ser leal y veraz. Es decir, el artículo 8, según esta teoría, exigiría unos requisitos tipificantes de la publicidad comparativa (adicionales al carácter publicitario y la comparación expresa), pero esos requisitos no tendrían ninguna consecuencia jurídica. En plena discusión en sede judicial sobre la legitimidad del precedente y la resolución que lo contenía, y cuando en primera instancia la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República se había pronunciado en contra de esta interpretación (aunque con argumentos que no analizaban ni atacaban la legitimidad del proceso interpretativo emprendido por el Tribunal de

INDECOPI), se produjo un cambio legislativo que consagró en la ley la opción política del Precedente 1; es decir, liberalizó la publicidad comparativa, dejando de exigirle el requisito de objetividad que la Ley 1 le exigía, y que el Precedente 1, *contra legem*, interpretó como un mero elemento caracterizador, sin valor normativo. Esta modificación, que consagró lo que en este artículo hemos llamado la Ley 2, fue publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2000, y establece literalmente:

“Artículo 8: Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores”.

Nótese cómo la Ley 2 elimina el segundo párrafo Ley 1. Así, el principal obstáculo para la opción política del primer Tribunal, reflejada en el Precedente 1 –la frase: “toda comparación debe ser...”– quedó removida, de manera que el artículo pasó de tener un contenido regulatorio (que exigía el cumplimiento de ciertos requisitos de validez para que la publicidad comparativa fuera legal), a tener un contenido destipificante o legalizador –en términos absolutos– de la publicidad comparativa. Es decir, la Ley 2 equiparó –limpiamente– la publicidad comparativa con la publicidad común para efectos legales, derogando su semi-ilegalidad. En efecto, como se sabe, históricamente la publicidad comparativa es una de esas categorías mercantiles que en el mundo ha transitado el camino desde la prohibición absoluta, hasta la absoluta legalidad, pasado por un estadio intermedio de regulación específica¹⁶ (legalidad limitada, sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos específicos –adicionales a los exigibles a la publicidad en general– o semi-ilegalidad). En ese estadio, pues (el de la legalidad limitada o regulación) la había puesto precisamente la Ley 1, basándose en la legislación española¹⁷. Anteriormente a la Ley 1, la publicidad comparativa había estado prohibida en el Perú en términos absolutos por el artículo 111 del Decreto Supremo 001-71-IC-DS que reglamentaba la Ley General de Industrias del año 1970 (Decreto Ley 18350), el cual calificaba a la publicidad que hacía comparaciones con los productos y/o servicios de los competidores, como un acto de competencia desleal¹⁸.

Queda claro, entonces, que la voluntad legislativa o *ratio legis* de la Ley 2 es la de volver a la publicidad

¹⁶ BOTANA GARCÍA, Gema y Miguel RUIZ MUÑOZ. “Curso sobre protección jurídica de los consumidores”. Madrid: McGrawHill. 1999. pp. 50-54.

¹⁷ Ley 34/1988 del 11 de noviembre de 1988.

¹⁸ Posteriormente, el Decreto Supremo 47-85-ICT/IND, de 1985 modificó la norma citada y restringió la prohibición, de manera que ésta afectaba sólo a aquellas comparaciones que tuvieran por objeto desacreditar a los competidores, o indujeran a error a los consumidores sobre la procedencia, naturaleza o características de los productos comparados. Esta norma, a su vez, fue derogada en el año 1990 mediante Decreto Supremo 026-90-ICT/IND, que permitía las campañas publicitarias que compararan productos similares, pero exigía que la comparación fuera verificable; vale decir, objetiva. Esta última norma fue sustituida por el Decreto Legislativo 691, es decir, la norma que para efectos de este artículo hemos denominado Ley 1.

comparativa una publicidad que no requiere ningún requisito de validez adicional a los que rigen para la publicidad en general. Esto es fundamental para el análisis del Precedente 2, que traiciona esa *ratio legis* tanto como el Precedente 1 lo hace con la Ley 1 (pero en sentido inverso). Así, mientras que la Ley 1 buscaba regular la publicidad comparativa (exigiéndole unos requisitos específicos distintos a los del régimen de la publicidad común, como la objetividad), el Precedente 1 traiciona esa *ratio legis* y pretende interpretar la norma como si ésta en realidad buscara liberalizar absolutamente (equiparando la publicidad comparativa con cualquier publicidad). La manera caprichosa y enrevesada en que el Precedente 1 obligaba a leer la Ley 1 (estableciendo diferencias normativas sin consecuencias jurídicas), además de la espuria metodología interpretativa –contraria a todo sentido común– utilizada para tal efecto, aparentemente obligó o motivó a quienes abogaban por una opción política liberalizadora (que claramente no estaba reflejada en el texto de la Ley 1) a impulsar un cambio legislativo que –previo el (legítimo) cabildeo de rigor– se materializó en la Ley 2, que claramente expresa la opción política liberalizadora y sobre todo derogadora de todo requisito de validez adicional. Pero, si hemos dicho que el Precedente 1 hacía leer de manera disfuncional la Ley 1, entre otras razones porque no le daba consecuencias jurídicas, ¿no sería igualmente disfuncional entonces la Ley 2, que sólo tenía por efecto afirmar la legalidad de la publicidad comparativa, sin ninguna consecuencia jurídica adicional, visto que –por principio general del Derecho consagrado constitucionalmente– todo lo no explícitamente proscrito se presume legal? Es decir, si lo que se quería era equiparar la publicidad comparativa con la publicidad común en cuanto a requisitos de legalidad ¿no hubiera sido mejor simplemente derogar el artículo 8 sin más?

Lo que hacía más absurda la lectura del Precedente 1 no era sólo que no tuviera consecuencia jurídica alguna –como, aparentemente, sucede también con la Ley 2–, sino que no la tuviera a pesar de que su texto evidentemente genera una disquisición jurídica, vale decir, establece diferentes categorías. En efecto, la Ley 1, tal como interpretada en el Precedente 1, genera 3 categorías jurídicas distintas: la publicidad común, la publicidad que compara pero no es comparativa (¿?!) –porque no es objetiva, específica, veraz y da una apreciación de conjunto–, y la publicidad que compara y además es comparativa –porque es objetiva, específica, veraz y da una apreciación de conjunto. Estas tres categorías distintas, según el Precedente 1, tienen la

misma consecuencia jurídica: deben ser leales y veraces para ser válidas. ¿Para qué, entonces, la Ley 1 habría de dedicarse a establecer esas diferentes categorías, especialmente si es un principio general del Derecho que las normas deben ser interpretadas de tal manera que resulten eficaces¹⁹ (es decir, deben tener consecuencias jurídicas concretas)? Una finalidad legalizadora, pues, no tendría por qué diferenciar tres categorías, sino dos, para darle a la segunda –antes total o parcialmente ilegal– la misma consecuencia jurídica de la primera, que se entiende que siempre fue legal. Es decir, la distinción aparentemente inútil que hace una norma con un mero enunciado positivamente legalizador (y no sólo meramente legalizador de la prohibición previa) es resaltar que esa diferencia en los supuestos de hecho (*fattispecies* o *Tatbestände*, en plural) de la normas anteriores (A antes era legal y B ilegal) se convertirá en dos supuestos de hecho con la misma consecuencia jurídica (ahora A y B serán legales, a pesar de que antes B fue ilegal). La distinción, por la referencia implícita a la anterior proscripción o regulación, no resulta entonces ociosa.

Una norma legalizadora, entonces, incorpora un enunciado implícito, que es la previa ilegalidad de una de las categorías jurídicas a que se refiere. Supongamos que una norma buscaba legalizar el tráfico de drogas. Podría simplemente derogar toda tipificación penal de esa actividad, pero no sería descabellado que, además, enunciara la legalización de manera explícita. Aunque todo tráfico se presume legal salvo proscripción explícita, no sería del todo ociosa una reafirmación de la legalidad de una actividad hasta entonces proscrita, en vista de que la ciudadanía tiene internalizada la idea de su histórica ilegalidad. Esto es precisamente lo que busca hacer la Ley 2, al afirmar la legalidad de la publicidad comparativa sin darle más consecuencia que la de abolir en el imaginario ciudadano el prejuicio o preconcepción de que comparar explícitamente en publicidad es algo prohibido, o permitido sólo excepcionalmente (por ejemplo, cuando la comparación es objetiva). A diferencia del Precedente 1, la Ley 2 logra esa legalización de manera limpia y transparente, sin crear una tercera categoría inútil. Para la Ley 2 sólo hay dos categorías, la publicidad común y la comparativa. La finalidad del enunciado legislativo es equiparar las consecuencias de la segunda categoría (antes parcialmente ilegal, y en eso reside el enunciado implícito de la norma) con las de la primera categoría, siempre legal. Logra así la Ley 2 revertir el enrevesado sentido que el Precedente 1 había pretendido darle a la Ley 1, que distinguía –en realidad creaba– una publicidad que comparaba sin ser comparativa, y una

¹⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La libertad de contratar”. En: THEMIS-Revista de Derecho 33. Lima: 1996. p. 9.

publicidad que comparaba y era comparativa, teniendo ambas la misma consecuencia jurídica que la publicidad que no compara en absoluto.

Esto es, pues, lo que, faltando tan sólo el pronunciamiento en última instancia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema respecto de la validez del Precedente 1, buscaba lograr la Ley 2. Si bien la Ley 2 entró en vigencia para casos futuros, la Corte Suprema pasó por alto que correspondía ser aplicada de manera retroactiva respecto del caso concreto que resolvía la resolución que contenía el Precedente 1. En efecto, al despenalizar la publicidad comparativa subjetiva de manera definitiva e indiscutible –como lo había pretendido hacer el Precedente 1– el anuncio Camerino que dio lugar al Precedente 1 se volvía absolutamente legal, en aplicación del principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Ese axioma del Derecho Penal resultaba absolutamente pertinente a estos efectos en vista de que, de acuerdo con los principios del Derecho Administrativo Sancionador, son de aplicación a éste los valores garantistas del moderno Derecho Penal²⁰. Recuérdese que el Derecho de la Competencia en general y los regímenes de Competencia Desleal y Publicidad en particular, al ser encomendados en el Perú a un ente administrativo como el INDECOPI, ciertamente forman parte del Derecho Administrativo Sancionador.

Dicho todo lo anterior, parece claro que una simple lectura de ambas normas –Ley 1 y Ley 2– permite concluir que ninguna de ellas presenta mayor dificultad interpretativa, especialmente a la luz de un análisis que tome en consideración la historia legislativa de la publicidad comparativa²¹. Es decir, una primera lectura superficial de ambas leyes permite desentrañar con facilidad la *ratio legis* o el sentido objetivo de la norma (para no hablar del concepto, ciertamente pasado de moda, de la voluntad del legislador). Esta primera observación permite concluir, preliminarmente, que tanto el Precedente 1, respecto de la Ley 1, como el

Precedente 2 respecto de la Ley 2, emprendieron interpretaciones artificiosas e innecesarias, por no haber existido en ninguno de los casos controversia previa o duda alguna sobre el sentido de la norma. Estas interpretaciones se basaron en prejuicios evidentemente ideológicos, y estaban destinadas finalmente a tergiversar la opción política subyacente a una y otra ley. Un indicio de que ninguna de las dos leyes era ambigua, y de que en ambos casos el Tribunal se “inventó” la necesidad de interpretar de manera enrevesada la ley aplicable, es que en ninguno de los casos las partes postularon interpretaciones contradictorias del sentido de la ley, que obligaran al Tribunal a tomar postura sobre su verdadero sentido. En ambos casos, las partes asumieron, como cualquier intérprete razonable de la norma, que el artículo 8 tenía un sentido claro y evidente y que ese fluía de su aplicación literal. Ese sentido, en el caso de la Ley 1, era exigir ciertos requisitos para que la comparación publicitaria fuera válida (entre ellos, la objetividad); en el caso de la Ley 2 era permitir la publicidad comparativa sin más requisito que la veracidad y la lealtad; es decir, derogando la exigencia de los demás requisitos, incluyendo la objetividad²².

Sin embargo, en el primer caso, el Tribunal –por sí y ante sí– inventó artificiosamente la teoría de que la norma no era clara, y que podía ser leída en dos sentidos; uno, el de exigir la objetividad (y demás elementos) como requisito de legalidad; y otro, el de simplemente describir cuándo una publicidad es comparativa para efectos de la ley (entre otras cosas, cuando es objetiva). Ante esta (autoimpuesta) disyuntiva, el Tribunal original²³ optó por preferir la segunda supuesta opción, a pesar de su evidente contradicción con la *ratio legis* de la norma (como veremos más adelante), bajo el argumento de que tal lectura era más compatible con una política pro mercado²⁴, cosa que era cierta pero que no estaba en discusión a este nivel, es decir, que no era materia de interpretación legal, sino de opción legislativa.

²⁰ NIETO, Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador”. Madrid: Tecnos. 1994. p. 168.

²¹ Que, como se ha dicho, en todo el mundo, pero también en el Perú, supone una transición desde una prohibición absoluta hasta una liberalización absoluta, pasando por un intermedio regulatorio o de semi legalidad.

²² Tan cierto es esto, que la defensa de Sancela, en el caso que dio lugar al Precedente 1, inicialmente defendió su posición diciendo que las afirmaciones del anuncio no eran comparativas (pues no contenían comparación directa), y que en todo caso no eran subjetivas, sino comprobables. Es decir, asumió que la norma prohibía una comparación subjetiva, por lo que, si admitía que en el anuncio Camerino había tal cosa, sería necesariamente sancionada.

²³ A lo largo del presente artículo distinguiremos la conformación de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI en dos momentos: la conformación de la Sala desde la fundación del INDECOPI hasta el año 2001 (que expidió el Precedente 1) a la que nos referiremos como el Tribunal original o el primer Tribunal; y la conformación de ésta desde el 2001 en adelante (que expidió el Precedente 2) a la que llamaremos el Tribunal actual o el segundo Tribunal. Aunque esta distinción no pretende tener un profundo rigor, facilita la narración y argumentación emprendida en este trabajo, desde que es posible identificar un punto de quiebre a partir del cual la conformación del Tribunal cambia mayoritariamente de predisposición ideológica, y tiende a revisar –en algunos casos sustituyendo criterios– la mayoría de precedentes adoptados por el Tribunal original.

²⁴ Sin duda, un régimen que no exige la objetividad en la comparación publicitaria es más compatible con el mercado, como se verá más adelante en este artículo, pero para eso el texto de la regulación tiene que permitirlo. En este caso, la opción del Tribunal era más compatible con el mercado, pero incompatible con el evidente sentido de la ley que estaba obligado a aplicar.

En el segundo caso, el Tribunal se inventó artificiosamente la teoría de que la norma requería de algún tipo de precisión respecto de cuándo una publicidad comparativa deja de ser leal y veraz. Es decir, sin que existiera controversia sobre la legalidad de una comparación subjetiva en el caso concreto a ser resuelto (que versaba sobre publicidad adhesiva²⁵) en este caso el Tribunal decidió pronunciarse para interpretar el régimen de publicidad comparativa con un alcance general, con el evidente propósito de revertir –vía interpretación– la derogación que, en el uso legítimo de sus prerrogativas políticas, el legislador había hecho de los requisitos que en la Ley 1 eran exigidos a la publicidad comparativa. Así, pues, sin que existiera duda sobre si la objetividad era necesaria para la legalidad de la publicidad comparativa (puesto que la Ley 2 había derogado expresamente ese requisito) el Tribunal emprendió –por sí y ante sí, y a su leal saber y entender– una pseudo interpretación destinada a restituir la objetividad como requisito de legalidad de la publicidad comparativa.

Analicemos a continuación la validez metodológica de las interpretaciones emprendidas.

IV. INTERPRETANDO LEYES

“Interpretar” no es más que desentrañar el sentido de una expresión, descubrir lo que ésta significa. Como la lingüística se ha encargado de demostrar, el lenguaje no siempre permite transmitir mensajes unívocos entre emisores y receptores. Son incontables los casos en los cuales las expresiones lingüísticas resultan ambiguas al intérprete ocasional en su lectura más superficial y, por tanto, requieren que este último realice el ejercicio intelectual de “desentrañar” su significado. El Derecho no escapa a esta realidad, pues al valerse del lenguaje para transmitir sus preceptos, inevitablemente asume los riesgos derivados de su imperfección, como, por ejemplo, que el sentido de una norma pueda ser trastocado por la interpretación de quien es responsable de su aplicación. Es precisamente a causa de esto que el propio Derecho se ha visto en la necesidad de implementar mecanismos que regulen la interpretación de las normas, para así evitar que una posible ambigüedad en ellas pueda dar pie a una aplicación antojadiza y contraria al sentido que inspiró la decisión política contenida en la ley que se interpreta.

Como señala Marcial Rubio, “La teoría de la interpretación jurídica, de esa manera, es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el sentido último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma”²⁶. Es por ello que, entre los distintos métodos interpretativos que plantea la doctrina jurídica, el método de la interpretación literal constituye siempre la “puerta de entrada” a la comprensión de cualquier norma. Esto, por cuanto permite distinguir, en primera instancia, cuáles normas pueden ser aplicadas siguiendo su texto al pie de la letra y cuáles otras requieren un análisis más pormenorizado por contener redacciones ambiguas. En esa medida, puede discutirse si el método literal es autosuficiente o si debe ser preferido en todos los casos, pero no el hecho de que éste debe ser siempre la primera aproximación a una norma. En ese mismo sentido se pronuncia García Máynez, quien señala que el texto legal puede ser tan claro que no surja ninguna duda sobre el pensamiento de sus redactores, en cuyo caso debe aplicarse de manera literal. “Cuando una ley es clara”, señala García Máynez citando a Fenet, “no es lícito eludir su letra, so pretexto de penetrar su espíritu”²⁷. En tal sentido, pues, el ejercicio de elucubrar sobre los posibles significados esotéricos de una disposición meridianamente clara, es un emprendimiento superfluo, pero además ilegítimo.

Nótese que el dilema sobre cuáles son los límites a la libertad del intérprete jurídico recae sobre una pregunta filosófico-política de inmensa gravitación, porque su respuesta delimita la frontera funcional y competencial entre las instituciones que representan la División de Poderes, que es una premisa y una garantía del sistema democrático occidental moderno. Los excesos en la libertad interpretativa que conducen a contravenir la intención del legislador –como abstracción, no como individuo– generan una situación de incoherencia e inconsistencia en el sistema jurídico. De ahí que, entre las diversas corrientes ideológicas y doctrinales que abordan con convicción divergente este problema, sea preferible dar preferencia a aquellas que privilegian una metodología rigurosa y estricta, racional y ordenada, de interpretar el Derecho. Deben, pues, prevalecer la racionalidad y la predictibilidad en el ámbito de la esfera pública, y en particular en aquella que involucra las decisiones del aparato estatal y su incidencia sobre la

²⁵ “En la publicidad adhesiva, el anunciante equipara los productos o servicios propios a los productos o servicios del consumidor, con el fin de aprovecharse del *goodwill* y renombre de que gozan las mercancías del competidor, el anunciante resalta, por diferentes medios, las características comunes a sus mercancías y a las mercancías del competidor”. Ver: FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. “Estudio de Derecho de la Publicidad”. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. 1989. p. 206.

²⁶ RUBIO CORREA, Marcial. “El Sistema Jurídico”. Octava edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. p. 245.

²⁷ FENET. “Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil”. Tomo II. p. 7. En: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. “Introducción al Estudio del Derecho”. México: Porrúa Hermanos. 1941. Tomo II. p. 160.

libertad de los individuos. El emotivismo interpretativo, entonces, es poco compatible con un Estado de Derecho verdaderamente democrático²⁸, y sin embargo no son pocos los juristas y filósofos que adhieren a él.

Acaso parte de la razón del apogeo de las corrientes que preconizan una interpretación jurídica laxa y poco rigurosa reside en que resulta imposible desconocer que la interpretación no es, en rigor, una ciencia, porque no constituye un conjunto de reglas generalmente admitidas, con unidad metodológica y capacidad de predicción de sus resultados. Tampoco existe mandato legal imperativo y exigible que la regule. Por el contrario, básicamente contempla una serie de criterios dispersos, sin jerarquía en su aplicabilidad; salvo por el método literal que, como hemos dicho, es siempre el primero del que se vale el intérprete, aunque no siempre el que prevalece al final si es que la norma es ambigua. Hay otros casos en los cuales el método literal no es suficiente, por ejemplo, cuando lo ambiguo del lenguaje permita sostener más de una interpretación literal, cuando el sentido de una norma sólo pueda ser entendido conjuntamente con el de otra norma o cuando la redacción utilizada por el autor sea tan deficiente, que haya que investigar qué fue lo que éste quiso decir en primer lugar. Es así que la doctrina jurídica plantea, adicionalmente al método literal, algunos otros que confluyen con éste. Rubio Correa menciona entre ellos los métodos de la razón de la norma (*ratio legis*), sistemático por comparación con otras normas, sistemático por ubicación de la norma, histórico y sociológico²⁹.

La doctrina reconoce pues, que la interpretación es un conjunto abierto de métodos, y que no es posible en todos los casos jerarquizar esos métodos de antemano. Además, si el resultado de la interpretación con un método no resulta convincente por generar, por ejemplo, alguna inconsistencia sistémica, aquél es reversible con miras a la utilización de otros métodos. La interpretación tiene, pues, un carácter argumentativo y dialéctico; y se enmarca dentro de una realidad y un contexto social cambiante, que puede hacer cambiante también el resultado de esa interpretación. Sin embargo, este historicismo relativo está sujeto a ciertos límites racionales. La interpretación puede ser un sistema abierto, pero necesita de un orden

motivador que le impida caer en la entropía. La razón es, pues, inmanente a la idea weberiana del Derecho occidental moderno, y permite distinguir a esa disciplina de la justicia irracional basada en ordalías³⁰. Ese límite que reclama la disciplina de la interpretación jurídica puede resumirse al menos para efectos de lo que interesa analizar en este trabajo en dos enunciados fundamentales; a saber: (i) no porque el lenguaje que expresa la ley sea a veces equívoco puede ser tenido por equívoco siempre; no porque a veces la verdad sea inasible, es inexistente; y (ii) una respuesta tiene como causa eficiente, y como causa filosófica la pregunta que responde; cuando no existe duda, la búsqueda de una respuesta deja de ser un acto intelectual sofisticado para convertirse en un sofisma, porque no busca la verdad, sino que al relativizar lo que no admite duda niega la posibilidad de su existencia.

La conjunción de los dos enunciados anteriores encuentra su concreción para efectos de la teoría de la interpretación jurídica en la constatación de que es lícito emprender una búsqueda intelectual de la razón normativa cuando esa razón no es explícita. En otras palabras, el intérprete tiene cierta libertad interpretativa en la medida en que sea necesario identificar la aplicación de criterios axiológicos en supuestos distintos a los que ha previsto explícitamente la ley (porque el legislador –como abstracción– no se puso en ese supuesto); sin embargo, no es legítimo hacerlo en aquellos supuestos en los que el intérprete simplemente cree que la ley se ha equivocado. En este último caso, no existe razón a desentrañar; ésta ha sido entendida a cabalidad, aunque se repudie su justificación. Tal repudio no debe ser disfrazado de duda, porque la discrepancia política se resuelve en la instancia legislativa, no en la judicial o administrativa. En otras palabras, el límite fundamental que impone rigor a la relativa ambigüedad de los criterios que rigen la disciplina de la interpretación de la ley debe ser la convicción de que la decisión política implícita o explícita en la ley no debe ser tergiversada ni cambiada por el intérprete; pues lo contrario es traicionar la esencia de la norma. El límite a la interpretación de la ley es su propio texto en la medida en que éste incorpora una opción ideológica determinada, que no corresponde al intérprete sustituir³¹.

²⁸ A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito privado e individual de una decisión de consumo, que sólo afecta al propio consumidor y su familia. En ella, como veremos más adelante, el consumidor tiene derecho pleno al emotivismo y la subjetividad.

²⁹ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. pp. 263-277.

³⁰ Max Weber distingue entre diversas categorías pre modernas de adjudicación de ideales de justicia, y el Derecho propiamente dicho. Entre esas categorías está el ideal de justicia formalmente irracional, que somete la decisión de las controversias a mecanismos que no demuestran causalidad pero sí formalidad, como los oráculos u ordalías. WEBER, Max. "Law in Economy and Society". Cambridge: Harvard University Press: 1966. p. 63.

³¹ Esto no implica asumir una visión poco dinámica o rígida del proceso social jurídico-político, pues la validez de este enunciado se restringe a la voluntad explícita de la ley: en aquellos casos en que ésta resulte aplicable a pesar de no haber previsto el supuesto concreto a ser resuelto –situación que resulta cada vez más frecuente por el avance de la ciencia y la tecnología– resulta no sólo legítimo, sino indispensable interpretar creativamente la ley, aunque siempre según su lógica más aparente.

Lo anterior resulta de vital gravitación para analizar la legitimidad de los precedentes de los que se ocupa este artículo, pues en ambos casos parece evidente que –ante la constatación de que la razón de la ley no era compartida por sus intérpretes (el Tribunal de INDECOPI en dos momentos distintos)– dichos intérpretes decidieron cambiar esa razón invocando una falsa duda acerca de la ley. Analicemos entonces por qué –en concreto– tanto el Precedente 1 como el Precedente 2 (que tienen contenidos ideológicos divergentes) resultan ambos indefendibles desde la perspectiva de la teoría general del Derecho.

4.1 Los precedentes

Recordemos la esencia del Precedente 1 y del Precedente 2. En un contexto en que la norma vigente –la Ley 1– exigía, entre otros, la objetividad como requisito de validez de la publicidad comparativa, el Precedente 1 esencialmente pretende transubstanciar dicho requisito de validez en una mera enunciación descriptiva de los elementos tipificantes de una publicidad comparativa. Por su parte el Precedente 2, en un contexto en que la Ley 1 que exigía la objetividad como requisito de validez había sido derogada, pretende restituirla como tal, desconociendo la evolución legislativa acontecida. Analicemos ambos precedentes por separado.

Si hubiera que condensar sucintamente las múltiples razones por las que el Precedente 1 no se ajustaba a Derecho, conviene mencionar al menos las siguientes:

- (i) La opción evidente e indiscutible del legislador era exigir la objetividad como requisito de legalidad de la publicidad comparativa. Todos los antecedentes, extranjeros (ley española que inspiró la peruana) como locales (la lectura doctrinal y jurisprudencial previa) así lo evidenciaban.
- (ii) En concordancia con lo anterior, no existía duda legítima que debiera ser desentrañada por el Tribunal original por la vía interpretativa. La afirmación de que el segundo párrafo de la ley era equívoco –y generaba la duda– porque la frase “La

publicidad comparativa debe ser...” podía ser leída tanto en el sentido de exigir requisitos como en el de describir elementos, es sofista –no sofisticado– y por tanto falaz. Como bien apunta Giorgi refiriéndose a las normas, “serán imperativas cuando acompañen las palabras bajo pena de nulidad, no podrán, **deben** u otras equivalentes”³². Obsérvese, pues, que la fórmula “debe ser” en una ley no implica una recomendación o consejo del legislador, que al fin al cabo no es la función de la ley imperativa, sino un mandato legal. Por tanto, la Ley 1 era una norma imperativa, y debía ser leída en su sentido normativo, incluso cuando la Real Academia de la Lengua admita, como con casi cualquier expresión, diversos significados para el verbo deber³³. La lectura supuestamente ambigua que pretendió otorgarle el Tribunal original al texto de la Ley 1 antes citado era, pues, manifiestamente artificiosa³⁴.

- (iii) En caso hubiera existido efectivamente la artificiosa duda que el Tribunal original invocó, una interpretación más rigurosa (y por tanto más legítima) verdaderamente encaminada a desentrañar una opción legislativa dudosa, hubiera recurrido a la interpretación sistemática³⁵, que en este caso remitía a la norma más próxima –y de aplicación directa por estar contenida en un ordenamiento genérico que engloba al de publicidad–; vale decir, a la norma sobre competencia desleal³⁶. Ésta, en su versión original³⁷ –artículo 12 de la Ley 26122– establecía sin duda alguna –sin que fuera posible invocar el alambicado razonamiento analizado en el punto (ii) anterior– que las comparaciones deben ser objetivas. El Precedente 1 pretendió sortear la obligatoria aplicación de esta norma señalando que la ley específica (publicidad) prima sobre la general (competencia desleal); pero pasó olímpicamente por alto que este razonamiento es sólo válido en caso de abierta confrontación (cuando el significado de ambos es indubitable, y contradictorio), y no se aplica cuando una de las normas tiene un significado equívoco o ambiguo que busca ser desentrañado (como el Tribunal alegaba que sucedía en este caso).

³² GIORGI, Jorge. “Teoría de las Obligaciones”. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación. 1910. Vol. I. p. 286. Énfasis agregado.

³³ Entre ellos, “estar obligado a algo, tener por causa, ser consecuencia de algo (deberse), exigencia estar obligado, obligación, necesidad, deuda, obligación, ser necesario, cometido, responsabilidad, encargo, trabajo”.

³⁴ Si hubiera que aplicar al intérprete de la ley un estándar de comportamiento similar al del consumidor razonable –y tuviéramos un “intérprete razonable”– podríamos hacer un paralelo entre las lecturas que hace el primero de un anuncio publicitario y la que hace el segundo acerca de la norma que interpreta. Así, según la Resolución 052-96-TRI-SDC expedida por el propio primer Tribunal (ver: nota 73 *infra*), establece que el consumidor razonable atribuye al anuncio el sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que éstas sugieren sin recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas. Igualmente, el intérprete razonable de la ley debe procurar no recurrir a una lectura de la norma que resulte alambicada, compleja o forzada. Resulta claro que el Precedente 1 es artificioso y rebuscado; por tanto, no responde a esta lógica; no es la lectura de un “intérprete razonable”.

³⁵ Ello, porque de esa forma se recurre al ordenamiento o ley más próxima al que se quiere interpretar y los ordenamientos más próximos entre sí necesariamente comparten una mayor racionalidad jurídica de la que pueden compartir ordenamientos más distantes entre sí.

³⁶ El régimen de regulación de la publicidad no es más que una especie del régimen de regulación que combate la competencia desleal. Así, todo ilícito publicitario es un ilícito –pero más específico, es decir, publicitario– de competencia desleal.

³⁷ La Ley 2 también la modificó, eliminando la exigencia de que las comparaciones de productos y servicios sean objetivas.

Como consecuencia de esto, el resultado de la espuria interpretación del Precedente 1 fue que la ley genérica de competencia desleal, que regula supuestos de menor impacto que la ley específica de publicidad, supuestamente establecería unos requisitos más exigentes. Ello, a pesar de que la relación de los ordenamientos de competencia desleal y publicidad típicamente es de tal naturaleza, que el ordenamiento de publicidad es siempre más normativo y exigente con el anunciante, en vista de que la publicidad tiene mayor alcance e impacto que, por ejemplo, el marketing directo. Así, el resultado de esta interpretación conducía a que, por ejemplo, en un caso de marketing directo (venta puerta a puerta) estuviera prohibido comparar subjetivamente por efecto de la ley de competencia desleal, pero en un anuncio televisivo de alcance nacional, sí estuviera permitido (por la interpretación de la ley de publicidad contenida en el Precedente 1). Un verdadero despropósito.

- (iv) El efecto de la interpretación contenida en el Precedente 1 es que la norma termina distinguiendo entre varias categorías de publicidad; sin embargo la distinción se vuelve superflua porque no tiene ningún efecto normativo: tal como el Tribunal original lee la Ley 1, ésta no tiene ninguna consecuencia. Como se ha visto en el acápite III de este artículo, la interpretación del Precedente 1 genera la distinción de 3 categorías jurídicas superfluas. Si se produce el supuesto de hecho 1 –que la publicidad sea comparativa por ser objetiva– entonces la publicidad será legal siempre que no denigre ni mienta; si se produce el supuesto 2 –que la publicidad no sea comparativa porque no es objetiva a pesar de que compara– entonces sucederá lo mismo: será legal siempre que no denigre ni mienta; finalmente si se produce el supuesto 3 –que la publicidad no sea comparativa porque no compare–, la consecuencia jurídica es exactamente la misma que en los dos casos anteriores. Si tal lectura fuera válida, no se entendería para qué el legislador se habría afanado en redactar la Ley 1, puesto que si hubiera callado los efectos serían exactamente los mismos. Es, pues, un principio general del Derecho que las normas deban ser interpretadas en aquel sentido que les dé aplicación imperativa o contenido normativo³⁸. Si de dos interpretaciones posibles, una conduce a que la ley no tenga efecto y la otra sí, se debe preferir la que otorga efectos a la ley. No es válida una

interpretación que hace que la norma no tenga objeto, efecto ni finalidad.

- (v) No es convincente el argumento según el cual la interpretación contenida en el Precedente 1 debía ser preferida por sobre su aplicación literal porque el Precedente 1 le daba una aplicación más acorde con la Constitución Política³⁹ porque ésta consagra el libre mercado como mecanismo preferible para la asignación de recursos. En efecto, si bien es cierto que, si de dos interpretaciones posibles una se aproxima más al espíritu de la Constitución, se prefiere ésta; para ello tienen que haber primero dos posibles lecturas o interpretaciones legítimas. A la luz de lo señalado en los cuatro acápites anteriores, resulta evidente que la lectura contenida en el Precedente 1 no era legítima, por tanto no estaba en situación de ser preferida aunque resulte claro que, como se ha reconocido en este trabajo y se verá con más detalle más adelante, su inspiración ideológica es más favorable a una cultura de libre mercado. Por lo demás, la disposición constitucional aplicable resulta de tan amplio alcance que el texto de la Ley 1, si bien desafortunado, no llega a ser incompatible con ella. En todo caso, si lo fuera, en vista de que la Ley 1 era unívoca e indubitable, hubiera correspondido su inaplicación por inconstitucional, y eso es algo que en ningún caso hubiera podido hacer el INDECOPI porque el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es una prerrogativa reservada a los órganos jurisdiccionales⁴⁰.

No es mejor el panorama cuando se analiza la legitimidad del Precedente 2. Por el contrario, las razones para repudiarlo son más, y más graves. En efecto, las principales razones que hacen espuria la lectura emprendida por el primer Tribunal en el Precedente 1 se aplican también a la interpretación del actual tribunal en el Precedente 2, pero además hay otras razones que hacen ese precedente abominable. Resumamos entonces por qué el Precedente 2 resulta del todo desafortunado:

- (i) Atenta directamente contra la opción política escogida por el legislador cuando explícitamente decidió eliminar la objetividad como requisito de validez de la publicidad comparativa. Nuevamente, no existía duda que desentrañar, era meridianamente claro que la ley es permisiva de la comparación publicitaria subjetiva. Por tanto, la

³⁸ Ver: nota 19 *supra*.

³⁹ Es la artificiosa tesis defendida por Claudia Canales y Alfonso Rivera. CANALES, Claudia y Alfonso RIVERA. "Cuál es la más cómoda: comentarios acerca de los criterios adoptados por el INDECOPI en materia de publicidad comparativa". En: *Ius et Veritas* 16.1998.

⁴⁰ RUBIO CORREA, Marcial. "La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005. p. 382.

discrepancia ideológica del Tribunal con esa realidad no lo legitima para modificarla por la vía de la interpretación.

- (ii) Incluso si hubiera existido algún tipo de duda sobre si la norma proscibía o no la subjetividad en la comparación publicitaria, una interpretación sistemática que remitiera al ordenamiento de competencia desleal no hubiera en caso alguno permitido colegir que debía tenerse por ilegal la subjetividad, desde que la Ley 2 eliminó de la ley de competencia desleal el requisito de objetividad para la comparación en el ámbito no publicitario. Para cuando se produjo el Precedente 2 el ordenamiento general de competencia desleal consagraba también la misma liberalización emprendida respecto de la ley publicitaria por la Ley 2: era lícito hacer comparaciones subjetivas tanto en el ámbito general –por ejemplo en el marketing directo– como en el ámbito publicitario.
- (iii) La construcción conceptual según la cual la subjetividad publicitaria es perniciosa porque no aporta elementos de juicio válidos al consumidor para tomar su decisión de consumo –implícita en la Ley 1– desapareció del ordenamiento con la derogación de la norma que exigía la objetividad como requisito de legalidad de la publicidad comparativa. Por tanto, la argumentación que hace el segundo Tribunal en esa línea, carece al momento de hacerla de todo asidero legal (ya que tampoco está implícita en la ley de competencia desleal, por los motivos vistos en el acápite anterior). El desprecio por la libertad y la responsabilidad del consumidor que semejante teoría entraña (como se verá en el capítulo V más adelante) convierten a esa posición –una vez sin sustento legal– en una expresión del más puro paternalismo, rayando incluso con una concepción totalitaria del Estado que decide –en sede administrativa, por sí y ante sí– qué información puede utilizar el consumidor, que es casi como decidir cuál será su opción de consumo. Un atropello a la libertad.
- (iv) La restricción a la libertad de comercio, tanto para el consumidor como para el anunciante, que esta desafortunada opción entraña, genera un intervencionismo en la economía que desacelera su dinamismo. Por tanto, en lugar de promover el mercado como mecanismo de asignación de recursos, que es una de las tareas del INDECOPI, lo desincentiva. Es decir, esta posición carece de sensatez económica (como también se verá en el capítulo V más adelante).

(v) Finalmente, la razón más grave por la que el Precedente 2 es espurio reside en que restringe derechos sin sustento legal, lo cual atenta contra la más elemental lógica jurídica en un Estado de Derecho. En efecto, aunque la ley no prohíbe, sino que permite⁴¹ las comparaciones publicitarias subjetivas, el precedente pretende ser en sí mismo la fuente de esa prohibición, invocando una supuesta racionalidad que no se remite más que a las subjetivas opiniones de sus miembros, pero que no tiene ni el más remoto indicio de sustento en el ordenamiento vigente. Por tanto, el razonamiento en el que se justifica la alegada falta de legitimidad de la comparación subjetiva en publicidad es una analogía (que señala que la subjetividad es análoga a la denigración y el engaño, esos sí prohibidos). Y como quiera que el efecto de tal prohibición fuera que los anunciantes queden impedidos de recurrir a cierto tipo de publicidad para promover sus productos y servicios; y que los consumidores reciban menos información –subjetiva– en la cual basar su decisión de consumo, es obvio que la disposición restringe derechos. Pues bien, como se sabe, el artículo 139 numeral 9 de la Constitución prohíbe restringir derechos por analogía, al igual que el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que –como se sabe, también– es de aplicación supletoria al resto del ordenamiento por establecer principios generales del Derecho. Esta restricción de derechos por la vía analógica resulta abominable para el ordenamiento democrático porque, como señala Marcial Rubio, la ley que restringe derechos –llamada odiosa– debe ser la excepción y no la regla, en vista de que en el sistema jurídico debe primar la vigencia de los derechos, y no su restricción. Por ello, apunta este autor: “El principio general aplicable en el Derecho consiste en que los derechos se respetan y protegen extensivamente. Por consiguiente, cuando los derechos se restringen, el agente aplicador del Derecho tiene que hacer compatibles la restricción establecida por el legislador, con el principio antes indicado. La mejor manera de lograrlo es, precisamente haciendo interpretación estricta de la restricción. Por ello creemos que no sólo debe prohibirse la analogía, sino también la interpretación extensiva”⁴² (de la ley que restringe derechos).

4.2 Yo quiero ser un INDECOPI boy

Como ha quedado demostrado, tanto el Precedente 1

⁴¹ El artículo 2, numeral 24, inciso a) de la Constitución peruana señala que nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe ni obligado a hacer lo que ella no impone. Por tanto, está necesariamente permitido comparar subjetivamente en publicidad desde que entró en vigencia la Ley 2.

⁴² RUBIO CORREA, Marcial. “Estudio de la Constitución Política de 1993”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. p. 108.

como el Precedente 2 pasaron por alto el texto explícito de la ley que, en momentos distintos, ambos decían interpretar. Cabe preguntarse cómo así llegó a prosperar dos veces –a falta de una– una actitud tan audaz, por decir lo menos, para interpretar la norma sobre publicidad comparativa. En este punto, buscar explicaciones totalmente distintas y aisladas para el Precedente 1 y el Precedente 2 sería más que artificioso. Aunque es evidente que, respecto del fondo del asunto las motivaciones de uno y otro Tribunal, desde un punto de vista ideológico y hasta político, son distintas y hasta contradictorias, es evidente que en lo que atañe exclusivamente a la metodología interpretativa, el exceso de la primera interpretación sentó un precedente inmediato para el exceso de la segunda. Es decir, al haberse excedido e interpretado *contra legem* el primer Tribunal, el camino estaba despejado para que el segundo Tribunal hiciera lo mismo, pero al revés.

La pregunta entonces se centra en determinar cómo así el primer Tribunal excedió los límites de la ley y de la interpretación rigurosa y razonable para pretender afirmar que la ley decía una cosa totalmente distinta – contradictoria– de lo que en realidad decía. Esto requiere un análisis de la coyuntura en que esta resolución se produjo en su momento. Por entonces, el INDECOPI era una de las instituciones con mayor prestigio en el Perú por el destacado nivel académico e intelectual de sus funcionarios, quienes, en no poca medida, se consideraban responsables del cambio político económico que el país estaba atravesando.

En este contexto, diversas comisiones y el Tribunal del INDECOPI tomaron con valentía importantes decisiones que consideraban indispensables para un adecuado desempeño de la Institución, muchas de las cuales suponían enfrentarse a poderosos grupos económicos y políticos, a más de tomar una posición audaz –pero generalmente bien sustentada– sobre diversas materias jurídicamente discutibles, o en el límite de la interpretación legal⁴³. Esto generó en el INDECOPI un aura de idealismo pro mercado, que incrementó aun más su prestigio y el de sus funcionarios (a los que, con una mezcla de burla y cariño se llamaba “INDECOPI *boys*” en los círculos académicos, o al menos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, de donde provenían muchos de sus principales funcionarios).

Muchos profesionales y estudiantes, pues, querían ser INDECOPI *boys*. Con indiscutible buena intención pro mercado, y envalentonados luego de haber enfrentado a poderosos grupos con interpretaciones audaces, los verdaderos INDECOPI *boys* tenían una clara opción ideológica, que ciertamente informaba su interpretación jurídica, de manera generalmente consecuente⁴⁴. La visión ideológica o la teoría del Derecho predominante entre los INDECOPI *boys* generalmente privilegiaba interpretaciones teleológicas y pragmáticas; es decir, su metodología de resolución frecuentemente privilegiaba un análisis de los posibles incentivos que sus decisiones –en la parte resolutive– enviarían al mercado, y luego los revestían de una fundamentación jurídica que les otorgara una solidez académica a prueba de una impugnación judicial. Esto es, sin duda, lo que se quiso hacer en el caso del Precedente 1, aunque sin éxito. Resulta claro que el primer Tribunal encontró que el comercial cuestionado (el anuncio Camerino) era inocuo, y no merecía por tanto sanción. El error residió, probablemente, en extraer de esa constatación una regla general para toda la publicidad comparativa –“la comparación subjetiva debe ser lícita en todos los casos”–, cuando la ley decía lo contrario; en lugar de buscar las razones por las cuales, a pesar de contener una comparación subjetiva, ese comercial, específicamente, podía no ser sancionado.

En el proceso de construir esa justificación con alcance general, el primer Tribunal se sintió autorizado y capacitado para interpretar la ley de manera no sólo laxa, sino incluso enrevesada, artificiosa y rebuscada. Afirmar, pues, que cuando la ley dice “la publicidad **debe ser** objetiva, veraz, específica y dar una apreciación de conjunto de los elementos comparados” la ley pretende **describir** antes que regular la publicidad comparativa, es un razonamiento que no resiste ningún análisis serio por la razones descritas en el punto anterior de este artículo.

Probablemente esta opción libérrima fue producto de una lectura –en mi opinión errónea, por laxa– de la teoría –a su vez laxa– de Fernando de Trazegnies sobre los límites a la interpretación jurídica⁴⁵, muy de moda en el ambiente jurídico académico de los noventa⁴⁶. En efecto, de Trazegnies desarrolla en su discurso “La muerte del Legislador” la idea, ya presente en su libro

⁴³ Arquetípico de esto es la Resolución 079-97-TDC del 29 de marzo de 1997, en el conocido caso Sinolsa, donde el primer Tribunal resolvió que “... cuando a criterio de la mencionada autoridad la documentación presentada no resulte suficiente, o cuando existan elementos que le hagan presumir una posible simulación de obligaciones, o cuando se detecte la posible existencia de vinculación entre la deudora y su acreedor, se debe verificar, necesariamente, el origen del crédito, investigando su existencia por todos los medios”, en virtud de lo cual se investigó más allá de la persona jurídica, involucrando a sus accionistas.

⁴⁴ Véase al respecto: RIVAROLA, Domingo. “Donde te dará gusto meter la pata: el conflicto entre derechos fundamentales en la publicidad comercial”. En: *Ius et Veritas* 16. 1998.

⁴⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La muerte del legislador”. En: *Filosofía del Derecho: selección de lecturas*. Lima: Jurista. 2004.

⁴⁶ Cabe indicar, además, que varios de los que firmaron la resolución que incorpora el Precedente 1 pueden ser considerados “discípulos” de de Trazegnies, o en todo caso, abogados muy cercanos al citado jurista, en cuya formación jurídica de Trazegnies ha de haber tenido una fuerte influencia.

“Ciriaco de Urtecho: litigante por amor”⁴⁷, de que el Derecho no es precisamente un sistema cerrado, sino un campo abierto a la argumentación libre, donde los agentes jurídicos buscan fundamentalmente la persuasión⁴⁸. Aplicando esta misma visión, ya no a las partes de un conflicto jurídico, sino al juez o decisor, en “La Muerte del Legislador” el destacado jurista peruano propone, acaso haciendo eco de teorías de finales del S. XIX y comienzos y mediados del XX como el realismo norteamericano y el *Freirecht* (Derecho Libre) alemán⁴⁹, que la ley es un referente relativamente amplio, que admite muchas posibilidades distintas de interpretación, y que es el intérprete –el juez, generalmente– el que determina cuál de esas múltiples opciones es la que ha de ser aplicada, sin importar cuál haya sido exactamente, de esas posibilidades, la que el legislador tenía en mente. Esta teoría, esencialmente correcta, carece –al menos tal como la planteó de Trazegnies– de un énfasis en el punto referido a los límites de esa interpretación, o más específicamente, de qué es lo que el intérprete no puede hacer, qué no puede pretender que dice la ley. En efecto, el jurista se explaya en su ensayo con una bella retórica, pero no dedica mucho a este punto en particular, que es acaso lo más importante de su propuesta. Si bien de Trazegnies precisa que las posibilidades interpretativas son ilimitadas, pero siempre en función del texto expreso de la norma, omite pronunciarse sobre en qué momento resulta evidente que se ha transgredido ese texto. Este punto es de vital importancia, puesto que la premisa de toda la teoría es que el texto normativo admite múltiples y cambiantes lecturas; por tanto es ambiguo. En mi opinión, como se ha señalado en líneas anteriores, ese límite es la opción política adoptada por el legislador –como abstracción, no como individuo. Es decir, la ambigüedad del texto legal abre la posibilidad a todo tipo de lecturas e interpretaciones, pero éstas terminan donde se excedan los límites de la opción política del legislador para el caso concreto. En el Precedente 1, la opción del legislador (por cierto equivocada) era la de regular la publicidad comparativa exigiendo que fuera objetiva. La fórmula “debe ser” no admitía dudas en ese sentido. Por tanto, introducir tal duda para convertir el requisito en descripción traicionaba la opción política, excediendo el texto de la ley.

Ahora bien, nótese que las teorías favorables a la laxitud interpretativa reconocen por lo general esta prerrogativa a los jueces y tribunales, vale decir, a los órganos jurisdiccionales y no a la administración pública en general, como es el INDECOPI. Este detalle no es poco importante desde un punto de vista político filosófico, si se tiene en cuenta que la razón de ser de la judicatura es controlar a los otros poderes, evitando que excedan sus facultades. Esta finalidad política en todo caso hace más razonable concederle a los jueces amplitud de criterio para examinar e interpretar con alguna libertad el sentido de las normas; pero la misma lógica no se aplica en ningún caso a los tribunales u órganos administrativos que forman parte del Poder Ejecutivo, cuya función primordial no es controlar el poder de los demás poderes del Estado, sino ser un brazo del gobierno con funciones regulatorias específicas. Por tanto, para mala suerte de los INDECOPI *boys* el ansiado sustento filosófico que buscaron en las teorías del jurista peruano de Trazegnies –y por implicación en sus obvios antecedentes foráneos– de poco o nada sirve desde un punto de vista conceptual, ya que no los abarcaba en ningún caso en tanto que meros funcionarios públicos sin potestades jurisdiccionales. Si fuera cierto, pues, que el legislador ha muerto –como proclama de Trazegnies– lo hubiera sido en manos del juez, y en ningún caso de la burocracia.

4.3 ¿Era posible una interpretación razonable de la Ley 1?

Hemos visto que el evidentemente excesivo Precedente 1 resultaba poco feliz desde un punto de vista interpretativo. Cabe preguntarse, entonces, cuáles habrían sido criterios interpretativos razonables dadas las circunstancias. Comencemos por el dilema que enfrentó el primer Tribunal al tener que interpretar la Ley 1, con la cual discrepaba ideológicamente y que obligaba a sancionar un anuncio francamente inocuo.

En mi opinión, la regla de la razón hubiera sido una herramienta legítima para amortiguar una eventualmente injusta aplicación de una ley equivocada al caso concreto que en ese procedimiento se analizaba. La regla de la razón o *rule of reason*, el famoso estándar

⁴⁷ DE TRAZEGNIES, Fernando. “Ciriaco de Urtecho: litigante por amor, reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1981.

⁴⁸ Esta idea la tenía también el polaco Johan Huizinga, quien en 1938 escribió su famoso libro “Homo Ludens”, en cuyo capítulo IV plantea que el Derecho es una especie de juego de la persuasión, en el que el ser humano despliega su capacidad lúdica, la cual, según Huizinga, es una fuerza vital que determina casi todas las actividades sociales (relevantes) de la especie humana. Ver: HUIZINGA, Johan. “Homo Ludens”. Madrid: Alianza Editorial. 1998.

⁴⁹ Según Du Pasquier, los nazis en Alemania se apropiaron de algunas ideas preconizadas por los adeptos del *Freirecht* para forzar una interpretación del Derecho acorde a sus propios intereses. Ellos afirmaban que existe un “derecho no escrito que se desprende del alma del pueblo alemán y que es conforme con las necesidades de la vida nacional, derecho claramente reconocido, o mejor, sentido y enérgicamente realizado por el juez alemán”. De esa manera, ciertos autores legitiman la interpretación *contra legem* “cuando el bien del Estado lo exige manifiestamente”. Ver: DU PASQUIER, Claude. “Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica”. Lima: Librería e Imprenta Gil. 1944. p. 216 y siguientes.

de aplicación de la ley antimonopólica en Estados Unidos⁵⁰, nace en un escenario similar al que podría haberse presentado en el caso del anuncio Camerino; esto es, ante la constatación por parte del órgano encargado de resolver una controversia jurídico-regulatoria específica, de que los hechos materia de discusión encajan teóricamente en la descripción objetiva de la ley, pero en la práctica no tienen los efectos perniciosos que ésta está destinada a combatir. En el fondo, se trata de una simple constatación de que los actos que la ley tipifica como antijurídicos –en atención a que normalmente tienen ciertos efectos indeseables– no siempre perjudican el desenvolvimiento social protegido (en este caso, el mercado). La regla de la razón, entonces, lo que hace es establecer excepciones específicas en las que una conducta tipificada termina por no ser sancionada, porque no es dañina o, puesto de otra manera, porque resulta razonable tal como ejecutada en determinados supuestos⁵¹.

A diferencia de la regla *per se*⁵², en donde con sólo verificarse en los hechos el supuesto tipificado, se procede a sancionar –de manera que la tipificación resulta implacable, una presunción de ilegalidad que no admite prueba en contrario–, la regla de la razón convierte a la norma tipificante en una suerte de presunción relativa (*iuris tantum*) de la ilegalidad de la conducta descrita en la norma⁵³. En buena cuenta lo que hace un razonamiento como el de la regla de la razón es interpretar la ley de manera restrictiva; vale decir, restringiendo los supuestos en que la norma –sancionadora– ha de ser aplicada. Este tipo de interpretación se justifica cuando la norma a ser interpretada “explicada según el significado natural de las palabras, importe contradicción con otra norma, o con un principio fundamental de derecho, o con la *ratio legis*”⁵⁴ (de la propia ley). En otras palabras, para restringir los supuestos de aplicación de una norma es necesario atender a una razón no explícita en la propia norma que determine que ésta puede tener consecuencias distintas a las deseadas, en buena cuenta porque la conducta tipificada no siempre tiene, a su vez, las consecuencias indeseables que la ley presume

que tiene. Es decir, se descubren razones, causas y consecuencias distintas a las que la norma explícitamente prevé. Esto equivale, ni más ni menos a distinguir donde la ley no distingue, contraviniendo así el viejo aforismo romano *ubi lex non distinguet, ibi nec nos distinguere debemus* (no se debe distinguir donde la ley no distingue). Sobre dicho aforismo vale mencionar que su elevación a la categoría de dogma o principio general del Derecho de universal aplicación constituiría un absoluto despropósito, como con acierto destacó oportunamente nada menos que el distinguido jurista Nicolás Coviello. En efecto, según Coviello, “es falsa en su generalidad la máxima” citada, puesto que ella “excluiría en todo caso la interpretación restrictiva. Es justa y concluyente [dicha máxima], sólo cuando no haya ninguna razón seria que autorice a restringir la palabra de la ley, y, por lo tanto, a distinguir un caso del otro”⁵⁵.

En otras palabras, según Coviello, es legítimo –necesario agregaría yo– distinguir donde la ley no distingue cuando existe una razón que justifique el distingo. Esa razón por lo general provendrá de alguna necesidad jurídica o política manifiesta en algún principio general del Derecho –ése sí– de aplicación general⁵⁶. Típicamente, en Derecho Administrativo una excelente razón para distinguir donde la ley no distingue es para favorecer al administrado o, en otras palabras, para no imponerle una carga regulatoria excesivamente gravosa. Es decir, por ejemplo, para no prohibirle llevar a cabo un acto que no genera daño, que no genera una consecuencia antisocial. En el caso del Derecho Antimonopólico, así como del Derecho Publicitario, para no impedirle ejercer acciones comerciales que no perjudican al mercado en el caso específico (por más que exista una presunción –en el caso de la regla de la razón, relativa– de que esa acción es generalmente perjudicial).

Por el contrario, lo que no resulta de ninguna manera legítimo, es distinguir donde la ley no distingue restringiendo derechos. En el caso del Derecho Administrativo, no es aceptable distinguir donde la ley no distingue para imponer cargas sobre los derechos

⁵⁰ *Standard Oil Company of New Jersey v. United States. Supreme Court of the United States, 1911. 221 US 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619.*

⁵¹ BORK, Robert H. “La Regla de la Razón y el concepto *per se*: la fijación de precios y el reparto de mercado”. En: THEMIS-Revista de Derecho 47. 2003.

⁵² *United States v. Trans Missouri Freight Association. Supreme Court of the United States, 1897, 166 U.S. 290, 17 S. Ct. 540, 41 L. Ed. 1007.*

⁵³ La discusión acerca de la aplicación de la regla *per se* versus la regla de la razón en el Derecho Antimonopólico, y en particular a los acuerdos desnudos o puros de concertación de precios y otras condiciones comerciales, se ha producido también en el Perú durante la última década. En efecto, INDECOPI acogió primero la regla *per se* a través de dos (algo contradictorios y algo inconsistentes) precedentes: el caso “Civa” (Resolución 206-97-TDC) y el caso “Pollos” (Resolución 276-97-TDC); los cuales fueron posteriormente sustituidos por el precedente contenido en la Resolución 0224-2003-TDC, en el caso “SOAT”, que consagra la regla de la razón.

⁵⁴ COVIELLO, Nicolás. “Doctrina General del Derecho Civil”. México D.F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. 1938. p. 85.

⁵⁵ *Ibid.* p. 86.

⁵⁶ En caso de que la distinción necesaria provenga de otra ley, se producirá ya sea una aplicación sistemática de normas (o concordancia) en caso de ser manifiestamente compatibles; o bien un conflicto de normas que deberá ser resuelto según los principios aplicables: jerarquía, especificidad, temporalidad, etc.

del administrado. En Derecho Antimonopólico y en Derecho Publicitario no puede hacerse la distinción no explícita para restringir los derechos de los agentes económicos, incluyendo –en el publicitario– al anunciante.

Este punto es de principal relevancia para efectos del análisis del caso bajo comentario, porque establece los límites aceptables de una interpretación legal que excede la mera literalidad de la norma; supuesto que para efectos de la publicidad comparativa, ocurrió tanto en el Precedente 1 (respecto de la Ley 1), como del Precedente 2 (respecto de la Ley 2). Es decir, podemos decir que ambas normas fueron interpretadas distinguiendo donde la ley no distinguía; pero mientras que en el Precedente 1 tal distinción amplía los derechos del administrado y del ciudadano, en el Precedente 2 los restringe.

Ahora bien, lo anterior no pretende convertir el Precedente 1 en aceptable, puesto que sigue siendo cierto que contraviene el texto expreso de la Ley 1, y por tanto contiene una interpretación espuria. Sin embargo, la intención interpretativa del Precedente 1 es menos perniciosa que la del Precedente 2, en la medida en que en el primer caso se lee la norma para favorecer al ciudadano convertido en agente económico; mientras que la segunda se exacerba la confrontación entre anunciantes y consumidores pero, pretendiendo proteger a los últimos, se restringen los derechos de unos y otros. La intención interpretativa del Precedente 1, entonces, podría haberse logrado satisfactoriamente mediante una técnica ligeramente más fina, similar a la de la regla de la razón; esto es, una interpretación que, respetando el texto de la ley que veía como perniciosa las comparaciones publicitarias subjetivas– hubiera establecido excepciones específicas (no generales, y por tanto, derogatorias de su contenido normativo como hizo el Precedente 1) en casos en que no se verificara el perjuicio. Sin embargo, el Precedente 1 lo que pretende es desbaratar por completo la presunción de la Ley 1 (de que la comparación subjetiva es perniciosa) en lugar de convertir esa presunción en una relativa o *iuris tantum*; es decir, una que admitiera pruebas en contrario (pudiendo el precedente haber establecido lineamientos para admitir esas pruebas en contrario).

En mi opinión, tanto histórica como filosóficamente, una salida como la planteada sí hubiera resultado legítima, incluso cuando –como he afirmado– no existiera mayor duda acerca de que la intención

legislativa fue prohibir la comparación publicitaria subjetiva en todos los casos. Como señaló el supremo juez Harlan en su voto en discordia en el propio precedente que estableció la regla de la razón⁵⁷, era más o menos claro que la norma la Sherman Act– prohibía *per se*. Así se podía constatar de la revisión de las actas de debates de la aprobación de la norma en el Congreso Norteamericano (método interpretativo que el supremo Juez White, que elaboró la opinión mayoritaria de la Corte, no acoge como válido, o al menos como determinante del sentido de la ley), así como en la jurisprudencia anterior de la propia Corte Suprema⁵⁸. El juez White, sin embargo, considera que el texto tipificante no podría no admitir excepciones razonables, y llega incluso a señalar que ese fue siempre el espíritu que –en el Common Law– inspiró la jurisprudencia sobre la materia, e informó la lógica de la legislación específica. En otras palabras, para que la regla *per se* sea indiscutible, la norma tendría que contener una partícula que dijera algo así como “se prohíbe *sin excepción*”, ya que –al no contenerla– no constituye una contravención de la norma expresa no aplicar la sanción a un supuesto tipificado pero no dañino, es decir, aplicar una excepción razonable –la regla de la razón– a la tipificación.

No es contravenir la ley, a menos que ella misma lo impida expresamente (con una indicación como la señalada), leerla como si contuviera una presunción relativa y no absoluta de que la acción tipificada es ilegal. De esta manera, el texto de la ley se relativiza, pero no se traiciona. Su esencia es respetada, y su texto se aplica. Es decir, la opción política que subyace a la norma –que corresponde al legislador, no al aplicador ni al intérprete– se mantiene vigente. Por el contrario, querer convertir la tipificación de ilegalidad en una mera descripción (como sucedió con el Precedente 1) es traicionar el texto y el espíritu de la norma.

En esa línea, entonces, podría haber sido sensato ensayar una distinción interpretativa de la ley con alcance puramente particular, o al menos con un alcance menos ambicioso que el del Precedente 1, que contraviene el espíritu de la ley en todos los casos. Una posibilidad aceptable –vista la constatación de que el anuncio Camerino era inocuo– hubiera sido aplicar la regla de la razón y admitir que, si bien el anuncio era subjetivo –y por tanto contravenía la Ley 1– no era dañino, y por tanto no cabía sancionar en ese caso específico. Otra interpretación, acaso más audaz, pero dentro de los límites establecidos por la propia norma en tanto que expresión de una opción política, hubiera

⁵⁷ *Standard Oil v. US*. Op. Cit.

⁵⁸ Ver: *US vs. Trans Missouri*. Op. Cit.

sido restringir –ahora sí con carácter más general– la prohibición de la subjetividad solamente a las comparaciones directas o explícitas; vale decir aquellas que mencionan dos marcas (no era el caso del anuncio Camerino que, al comparar una marca con un género de producto constituía una comparación indirecta). En este supuesto la opción legislativa hubiera permanecido vigente, aunque restringida sólo al supuesto más grave. Es decir, constatado el prejuicio implícito en la ley, acerca de la inconveniencia de la subjetividad en la publicidad comparativa, el prejuicio se respetaría, pero sólo para el supuesto más grave, y que por tanto resulta razonable pensar que sería el que el legislador quería evitar con mayor énfasis. Si el segundo supuesto –ligeramente distinto por menos grave– y que el legislador no ha mencionado explícitamente (la comparación indirecta), admite dudas, es legítimo excluirlo de la prohibición, desde que su omisión a ese supuesto específico (distinto del más grave) permite al menos cuestionar que haya querido ser proscrito. Nótese cómo en este caso sí existe una duda razonable: “si este supuesto es parecido, pero menos grave, ¿de todas maneras la opción inequívoca del legislador era prohibirlo?”. Esta duda no es artificiosa, a diferencia de la que el Tribunal original introdujo acerca de la fórmula “debe ser” en la Ley 1. Por tanto, esta duda sí admitía emprender una interpretación más precisa que condujera a limitar la exigencia de la objetividad sólo a la publicidad comparativa directa.

Sin embargo, el primer Tribunal quiso adoptar una postura maximalista que terminara definitivamente con la opción del legislador, que consideraba ilegítima. Hemos visto que la consecuencia de ello fue que su interpretación (contenida en el Precedente 1) fuera revocada judicialmente.

V. ¿DEBE SER OBJETIVA LA PUBLICIDAD COMPARATIVA?

Luego de analizar por qué fueron espurias las interpretaciones contenidas en el Precedente 1 y el Precedente 2, y qué opciones razonables cabían en el primer caso (visto que el Tribunal discrepaba del contenido de la ley) conviene detenernos a reflexionar

sobre las opciones políticas en discusión; esto es, sobre qué modelo de política pública resulta –desde el punto de vista sustantivo– más conveniente en materia de publicidad comparativa. ¿Es mejor, pues, regular la publicidad comparativa con requisitos específicos –entre ellos, y especialmente– la objetividad; o es mejor que la publicidad comparativa esté permitida como cualquier otra publicidad, y tenga que sujetarse a los mismos principios que la publicidad común o general, es decir, ser veraz (no mentir o confundir) y leal (no denigrar)?

A pesar de que la Ley 1 establecía 4 requisitos de validez para la publicidad comparativa, la discusión se centra principalmente en uno, que es el de objetividad en la comparación publicitaria. Por error de técnica legislativa, se incluyó como requisito uno que siempre ha de cumplirse, que es el de la especificidad, pues toda comparación tiene que ser específica, no se pueden comparar dos generalidades, aunque sí una generalidad con una especificidad (esto dio un argumento al INDECOPI para defender su teoría de que el segundo párrafo de la Ley 1 no regulaba, sino que describía⁵⁹). Entonces, la especificidad no presenta problema ideológico en la medida en que es obvio que la comparación ha de ser específica. Por el contrario, la veracidad siempre ha de ser un requisito de legalidad, pues así está exigido en el régimen general de la publicidad, y no podría ser de otra manera: ningún ordenamiento admite o tolera la publicidad engañosa. Si bien su inclusión en esta parte de la norma (Ley 1) era doblemente redundante (pues el primer párrafo del artículo interpretado ya la menciona, al igual que el artículo 4 del Decreto Legislativo 691), esto revela nuevamente una mala técnica legislativa en la redacción de la Ley 1, mas no genera una controversia ideológica; es evidente que los miembros del Tribunal que redactaron el Precedente 1 y los que hicieron el Precedente 2 estaban de acuerdo en que la veracidad era de todas maneras exigible a la publicidad comparativa (como a cualquier publicidad). En cuanto a la apreciación de conjunto, se trata de una derivación del principio de veracidad, pues una comparación sesgada es omisivamente engañosa. Esto, probablemente, generó que tampoco este punto fuera

⁵⁹ En efecto, en su defensa judicial del Precedente 1 el INDECOPI pretendió justificar su interpretación argumentando que la Ley 1 no podría haber pretendido establecer como requisito de licitud a la especificidad, puesto que ésta siempre se produce cuando hay comparación. En vista de que los demás elementos del segundo párrafo estaban vinculados copulativamente (con la conjunción “y”), el INDECOPI concluía que tienen la misma naturaleza jurídica, y si la especificidad es un elemento constitutivo de la comparación, también debían serlo los demás; vale decir, la veracidad, la objetividad y la apreciación de conjunto. En efecto, INDECOPI afirmó en su contestación a la demanda contencioso administrativa: “De otro lado, si consideramos que el segundo párrafo del artículo 8 contiene requisitos de licitud y no características, no podríamos explicar la inclusión del requisito de especificidad, ya que si el consumidor no es capaz de identificar los productos o servicios confrontados, es porque en el anuncio no se ha realizado una comparación propiamente dicha, tratándose en consecuencia de un supuesto de publicidad común, al que se le deben aplicar las normas generales sobre publicidad. La especificidad es, pues, necesariamente, una característica y no un requisito para la comparación. Siendo ello así, no tenemos por qué reconocer una naturaleza distinta a la objetividad y a la apreciación en conjunto de los principales aspectos de los productos o servicios comparados”. Sin embargo, similar razonamiento, pero en sentido inverso puede realizarse –y el INDECOPI lo ignoró o pasó por alto– con la veracidad, que no puede ser nunca un elemento constitutivo o descriptivo; sino que por definición es un requisito de licitud –así está establecido además en el artículo 4 del Decreto Legislativo 691–; por tanto, usando la misma lógica, los demás elementos mencionados copulativamente habrían de tener la misma naturaleza, es decir, ser requisitos de validez.

especialmente sensible a la divergencia ideológica en materia de publicidad comparativa, al punto que el Precedente 2 no restituye la apreciación de conjunto como requisito de validez (ni la especificidad –por obvia– ni la veracidad –por ser aplicable de todas maneras vía el artículo 4 del Decreto Legislativo 691).

Por el contrario, el tema de la objetividad en la comparación sí resultó especialmente sensible a la controversia ideológica. Así, pues, tanto la Ley 1 como el Precedente 2 establecen que la publicidad comparativa, para ser lícita, debe ser objetiva, por lo que no se podrá hacer comparaciones publicitarias que contengan juicios subjetivos de valor.

En su versión más básica una comparación subjetiva contiene un enunciado publicitario del tipo: “A es más rica que B”. Lo que se prohíbe, pues, es la mención específica del competidor acompañado de un juicio subjetivo de valor sobre éste. Nótese que no se prohíbe un juicio despectivo, una opinión negativa o desfavorable del producto o servicio –o de la marca– de la competencia, sino su sola mención en un enunciado que, por subjetivo, resulta de suyo no comprobable. Si se tratara de una apreciación subjetiva denigrante –que menoscaba injustificadamente el crédito del competidor en el mercado–, la mención sería ilegal, en aplicación del artículo 7 del Decreto Legislativo 691, por desleal, no por subjetiva. Acaso la concepción implícita en la Ley 1 y el Precedente 2 incorpora una presunción implícita de que toda mención subjetiva a un competidor entraña una intención maliciosa. Esto se puede derivar de alguna manera de la confusa construcción del Precedente 2, que parece pretender equiparar la comparación subjetiva con alguna forma de aprovechamiento de la reputación ajena⁶⁰. Sin embargo, bien entendidos los conceptos, resulta bastante evidente que se trata de un supuesto isomorfismo ciertamente artificioso y forzado. ¿Cómo así una afirmación como la señalada anteriormente –“A es más rica que B”– aprovecha la reputación de B? ¿Y cómo así la denigra, si ni siquiera dice que B sea desagradable? La lealtad no supone, pues, objetividad. Pero la Ley 1 y el Precedente 2 asumen que comparar subjetivamente es, de suyo, desleal o engañoso. De hecho, se pretende justificar la

prohibición de la subjetividad comparativa en publicidad bajo el argumento de que la comparación publicitaria sólo logra los requisitos generales de validez –lealtad y veracidad– cuando es objetiva, porque sólo así informa e informa con certeza. Por el contrario, si es subjetiva –se dice– desinforma, no predica nada cierto, desvía mañosamente las preferencias del consumidor sin aportarle nada cierto, certero, comprobable, útil⁶¹. Pero semejante construcción no consta en ninguna parte, ni es, por cierto, evidente. Es una lectura filosófica y epistemológicamente muy discutible. Supone una generalización peyorativa de la subjetividad, y una falta de rigor en la observación fenomenológica de la realidad. Es, por cierto, totalitaria: presume, sin admitir prueba en contrario, que la comparación subjetiva es malintencionada, mentirosa y denigrante necesariamente, ya sea expresamente o por implicación.

Por el contrario, un análisis más ponderado y profundo –y menos sesgado– nos demuestra que cualquier comparación subjetiva no es denigrante ni mentirosa *per se*. Puede serlo, como no serlo. “A es más rica que B” es un enunciado que, por ser subjetivo, no es ni cierto ni falso⁶². Tampoco es denigrante ni laudatorio del competidor; simplemente enuncia que quien hace tal afirmación percibe sensorialmente una preferencia por A sobre B. Si el anunciante es el autor de la frase, el consumidor es consciente –y puede ser todo lo suspicaz que quiera– del interés mercantil que lo mueve a hacer tal afirmación (vender); si es un líder de opinión contratado para tal efecto, el consumidor también tiene la información necesaria para saber que la motivación del opinante no es necesariamente desinteresada⁶³.

Así las cosas ¿qué es lo reproable de una comparación publicitaria subjetiva? Encontrar una respuesta convincente, en el contexto de una economía dinámica, de gran movilidad mercantil, de acentuada competitividad y agresiva –pero no desleal– lucha concurrencial, resulta harto difícil, si es que no imposible. Una concepción moderna y funcional de la competencia encuentra dificultad en justificar la alegada deslealtad intrínseca de una comparación publicitaria subjetiva.

⁶⁰ “Debe aclararse que el aprovechamiento indebido de la reputación del competidor es logrado mediante la equiparación de las supuestas características de la oferta propia con aquellas atribuidas al competidor, es decir, a través de una equiparación entablada sobre la base de elementos subjetivos”. Ver: Resolución 0547-2004-TDC. p. 13.

⁶¹ Ver: nota 15 *supra*. Doctrinariamente, esta concepción se basa en la idea de que “... la comparación publicitaria ha de ser objetiva porque tan sólo las comparaciones objetivas favorecen el interés de los consumidores en obtener una adecuada información”. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. “Estudios de Derecho de la Publicidad: homenaje a la Facultad de Derecho o autor Dr. Carlos Fernández-Novoa, catedrático de Derecho Mercantil, nos XXV años de cátedra”. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. 1989. p. 527.

⁶² Cuando se dice que la comparación publicitaria no debe engañar, es decir, debe ser veraz, no puede entenderse que para ello la comparación tiene que ser objetiva (tener capacidad de ser verdadera o falsa), sino que –cuando sea objetiva– debe ser cierta. Por ejemplo: “A rinde 3 veces más que B”. En ese caso, la comparación tendrá que ser cierta; pero eso no quiere decir que toda comparación publicitaria tenga que tener un contenido comprobable.

⁶³ Ello, en la medida en que se cumpla el resto del ordenamiento y la publicidad no haya sido camuflada bajo alguna forma de reportaje objetivo o periodístico sin motivación mercantil, o interés de parte.

Ahora bien, buena parte de la doctrina –incluso de la doctrina más respetable– considera que la comparación publicitaria subjetiva debería ser considerada ilegal⁶⁴ y, por tanto, presume ya sea su carácter engañoso, o bien desleal. Así, pues, existen –por cierto– varios ordenamientos en el mundo que regulan la publicidad comparativa prohibiendo las comparaciones subjetivas. El ordenamiento español⁶⁵, en el cual se inspira nuestra regulación publicitaria (al menos en su versión original) adopta por cierto esa perspectiva. Otros ordenamientos, típicamente Estados Unidos, han optado por una postura más permisiva en cuanto a publicidad comparativa, en el entendido que –al dar mayores opciones a los proveedores para captar la preferencia de los consumidores– favorece la competencia. En tal sentido, no debe ser casual que un sistema así funcione en una economía más libre y dinámica. Que la principal economía del planeta no considere desleal ni prohibida la comparación publicitaria subjetiva indica que –en efecto– la liberalización de la publicidad comparativa, versus su regulación, es mucho más compatible con el libre mercado.

Como se ve, entonces, es posible trazar una línea de causalidad –específicamente en materia publicitaria– que va desde la liberalización hasta el mayor desarrollo económico. Así, pues, a menores restricciones regulatorias, mayor creatividad, mayor persuasión, mayor efectividad publicitaria, mayores ventas, mayor desarrollo del mercado, y mayor desarrollo económico. De lo anterior se desprende, que la liberalización de la publicidad comparativa subjetiva es más compatible con una economía libre, con un sistema pro mercado. En cambio, las restricciones específicas a la publicidad comparativa –como la pretendida obligación de que ésta sólo sea válida si es objetiva– son propias de un sistema menos libre, menos eficiente, menos librado a las fuerzas de la competencia; de un sistema basado en una concepción ideológica que le tiene menos fe a la libertad y a la competencia.

Un sistema consistente con un modelo moderno de libre competencia debería por tanto descartar por completo la idea de regular la publicidad comparativa exigiéndole como requisito de legalidad la objetividad. Considero que las infinitas razones que así lo

recomiendan pueden razonablemente resumirse en las siguientes cuatro:

5.1 Teoría subjetiva del valor

La economía de mercado como sistema económico encuentra su justificación filosófica en las teorías políticas de origen liberal, en el sentido más amplio del concepto. En efecto, la modernidad occidental se sustenta en un consenso general en torno a la dignidad del ser humano, que se expresa en un respeto generalizado por su libertad. Tal libertad es el sustento de la legitimidad del poder constituido, y por tanto, el poder político no puede atropellarla arbitrariamente. Aunque la concreción de estos principios siempre podrá generar cualquier tipo de discusiones de toda naturaleza –y en particular, sobre el grado admisible de intervención del poder político sobre la iniciativa económica de los individuos–, lo cierto es que todos los matices en discusión admiten como premisa la preexistencia y prevalencia del individuo sobre el Estado, al menos desde un punto de vista etiológico y filosófico.

Desde luego, la asunción de esta filosofía tiene consecuencias de todo tipo, pero una que resulta imposible soslayar para efectos de un análisis de la legitimidad de una intervención estatal sobre las relaciones de tipo comercial o económico entre los individuos –como es todo el Derecho de la Competencia y dentro de él, el Derecho Publicitario– es la epistemología del valor de los objetos, o de los fenómenos del mundo cognoscible.

Con esto nos referimos al dilema político-filosófico que se presenta cuando hay que decidir si el poder tiene algo que decir sobre cómo valoran los individuos o ciudadanos todo aquello que los rodea. Para Hayek⁶⁶ en este punto reside nada menos que la justificación del individualismo metodológico (que no es igual, como maliciosa o ignorantemente pretenden los detractores del liberalismo, a una justificación del egoísmo). Así, pues, de acuerdo con el autor austriaco, la estructura del mundo impide que los individuos podamos conocer a ciencia cierta las necesidades y preferencias de nuestros iguales, ya que no tenemos acceso –más que a través del lenguaje, que siempre admite manipulaciones, matices o deliberadas mentiras– a los

⁶⁴ La defensa de P&G en el caso del anuncio Camerino presentó incluso varios dictámenes de distinguidísimos juristas españoles que, a más de considerar espuria la interpretación de la Ley 1 que hacía el Precedente 1, dado su texto literal, adhieren también a la supuesta conveniencia legislativa de una prohibición de la comparación publicitaria subjetiva. Así, por ejemplo: LEMA DEVESA, Carlos. “Dictamen sobre el concepto y los requisitos de licitud de la publicidad comparativa en el Perú”. Madrid, agosto de 1998; y FERNÁNDEZ-NOVOA, Fernando. “Dictamen sobre el régimen jurídico de la publicidad comparativa en el Perú”. Santiago de Compostela, octubre de 1998.

⁶⁵ Artículo 6 bis de la Ley 34/1988.-

2. La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes y servicios, entre los cuales podrá incluirse el precio.

⁶⁶ HAYEK, Friedrich A. “The Road to Serfdom”. Chicago y Londres: The University of Chicago Press. 1972. pp. 13-14.

centros de percepción y razonamiento de ellos. Como la información con la que contamos sólo nos permite conocer lo que nosotros mismos queremos o necesitamos, tiene sentido que nos concentremos en proveernos a nosotros mismos las necesidades y preferencias que tengamos.

Nótese que esto abarca ciertamente la valoración de las cosas, en el sentido más amplio. Que uno necesite o prefiera comer vegetales o carne, vestir algo ligero o algo abrigador, trabajar en cosas mecánicas, artísticas o intelectuales, vivir en un ambiente de paredes verdes o amarillas, depende de qué valor le asignemos a cada una de esas opciones.

Organizada la sociedad con un sistema monetario, esos valores podrán siempre –al menos metodológicamente– traducirse a un valor monetario, es decir, a un precio. Que los objetos sean intercambiados a los precios en que los individuos que intervienen en la transacción se pongan de acuerdo es uno de los fundamentos de la economía de mercado, pero ese fundamento se basa en una teoría subjetiva del valor⁶⁷. Esta consiste, pues, como puede fácilmente adivinarse, en que cada individuo valora los objetos de manera diferente –según su distinta necesidad o preferencia respecto de cada objeto– y, por lo tanto, no es posible que ningún objeto en el mercado tenga un valor único, objetivo o correcto, y ni siquiera “justo”.

Los promedios conocidos como “valor de mercado”, obtenidos de la suma de valores pagados por un mismo bien, dividida entre la cantidad de transacciones consideradas, son necesariamente referenciales y no pueden constituir una ortodoxia; es decir, no predicán, ni siquiera por aproximación el valor “verdadero” del objeto, simplemente porque tal valor no existe. No es que sea inaprehensible epistemológicamente –es decir, no es que no se pueda conocer la esencia de las cosas–, sino que el valor no reside en la cosa, sino en las personas que hacen uso o toman provecho –real o potencialmente– de ella. Y ese valor subjetivo sí es epistemológicamente inaprehensible por las razones que anotaba Hayek. El valor no es, pues, intrínseco, sino relacional. Depende de cuántos y quienes quieran –y con qué intensidad– determinada cosa, y de cuánto de esa cosa haya disponible en el mercado. Nótese que la importancia de la escasez del bien, nuevamente, no es objetiva, sino relativa, y relativa a una serie de subjetividades. La escasez de las cosas sólo determinará que su precio aumente si esa escasez genera que un conjunto relevante de potenciales demandantes del bien lo valore más precisamente porque es escaso. Pero si, por ejemplo, en el universo existe tan

sólo un diente humano verde, ese diente no vale más hasta que alguien –subjetivamente– lo valore como rareza. Si eso no sucede, no vale nada aunque sea único.

Ahora bien, la subjetividad del valor como fundamento de una economía de mercado no sólo se limita al resultado de un proceso valorativo, sino que abarca también los estadios intermedios del proceso de valoración. Por tanto, cómo se adopta una decisión de consumo cualquiera es un proceso en el que la subjetividad de la valoración tiene una preponderancia determinante. Es decir, para decidir cuánto vale para alguien un determinado bien, ese individuo previamente valora –también subjetivamente– los atributos que considera relevantes para establecer su valor final. No es necesario que haya de por medio una publicidad comparativa para que esa decisión tenga un alto componente de comparación; esto es, la decisión de consumo involucra una medición subjetiva de los atributos de un bien o servicio que puede perfectamente estar considerando aquellos que pudieran tener sus potenciales sustitutos.

Pero, haya o no comparación de por medio, el elemento que termine determinando una opción de consumo en uno u otro sentido es una decisión soberana del individuo. Puede ser tanto arbitraria como racional. Puede provenir de una remembranza, de una disfunción freudiana, de un estricto análisis de costo o beneficio, o de una simpatía o antipatía identificable a favor o en contra de una persona. Esta no es una mera petición de principio ideológicamente condicionada. Es una de las premisas de la disciplina del marketing y, como tal, tiene su base en constataciones empíricas. Cualquier profesional vinculado al arte o a las ciencias destinadas a vender más, sabe con absoluta certeza que la manera de lograrlo con mayor efectividad es mediante el desarrollo de un vínculo emocional entre el consumidor y el producto o servicio que está a la venta⁶⁸. Cualquier fenómeno de marketing –cualquier marca realmente poderosa– se sustenta en eso. ¿O es que hay algo racional en preferir Coca Cola, usar carteras Louis Vuitton (y pagar su astronómico precio) o zapatillas Nike?

Como quiera que el consumidor no tiene por qué dar cuenta de las razones o sinrazones que lo llevan a tomar una u otra decisión de consumo, no existe agente en el mercado que pueda acaparar, procesar y sistematizar la información que motiva las decisiones de consumo. No se puede establecer, entonces, una “normalidad” objetiva sobre qué elementos es objetivamente prudente o siquiera conveniente tener en consideración para preferir una determinada marca sobre otra.

⁶⁷ GHERSI, Enrique. “Orígenes del Liberalismo”. Lima: Instituto del Ciudadano. 1995. p. 5.

⁶⁸ Ver: ABRAHAM, Jay. “Getting Everything You Can Out of All You’ve Got”. New York: Jay Abraham. 2000.

Por tanto, el valor de la información también es subjetivo. Es por ello que afirmar alegremente –como lo hace el Precedente 2– que sólo la información objetiva y comprobable aporta elementos de juicio valiosos al consumidor, es una temeridad. No sólo resulta ingenuo (porque asume que es posible establecer un estándar único de conveniencias); no sólo resulta falso (porque ignora la realidad de cómo funciona el mercado); resulta además totalitario, porque pretende imponer una centralización (en el Estado, vía la regulación) del poder de definir qué es conveniente y qué no para el consumidor. Por más que se deje nominalmente la decisión final al individuo consumidor, establecer qué criterios pueden ser tomados en cuenta y cuáles no para terminar de llegar a esa decisión es absolutamente contradictorio, y supone una confiscación de al menos parte de esa libertad de decisión.

No es cierto, pues, que la información objetiva sea la única que pueda llevar a una decisión de consumo legítima, o digo menos, eficiente. El Estado no tiene ni legitimidad ni elementos de juicio (información) suficientes para imponer al consumidor el tipo de criterios –si meramente objetivos o arbitrariamente subjetivos– que deben regir su decisión de consumo. Es perfectamente imaginable, y además totalmente legítimo, que un consumidor prefiera una marca cualquiera porque, por ejemplo, un líder de opinión recomienda esa marca, incluso si la recomienda sobre otra, con explícita mención a la otra. En otras palabras, es inobjetable que Maradona, Bill Gates o el Zambo Caverio influyan en un consumidor cualquiera afirmando que “A es más rica que B” y que el consumidor prefiera B sólo porque se identifica –de cualquier inexplicable manera– con ese líder de opinión⁶⁹.

Por tanto, pues, no es consistente políticamente –al menos en una sociedad que se precia de regirse por las leyes del mercado– que el Estado imponga la falsa teoría de que las decisiones de consumo son sólo aceptables (por moralmente buenas o funcionalmente eficientes) si es que están basadas en una comparación objetiva de las opciones de consumo posible. Semejante cosa atenta contra la teoría subjetiva del valor, pilar fundamental del libre mercado, y de la libre competencia.

5.2 El estándar de consumidor razonable

Como estableció Duncan Kennedy⁷⁰, el Derecho privado tiene reglas y estándares. Los estándares son referentes sociológicos que admiten un grado de discrecionalidad en la fijación de su contenido específico al caso concreto. El estándar más conocido en el Derecho Romano Germánico es el estándar del buen padre de familia, metáfora semi abierta que remite al comportamiento ideal que una persona arquetípica, con ciertos valores morales, previsiblemente adoptaría en una situación determinada (imprevista por la regulación o el ordenamiento) teniendo en cuenta su comportamiento habitual en situaciones más previsibles. El buen padre de familia se aplica al Derecho Civil, es decir, a las relaciones entre privados. En otros sub ordenamientos o ámbitos del Derecho, se aplican otros estándares, algunos de los cuales son la extrapolación del estándar del buen padre de familia a relaciones jurídicas de otro tipo. Así, podría decirse que el consumidor razonable es el buen padre de familia en sus relaciones de consumo en un mercado libre y abierto⁷¹. En el Derecho de la Competencia, al consumidor razonable se le opone el estándar del consumidor medio o promedio, que es la idealización de las actitudes de consumo generalizadas en un determinado mercado⁷². El consumidor razonable es el estándar utilizado jurisprudencialmente en los Estados Unidos. El consumidor medio es el que se utiliza más frecuentemente en Europa (muchas veces por mandato legal específico), incluyendo España, cuya legislación publicitaria sirvió de modelo a nuestra ley de publicidad, y en particular al texto original del artículo 8 –Ley 1– que regulaba de manera restrictiva la publicidad comparativa.

La principal diferencia entre el consumidor razonable y el consumidor medio es que el primero supone asumir conductas sistemáticamente diligentes. Precisamente por ser razonable, la aplicación de este estándar supondrá siempre necesariamente descartar la protección de aquellas conductas de consumo que resulten irreflexivas, negligentes, etc. Esto no implica –por cierto– una profesión de fe en torno a que el consumidor –en última instancia, el individuo– actúa siempre racionalmente. Sería un error antropológico

⁶⁹ A esto, Landes y Posner le llaman “capital de prestigio”. Ver sobre este punto: LANDES, William M. y Richard A. POSNER. “El contenido económico del Derecho de Marcas”. En: *Ius et Veritas* 13.1997.

⁷⁰ KENNEDY, Duncan. “Form and Substance in Private Law Adjudication”. *Harvard Law Review* 89. 1976. pp. 1685-1778.

⁷¹ “Todo esto conduce (...) a que el esquema de protección del consumidor se centre en la idea de proteger a consumidores razonables, entendiendo por consumidor razonable a aquel que actúa con la diligencia ordinaria que es esperable en ciertas circunstancias”. Ver: BULLARD, Alfredo. “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Lima: Palestra Editores. 2003. p. 436.

⁷² “Para determinar esta posibilidad de inducción a error habría que tener en cuenta el criterio, en tal sentido, del consumidor medio, un tipo ideal medio de destinatario, incluso distraído, desprevenido o de escasa educación”. Ver: PINO, Manuel. “La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988”. Madrid: Instituto Nacional de Consumo.1991. p. 55.

acoger ciegamente el dogma del racionalismo. La verdadera naturaleza del hombre es a la vez racional y emotiva, y los contornos de una y otra motivación son muchas veces imposibles de distinguir. Pero es un error más grave inferir de la constatación anterior que el ordenamiento debe proteger con un paternalismo originalmente ingenuo, pero que fácilmente se tornará en un despiadado totalitarismo, todos aquellos impulsos de los individuos que no pueden ser canalizados a través de su razón. El individuo debe hacerse responsable de sus propios actos, sean éstos racionales o no (obviamente en el entendido de que el individuo conserva el discernimiento). Por ello, los fundamentos de la economía de mercado presumen metodológicamente la racionalidad del individuo consumidor, pero no la pregonan como dogma de fe. Mal podrían hacerlo si esos fundamentos incluyen, como hemos visto en el punto anterior, la teoría subjetiva del valor, y ésta admite que el consumidor reaccione emocionalmente en la toma de sus decisiones; en tanto que ese emotivismo puede ser ciertamente irracional. La teoría del valor y el estándar del consumidor razonable, entonces, apuntan hacia una filosofía de la responsabilidad individual y a un pluralismo democrático que es escéptico frente a la capacidad del Estado de fijar “lo racional” o “lo bueno” como categorías aplicables en serie a seres humanos distintos entre sí.

La aún incipiente historia del Derecho de la Competencia peruano nos muestra que el INDECOPI, en su conformación inicial estuvo muy inclinado hacia las opciones más “puras” a favor del mercado. De hecho, buena parte de este trabajo versa sobre cómo se extralimitó en ese afán, hasta el punto de interpretar contra su texto el sentido de la Ley 1. Sin embargo, no se extralimitó cuando –casi desde un inicio– decidió resolver los casos de Derecho de la Competencia utilizando el estándar del consumidor razonable⁷³, el cual sigue estando vigente y siendo aplicado –al menos nominalmente⁷⁴– por la agencia de la competencia peruana. La decisión de aplicar este estándar estaba ciertamente dentro de las potestades del Tribunal, y era una manera imaginativa y sensata de alinear la jurisprudencia administrativa en materia de Derecho de la Competencia según patrones que fortalecieran la libertad económica y la competencia, en lugar de debilitarla por un mal entendido proteccionismo⁷⁵. Y es que, si bien la opción política del legislador puede haber presumido la aplicación del estándar del consumidor medio, porque éste suele ser más afín al proteccionismo por el que se optó, las implicaciones no expresas de la ley –a diferencia de su texto expreso– no necesariamente obligan al intérprete, aunque por cierto sí le dan algunos indicios sobre la aplicación más consistente de la norma. Pero si tal consistencia, en este caso por ser proteccionista, merece el rechazo del intérprete, éste puede desacatarla pero únicamente

⁷³ Aunque no se dice expresamente, el caso Liofilizadora del Pacífico –Resolución 052-96-TRI-SDC– es el que en buena cuenta sienta las bases para la sistemática aplicación posterior del estándar del consumidor razonable: “el término ‘superficial’ no puede interpretarse en el sentido de una actitud descuidada o irresponsable del consumidor. La norma no ha querido referirse a que los consumidores actúan de manera totalmente irracional y poco interesada en la información que la publicidad ofrece para la toma de decisiones de mercado. Por el contrario, lo que la norma ha querido significar es que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no lo lee con ojos científicos ni técnicos ni se dirige a verificar y auscultar con detalle y rigor cada una de las afirmaciones e informaciones contenidas en el mismo. Superficial no es, en la norma, sinónimo de descuidado, sino antónimo de profundo. De lo contrario querríamos decir que se debe proteger a consumidores poco racionales o irresponsables en sus decisiones. Ello implicaría un estándar inadecuado que forzaría a la publicidad a ser excesivamente detallista, a la vez de privar al publicista de los elementos subjetivos ligados a su creatividad y a la posibilidad de ejercer persuasión por medios lícitos. El mandato de la norma es pues que no se puede analizar, por ejemplo, la violación del principio de veracidad, con un análisis experto y detallado, ni deteniéndose un tiempo excesivo en leer y analizar el mensaje publicitario, sino de la manera en que lo analizaría un consumidor razonable, puesto ante las circunstancias”.

⁷⁴ Detractores del actual Tribunal del INDECOPI opinan que se ha abolido la utilización del estándar del consumidor razonable mediante resoluciones que tutelan la negligencia del consumidor. Ver: BULLARD, Alfredo. “El inventario antimerca del INDECOPI”. En: Enfoque Derecho 35. Informativo mensual de actualidad jurídica publicado por THEMIS. 2005. Una de ellas sería, por ejemplo, la Resolución 0387-2004 del 25 de agosto de 2004, que faculta a los consumidores a desconocer las cláusulas contractuales que firman cuando éstas, a criterio del INDECOPI, luego se interpreten como una “desnaturalización de sus derechos”, tal como el haber pactado una penalidad por el prepago de un crédito.

⁷⁵ El argumento de que, a falta de un mandato expreso de la ley sobre qué estándar aplicar en Derecho de la Competencia, lo riguroso hubiera sido el estándar del consumidor medio porque así lo manda el ordenamiento conceptualmente más próximo –el de Propiedad Intelectual– se desmorona con un simple análisis de los fines que el estándar de consumidor tiene en uno y otro ordenamiento: en propiedad intelectual el estándar de consumidor sirve para determinar el grado de confundibilidad de los signos distintivos, que tiene que ser valorado en términos sociológicos –es decir, en la realidad social específica– para dar una protección efectiva a una titularidad excluyente o derecho de propiedad (intelectual), de manera que si el consumidor medio es muy negligente eso sólo deriva en una mayor protección de la propiedad frente al riesgo de confusión. En el Derecho de la Competencia, en cambio, lo que está en juego es la libre y leal competencia como sistema, de manera que si la negligencia del consumidor medio mereciera tutela legal, ello acarrearía la imposibilidad de los proveedores y consumidores de llevar a cabo una serie de conductas legítimas y diligentes (y, eventualmente, sanamente agresivas), con lo cual la libre y leal competencia no se beneficiaría, sino que se perjudicaría porque se impediría el dinamismo del mercado, que se tornaría lerdo e ineficiente.

hasta donde el texto expreso de la ley lo permita. De hecho, el INDECOPI, en su primera conformación, lo hizo así con éxito varias veces⁷⁶, y otras –como en la elaboración del Precedente 1– extralimitándose en sus competencias.

Sin embargo, es necesario anotar que la decisión de aplicar el estándar del consumidor razonable implicaba al menos una cierta disonancia cultural, desde que el ordenamiento peruano –calco del español– no estaba diseñado, al menos en su literalidad, para la aplicación de ese estándar, sino más bien para aplicar el del consumidor medio. Y es que el consumidor medio como estándar va de la mano con una concepción proteccionista y reguladora, que se expresa en otras formas de intervencionismo presentes en nuestro ordenamiento de la competencia, entre ellos en el texto original del artículo que regula la publicidad comparativa. En efecto, la Ley 1 –que exige la objetividad en la comparación publicitaria– comparte la concepción proteccionista del estándar del consumidor medio, y presume que el consumidor necesita ser protegido de su propia subjetividad. Es decir, ambos conceptos están destinados a proteger al consumidor de sí mismo, y no sólo de un maniqueamente abusivo anunciante. Se considera, pues, que si dicho anunciante induce al consumidor a tomar una decisión de consumo sobre la base de una comparación que, por ser subjetiva, exalta emotividades

–las del consumidor, no las del anunciante– le está infligiendo un daño, que debe ser proscrito. Nótese que el presunto daño proviene del mismo consumidor, el anunciante sólo lo induce. Esto denota una ausencia absoluta de fe en la libertad del individuo, y en su capacidad de hacerse responsable de sus propios actos y decisiones.

El estándar del consumidor razonable, en cambio, sí implica fe en la libertad y la responsabilidad de los individuos. En la misma tendencia se inserta la liberalización de la comparación subjetiva en la publicidad. No en vano, ambos conceptos suelen convivir, por ejemplo en el ordenamiento norteamericano, mientras que consumidor medio y prohibición de la comparación publicitaria subjetiva suelen también ir de la mano.

Un ordenamiento filosóficamente consistente, pues, con los auténticos principios del libre mercado, acoge el estándar del consumidor razonable porque es el que promueve una cultura de responsabilidad y de libertad, en oposición a una del proteccionismo totalitario. Por tanto, un Derecho de la Competencia moderno y sustentado en una teoría política favorable al libre mercado debería estar en la línea de la aplicación del estándar del consumidor razonable. Sin embargo, ese estándar era poco compatible con el texto de la Ley 1, que al prohibir

⁷⁶ Así, por ejemplo, en el precedente que estableció las bases de la aplicación del estándar del consumidor razonable (Ver nota 73 *supra*), el Tribunal emprendió con éxito una adecuación del texto de la ley interpretándolo, sin contradecir su texto expreso de manera más compatible con el libre mercado. Así, en ese precedente se analiza el tema del análisis superficial del anuncio, tal como lo regula el artículo 2 del Decreto Legislativo 691, y cuyo texto parece pensado más bien en la línea de la tutela de un consumidor medio (“Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario. Las normas se aplican a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros”). El precedente, en este caso sin tergiversar el texto expreso de la norma –que tiene una literalidad suficientemente abierta y dúctil–, interpreta el artículo 2 de tal manera, que lo convierte en compatible con el estándar del consumidor razonable, al señalar que “el término ‘superficial’ no puede interpretarse en el sentido de una actitud descuidada o irresponsable del consumidor”. Otro ejemplo, es el que se produjo cuando el primer Tribunal interpretó los alcances del ámbito de protección de la ley de protección al consumidor (Decreto Legislativo 716). En ese caso, la norma establecía que sus disposiciones tuitivas se aplican sólo a los consumidores finales. El Tribunal interpretó, contra la corriente dominante en Europa, que eso excluía a todas las personas jurídicas o empresas, incluso cuando su relación de consumo en el caso específico no se relacionara con el giro del negocio; es decir, cuando no supusiera la adquisición de bienes y servicios para ser transformados directamente en el proceso productivo a que se dedicara el comerciante o empresa adquiriente del bien o servicio (por ejemplo, empresa productora de fibra de aluminio que compra papel higiénico para sus oficinas: lo usa pero no lo transforma). En efecto, el Tribunal interpretó que es consumidor final aquel que utiliza el bien o servicio en su ámbito personal, familiar o de su entorno social inmediato. Ver: Resolución 101-1996-TDC del 18 de diciembre de 1996. El criterio antes citado ha sido sustituido por un nuevo precedente que sí tutela a las personas jurídicas en sus relaciones de consumo, cuando se trata de empresas sin una fuerte posición de negociación, por tener escaso poder económico: “Las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo y, por tanto, son considerados como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores”. Ver: Resolución 0422-2004-TDC del 3 de octubre de 2004. Sin embargo, la lógica del primer precedente –que excluía a toda empresa– era consistente desde un punto de vista sistemático en la utilización de estándares de diligencia. Así, si el consumidor razonable es el buen padre de familia convertido en consumidor, el ordenado comerciante –estándar aplicable en Derecho Mercantil a todo empresario o comerciante– es un estándar más elevado. No es equivalente al buen padre de familia en tanto que empresario; el Derecho exige al comerciante mayor diligencia en el mercado –en las relaciones entre comerciantes– que la que puede exigir a un civil en sus relaciones familiares. Tenemos entonces, que todo proveedor (incluidos los anunciantes) se rigen por el estándar del ordenado comerciante, en todas sus relaciones mercantiles, incluso en aquellas, como la del ejemplo, en las que adquieren bienes y servicios sin el ánimo de transformarlos. La diligencia exigible, pues, es una que los obliga a superar cualquier asimetría informativa, para tomar la decisión más eficiente por sus propios medios, pues se presume que tienen incentivos para vencer por su cuenta dicha asimetría: por eso se involucraron en el comercio y la empresa. Cuando se les protege como consumidores finales para efectos de la ley de protección al consumidor, hay que juzgarlos con el estándar del consumidor razonable, que es un estándar menos exigente que el del ordenado comerciante. Tenemos, entonces, empresarios que deben actuar como ordenados comerciantes en ciertos casos, pero como consumidores razonables en otros. Es decir, admitiríamos que pueden ser menos que eficientes –sólo razonables– en determinadas relaciones mercantiles, lo cual no tiene mayor asidero desde un punto de vista de política legislativa. También tenemos que empresarios contratan con empresarios a los que se exige menos diligencia. Por tanto, la restricción del ámbito del alcance del concepto de consumidor final excluyendo a empresarios, fue un acierto interpretativo del Tribunal de INDECOPI en su conformación original. Su sustitución por el actual Tribunal es lamentable.

la subjetividad en la comparación publicitaria, trataba al consumidor como un irresponsable. Por ello, la modificación introducida por la Ley 2 que liberaliza la publicidad comparativa aboliendo la prohibición de la subjetividad en ella, compatibilizó el texto de la norma con el estándar del consumidor razonable vigente en la jurisprudencia interpretativa de todo el ordenamiento del Derecho de la Competencia peruano.

5.3 Teoría de la regulación e incentivos regulatorios

La intervención del Estado en la economía, manifestada e instrumentalizada a través de la regulación, siempre limita la fuerza libérrima de la iniciativa privada. En la medida en que se admita que algún grado de intervención estatal resulta necesario, cierta limitación al dogma de la autonomía privada será también necesaria. Sin embargo, tal necesidad no es discrecional: no depende de la simple voluntad de un burócrata, ni de un grupo de políticos, sino que debe sustentarse en una necesidad concreta, con beneficiarios concretos, y con una medición concreta de los beneficios que ellos obtienen a cambio del costo de limitar ciertas libertades de otros; y en el entendido de que –en el agregado– tales beneficios son superiores a los costos agregados.

La regulación de la publicidad comparativa –en concreto la exigencia de que ésta sea objetiva– no responde a ninguna necesidad regulatoria real, sino a perversos incentivos existentes en el sistema jurídico, político y legislativo. Como se sabe, en una economía de mercado –sistema económico vigente en toda la modernidad occidental– la intervención estatal es excepcional y debe estar justificada en cada caso con suficiente teoría económica y demostraciones empíricas como para demostrar que la falta de intervención genera un resultado indeseable. En otras palabras, antes de regular es necesario haber probado que, librada la situación a la espontaneidad de las fuerzas del mercado, el resultado natural sin regulación es indeseable por ineficiente o injusto, entendiendo “injusto” como una generalizada afectación ilegítima a la dignidad de las personas tal como dicha dignidad se encarna en sus derechos fundamentales; y no como la mera constatación de una desigualdad material cualquiera⁷⁷.

Esto, se conoce como teoría de las fallas del mercado⁷⁸. Es decir, cuando el mercado espontáneamente falla en lograr un bienestar agregado –en el sentido más amplio– se produce una falla de mercado que podría ser subsanada mediante una intervención estatal o regulación, siempre y cuando en su implementación no se produzca o verifique, a su vez, una falla del Estado; es decir, alguna condición que determine que la solución regulatoria no resuelva la falla de mercado, o la agrave.

Quienes defienden la regulación específica de la publicidad comparativa, en la forma de la exigencia de su carácter objetivo o comprobable, no han demostrado que la subjetividad en la comparación publicitaria genere algún tipo de falla de mercado, ni mucho menos que la exigencia de la objetividad revierta la situación a una de bienestar generalizado. En efecto, como se desprende del Precedente 2, los argumentos que sustentarían la opción de la exigencia legal de objetividad en la publicidad comparativa se limitan a señalar que las comparaciones subjetivas en publicidad son necesariamente desleales o engañosas. Sin embargo, dicho razonamiento no resiste el menor análisis, porque se puede comparar subjetivamente sin denigrar (salvo que se considere denigrante la sola mención, por un rezago mercantilista, como se verá más adelante), y sin engañar.

Una típica falla de mercado que muchas regulaciones –y en especial las regulaciones propias del Derecho de la Competencia– buscan combatir es la asimetría informativa; esto es, la distribución desigual entre proveedor y usuario –o anunciante y consumidor en el caso de la publicidad– de la información necesaria para la toma de una decisión de consumo. Pues bien, la asimetría informativa desaparece con la regulación publicitaria genérica. Ella está destinada a neutralizarla. Por ello exige, por ejemplo, que toda publicidad sea veraz, es decir, que no sea engañosa.

Sin embargo, cuando las apreciaciones publicitarias en general (no sólo las comparativas) son subjetivas, la regulación no puede exigir veracidad, porque no existe verdad, no se predica ni verdad ni mentira, sólo se dan opiniones⁷⁹. Es decir, no hay asimetría informativa posible. Si, como ha quedado dicho, las opiniones son

⁷⁷ Sino, eventualmente, como una desigualdad material tan grave que atenta contra la dignidad de las personas, porque priva a un grupo de ellas –por ejemplo– de un mínimo de oportunidades necesario para su realización humana más elemental. Sería el caso, por ejemplo, de una discriminación en razón de raza.

⁷⁸ Para un resumen elemental de la teoría, véase ESCAFFI, José Luis. “Para reformar el Estado, empezar desde abajo”. En: Perú Económico 2. Volumen XXII. Lima. 2004. p. 17.

⁷⁹ Así lo estableció acertadamente, y sin exceder el texto de la ley, el precedente contenido en la Resolución 014-97-TDC, emitido por el Tribunal del INDECOPI con fecha 17 de enero de 1997, es decir, mientras contaba con similar composición que cuando expidió el Precedente 1 materia de este trabajo. Sin embargo, dicho precedente ha sido confusamente reinterpretado por la Resolución 0901 de fecha 7 de diciembre de 2004, expedida por el Tribunal con su más reciente composición.

subjetivas, y son además métodos legítimos y muchas veces eficientes para la toma de decisiones económicas y de consumo, no hay falla de mercado que la regulación pueda subsanar exigiendo que las opiniones queden prohibidas. Ahora bien, si no resultara convincente el argumento de que frente a la información de naturaleza subjetiva no existe asimetría informativa, y se asumiera que la incapacidad de conocer si es que es cierta o falsa la opinión subjetiva sí constituye una asimetría informativa, y por tanto una falla de mercado, habría que concluir necesariamente que esa falla de mercado no tiene solución posible vía una intervención estatal y, en consecuencia, que cualquier intento de remediarla generaría una falla del Estado. Ello puesto que –hasta que no pueda descifrar con absoluta certeza los sentimientos y pensamientos no expresados de las personas– el Estado no tiene cómo intervenir para lograr garantizar que se revierta tal asimetría informativa, es decir, para conseguir que el pensamiento o sentimiento subjetivo no expresado por el anunciante o cualquiera de sus agentes pueda ser transmitido a los consumidores. A falta de una solución de esa naturaleza, cualquier sucedáneo resulta ineficaz, por generar un mayor costo de oportunidad. Una intervención regulatoria en forma de prohibición de todas las subjetividades en la publicidad de cualquier tipo –comparativa o no– sería la única regulación imaginable, pero sería por cierto más gravosa que la alegada asimetría.

Es impensable, pues, un mundo en el que la publicidad no pudiera recurrir a opiniones subjetivas con el ánimo de convencer a más potenciales consumidores. Un mundo semejante sería uno de los totalitarismos económicos más severos imaginables, en el que los proveedores estarían condenados a convencer de las bondades de sus productos con afirmaciones mensurables, y los consumidores estarían condenados a andar midiendo atributos de cada producto o servicio antes de decidir adquirirlo; pues no tendrían incentivos de otro tipo –subjetivos: simpatías, lealtad de marca, seguimiento de líderes de opinión– para hacerlo. Además de ser los consumidores menos libres, la economía sería mucho más estática, menos dinámica, porque toda creatividad publicitaria –que apele a la subjetividad– quedaría proscrita. No es, pues, imaginable una economía donde la subjetividad quede desterrada de la publicidad. Eso demuestra que, en el mundo publicitario la mera subjetividad no constituye una asimetría informativa. En el mundo de las subjetividades no es posible, más bien, pensar en términos de simetría porque nada es más asimétrico –precisamente por variable– que las opiniones o valoraciones de tipo subjetivo.

Si ésta es una verdad indiscutible para la publicidad en general, no es posible justificar por qué cuando la

publicidad compara productos o servicios esa misma subjetividad podría devenir, mutando su naturaleza, en una asimetría informativa que constituya una falla de mercado y justifique una regulación de tipo imperativo como la que se propugnaba instituir con la Ley 1 y el Precedente 2.

Lo que sucede en realidad, es que la defensa de la regulación de la publicidad comparativa (en términos de objetividad) está teñida de un prejuicio regulatorio que presume como una falla de mercado toda aquella coyuntura que se aleja de una situación de competencia perfecta. Como se sabe, existen dos modelos teóricos de competencia, el modelo de competencia perfecta, y el modelo de competencia imperfecta. La competencia perfecta, que rara vez se verifica en algún mercado, se caracteriza a grandes rasgos por los siguientes elementos: (i) libertad irrestricta de acceso al mercado, (ii) atomismo del mercado; vale decir, pluralidad de proveedores y ausencia de concentración económica; (iii) homogeneidad de los productos o servicios que se ofrecen, los cuales son fungibles o sustitutos entre sí; (iv) ausencia de un poder de control de precios; es decir, ningún agente tiene posición de dominio del mercado; (v) transparencia del mercado, es decir, toda la información relevante es conocida por todos los agentes interesados; (vi) movilidad o transferibilidad de los factores de producción; y (vii) maximización de beneficios por parte de los consumidores y proveedores. Por su parte, el modelo de competencia imperfecta –que es el que con mayor frecuencia se verifica en los mercados efectivamente– se caracteriza por las siguientes características: (i) la libertad no es irrestricta; hay barreras de acceso al mercado y posiciones de dominio que limitan la actuación de algunos agentes, en particular los ingresantes; (ii) hay concentraciones de empresas: el mercado no está atomizado en un número infinito de proveedores y consumidores; (iii) los productos y servicios no son fungibles: son distintos y diferenciables, de manera que cualquier elección siempre genera un costo de oportunidad; y (iv) no todos los agentes económicos están en igualdad de condiciones, incluyendo el acceso a información (es decir, hay asimetría informativa y no transparencia).

La experiencia nos dice que la mejor regulación es la que no pretende alcanzar un estadio artificial de competencia perfecta, sino la que intenta revertir aquellas fallas de mercado que son reversibles a menor costo que el beneficio que la regulación es capaz de generar. Es decir, una regulación puede ser óptima incluso cuando no permita alcanzar una situación similar a la de una competencia perfecta, si alcanzar cada uno de los elementos constitutivos de ese modelo tiene un costo de oportunidad superior a los beneficios que genera la regulación. De lo cual se desprende que

la ausencia de todos los elementos constitutivos de una competencia perfecta no necesariamente constituyen fallas de mercado; o, al menos, no unas que merezcan regulación.

Pretender que la información que se utilice para tomar decisiones de consumo sea exclusivamente aquella de carácter objetivo –como lo hacen la Ley 1 y el Precedente 2– es una ingenua añoranza de una absoluta transparencia en el mercado, es decir, de uno de los elementos del modelo de competencia perfecta. Parece razonable concluir que esta regulación, entonces, se sustenta al menos en parte en la idea de que una competencia que se sustente en la toma de decisiones subjetivas es imperfecta hasta el punto de constituir una falla de mercado que debe ser subsanada, a cualquier precio, a través de una regulación que excluya la subjetividad de la publicidad, o al menos de la publicidad comparativa. Sin embargo, como hemos visto líneas arriba, semejante pretensión resulta a todas luces vana, desde que su costo es imposible de asumir por una economía de mercado bien entendida.

¿Qué es lo que motiva, entonces, esa falaz filosofía política que identifica el objetivo de toda regulación económica con la consecución de los elementos propios de un modelo de competencia perfecta? En mi opinión la respuesta podría estar en los incentivos regulatorios existentes en un modelo legislativo romano germánico como el peruano. Si asumimos, como lo hace la escuela del Public Choice, que los tomadores de decisiones políticas son también agentes maximizadores de beneficios⁸⁰ que actúan en interés propio (al menos parcialmente) y no exclusivamente en interés de la comunidad –como asume dogmáticamente la teoría política convencional– tenemos que los diseñadores de políticas públicas y los legisladores toman decisiones (que tienen consecuencias colectivas) con miras a obtener beneficios propios. En sistemas como el nuestro, los legisladores y los reguladores suelen ser abogados, y a los abogados les conviene la regulación; es decir, sistemas normativos que establezcan –utilizando la nomenclatura de Calabresi y Melamed, desarrollada con más detalle por Rose-Ackermann⁸¹– inalienabilidades que afectan las condiciones de los bienes en el mercado; esto es, que

restringen pero no impiden absolutamente su enajenación. En otras palabras, inalienabilidades “vencibles” cumplidos ciertos requisitos legales. Tales requisitos legales exigen necesariamente la intervención de abogados para su cumplimiento y acreditación legal. Si se tratara de inalienabilidades absolutas, aquellas que simplemente prohíben determinadas conductas sin que quepa procedimiento de validación alguno, los abogados no obtienen ningún beneficio. Por ello, los ordenamientos que son diseñados por abogados son típicamente regulatorios, antes que prohibitivos; de otra manera los legisladores y reguladores no tendrían cómo beneficiarse en tanto categoría de su propia intervención en la vida pública, a menos que incurrieran en abierta corrupción (supuesto que no estamos considerando en este análisis). Esta teoría puede verificarse claramente en el caso del control administrativo de fusiones y adquisiciones. La principal beneficiaria de tal sistema es la casta de abogados y economistas, pero sobre todo abogados, que dedicará su tiempo a tratar de encontrar la fórmula legal que permita a sus clientes evadir las vallas superables que la ley impone para la concentración de su poder económico. Poco más o menos sucede con buena parte del Derecho Tributario, Laboral, Administrativo, de Mercado de Valores, de la Competencia, y en general, de todos aquellos subordenamientos legales que se caracterizan por leyes imperativas que establecen prohibiciones relativas o inalienabilidades superables⁸². Sin duda, es lo que sucede con la regulación de la publicidad comparativa entendida como la exigencia de que ésta sea objetiva y comprobable. El cumplimiento de ese requisito cada vez que un potencial cliente quiera emprender una publicidad comparativa contra sus competidores, asegurará a los abogados largas horas facturables de análisis legales, semióticos, lingüísticos, interpretaciones, alternativas, etc. hasta que el cliente encuentre la versión más agresiva posible que no llegue a contravenir la prohibición expresa que la regulación sobre la materia establecía (como lo hacía la Ley 1) o establece en la actualidad (como ilegítimamente se ha impuesto a través del Precedente 2). También generará a los abogados-reguladores que, por ejemplo, trabajen en INDECOPI, largas horas de análisis para la resolución de los muchos casos que sobre la materia se puedan presentar.

⁸⁰ La escuela del Public Choice “tiene por objeto explicar los complejos elementos que se presentan en los procesos de elaboración de normas por parte de la administración pública, entendida ésta de la manera más general”, para lo cual aplica el análisis económico del Derecho y asume que los políticos y los burócratas constituyen grupos de interés que buscan maximizar beneficios. Ver: REBAZA, Alberto. “El Régimen Económico en una Constitución: ¿solución o fuente de conflictos?”. En: *Ius et Veritas* 7. 1993. p. 58.

⁸¹ CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”. En: *Harvard Law Review* 85. 1972. p. 1089 –traducido al español en THEMIS-Revista de Derecho 21. 1992. p. 63– y el desarrollo posterior de esta teoría que realizó ROSE-ACKERMAN, Susan. “Symposium on Law and Economics: Inalienability and the Theory of Property Rights”. En: *Columbia Law Review* 85. 1985. pp. 931-935.

⁸² El notable jurista norteamericano Richard Epstein sugiere una lógica parecida para analizar los incentivos presentes en quienes diseñan normas o establecen costumbres jurídicas exigibles. Según Epstein cuando un rey absoluto regula el arrendamiento, tiene los incentivos para favorecer al propietario, pues él mismo nunca será arrendatario. Con similar lógica, podríamos decir que el abogado-congresista tiene incentivos para regular de tal forma que genere la necesidad de sus servicios abogadiles. Ver: EPSTEIN, Richard A. “Principios para una sociedad libre”. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2003. pp. 62-63.

5.4. Superar el rezago mercantilista

No es casual que, como ha quedado dicho líneas arriba, el tratamiento normativo de la publicidad comparativa siga un derrotero hacia la liberalización. No se trata de un mero capricho ideológico, ni siquiera es un fenómeno que se agote en la búsqueda de una mayor eficiencia ni de un mayor desarrollo económico, incluso cuando – como hemos visto– éstos constituyen una consecuencia previsible de la liberalización. Dicha liberalización es un imperativo de la historia económica; y para ser más preciso de la historia de la competencia y la regulación. En efecto, ésta última tiende históricamente hacia la identificación del modelo regulatorio con los intereses agregados de los consumidores, bajo el entendido de que una mayor competencia –y una competencia más agresiva– favorece principalmente al consumidor individualizado, y mediante un agregado de beneficios netos, al sistema de libre competencia y a la colectividad en general⁸³.

Sin embargo, el modelo que exige objetividad a la publicidad comparativa establece una limitación a esa sana agresividad competitiva. Al hacerlo, no es posible identificar –a diferencia de lo que sin fundamento convincente alguno sostiene con errático dogmatismo el Precedente 2– beneficio alguno para el consumidor. Por el contrario, se restringe su libertad de elección, y la diversidad de motivos que legítimamente podrían conducirlo a tomar una decisión de consumo. En realidad, el verdadero beneficiado con este modelo es aquél que resulta protegido directamente por él; a saber, quien se sustrae de la posibilidad de verse afectado por una publicidad agresiva (pero leal y honesta). Es evidente que en tal posición solamente está un proveedor potencialmente comparado. ¿Quién se beneficia entonces? Aquel que –en situación de libertad– sería objeto de comparación, y ese no es otro que el competidor dominante. En otras palabras, quien tiene una posición preferente, que podría llegar incluso a ser de dominio, en el mercado es el natural referente de la publicidad comparativa. Los proveedores que acceden al mercado necesitan diferenciarse para captar las preferencias y la publicidad comparativa es una excelente manera de diferenciarse, porque la comparación de dos objetos cualesquiera pone sobre el tapete las similitudes y diferencias entre éstos, y al hacerlas explícitas y coetáneas, genera una mayor recordación de las diferencias, en la medida en que las similitudes se asocian naturalmente como características del género, y las

diferencias específicas como atributos de la especie, que en este caso viene a ser la marca del anunciante⁸⁴. Resulta entonces, que las restricciones a la comparación publicitaria lo que hacen es proteger al que goza de una posición privilegiada en el mercado, dándole una inmunidad relativa a sus eventuales carencias, desventajas o aspectos en donde tienen menores fortalezas, que son las características que el anunciante agresivo y con menor poder de mercado, tendería a atacar vía una comparación publicitaria.

Visto lo anterior, podemos concluir que la exigencia de objetividad en la publicidad comparativa es un intervencionismo con rezagos de un modelo regulatorio profesional; y de una ideología mercantilista de la economía. En efecto, como se sabe, en la historia de la regulación económica de la competencia académicamente se conocen tres etapas: el modelo (paleo) liberal, el modelo profesional, y el modelo social. Lo característico del segundo modelo es su inclinación hacia la defensa y protección de los intereses de los proveedores o empresarios, antes que sobre los de los consumidores (a los que tutela el modelo social). El modelo profesional, pues, tiene fuertes raíces mercantilistas, entendiendo mercantilismo en sentido político como el sistema que utiliza el poder constituido para favorecer el interés privado de los proveedores de bienes⁸⁵; e históricamente como el estadio inmediatamente anterior al capitalismo (es decir, un pre capitalismo), el cual se caracteriza por una economía fundamentalmente movida por el sector privado, pero en ausencia de competencia efectiva, y en el cual la iniciativa económica no es un derecho universal, sino un privilegio concedido y regulado por estrictas normas o convenios.

Una economía mercantilista típicamente estaba organizada en gremios de profesionales dedicados a una misma actividad. Estos gremios constituían lo que hoy conocemos como carteles; es decir, organizaciones horizontales de fijación de todo tipo de estándares aplicables a una rama de la producción o prestación de servicios. Tales estándares establecían reglas claras, inflexibles e inquebrantables que restringían el acceso a los mercados (típicamente, haciéndolo hereditario ya sea por vínculos biológicos o educativos); y repartían la clientela. Ambas regulaciones, como es evidente, constituyen la anti-competencia más desenfadada. Así pues, en este esquema, la idea de competir por las

⁸³ MOSCHEL, Wernhard. "Fines de protección de un Derecho de la Competencia". En: THEMIS-Revista de Derecho 36. 1997. p. 7.

⁸⁴ Incluso si la publicidad comparativa es indirecta (género versus producto), como en el "anuncio Camerino", al menos un producto o servicio –el del anunciante– es siempre identificado con toda especificidad, vale decir, con identificación expresa de su marca.

⁸⁵ A quienes, en este contexto, sería incorrecto llamar empresarios, pues en esta etapa no emprenden negocios, en la medida en que están protegidos por la fuerza imperativa, que los sustrae del riesgo competitivo naturalmente consustancial a una efectiva competencia desprovista de protecciones mercantiles.

preferencias de los consumidores o clientes, resulta impertinente. La cartera de clientes es vista casi como un derecho real, como una titularidad estática, en el sentido de que no cambia, y excluyente. El comerciante o profesional agremiado puede excluir a todos los demás agentes económicos del acceso a esa clientela. Y, si los proveedores no compiten entre sí por los clientes, naturalmente no pueden siquiera mencionar, frente a esos clientes, a sus colegas proveedores, o a los productos o servicios brindados por éstos. Asimismo, no pueden mencionar su propio negocio a los clientes de sus colegas, porque semejante mención podría desviar las preferencias de esos clientes hacia su negocio. La ausencia de competencia, pues, hace innecesaria, pero además desleal, la publicidad misma. Por eso, en un sistema mercantilista, no hay publicidad; y mucho menos una publicidad agresiva, como es la publicidad comparativa. Menos aun, una publicidad comparativa subjetiva.

Los procesos sociales, y entre ellos los económicos, no se producen de manera absoluta y uniforme. Es por ello que en la modernidad abundan los ejemplos de epígonos del mercantilismo antes descrito. Es el caso, por ejemplo, de diversos gremios o sindicatos laborales o mercantiles (en el Perú, hasta hace poco, los estibadores o los agentes bursátiles) en los cuales el derecho al puesto es hereditario. Pues bien, la inmoralidad de mencionar al competidor, y la inmoralidad agravada de mencionarlo en términos subjetivos –es decir, arbitrarios, no comprobables– es igualmente un epígono mercantilista; un rezago de esa prohibición de hablar de los colegas frente a los potenciales clientes de uno u otro, bajo la premisa de que no es necesario hacerlo porque eso puede tener el efecto –indeseable bajo el mercantilismo, pero absolutamente querido en una economía de mercado– de desviar las preferencias del consumidor, y que éste cambie de proveedor. La moral mercantil que determina que sea poco leal hablar del competidor –y en eso consiste la publicidad comparativa– obedece entonces a una lógica económica absolutamente superada. Por tanto, hay que superar también el epígono de esa lógica, que es la idea de que la comparación publicitaria debe estar restringida a su mínima expresión, y debe ser por tanto necesariamente objetiva, es decir, comprobable, meramente informativa en el sentido más riguroso de la palabra.

A pesar de todas las consideraciones anteriores, y desconociendo la evolución normativa, el segundo Tribunal expidió el Precedente 2, que contiene los vicios metodológicos del Precedente 1 (interpreta la ley contra su sentido) pero, a diferencia de éste, ni siquiera tiene una motivación atendible –como sería generar un

mercado más dinámico ampliando la libertad publicitaria–, sino que busca restringir derechos ciudadanos e involucionar normativamente hacia un injustificado regulacionismo. El Tribunal actual pretende volver a ilegalizar la subjetividad en la publicidad comparativa aduciendo que las comparaciones subjetivas no le aportan al consumidor información valiosa alguna para su decisión de consumo. Pero, ¿quién ha nombrado a dicho Tribunal árbitro de la información que los consumidores deben tomar en cuenta para decidir sus compras? Si ya la Ley 2 había reconocido el derecho de los anunciantes a comparar subjetivamente –y por implicación, el de los consumidores a decidir, arbitrariamente si querían, por qué preferir un producto o servicio sobre otro–, resulta claro que el segundo Tribunal perpetró –al igual que el primero– una inaceptable usurpación de la decisión política que correspondía al legislador.

VI. CONCLUSIÓN

Desde los albores de la humanidad hasta el advenimiento de la edad moderna –que, como se sabe, no es un proceso sociocultural uniforme– el mito del eterno retorno ha sido parte del inconsciente colectivo de muchas culturas y sociedades. Según ese mito, la historia no es lineal y progresiva –como en la mentalidad moderna–, sino circular, de manera que los fenómenos históricos siempre se repiten aunque enmarcados en coyunturas distintas. Ese proceso, propio de las culturas primitivas, describe bastante bien lo que ha ocurrido con el régimen de publicidad comparativa en el Perú. En este artículo se ha descrito y comentado la historia de la interpretación que han merecido los dos sucesivos regímenes de publicidad comparativa en el Perú, contradictorios entre sí, tanto desde el punto de vista metodológico como sustantivo. Hemos concluido que la ley prohibía la publicidad comparativa y a pesar de ello fue interpretada como si no la prohibiera. Posteriormente fue modificada, para ya no prohibirla, y sin embargo, recientemente el Tribunal del INDECOPI ha pretendido restituir, por la espuria vía de la interpretación *contra legem*, esa prohibición. Hemos concluido, también, que la opción más compatible con un sano libre mercado, es aquella que permite la subjetividad en la publicidad comparativa.

Si la historia comenzó con una mala ley que se trató de tergiversar para bien, ha terminado en un escenario peor: con una ley buena que se tergiversa para mal. Queda pendiente, entonces, que el nefasto Precedente 2 sea revisado y revocado, y la sana libertad de comparar subjetivamente, restituida a nuestro ordenamiento.

MODELOS Y FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*

Stefano Rodotà**

El presente artículo aborda con claridad y en forma sucinta los diferentes estadios por los que ha pasado la responsabilidad civil. El reconocido autor italiano pone especial énfasis en las funciones perseguidas y cómo éstas están intrínsecamente relacionadas a un contexto social.

Sin duda, el artículo brinda un interesante panorama general con consideraciones que trascienden al Derecho comunitario.

* El presente artículo fue originalmente publicado en Rivista critica del diritto privato 3, Nápoles, 1984, bajo el título: "Modelli e funzioni della responsabilità civile". La traducción, autorizada por el autor, fue realizada por Leysser L. León. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Particular de Chiclayo. Doctorando en Derecho Civil en la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia). A quien agradecemos por la gentil cesión para la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho.

** Profesor ordinario de Derecho Civil en la Università di Roma La Sapienza. Ex Presidente de la Autoridad italiana para la Protección de los Datos Personales.

1. ¿CUÁL CRISIS?

Una reflexión general y actual sobre las perspectivas del sistema de la responsabilidad civil obliga, entre otras cosas, a responder una pregunta y a arriesgar una predicción. La pregunta se puede formular en estos términos: ¿a qué razones se debe que la palabra “crisis” se repita tan frecuentemente, desde hace treinta años por lo menos, en una parte considerable de la bibliografía sobre la responsabilidad civil? La predicción, a su vez, atañe a dos cuestiones: el área en la cual se realizará predominantemente la función del sistema de la responsabilidad civil en el período sucesivo y las bases teóricas que acompañarán el destino del sistema.

Si dirigimos nuestra mirada hacia el pasado –para estudiar, justamente, el problema de la “crisis”– resulta evidente, de inmediato, que este término ha sido adoptado para identificar situaciones del todo distintas. Hasta el decenio 1960-1970, especialmente en los ordenamientos europeos continentales (como el francés) –donde la responsabilidad civil ocupaba un lugar de gran importancia cultural y práctica, al mismo tiempo– la palabra “crisis” aparecía con no menos frecuencia que otras, como “declive” y “muerte”; estos términos permitían vislumbrar una inexorable etapa de receso, en cuyo transcurso las funciones típicamente cumplidas por el sistema de la responsabilidad civil iban a ser absorbidas, poco a poco, por distintas técnicas socio-institucionales, como aquellas propuestas por el sistema de los seguros privados y por la seguridad social. Todo ello reflejaba una actitud reduccionista, imputable a muchos estudiosos de las instituciones del Derecho privado, a las cuales se atribuía un ámbito operativo cada vez más restringido y confinado a la administración de una “microconflictualidad” muy irrelevante en el nivel social y económico.

Hoy, cuando se habla de “crisis” se hace referencia a una situación completamente diversa. La responsabilidad civil ha logrado expandirse a áreas en las cuales ella era inconcebible antes: la crisis consiste en una “sobreabundancia”, determinada por un exceso de *inputs* –según se dice–, la cual habría hecho que la institución pierda su fisonomía unitaria, orientándola hacia funciones incompatibles con su naturaleza y con la normativa que la regula. Más que una institución jurídica digna de reconocimiento, la responsabilidad civil habría pasado a convertirse en una verdadera ideología jurídica, que invade las más variadas zonas del sistema jurídico, y que es capaz de determinar una distorsión de este último.

Ante una vitalidad que se presenta tan incontenible, parecería contradictorio hablar de “crisis”. Es en este

punto, en efecto, donde el examen se enlaza con la predicción (o con lo que nos espera). Y se aprecia, precisamente, que una expansión tan marcada no puede ser sostenida por la propia estructura de la institución, la cual, en un momento u otro, no soportará el peso de las múltiples funciones que le han sido impuestas, y tendrá que ser objeto, entonces, de una nueva expansión.

Como es obvio, tal predicción se deriva de un juicio negativo sobre la invocación de las técnicas de la responsabilidad civil, –por parte de los tribunales, especialmente– frente a una serie de situaciones que se caracterizan por conllevar demandas de reconocimiento de nuevos intereses o de solución de conflictos sociales que son irreductibles a los esquemas conocidos. De este juicio negativo nace una expectativa para que la invocación de la responsabilidad civil sea replanteada; como consecuencia de ello, la etapa crítica a nuestras espaldas termina siendo entendida como algo más que un paréntesis.

Me parece que un juicio de dicho tipo, así como la predicción que lo acompaña, se funda en una minusvaloración del proceso que ha conducido a la reciente etapa de esplendor de las técnicas de responsabilidad civil: un proceso dilatado, que ha dado pie a la elaboración de una nueva teoría sobre la razón de ser de la institución, la cual va de la mano con una ampliación de las áreas de incidencia de ésta. No nos encontramos, por lo tanto, frente a la manipulación imprevista de una técnica jurídica, encaminada a hacerla responder a las exigencias del momento. En realidad, hemos asistido –y asistimos– al encuentro y a una sintonía entre una institución que desde hacía tiempo había comenzado a abandonar su vieja piel y que se estaba mostrando renovada en más de un aspecto, por una parte, y demandas sociales que también tenían algún tiempo llamando a la puerta del sistema jurídico, por otra.

2. VARIACIONES DE LAS FUNCIONES

Para dar cuenta, resumidamente, de las características del proceso de transformación del modelo de la responsabilidad civil y sus funciones, basta recordar aquí que la función cumplida, principalmente en la etapa histórica que tenía como característica el paso de la sociedad agrícola a la industrial, fue una función binaria, de protección y control de la propiedad, de defensa de la propiedad frente agresiones externas, pero al mismo tiempo, de atenuación de la carga agresiva de la propiedad frente a terceros (que también tenían condición de propietarios). En un período en el cual uno de los problemas centrales consistía en regular el conflicto entre propiedades distintas –todas las cuales se concebían como absolutas– se proponen criterios

idóneos para hacer posible una opción entre diversos tipos históricos de propiedad. La responsabilidad civil acompaña este proceso de selección entre los intereses: ella pasa de ser una regla externa de protección de la propiedad, a tener el carácter de un instrumento de gestión de las compatibilidades entre dichos intereses.

La “crisis” —o la “revisión” de este modelo, si se quiere— es paralela a la pérdida del papel central que tenía el esquema tradicional de la propiedad. Cuando ello ocurre se determina una doble presión. Por una parte, se abre paso la demanda de asegurar una protección contra las actividades dañosas de terceros, comprendiéndose también a la empresa, según su nueva configuración (en otras palabras, no ya sobre la base propietaria material que tenía esta última, como ocurría en la etapa primaria de la industrialización, sino tomando en cuenta el conjunto de las relaciones jurídicas que la conforman). Y esta demanda se justifica, explícitamente o de manera indirecta, por el hecho de que la empresa ha pasado a ocupar el lugar de la propiedad tradicional, en la cima de la escala de los valores jurídicamente relevantes. Con la misma lógica se plantea, por otro lado, la demanda de hacer extensiva la protección aquiliana a todas las situaciones asimilables —por relevancia social y por el nivel de protección jurídica logrado— a aquel valor que la propiedad había representado en el período precedente; todo ello, según una hipotética escala de valores.

Sin embargo, en dicha etapa todavía parece ser evidente la homologación al modelo propietario: la expansión de la protección aquiliana es requerida mediante la invocación de analogías formales o sustanciales de situaciones nuevas, respecto de aquellas que se protegían en un momento anterior. Esta concepción encuentra ecos bastante significativos en la jurisprudencia, que casi siempre hace viable la ampliación del esquema resarcitorio, amparándose en la violación de una “base” propietaria. Ello ha ocurrido, en el pasado, con el resarcimiento concedido a la empresa por la muerte de uno de sus dependientes; este es un caso en el cual el esquema del derecho relativo de crédito es forzado mediante el argumento de que la empresa ya ha adquirido, potencialmente, un derecho sobre las noticias y datos recogidos sobre el dependiente, por cuenta de la propia empresa. Más recientemente, el derecho a la salud es reconocido sobre la base, una vez más, de la conexión entre su titular y una posición propietaria.

El paso final, mucho más decisivo, tiene lugar cuando la protección es asegurada, incondicionalmente, a intereses que no tienen como base a la propiedad. Es entonces que el modelo tradicional no está en condición de operar, porque el problema, justamente,

deja de consistir en administrar la compatibilidad entre intereses homogéneos (como ocurría con la lógica “interpropietaria”); en realidad, el conflicto se libra entre intereses que son cualitativamente irreductibles a lógicas comunes.

3. DAÑOS Y ESTADO DE BIENESTAR

La llegada a esta significativa fractura del viejo esquema había tenido lugar, sin embargo, como producto de la desviación de la atención hacia el elemento del daño, y mediante la reconstrucción del esquema de la responsabilidad civil en torno de la posición del damnificado. Diversos sistemas tienden hacia tal resultado, con variantes conspicuas y obvias, pero también con una sintonía sustancial, la cual no es lícito ignorar y que, por el contrario, se debe tratar de explicar.

El momento en el cual se manifiesta más claramente la propensión a construir y orientar el modelo de la responsabilidad civil en función de la protección de los damnificados coincide con la tenaz insistencia en destacar el interés colectivo en la seguridad social; un interés que constituye un rasgo característico del Estado social o de bienestar. Es así como se desencadenan dos procesos paralelos. Por una parte, el sistema de la responsabilidad civil evoluciona simultáneamente con otros sistemas, los cuales tienden a conceder al ciudadano una protección íntegra contra las “adversidades”: en tal sentido, cuando la atención pasa a concentrarse en la víctima, y dada la posición central del elemento del daño (y no ya de la sanción), se favorece la aptitud del sistema de la responsabilidad civil para legitimar y proteger nuevos intereses, aun en ausencia de disposiciones normativas específicas; esto sucede porque el sistema institucional, en su conjunto, parece orientado, precisamente, hacia los objetivos de una garantía de ancha base (a veces formalizados en disposiciones de rango constitucional).

Por otro lado, distintas actividades económicas (empresariales) se hacen acreedoras de una legitimación, sobre la base, igualmente, de su aptitud para asumir el conjunto de los daños que ellas generan. Como bien se aprecia, esto es algo más que una mera, aunque relevante, “internalización de externalidades”: se trata de una identificación de sujetos que están llamados a contribuir con un proyecto de protección “global” del individuo contra las eventualidades dañosas vinculadas con la vida en sociedad.

Desaparece, o es materia de un importante replanteamiento, uno de los elementos característicos del modelo tradicional de la responsabilidad civil, el cual es elaborado de una manera tal que permite una selección minuciosa de los daños resarcibles, con el

fin de no perjudicar la eficiencia económica de la empresa (y, más en general, del agente económico). Esto es posible porque la expansión del Estado social, y de las técnicas jurídicas que lo acompañan, se determina en una etapa de notable coordinación, de un fuerte crecimiento económico.

Técnicamente, este resultado se obtiene con un serio replanteamiento del criterio de la culpa; ésta es degradada de su condición de elemento constitutivo, y pasa a ser una variante, equiparada a las demás del modelo resarcitorio. El pasaje de un sistema monocéntrico a un modelo que se articula según una multiplicidad de criterios de imputación acentúa la flexibilidad del modelo, y la propensión de éste al cumplimiento de múltiples funciones.

Hay dos razones esenciales por las cuales este último dato merece ser examinado atentamente. La primera es que la construcción del modelo de la responsabilidad civil de acuerdo con una serie abierta de criterios de imputación representa uno de los pocos casos en los que puede fundarse, teóricamente, la superación de la antítesis entre principios y reglas especiales; una antítesis que ha afectado gran parte del tejido privatístico. Al ordenarse de manera sistemática (y no dogmática) el conjunto de los criterios de imputación, se aumenta, globalmente, el valor operativo del modelo de la responsabilidad civil.

La segunda razón debe apreciarse en el hecho de que la conjunción entre la disponibilidad operativa más amplia del modelo, por una parte, y los objetivos del Estado social, por otra, plantean la premisa para la función de protección íntegra de la esfera personal; una función que constituirá un momento ulterior de expansión del radio de operatividad del sistema de la responsabilidad civil.

De todos modos, y si se reflexiona sobre el conjunto de los resultados técnicos, y no sobre los episodios de los orígenes, podemos advertir que nos encontramos frente a un modelo cuya operatividad no está condicionada a la permanencia de las condiciones típicas del Estado social, en su fase de máxima expansión. La crisis del Estado social, más que mellar el modelo en su integridad, puede incidir en el alcance de alguno de los criterios de imputación (y por lo tanto, en las funciones de alguno de los criterios).

4. RESARCIMIENTO Y RACIONALIDAD DE LAS DECISIONES

En todo lo expuesto, es evidente el intento de trazar –sirviéndonos del modelo de la responsabilidad civil– un “plano” de aquella parte de las relaciones sociales que se traducen en conflictos generadores de daños;

todo ello se hace de acuerdo con una lógica redistributiva en su conjunto, la cual desplaza, por lo tanto, la anterior propensión a apreciar cada conflicto entre dañador y damnificado como un conflicto aislado. Desde el momento en que la responsabilidad civil se presenta como un instrumento de realización de políticas socioeconómicas más generales, no sorprende que también se hayan intentado operaciones análogas desde otros puntos de vista.

El más conocido es, con seguridad, el intento emprendido por el *economic analysis of law*. Aunque no sea oportuno someterlo a un examen detallado en esta oportunidad, sí vale la pena recordar su elemento fundamental. Más allá de las notorias oscilaciones de los modelos (a veces reunificados en torno de la culpa, y otras veces fundados en una crítica más decisiva contra este mismo criterio), es claro que estos están estrictamente vinculados con las leyes del mercado; de tal forma, la función del modelo de la responsabilidad civil es identificada en la promoción de la eficiencia económica.

Más aún, el modelo engloba el fin de la eficiencia. Y aquí la distancia respecto de las construcciones teóricas pasadas se hace más evidente; en aquéllas, la eficiencia económica se planteaba como un límite a la operatividad del esquema resarcitorio, y éste podía operar solamente hasta el punto en que dicha eficiencia no resultaba perjudicada.

El salto estructural y funcional no es poco significativo. ¿Cuál es el tipo de racionalidad del cual debe ser portador el modelo de la responsabilidad civil?

En efecto, también en los sistemas capitalistas, o en aquellos que de algún modo se fundan (teóricamente) en el mercado, la racionalidad económica puede realizarse de formas muy diversas. Una de ellas es la que propone, precisamente, el ala más ortodoxa del análisis económico del Derecho, a saber, la identificación de la racionalidad con la eficiencia; y más aún, que todo contenido del modelo que resulte incompatible con la eficiencia, no contribuye a la promoción de ésta, y debe ser eliminado del modelo mismo.

Existe, sin embargo, otro tipo de racionalidad económica –la weberiana– que permite discutir acerca de las relaciones entre el mercado y los modelos de responsabilidad civil, sin que sea necesario hacer del mercado la fuente de las reglas constitutivas de tales modelos. Lo que interesa, desde esta última perspectiva, es que el actor económico esté en condición de prever y valorar, en términos de costos, las consecuencias de la adopción de un determinado modelo; un modelo que puede orientarse, incluso,

hacia finalidades y valores muy distintos de los del mercado. Aquí, sin embargo, la racionalidad de la actividad económica resulta garantizada, justamente, por el hecho de que la operatividad del modelo no distorsiona el cálculo económico: y esto es algo muy diferente de la incidencia –también trascendental– que el funcionamiento de un determinado modelo puede tener en los costos. Lo que cuenta es que dichos costos sean previsibles.

5. LA ELASTICIDAD DEL RÉGIMEN

Nos podríamos preguntar, a estas alturas, si la evolución del modelo de responsabilidad civil –que se ha descrito al comienzo– puede considerarse compatible o no con el tipo de racionalidad que se acaba de explicar. Es riesgoso formular una respuesta genérica; lo preferible, probablemente, es adoptar una actitud analítica, referida a los diversos criterios de imputación y a las formas en las cuales éstos se estructuran concretamente en cada sistema. Me limito a efectuar una sola referencia, tomando como punto de partida el proyecto de Directiva comunitaria europea sobre la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos¹. Conocidos son los debates en torno de la exclusión o inclusión de los *development risks*, “riesgos de desarrollo”, que se consideran como tales, justamente, atendiendo a que no pueden comprenderse, de modo racional, en el cálculo económico del empresario. Pero si se considera la propensión del empresario a contratar seguros (sin que se pretenda llevar hasta sus límites la idea de que *assurance oblige*), también es posible reflexionar distintamente, y apreciar que los *development risks* sólo se pueden traducir en una elevación de las primas, con lo que, dichos riesgos se mantendrían dentro de los costos calculables.

Desde esta perspectiva, sin embargo, sigue sin solución el problema de las estructuras que han hecho posible los avances antes recordados, y la aptitud de aquéllas para generar decisiones previsibles. Formulo la cuestión en estos términos porque es bastante conocida la preocupación de más de un autor respecto del modelo que –según opiniones personales– concedería un espacio demasiado amplio a la discrecionalidad del juez.

Ahora bien, es indudable que las transformaciones más profundas del modelo no habrían sido posibles si la responsabilidad civil no estuviese fundada, sustancialmente, en cláusulas normativas generales, las cuales han permitido –incluso en los sistemas aparentemente más rígidos– la superación de la

antítesis entre tipicidad y atipicidad del hecho ilícito, y han hecho posible, asimismo, que el modelo mantenga una elevada flexibilidad, sin que ello signifique la independencia de todo parámetro de juicio. Por el contrario –y desde cierto punto de vista–, la reducción del área de operatividad de la culpa, y la consideración de ésta en términos explícitamente objetivos, son los factores que han contribuido, ni más ni menos, a la eliminación de márgenes de discrecionalidad judicial que se emplearon peligrosamente en el pasado. De todas maneras, no deja de ser verdadero que el desarrollo del modelo ha sido confiado, globalmente, a formas de interacción entre la legislación, los tribunales y los estudiosos; formas que no se pueden reducir con facilidad a los esquemas que se adoptaban, acostumbradamente, en otras épocas, o para otras materias.

Sin embargo, son muchas las circunstancias por las cuales la fenomenología de los daños y de las modalidades de comisión de éstos resulta irreducible a un tipo de normativa que tiende a volver menos rígidos los márgenes de acción del intérprete, salvo que se decida asumir los riesgos de saltos demasiado forzados entre el régimen normativo y las dinámicas sociales. El problema es antiguo, pero se sigue presentando con rasgos de agudeza, superiores a los que se constatan en otros sectores. Es así como la alternativa vuelve a presentarse, esta vez entre intervenciones permanentes del legislador, con función de actualización, por una parte, y adaptaciones delegadas a la acción de los distintos sujetos antes recordados, por otra; todo ello, legitimado sobre la base de cláusulas normativas generales. Si se analiza la realidad sin prejuicios ideológicos, un ejercicio simple de análisis costo-beneficio puede mostrar que la adaptación a través de cláusulas normativas generales representa una solución menos onerosa que confiar en la intervención legislativa, la cual, por lo demás, no puede practicarse permanentemente.

En los últimos tiempos, el papel desempeñado por los estudiosos –que ha llegado a ser determinante en ciertos contextos– ha generado preocupaciones en el ordenamiento estadounidense, donde se ha subrayado la falta de legitimidad de dicha clase social para el desarrollo de una función que, a tenor de los hechos, es esencialmente legislativa. Tal objeción es ingenua. Sin pretender reivindicar ningún privilegio para los intelectuales, aquí cabe recordar que la traducción normativa de las opiniones de estos siempre se encuentra precedida por una corriente de opinión pública y científica; así se crean aquellas condiciones

¹ Nota del traductor: En el ordenamiento italiano, esta Directiva comunitaria (la 85/374) fue reglamentada mediante Decreto del Presidente de la República 224, de 24 de mayo de 1988.

de transparencia en virtud de las cuales más de uno consigue reconocer una fuente de legitimación, equivalente, cuando menos, a la que es conferida por otras vías.

6. UN MODELO UNITARIO Y “LAICO”

Llegados a este punto, es posible emprender un examen más detallado de las consecuencias del proceso antes descrito. De todos modos, con la resumida descripción que se ha realizado de éste, debería de haberse confirmado una premisa inicial: que no nos hallamos frente a un ajuste apresurado, al cual prosiga –en un breve período, como podría pensarse– un *revirement* equivalentemente brusco; lo que en realidad ocurre es una transformación profunda, que incide en el material normativo mismo, y que es “elástica” en medida tal que parece inadecuado apelar a la letra de las normas para que la responsabilidad civil vuelva a circular por vías más apacibles. Si se aprecia bien, la invocación a la literalidad normativa en esta materia siempre ha sido muy débil, porque se ha pretendido atribuir a las normas características detallistas que ellas no poseen. Por lo tanto, dicho recurso se ha convertido, habitualmente, en una defensa de modelos teóricos o jurisprudenciales consolidados, en lugar de constituir una invocación a la concreción legislativa; de tal forma, ella no ha hecho otra cosa que asumir (acaso involuntariamente) un carácter retrógrado.

Hoy la cuestión fundamental, y de mayor interés teórico, parece ser diversa. Por efecto del esplendor del recurso al modelo de la responsabilidad civil, ¿no es que se corre el riesgo de pasar por alto dos de los más conspicuos resultados de la fase precedente, como lo son el carácter unitario y el carácter “laico” del modelo?

Adelanto mi respuesta, en términos muy generales. No cabe duda que el surgimiento de este problema es atribuible a la realidad misma. Sin embargo, y por lo menos hasta ahora, ¿ha sido adecuada la reflexión teórica efectuada? ¿Y no será, entonces, el momento de profundizar esta reflexión, en lugar de brindar respuestas definitivas, las cuales, de otra manera, correrían el riesgo de presentarse como fruto de desencantos personales?

Haré una breve referencia a la cuestión de la “laicización” del modelo: es innegable que la orientación hacia la víctima y el daño despojó al modelo de la responsabilidad civil de toda función de tipo “educativo”; ella pasó a encaminarse, decididamente, hacia objetivos más complejos, de ingeniería social. Debo señalar que no me parece que este resultado corra peligro como consecuencia de las propuestas de retorno a la culpa, ni tampoco por las referencias a las

exigencias de “justicia”. Las primeras tienden, en efecto, a hacer de la culpa un instrumento de control social más penetrante (en la actividad de la empresa, por ejemplo), o bien una vía para lograr un mejor equilibrio de las posiciones del damnificado y del dañador. En consecuencia, no hay nada que vuelva a imponer a la responsabilidad civil una función “moral” en sentido amplio.

La reflexión anterior no es menos válida respecto de las variadas invocaciones a la justicia. Si se considera, por ejemplo, una de las formulaciones más conocidas (atendiendo a una razón de moda tardíamente impuesta), como lo es la debida a John Rawls, nos damos cuenta de que la perspectiva consiste, más bien, en conceder una protección a los llamados “bienes primarios”. De tal forma, no se produce ningún retorno a los esquemas precedentes; por el contrario, surge un incentivo para hacer extensiva –en la dirección que se ha indicado– la operatividad de los instrumentos de responsabilidad civil, secundando la tendencia expansiva a la que también se ha hecho referencia.

7. LA NUEVA RESPONSABILIDAD CIVIL: ¿UN “DERECHO PÚBLICO ENMASCARADO”?

Mucho más serio es el problema que plantea el dualismo entre la función privatística y la función publicística que terminaría cumpliendo el modelo de la responsabilidad civil. La función publicística, en particular, crecería cada vez que la responsabilidad civil se muestre orientada hacia la persecución de finalidades generales de política redistributiva o de asignación óptima de los recursos. En estos casos, se ha hablado del régimen de los *torts* como un “Derecho público enmascarado” (*public law in disguise*).

Analizado en su versión más radical, este argumento no afecta la unitariedad del modelo. Surge, en cambio, un problema distinto, como lo es el de la atracción integral del modelo hacia el área del Derecho público. Juzgado con mayor fidelidad a la realidad, el argumento parece reflejar, más bien, apreciaciones y preocupaciones típicas de una fase en la cual el área de los daños era considerada de una manera atomizada; una fase que estaba destinada a ser superada en el momento de la imposición de los criterios que tienden a dar vida, por el contrario, a planes comprensivos para regulación de las relaciones sociales. Y dichos planes no tendrían un carácter público mayor que el ostentado por los códigos de Derecho privado en la fase, precisamente, de la máxima ambición “planificadora” de estos últimos.

Una función publicística podría plantearse, hipotéticamente, si se considera el hecho de que la responsabilidad civil ha sido, en toda su fase más

reciente, el instrumento que ha permitido conceder un haz inicial de protección jurídica a nuevos bienes o intereses. Con todo, esta función de legitimación no perjudica las modalidades operativas del modelo, una vez que la protección haya logrado expandirse a las nuevas situaciones.

8. RESPONSABILIDAD POR HECHO ILÍCITO Y POR RIESGO LÍCITO

Merece una especial referencia la bipartición entre un modelo de responsabilidad por acto ilícito y otro de responsabilidad objetiva por riesgo lícito. Sigo creyendo que esta distinción está destinada a ejercer su influencia, más en el plano de un análisis muy cuidadoso de los criterios de imputación del daño, que en la diferenciación de los modelos. No es casual, por otro lado, que la contraposición de los modelos requiera una nueva invocación a la categoría de la ilicitud, cuya vestidura de complicación inútil saltaba a la vista con un análisis que prestaba más atención al elemento del daño que a los criterios de imputación.

Lo que se consigue con la ulterior alusión a tales criterios es aclarar la forma en que se efectúa la selección de los intereses, en el ámbito de un modelo que hace referencia a ellos. Para despejar las dudas, aquí es necesario hacer referencia, justamente, al riesgo de empresa. Éste, en efecto, no sólo es determinante en cuanto criterio (objetivo) de imputación, sino también por el hecho de que a través de él se logra el resarcimiento de daños (y la protección de intereses, por lo tanto) que, de otra manera, podrían no ser considerados, dada la presencia de otros criterios de imputación. En otras palabras, la selección de los intereses no es predeterminada por una única vez para todos los casos, como sí ocurría en presencia del modelo fundado en la culpa; en realidad, dicha selección es modulada a causa de lo detallado del sistema.

9. INTERESES Y DAÑOS

Sin perjuicio de lo expresado, ¿es imperioso hablar de “daño” o, más bien, de “interés”? En este punto nos enfrentamos al problema que –a mi juicio– es el verdaderamente más difícil de resolver. El dilatado proceso de legitimación de los intereses –una legitimación conseguida por la evolución global del sistema de la responsabilidad civil– no se ha limitado a engrandecer el área de los intereses protegidos, con una noción de daño que permanezca sin variación. También esta noción ha variado. Por más de una razón, dicha modificación era inevitable a partir del momento en que la protección se estaba desvinculando del área de los intereses de naturaleza propietaria, porque habían comenzado a ser objeto de consideración

intereses cualitativamente distintos, para los cuales resultaba inútil el esquema tradicional del daño como lesión del patrimonio.

¿Es plausible, entonces, afirmar la existencia de un modelo de responsabilidad que se orienta hacia los intereses? La formulación tiene una fuerza descriptiva indudable, pero no me parece que aclare los términos teóricos del problema.

Creo que dichos términos se plantean de otra manera. Hoy el sistema de responsabilidad civil no tiene más como único trasfondo la propiedad: ya no se trata de administrar (como hemos recordado al principio) la compatibilidad entre distintas propiedades; en realidad, muchas veces se tienen que compatibilizar el conjunto propiedad-empresa, por una parte, e intereses que no poseen naturaleza propietaria (a la salud, a la protección del medio ambiente, y así por el estilo), por otra. De tal forma, el control termina ejerciéndose sobre una situación de naturaleza propietaria; en cambio, la garantía se concede a un interés sin naturaleza propietaria.

A partir de esta premisa se podría derivar el elemento para proponer un dualismo distinto del formulado en términos de “daños” e “intereses”. En realidad, existen intereses de naturaleza propietaria para los cuales continúa operando la noción de daño como diferencia patrimonial negativa, y resarcible, por lo tanto, con la técnica de la compensación pecuniaria. También hay intereses que no tienen naturaleza propietaria, para los cuales aún es posible recurrir al esquema del daño individualizado (daño a la persona, por ejemplo), y sigue siendo practicable la técnica de la monetización, en el plano resarcitorio. Existen, finalmente, intereses colectivos, que no tienen como base a la propiedad, para los cuales se configura un “daño social”, respecto del cual la técnica de la compensación pecuniaria podría resultar insuficiente, de manera tal que ella podría ser complementada o substituida por técnicas reparadoras en un sentido más amplio.

Aquí prescindo, tanto de un examen más minucioso de las características de estas diversas categorías de daño, cuanto del conjunto de las demás técnicas (inhibitorias, de control administrativo, etc.) que se han venido estratificando con ocasión de la producción de daños de diversas categorías, o en relación con éstas. Básteme destacar que con la organización de las hipótesis de “dañosidad”, precisamente, parecen descartadas las predicciones acerca de una reducción del área de operatividad del modelo de la responsabilidad civil: por lo menos en lo que concierne a un horizonte razonablemente cercano.

Por otro lado, en vista de que el meollo consiste en la

forma como estructurar internamente la categoría del daño, una respuesta en términos teóricos podría formularse en el sentido de un ajuste del único aspecto aparentemente idóneo para ser sometido a una discusión seria, a saber: las modalidades de la reparación. No hay visos, en efecto, de que se haya puesto en duda el carácter del juicio de responsabilidad, que parte del daño, y se articula, luego, a través de los criterios de imputación.

10. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Para una amplísima serie de referencias (también de carácter bibliográfico) sobre las discusiones en torno de los problemas de la responsabilidad civil, remito a algunos ensayos publicados en la "Rivista critica del diritto privato": SALVI, C. "Il paradosso della responsabilità civile". 1983. pp. 123-166; CANARIS, C.W. "Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione". 1983. pp. 567-618, 793-830; FLEMING, J. "C'è un futuro per i torts?". 1984. pp. 271-296; DI MAJO, A. "Il problema del danno al patrimonio". 1984. pp. 297-334. En el presente trabajo han sido explícitas las referencias a WEBER, Max. "Economia e Società".

Volumen 2. Milán. 1961; y a RAWLS, John. "Teoria della giustizia". Milán. 1982; e implícitas las referencias atinentes al libro, bastante persuasivo, de WHITE, G. E. "Tort Law in America. An Intellectual History". Nueva York-Oxford. 1980. Para entender cabalmente la distinta actitud con la que se pueden estudiar las cuestiones relativas a los modelos teóricos y a las perspectivas de la responsabilidad civil, me limito a añadir una referencia sobre textos no italianos: BRINKER, J. "Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, Differenzierungsdefizite, Resourceverwendungsplane und das Wertproblem". Berlín. 1982; STRICKLER, H. "Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: auf dem Weg zum Generalklausel?". Berna-Stuttgart. 1983; así como la compilación de ensayos al cuidado de SCHWARTZ-LIEBERMAN VON WAHLENDORF, H. A. "Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais". París. 1983. Para un análisis concreto de la forma en que la sustitución de un modelo por otro es guiada por una "mano invisible", véase KRETZMER, D. "Transformation of Tort Liability in the Nineteenth Century: the Visible Hand". En: Oxford Journal of Legal Studies. 1984. pp. 46-87.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO

Fernando de Trazegnies Granda*
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

¿Cómo ha evolucionado la responsabilidad extracontractual en el Perú?

Desde su particular estilo y enfoque, el reconocido autor responde a la pregunta a través de la historia del Derecho; la cual, superando una limitada aproximación exegética, le permite revisar la atmósfera intelectual, social y económica en diferentes momentos de nuestra historia y los proyectos, opiniones y normas en las que se traduce. Es que, como fuera señalado por un destacado jurista peruano hace algunos años, "... el tiempo se revuelve contra el Derecho y lo atrapa en sus redes. El tiempo se impone sobre el Derecho y lo modela, le modifica su inspiración, sus funciones, sus contenidos y sus métodos. En otras palabras, el Derecho que pretendía dominar al tiempo, resulta a su vez un producto del tiempo: el Derecho, como todo en la realidad (...) no tiene existencia sino dentro del tiempo; y es por ello que se justifica y se hace indispensable una Historia del Derecho".

Resulta de especial interés la revelación de las ideas-guías que orientaron al autor del artículo, cuando miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil, en la elaboración de la sección de responsabilidad extracontractual del Anteproyecto de Código Civil de 1984; así como –al no haber sido adoptado finalmente por el legislador– las consideraciones sobre lo regulado por éste y la forma como los abogados y jueces lo entienden.

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

No quiero dejar de expresar, en este importante número de aniversario de THEMIS, mi admiración y reconocimiento como hombre de Derecho a esas generaciones de estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú que desde hace cuarenta años vienen impulsando esta revista y este foro jurídico, no sólo sin desmayo sino aumentando cada vez su vigor intelectual y su magnífica presentación editorial.

En octubre de 1965 aparecía por primera vez una revista jurídica creada y administrada exclusivamente por estudiantes –una verdadera novedad en nuestro medio– con el significativo nombre de THEMIS, la diosa griega, hija de Urano y de Gaia, que representaba el orden divino de las cosas, encarnado en la costumbre y en la ley, a quien los romanos llamarían *Iustitia*. Este primer número era una modesta publicación de apenas 32 páginas de formato pequeño, casi *in octavo*, que comenzaba dirigiéndose de manera muy amigable a sus lectores: “¿Te preguntarás, amigo lector, el por qué de una publicación como ésta que tienes entre manos...?”.

Pero esa publicación era el primer destello de un extraordinario proyecto al que sus fundadores impulsaron con tal fuerza que, atravesando las dificultades usuales en este tipo de empresas, lo han hecho llegar hasta nuestros días con una categoría académica que en ese entonces resultaba impensable. Domingo García Belaunde fue el motor de la idea, quien reunió al grupo y quien puso en práctica el buen deseo común. A su lado se encontraban otros alumnos, hoy importantes abogados, como Luis Arbulú, Jaime Thorne, Luis Stucchi, Baldo Kresalja, Miguel Vega, Enrique Gómez y Augusto Durand. En ese primer número, que trataba de hacerse conocido tocando tímidamente el hombro de sus lectores con esas primeras palabras afables, podía encontrarse las enseñanzas de juristas tan destacados, como el maestro Raúl Ferrero, Jorge Avendaño o Felipe Osterling. Distintas edades entonces, pero hoy todos de renombre académico. La segunda aparición de esta revista bianual, que tuvo lugar puntualmente en el primer semestre de 1966, triplicó el número de páginas. Tengo la satisfacción de haber colaborado en esa ocasión con un artículo sobre “La presencia de John Locke en el Derecho contemporáneo”. El tercer número –nuevamente puntual, porque apareció como debía en el segundo semestre del mismo año– contenía artículos de una colección de juristas notables: el recordado maestro José León Barandiarán, Ulises Montoya Manfredi, Jorge Eugenio Castañeda e incluso un texto de don José Luis Bustamante y Rivero *In Memoriam* de Víctor Andrés Belaunde.

En las siguientes entregas, además de los trabajos de los entonces jóvenes profesores Jorge Avendaño, Felipe Osterling, Fernando Vidal, Luis Pásara, Marcial Rubio,

Ignacio Basombrío, entre otros –en el número 4 publiqué un artículo sobre “Kelsen y la idea aristotélica del Derecho” que incitó a Domingo García Belaunde a escribir uno sobre “La justicia en el pensamiento de Aristóteles”, publicado en el número 5, donde marcaba algunas discrepancias– aparecían también otros trabajos de las celebridades peruanas, José León Barandiarán y Raúl Ferrero, quienes seguían colaborando generosa y entusiastamente con esta ilusión. En el quinto número, los editores ya habían logrado colocar a la Revista en un lugar importante dentro de las publicaciones jurídicas, lo que les permitió conseguir artículos de grandes personalidades extranjeras, como Giorgio Del Vecchio –quien fue incluso entrevistado personalmente por Jaime Thorne León en Roma– y el propio Hans Kelsen, pocos años antes de su muerte.

Después de esa generación que inicia la carrera de THEMIS hacia el futuro, la posta cae de las manos y queda durante algunos años como un reto que espera al valiente que se atreva a asumirlo. Es así como en 1984 comienza una segunda época de THEMIS a cargo de otro entusiasta grupo de estudiantes y hoy consagrados profesionales –José Amado, Fernando Arias-Stella, Eduardo de Rivero, Jacqueline Chappuis y Gustavo López-Ameri– que retoma la posta, reaviva el fuego de la antorcha (que nunca se había apagado, pues en caso de que así hubiera sido se hubiera simplemente creado otra revista) y reinicia esta carrera intelectual con renovados bríos.

A partir de entonces, THEMIS ha continuado no sólo sin desfallecimiento sino mejorando con cada nueva generación que recibía la posta y corría el tramo siguiente. El formato de la Revista cambió radicalmente, el tipo de papel empleado fue el que correspondía a una publicación de primer nivel, la carátula –a diferencia de la antigua y sencilla tapa azul con blanco– se hizo muy atractiva con imágenes cuidadosamente escogidas y adecuadas al tema, el diagramado superó la presentación de muchas revistas comerciales sin perder su seriedad y elegancia académica. Pero, sobre todo, convertida ya en un foro que atraía a los juristas más importantes del país y administrada académicamente con un gran rigor y un criterio de excelencia, THEMIS asumió definitivamente el papel de guía del pensamiento jurídico peruano. Por otra parte, su ejemplo pionero sirvió para que otros grupos de estudiantes tanto en la Universidad Católica como en otras universidades del país se atrevieran a tomar el mismo camino. Es así como ahora, gracias a los estudiantes de Derecho, el Perú cuenta con un impresionante conjunto de revistas jurídicas, que han adoptado el formato de THEMIS y que, en general, tienen las mismas exigencias de calidad académica y de interés jurídico.

Algo que no se puede olvidar es que toda esta evolución de las revistas jurídicas en el Perú, promovida indudablemente por THEMIS, nació no de los profesores sino de los estudiantes y ha sido y probablemente será siempre administrada a su vez por los estudiantes, quienes han desarrollado un tipo de asociación juvenil basada en la calidad intelectual y en un entusiasmo ilimitado por el Derecho. Los profesores han colaborado, sin duda; pero impulsados por los alumnos. Por otra parte, hay que destacar también que cada generación de estudiantes no sólo ha puesto todo su empeño para correr el tramo de la posta que le correspondía sino que además ha tenido la generosidad de renunciar a la Revista para dejar paso a las nuevas generaciones, cuando dejaban la universidad. No cabe la menor duda de que hubiera sido una tentación para cualquier grupo de alumnos continuar con la exitosa revista una vez que eran ya profesionales, con lo que la publicación hubiera perdido su carácter estudiantil. Pero todos quienes han pasado por estas revistas han comprendido que la revista debía quedar siempre en manos de alumnos y que mantenerse en ella cuando ya eran abogados o incluso profesores de la Facultad de Derecho, hubiera sido desnaturalizarla.

En un país y en una época en donde todo parece transitorio, provisional, donde todo es marcadamente efímero, donde todo se encuentra a medio construir o a punto de ser destruido, donde cuanto aparece está desde ese mismo momento en proceso de desaparición, THEMIS es un ejemplo de lo que puede hacer nuestra juventud con empeño y con inteligencia y, por tanto, nos brinda un soplo de optimismo dentro de un mundo muchas veces justificadamente pesimista.

* * *

Explicar la evolución de la responsabilidad extracontractual en el Perú ciertamente no es fácil, pues se requiere sintetizar varios siglos de historia jurídica. A ello debemos agregar que la historia del Derecho no es la historia de la legislación ya que las leyes deben estudiarse dentro de una determinada atmósfera intelectual, social y económica, no como simples textos muertos sino como reglas que viven dentro de la sociedad y que interactúan con muchos otros factores que componen la vida social.

Por razones de espacio, dejaré de lado la antigua responsabilidad extracontractual regida por las leyes españolas que, sin embargo, permanecen vigentes durante más de treinta años después de la

Independencia. Estas leyes, conformadas principalmente por el llamado Fuero Juzgo y por las Partidas de Alfonso el Sabio, no trataban la responsabilidad extracontractual como una institución definida; pero recogían muchos de los principios y normas sobre la materia del Derecho Romano.

Recién podemos hablar propiamente de la responsabilidad extracontractual como una institución sistematizada y objeto de un estudio propio a partir del primer Código Civil peruano que entra en vigencia en 1852. Este Código toma como modelo al Código de Napoleón y es así que se refiere a esta institución como la responsabilidad que nace de los delitos y de los cuasi-delitos. Sin embargo, mientras que el Código francés incluía este concepto dentro de un título dedicado a los compromisos que se forman sin convención, el Código peruano lo coloca dentro de la sección que se refiere a las obligaciones que nacen del consentimiento presunto, como si la indemnización por daños y perjuicios surgiera de una suerte de consentimiento tácito del causante para pagar por los daños que ocasione.

Los artículos correspondientes del Código de 1852 siguen bastante de cerca los del Código de Napoleón, aunque la redacción en muchos casos se hace más concisa. Por otra parte, el Código peruano desarrolla mejor los principios de estimación del daño, de participación de varios sujetos en el acto dañino y otros supuestos vinculados a la responsabilidad misma. Como nota curiosa cabe señalar que el Código peruano contiene una norma expresa –ausente en el Derecho francés– sobre la responsabilidad del dueño de un esclavo por los daños causados por éste.

Dentro del espíritu del individualismo napoleónico, el Código de 1852 limita la responsabilidad exclusivamente a los daños causados por dolo o culpa. Si bien la mención a la culpa no es incluida en el primer artículo sobre el tema –como sí lo hace el Código francés– el Código peruano tiene un artículo expreso que prescribe que “El que sin culpa alguna causa un daño, no está obligado a la reparación”¹. Por otra parte, la definición de esta responsabilidad en función del delito y del cuasi-delito no deja lugar a dudas de que la base de atribución de la responsabilidad originariamente prevista en ese cuerpo legal es exclusivamente lo que ahora conocemos como responsabilidad subjetiva o por culpa.

La responsabilidad subjetiva o teoría de la culpa coloca el peso económico del daño en quien considera culpable de haber producido tal daño. Esto significa

¹ Código Civil peruano de 1852, artículo 2210.

que, para esa teoría, todo daño tiene un agente provocador, una mano escondida que arrojó la piedra; siempre hay un “delincuente” oculto detrás de la cortina de los hechos. Es verdad que muchas veces no es un delincuente intencional, es decir, con dolo. Pero, aunque su responsabilidad personal sea menor en esos casos porque solamente ha sido negligente o imprudente sin haber tenido la voluntad de causar daño, eso no quita el carácter delictivo del daño por lo que se le considera como un cuasi-delito y, consecuentemente, el causante es un cuasi-delincuente. El Juez tiene, entonces, que desenmascararlo, tiene que establecer la paternidad del daño. Por consiguiente, si el culpable es la propia víctima, ésta se queda sin reparación: lo que equivale a decir que el peso económico del daño lo asume ella misma. Si el culpable es el causante material, el peso económico se traslada a dicho causante por la vía de la obligación de pagar una reparación.

Esta orientación subjetivista primará en el Perú durante todo el siglo XIX. Es así como el Proyecto de Código Civil preparado en 1890 por Juan Luna, Simón Gregorio Paredes y otros juristas importantes de la época², continúa estableciendo la responsabilidad sobre la base de la culpa y considera que el acto dañino siempre es un acto ilícito.

Sin embargo, desde fines del siglo XIX comienza a observarse casos en los que la teoría de la culpa resultaba incómoda y, a pesar de su aparente moralidad y justicia, producía efectos inequitativos. Es así como el mencionado Proyecto de Reforma de 1890 incluye ciertos casos en los que de alguna manera se insinúa una responsabilidad de otro tipo que posteriormente sería conocida como objetiva. Todavía encontramos que aunque el guardador de otra persona –sea que tenga la patria potestad, la curatela o cualquier otra forma de obligación de cuidarlo– es responsable por los daños que cometa quien está a su cargo³, se puede liberar de esta obligación acreditando que no pudo impedir el hecho que causó el daño⁴; por lo que se está asumiendo una culpa *in vigilando* como base de la responsabilidad. En cambio, encontramos también que el dueño de un animal es responsable por el daño que cause aunque en el momento de los hechos hubiera estado no bajo su guarda directa sino de alguno de sus dependientes⁵; lo que distancia notablemente la culpa del dueño del animal respecto de los hechos

causantes del daño. Igualmente, el que vive en una casa es responsable por los daños que causen las cosas que se arrojen de ella, aunque puede repetir contra el causante directo⁶; y los que sufren daños por actos de dependientes o domésticos pueden accionar directamente contra el patrón de estos sin pasar por el autor directo del daño⁷. En estos dos casos se está delineando con trazos cada vez más gruesos una responsabilidad directamente objetiva.

Como puede apreciarse de estos ejemplos, el principio de la culpa comienza a debilitarse a través de varios mecanismos. Uno consistía en invertir la carga de la prueba. Por consiguiente, existe en la base una presunción *iuris tantum* de culpa contra el causante del daño. Otro, más atrevido, consistía en establecer una presunción *iuris et de iure* contra el determinado por la ley como responsable de manera que no pueda escapar a su responsabilidad de ninguna manera, aunque se le permite repetir contra el causante directo.

En realidad, la teoría de la culpa no pudo soportar la inflación de riesgos que es propia del mundo moderno. Ante tal cantidad de víctimas que demandaban una reparación, la teoría de la culpa resultó un expediente engorroso para resolver el problema de la asignación del peso económico del daño. ¿Cómo pedirle a cada accidentado que probara la culpa del causante para tener derecho a reparación? ¿Cómo exigir, por ejemplo, que los parientes de las víctimas de un accidente de aviación que prueben la culpa del piloto, o que la persona que se intoxicó con un determinado producto vendido en el mercado pruebe que hubo culpa, no mera relación de causalidad sino culpa, del fabricante?

La inversión de la carga de la prueba facilitaba la reclamación de quienes habían sufrido un daño y, al mismo tiempo, salvaba la teoría de la culpa. La responsabilidad permanecía dentro del dominio de la culpa, sólo que ésta se presumía *iuris tantum*. De primera intención, el causante era culpable salvo que probara lo contrario. Este era el caso del padre o tutor de un menor de edad causante de daño: no pagaba indemnización si lograba probar que no había podido impedir la ocurrencia del daño y, por tanto, no tenía culpa. En principio, su culpa era *in vigilando*. Pero si demostraba que su vigilancia había sido razonable y que pese a ello el menor cometió el acto dañino, dejaba

² FERNÁNDEZ, Francisco M.; LOAYZA, José Jorge; LUNA, Juan; PAREDES, Simón Gregorio y Manuel Santos PASAPERA. “Proyecto de Código Civil para la República del Perú”. Lima: Imprenta de J. Francisco Solía. 1890.

³ Proyecto de Reforma de 1890, artículo 2872.

⁴ Proyecto de Reforma de 1890, artículo 2873.

⁵ Proyecto de Reforma de 1890, artículo 2875.

⁶ Proyecto de Reforma de 1890, artículo 2884.

⁷ Proyecto de Reforma de 1890, artículo 2893.

de tener culpa y, por tanto, no era responsable ni pagaba indemnización alguna.

Distinto es el caso de quien vive en una casa de donde se arrojan cosas a la calle causando daño a un transeúnte. Aquí, según el Proyecto de Código que estamos reseñando, esa persona paga de todas maneras al dañado. De esta manera, frente a la víctima, el que vive en la casa se presume que tiene culpa *iuris et de iure* porque no puede eludir el pago de la indemnización. Sin embargo, el Derecho reconoce que de alguna manera puede no ser culpable y por eso le otorga acción de repetición contra quien efectivamente arrojó las cosas a la calle. Esta misma es la situación del patrono de quien, estando bajo su dependencia, ha causado un daño a otro: no puede alegar falta de culpa frente al damnificado, pero su falta de culpa le permite reacciones contra el servidor o doméstico que causó el daño. Como puede apreciarse, la doctrina de la culpa se deja de lado en la relación con la víctima, pero sigue presente en la mente del legislador en cuanto que permite una repetición contra el causante directo.

Todavía hay un tercer mecanismo para facilitar la probanza del factor de atribución de responsabilidad constituido por la culpa.

En su origen, la teoría de la culpa, desarrollada por los canonistas medievales, se refería siempre a un acto ilícito; y a su vez, el concepto de acto ilícito estaba construido sobre el concepto de pecado. De esta manera, sólo había culpa cuando el causante actuó con negligencia o imprudencia, es decir, cuando subjetivamente hablando pudo haber evitado el daño pero, pese a ello, incurrió en una falta a la seguridad. Como sabemos bien, desde la perspectiva religiosa del pecado, cabe la posibilidad de que pueda no haber culpa moralmente censurable, pero que exista culpa jurídica. Imaginemos que una persona limpiando un arma escucha que alguien lo llama, se desconcentra y dispara sin querer, con lo que mata a su mejor amigo. No hay responsabilidad moral ni religiosa: este hombre no ha cometido un pecado, porque la acción tuvo lugar dentro de un conjunto de circunstancias que perturbaban su atención y no lo involucró realmente en el resultado ni por acción ni por omisión. Sin embargo, nadie dudaría que esta persona es responsable jurídicamente y está sujeto al pago de una reparación.

¿Cuál es la diferencia entre la falta jurídica que da lugar a indemnización y la falta moral que haría incurrir en pecado al causante? Pues que la falta moral se mide por la subjetividad del actor, por el grado de involucramiento real en la acción defectuosa. En cambio, desde principios del siglo XX la culpa jurídica

se la considera objetiva y se mide no por la comparación de la conducta efectiva del sujeto con su propia acción u omisión sino comparando esa conducta efectiva con un patrón abstracto de conducta que se considera que corresponde al hombre racional.

Es así como se comienza a hablar de una culpa objetiva o *in abstracto* frente a la culpa subjetiva o *in concreto*. No estamos hablando todavía de una teoría objetiva de la responsabilidad, propiamente dicha. De lo que hablamos es que frente a la culpa subjetiva –que implica conocer el estado de ánimo y otras características mentales del causante– aparece una culpa objetiva que ya no se pregunta si ese individuo en esas circunstancias era capaz de evitar el daño: no se define por las posibilidades de conducta del propio individuo sino por patrones referentes a modelos sociales abstractos.

Esta nueva modalidad de la culpa, convertida en un patrón universal e independiente de la conducta específica de cada uno de los involucrados, se afirma por encima de la “inocencia” del causante y objetiviza la responsabilidad a través de lo que se considera conductas aceptables en determinadas situaciones para cualquier hombre racional y avisado, más allá de lo que haya o no haya pasado por la mente del causante al momento del daño.

Notemos también que la creación de presunciones *iuris et de iure* de responsabilidad es una forma intelectual de engañar a quienes quieren ser engañados. Por definición, la presunción *iuris et de iure* no admite discusión en contrario, no admite prueba de que las cosas pudieron haber sido de otro modo: la ley dice que es así y no importa saber si fue así o no en la práctica porque la ley ha definido la situación incontrovertiblemente. En consecuencia, la presunción *iuris et de iure* equivale a echarle la culpa a uno o unos, más allá de que puedan probar o no su descargo.

Por ello, la presunción *iuris et de iure* no es sino una forma vergonzante de salirse de la teoría de la culpa; encubriéndose con doctos latines, todo lo que se quiere decir es que el causante paga en forma irremediable, sea o no culpable moralmente. Esta presunción incuestionable no es sino una mascarada en la que la responsabilidad objetiva concurre al baile disfrazada vergonzosamente de culpa.

Es así como llegamos al período anterior a la dación del Código de 1936.

En la Comisión Reformadora que sesionó en la década del veinte y parte de la del treinta, fue el doctor Manuel Augusto Olaechea quien planteó en forma explícita incluir un principio objetivo de responsabilidad en el nuevo Código que se estaba elaborando. La culpa,

decía Olaechea, “es de suyo insuficiente para resolver una multitud de cuestiones que la vida moderna suscita”⁸. Este notable jurista se refiere específicamente a la responsabilidad por riesgo, dando como ejemplos, entre otros, la responsabilidad ferroviaria, la de los conductores de vehículos, la derivada de los riesgos de la aviación, la del Estado por los errores judiciales y la de las empresas por los daños que causen sus dependientes. Incluso, adelantándose mucho a su tiempo, Olaechea sugiere “la repartición de riesgos dimanantes de la idea de empresa”⁹. Otros miembros de la Comisión, como es el caso de Juan José Calle, comparten esa idea del riesgo creado y sostienen, a mi juicio en forma desmedida, que la idea del riesgo ya está presente en el Código Civil de 1852 en la medida que éste ordena que “El que quiere aprovecharse de un hecho, no puede dejar de someterse a sus consecuencias”¹⁰. En realidad, esta norma había sido introducida en el Código de 1852 dentro del marco de la culpa; pero invocarla constituía una forma táctica de hacer menos escandalosa la novedad de la teoría del riesgo frente a los juristas conservadores. Sin embargo, existe todavía una cierta ambigüedad en la opinión de los juristas que proponen la reforma entre la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba.

Además de esa imprecisión, hay juristas como Solf y Muro que se oponen radicalmente a introducir el principio de la responsabilidad por riesgo en el Código Civil y proponen que, si es indispensable, se incorpore en una ley especial sobre riesgo profesional, pero de ninguna manera en el Código Civil. Por todo ello, la decisión de la Comisión Reformadora va a ser bastante ecléctica, de manera que cada grupo pueda entender la responsabilidad como quiera.

Así, el nuevo Código, promulgado en 1936, incorpora discretamente la responsabilidad objetiva a través de una argucia de redacción. La norma básica expresa que: “Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo”¹¹. En realidad, éste era exactamente el mismo tenor del artículo 2191 del Código de 1852, por lo que parecería que no ha habido ningún cambio en principio. Sin embargo, el Código de 1936 ya no incluye el artículo 2210 del Código anterior que dice: “El que sin culpa alguna causa daño, no está obligado a la reparación”. En esta forma, habiéndose suprimido

esa concordancia, los juristas de los años cuarenta interpretan que el artículo 1136 del nuevo Código contiene tres supuestos independientes; el descuido, la imprudencia, pero también los simples hechos. Sin embargo, como se puede apreciar, esta formulación era muy insuficiente porque no precisaba qué hechos podían dar lugar a responsabilidad por sí mismos.

El propio doctor Manuel Augusto Olaechea se encargó de dar a conocer su interpretación progresista del Código recién promulgado. La ocasión en que lo hizo constituye una anécdota simpática dentro de la historia del Derecho peruano.

El entonces Embajador de Colombia en el Perú, Eduardo Zuleta Ángel, era un jurista importante en su país y, ante las novedades que aparecían en el Perú, decide dar su opinión en una conferencia entre abogados. En ella sostiene que las novedades en responsabilidad extracontractual del reciente Código son de la autoría de Manuel Augusto Olaechea y por ese motivo pretende tratar de entender correctamente el pensamiento de este jurista. En ese sentido, opina que Olaechea no ha introducido propiamente una responsabilidad objetiva o por riesgo en el ordenamiento jurídico peruano sino simplemente una inversión de la carga de la prueba.

Olaechea no había podido asistir a la conferencia por razones de salud, pero se enteró por su hijo y le envió al Embajador una tarjeta de felicitación. Este le contesta con una carta en la que insiste en decir que la posición de Olaechea es más bien la de una inversión de la carga de la prueba. Entonces Olaechea contesta con otra carta corrigiendo la visión del Embajador en el sentido de que, si bien la culpa sigue central en el sistema jurídico peruano, se ha establecido también “una responsabilidad de pleno derecho e irreversible mediante la prueba contraria”¹².

Sin embargo, los juristas de entonces permanecieron muy divididos respecto de ese punto, algunos asumiendo la posición de Olaechea y otros insistiendo en el principio, a juicio de ellos irremplazable y excluyente, de la culpa. Por su lado, la jurisprudencia asumió en su mayor parte una posición objetivista, ordenando frecuentemente el pago de una indemnización cuando el accidente se había producido en circunstancias riesgosas. Pero esto no significa que

⁸ CALLE, Juan José. “Código Civil (con notas sobre el Proyecto de Código Civil que se encuentra redactando la Comisión Reformadora nombrada en 1922)”. Lima: Librería e Imprenta Gil. 1928. p. 702, nota al artículo 2191 del Código Civil de 1852.

⁹ Ibid. p. 703.

¹⁰ Código Civil de 1852, artículo 2110, inciso 3.

¹¹ Código Civil de 1936, artículo 1136.

¹² OLAECHEA, Manuel Augusto. “Respuesta al Embajador Zuleta del 14 de agosto de 1944”. En: Revista de Jurisprudencia Peruana 10. Lima. 1944.

los jueces se adhirieran intelectualmente a la teoría del riesgo creado sino que muchas veces preferían acogerse más cómodamente a la tesis de la inversión de la prueba y luego emplear subterfugios para llegar a un resultado similar al que los hubiera conducido el principio objetivo, pero sin negar el principio de la culpa; argucias tales como ser excesivamente exigentes en la prueba de ausencia de culpa.

Como miembro de la Comisión que redactó el anteproyecto del Código Civil de 1984, me correspondió precisamente la parte relativa a la responsabilidad extracontractual.

En esta tarea, asumí básicamente tres ideas-guías que explicaré a continuación.

La primera de ellas consistía en que la responsabilidad objetiva no podía estar ausente del Derecho peruano y que, por tanto, si bien la culpa es siempre un principio individualizador de responsabilidad, en muchos casos hay circunstancias en las que debemos recurrir a alguna de las formas de objetivación de la responsabilidad debido a que quizá la culpa nunca es clara (como sucede en gran parte de los accidentes de tránsito) o porque la probanza de la culpa es muy difícil y costosa para el hombre común y corriente (como sucede en los accidentes aéreos, en los daños ambientales o en otros casos que exigen pruebas técnicas muy especializadas que quedan fuera del alcance del damnificado). Por consiguiente, al lado de la responsabilidad por culpa debían existir formas de responsabilidad sin culpa.

Pero la presencia de la responsabilidad sin culpa alteraba fundamentalmente el concepto general dentro del cual se enmarcaban estas responsabilidades. Ciertamente, ya no podíamos hablar de actos ilícitos como rubro global, porque la responsabilidad sin culpa no es un acto ilícito, no se juzga al causante por haberse comportado en forma dolosa ni culposa sino que, independientemente de ello, debe reparar los daños que cause. En consecuencia, el título de la sección como “De los actos ilícitos” quedaba obsoleto y habría que cambiarlo porque daba un tinte general de culpa que ya no correspondía a la nueva legislación.

La segunda idea-guía consistía en que la indemnización debía ser entendida como una reparación del daño y no como un castigo contra la culpa del causante.

La base sobre la cual se asentaba esta idea era que el Derecho Civil no se encarga de castigar faltas sociales sino de organizar las relaciones entre personas privadas. Indudablemente, en muchos casos de responsabilidad extracontractual se requiere no solamente de una reparación a la víctima sino también de una sanción a

quien ha faltado a ciertas reglas establecidas en función del orden social. Por ejemplo, una persona que excede los límites de velocidad conduciendo un automóvil y a causa de ello atropella y mata a una persona, no sólo está obligado al pago de daños y perjuicios a los familiares de la víctima que éstos hayan sufrido a consecuencia de la muerte sino que también merece ir a la cárcel. En otras situaciones, aun cuando no le corresponda la cárcel, debe serle retenida su licencia de conducir o debe imponérsele una multa. Sin embargo, estas funciones punitivas ya no corresponden al Derecho Civil sino al Derecho Penal o a los reglamentos administrativos de tránsito. El Derecho Civil se limita a reparar.

En el Derecho moderno, es el Estado quien, en nombre de la sociedad aplica los castigos y percibe las multas a que está obligado el infractor en razón de haber violado una norma de carácter social. Pensar en indemnizaciones punitivas a favor de la parte ofendida es regresar a una visión tribal del Derecho, a una suerte de venganza privada apenas canalizada por el Estado.

Este planteamiento me llevó a descartar totalmente la indemnización punitiva en los casos de accidentes normales de la vida cotidiana y a ser muy prudente –y hasta escéptico– en los casos donde se había presentado una culpa grave y donde la indemnización pudiera tener una connotación intimidatoria y ejemplarizadora, prefiriendo la sanción penal y la administrativa a la indemnización civil.

Por otra parte, esta idea-guía supone también que, dejando aparte la idea de castigo al causante y considerando que lo que busca la responsabilidad extracontractual es una reparación del daño, la indemnización sólo puede comprender lo que es económicamente reparable.

En ese sentido, rechacé la posibilidad de una reparación patrimonial para los daños extrapatrimoniales por cuanto éstos, por su naturaleza misma, no son reparables con dinero. Es por ello que mi anteproyecto no reconocía lo que usualmente se conoce como “daño moral” y tampoco ese otro daño –cuya distinción con el daño moral no es clara– que se ha denominado recientemente “daño a la persona”. En principio, los daños extrapatrimoniales se reparan extrapatrimonialmente. El daño al honor de una persona –más allá de las consecuencias económicas calculables que pudieran derivarse de ello– se repara con una retractación pública; no con dinero. El dolor por la pérdida de un familiar en un accidente no se repara con nada: no hay suma alguna que pueda compensar ese dolor, no hay dinero en el mundo que pueda remediar la pena. Personalmente, creo que en una situación así, me negaría a recibir dinero alguno

porque lo consideraría una afrenta que se quiera pagar mi dolor, reembolsarme económicamente la vida de un familiar. He escuchado decir que esa indemnización, aunque no repara el daño moral, sirve cuando menos para calmarlo porque esa persona que ha sufrido tan grave dolor puede cuando menos hacer un viaje a Europa con la indemnización que recibe y distraer su pena. Francamente, me parece que eso es envilecer el dolor moral y me sentiría muy mal viajando a distraerme a costa de la vida de un familiar querido.

El único sentido que le encuentro al daño moral no es precisamente moral sino material. Sucede que muchas veces los accidentes implican daños que son difícilmente calculables a pesar de que son estrictamente materiales. En esos casos, los jueces utilizan muchas veces el daño moral para agregar a la reparación algunas sumas calculadas por equidad para cubrir esos otros daños que no están claramente individualizados. Pero notemos que aquí no estamos indemnizando nada extrapatrimonial sino más bien daños patrimoniales de difícil definición económica. Por consiguiente, hubiera sido más conveniente suprimir el daño moral y otorgar al juez la facultad de usar la equidad para compensar ese tipo de daños materiales indefinidos.

La tercera idea-guía era más audaz y compleja. Recogiendo la intuición sobre la repartición de riesgos de Olaechea y entendiéndola dentro de una sociedad que funciona como un todo, esta tercera idea proponía la distribución social de los costos de los accidentes.

La teoría objetiva de la responsabilidad presenta muchas dificultades de sustentación. En primer lugar, no explica la razón por la que una persona sin haberse probado su culpa debía ser quien soportara el peso económico del daño. Esta teoría pretendió encontrar una justificación en el principio del riesgo creado: se dijo que quien crea un riesgo y se beneficia con él debe soportar su consecuencia. Pero ante cada situación precisa es muy difícil establecer la persona que crea el riesgo: en el caso de un accidente de automóvil lo crean los dos choferes que conducían los vehículos o incluso el peatón que sale a caminar por las calles y que resulta atropellado.

Por otra parte, tanto la teoría subjetiva como la teoría objetiva operan como un interruptor de corriente; no tienen sino dos puntos: o el peso económico permanece en la víctima (cuando no se le reconoce derecho a indemnización) o el peso económico se traslada al causante (creándose así una nueva víctima, esta vez de carácter económico). Sin embargo, en gran parte de los accidentes modernos parecería que la sociedad toda debería de alguna manera ser responsabilizada por los daños.

Tomemos el ejemplo de los accidentes de automóvil. En la mayoría de los casos, los dos choferes consideran honestamente que la culpa es del otro; el Juez tiene muy graves escrúpulos de conciencia para atribuir la culpa a uno u otro y finalmente opta por una responsabilidad compartida. Es que, en realidad, quizá la culpa es de ambos o de ninguno: aun cuando seamos los choferes más diligentes y prudentes del mundo, en muchos momentos tenemos descuidos; y si uno de esos momentos coincide precisamente con el azar de que un automóvil se cruza por delante, tenemos un accidente. Por consiguiente, el accidente resulta ser una combinación de una falla estadísticamente inevitable con el azar. Notemos que si el azar no interviene en el momento del descuido colocando otro automóvil o un peatón delante, ni siquiera la teoría subjetiva sanciona la culpa presente en el descuido que efectivamente existió: si no ha habido daño (es decir, azar), el "culpable" no es sancionado por el Derecho Civil.

Pero hay otro ingrediente más, que contribuye a diluir la idea de una culpa del causante y que pone en cuestión esa solución bilateral que impone tanto la teoría subjetiva como la objetiva. Los accidentes no serían dañinos si la sociedad adoptara ciertas medidas de precaución. Por ejemplo, si se estableciera que no pueden circular automóviles que rueden a más de 10 kilómetros por hora y que no tengan bandas de algodón y jebe que los protejan en todo su contorno, o simplemente si se establece que los automóviles están prohibidos, así se evitarían todas las muertes de accidentes de tránsito. Esta es una comprobación que no podemos eludir. Pero la sociedad quiere tener las ventajas de la velocidad y de la facilidad de transporte, aunque haya accidentes. La sociedad sabe que, por más que los choferes sean prudentes y que la policía ordene debidamente el tránsito, un cierto número de muertes será inevitable cada año; porque son los riesgos inherentes al uso de vehículos automotores. Pese a ello, la sociedad quiere tener esas ventajas aunque se produzcan esas muertes. Para que la sociedad pueda disfrutar de las ventajas de la velocidad y la comodidad del transporte moderno, tiene que estar dispuesta a pagar un precio constituido por la muerte de algunos de sus miembros. ¿Quién crea el riesgo en este caso? ¿El que sale con su auto? Parecería más bien que quien lo crea, lo permite o lo tolera es la sociedad toda. Asimismo, quien se beneficia con este riesgo creado es la sociedad toda. Por tanto, encontramos un tercer actor que está presente solapadamente en todo accidente y es la sociedad toda. Luego, la sociedad toda debe ser también de alguna manera co-responsabilizada.

Este tipo de reflexiones han conducido a la más moderna teoría llamada distribución social de los daños.

Según ella, no se trata ya de buscar al delincuente escondido detrás de la cortina ni de crear una nueva víctima de carácter económico frente a la víctima directa por un supuesto riesgo creado. De lo que se trata, salvo cuando ha mediado dolo o culpa inexcusable, es de reparar a la víctima diluyendo en el todo social el impacto económico del daño para que nadie lo sufra en particular; la sociedad toda es responsable de los daños rutinarios de la vida en común y, consecuentemente, hay que trasladar el pago de la indemnización a la sociedad toda.

¿Cómo lograr este propósito? A través de dos poderosos medios de difusión de los costos económicos que ofrece la sociedad actual: el sistema de precios y la contratación de seguros.

Voy a explicar los medios a través de sendos ejemplos.

Veamos el caso de los daños causados por productos defectuosos: una persona utiliza una crema de afeitar que le causa una grave alergia, la que exige tratamiento médico por varios días, porque la crema fue fabricada defectuosamente. En este caso, la nueva teoría le atribuye automáticamente responsabilidad objetiva al fabricante de la crema, con la sola condición de que se pruebe que la utilización de esa crema fue lo que provocó el daño. No hay un intento de indagar si existió culpa, si se produjo o no una *culpa in vigilando* de la empresa respecto del proceso de fabricación, sino que simplemente se verifica el nexo causal. Pero tampoco se trata de una aplicación de la responsabilidad objetiva porque el fabricante no es responsable por el mero hecho de ser el causante físico sino porque puede calcular un riesgo de productos defectuosos e incluir este costo en el precio del artículo. En otras palabras, el fabricante no es “culpable” en sentido estricto, porque aun con su mejor buena voluntad y diligencia no podría evitar que alguna vez suceda una falla de producción. Tampoco es un chivo expiatorio ciego como en el caso de la responsabilidad objetiva. Es responsable objetivamente, sí; pero lo es porque puede descargar el peso económico del daño, que recibe judicialmente, a través de los precios que cobra al consumidor. De esta forma, el riesgo social de que alguna vez se produzcan artículos defectuosos sin dolo ni culpa inexcusable del fabricante se diluye entre la sociedad toda que consume estos productos y que paga un precio que incluye el monto de las eventuales compensaciones por los daños causados.

El mecanismo del seguro supone la creación de un seguro obligatorio para aquellos riesgos de carácter

rutinario, tales como los accidentes de automóvil; lo que permite una adecuada satisfacción de la víctima y una eficiente difusión del riesgo entre todos los asegurados a través del pago de las primas. Sin embargo, aun cuando este seguro obligatorio no hubiera sido creado, el principio de la difusión del seguro ingresa al razonamiento judicial en base a consideraciones parecidas a las que hemos reseñado respecto del sistema de precios: los jueces hacen recaer el peso económico del daño fundamentalmente en quienes estaban en mejor aptitud de utilizar ese mecanismo difusor contratando cuando menos un seguro voluntario.

Por ejemplo, producido un atropello en el que no existe dolo ni culpa inexcusable del atropellado, la responsabilidad es atribuida solidariamente al chofer del vehículo y a su propietario. ¿Por qué razón el propietario es responsable aunque no fue causante directo ni tuvo culpa del accidente? Por el hecho de que este propietario puede asegurarse y que el seguro diluye el riesgo entre todos los asegurados. A través del seguro, todos los asegurados contribuyen al pago de los daños de ese accidente en particular, ya que el causante no pagó sino la prima correspondiente y de esta forma se diluyó socialmente el costo del daño.

Aparentemente, nos encontramos frente a una responsabilidad objetiva a ultranza: porque incluso la responsabilidad objetiva, salvo en sus manifestaciones extremistas, ha excluido a quien no fue causante directo. Sin embargo, no es así; porque el fundamento de la responsabilidad y el traslado del peso económico del daño al propietario no se deben a un hecho ciego sino a la capacidad de éste de diluir ese costo a través del seguro.

Frente a todas estas propuestas un tanto extravagantes, ¿qué es lo que fue acogido finalmente en el Código de 1984? Muy poco.

Cuando menos, se logró que la sección correspondiente del Código no fuera llamada en adelante “De los actos ilícitos” sino que se utilizara el apelativo más genérico “De la responsabilidad extracontractual” que se adecua mejor a la realidad normativa ya que ésta contiene aparentemente tanto el principio de la culpa¹³ como el principio del riesgo creado¹⁴.

Sin embargo, no cabe duda de que la redacción final de esta sección corresponde a una persona que tenía claras convicciones subjetivistas. Así, estamos frente a la coexistencia de dos principios contrarios, sin que se haya

¹³ Código Civil de 1984, artículo 1169.

¹⁴ Código Civil de 1984, artículo 1170.

trazado una teoría que los englobe a ambos. La situación es aún más grave si se tiene en cuenta que el legislador subjetivista tuvo en último momento un escrúpulo respecto de la responsabilidad objetiva que había también creado. Así, dos artículos después de aquel en que introduce la responsabilidad por riesgo, parece que lo atemoriza la dirección que ha tomado y da un paso atrás frente a lo que considera el abismo. Así establece que el que creó el riesgo no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia del caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño. Pero, ¿qué otros casos quedan, entonces? Claramente aquellos en los que ha intervenido la culpa. De modo que si realizamos una lectura de este artículo y lo concordamos con el artículo 1970, parecería que no existe responsabilidad objetiva alguna y que sólo se responde, aún en daños producidos por cosas o actividades peligrosas, cuando media dolo o culpa. En realidad, la única forma de salvar el carácter objetivo de la responsabilidad en estos casos es interpretar caso fortuito en el sentido más estricto, como circunstancias de carácter general y objetivo, y no simplemente como ausencia de culpa.

Por otra parte, el Código de 1984 incorporó el daño moral y el daño a la persona y estableció así un sistema de indemnizaciones que, a mi juicio, responde más al principio de venganza o de punición civil antes que al de reparación del daño.

En cuanto a la distribución social del daño a través de seguros obligatorios de accidentes, se levantó una oposición muy fuerte que provenía –paradójicamente– de las compañías privadas de seguros que hubieran debido beneficiarse con la obligación de todo propietario de automóviles de acercarse a ellas para tomar el seguro obligatorio. Estas empresas sostenían que un seguro obligatorio adquiriría un carácter social que podía distorsionar la contabilidad comercial de la actividad de aseguración; por eso, preferían no hacerse cargo de este tipo de seguros. Las empresas de seguros adujeron que este seguro era una singularidad peligrosa. Cuando se les hizo ver que más del 80% de los países del mundo contaban con seguro obligatorio de automóviles, respondieron que el Perú es un país *sui generis* y que no estaba preparado para manejar un sistema de ese tipo. Ante esta situación, el Código de 1984 se limitó a incluir un artículo que perfectamente pudo haberse ahorrado, porque se limita a disponer que la ley –es decir, otra ley– determina el daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro.

¿Cómo vemos el panorama de la responsabilidad extracontractual después de transcurridos veinte años de la vigencia de este Código?

La verdad es que, a pesar de la intensa discusión jurídica e ideológica que se produjo con motivo del Código Civil de 1984, no ha cambiado mucho la práctica de la responsabilidad extracontractual con relación al periodo en que estuvo vigente el anterior Código de 1936.

Los jueces siguen utilizando generalmente el principio de la culpa con la carga de la prueba invertida y sólo esporádicamente hacen uso de la responsabilidad derivada de bienes o actividades riesgosas o peligrosas. Incluso, muchas veces, aun cuando usan la responsabilidad por riesgo, agregan que también existen una serie de indicios de culpa, como para reforzar una posición que creen poco sólida sobre la base únicamente de la teoría objetiva.

Por otra parte, la jurisprudencia no distingue mayormente entre daño moral y daño a la persona, con lo que esta última institución aparece como inútil o como un mero refuerzo del daño moral. Por su parte, el daño moral es entendido como un concepto vago de justicia pretoriana, en el que coexisten daños materiales imprecisos, romanticismos conceptuales y sentimientos indeterminados de piedad por las víctimas.

En lo que se refiere a los seguros obligatorios, se ha creado finalmente el Seguro Obligatorio de Automóviles (SOAT). Paradójicamente, una vez que se impuso casi veinte años después de la discusión anterior, esta vez las empresas de seguros apoyaron vehementemente la iniciativa y se disputaron los clientes con una publicidad muy intensa. En cambio, quienes protestaron fueron los dueños de buses y microbuses en forma tan agresiva y callejera que en algún momento se llegó a pensar –cosa que no sucedió– que el famoso SOAT sería derogado.

La moraleja que podemos extraer de esta historia es que las discusiones y polémicas entre juristas son muy enriquecedoras... para los propios juristas. Pero éstas no se traducirán en cambios efectivos en las relaciones sociales mientras no cambie la mentalidad de los legisladores, de los jueces y del ciudadano en general. Todo lo demás se queda en el papel, y el Derecho no es un papel bien escrito sino el conjunto de prácticas que buscan soluciones concretas para problemas sociales que están en la realidad misma.

CUANDO LAS COSAS HABLAN: EL RES IPSA LOQUITUR Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL *

Alfredo Bullard G.**

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

En el ámbito de la responsabilidad civil es primordial conocer las circunstancias que provocaron el daño que se pretende resarcir. Mas ¿qué ocurre con aquellos supuestos en los cuales la parte que está en mejor aptitud de revelar esta información no tiene los incentivos para hacerlo? ¿Cómo asignar responsabilidad alguna en un proceso?

El presente artículo nos introduce a la doctrina del res ipsa loquitur, doctrina proveniente del Derecho Anglosajón por la cual, bajo determinadas condiciones, se invierte la carga de la prueba, reduciendo así los costos de probar y las posibilidades de errar en la atribución de responsabilidad. Asimismo, el autor hace un interesante análisis de compatibilidad entre esta figura y el sistema de responsabilidad civil de nuestro ordenamiento, lo cual eleva esta discusión de algo meramente teórico a algo de posible aplicación en nuestra sociedad.

* El autor desea agradecer sinceramente la valiosa colaboración de Gisella Domecq en la investigación y elaboración de este artículo.

** Columnista del informativo de actualidad jurídica Enfoque Derecho. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía-ALACDE. Master en Derecho, Universidad de Yale.

El número en el que THEMIS cumple 40 años, coincide felizmente con mi publicación número 20 en esta revista. No participé en la primera época, aquella en la que un grupo de destacados estudiantes (algunos de los cuales serían luego mis profesores) emprendieron la aventura que luego se convertiría en la publicación jurídica más exitosa y respetable del país. Tenía menos de un año de edad cuando apareció el primer número y 22 años cuando publiqué mi primer artículo de Derecho (en THEMIS y en mi vida). Desde entonces he tenido la suerte de publicar en promedio más de una vez al año en esta revista. Siento por ello que THEMIS me ha acompañado toda la vida, compañía que llegó a una especial intimidad académica en los tres años en que participé como miembro y luego Consejo Directivo de la Revista.

La forma THEMIS de ser, aquella que se impregna en todos los que han pasado por la Revista, es fácil de reconocer. Es tan fácil que no voy a perder espacio describiéndola. Ha sobrevivido a cambios de enfoque, formato, extensión, estilo y diagramación. Tiene que ver con el orgullo que se siente cada vez que se abren las páginas de un nuevo número y ver que es mejor que el anterior, y mucho mejor que aquellos que se publicaron cuando uno mismo estaba en la Revista. Tiene que ver con el orgullo que se siente al escuchar los comentarios de profesores y abogados de todas partes del mundo que luego de superar la impresión que les genera la presentación física y estética del número, se impresionan más con el contenido. Y luego quedan deslumbrados al saber que todo lo hacen los estudiantes, desde conseguir los artículos hasta conseguir el financiamiento, lo que no tiene precedentes en otros lugares del planeta. Tiene que ver con el orgullo de reconocer en sus páginas los nombres de los mejores juristas y académicos del mundo o con el orgullo de ver a quienes tienen a cargo hoy la Revista, más orgullosos y comprometidos de lo que estuvo uno mismo.

Es que THEMIS es, paradójicamente, una esperanza que se puede recordar. Basta mirar su pasado para reconocer su futuro. Basta mirarla hoy para saber que será mejor mañana. Y les aseguro que en ese mañana los que están hoy no verán la mejora con envidia, sino con orgullo. Finalmente la Revista siempre seguirá siendo suya.

I. EN EL MUNDO DE LA BELLA Y LA BESTIA

En la célebre película de Walt Disney basada en el cuento clásico de "La Bella y la Bestia" las "cosas" del castillo de la Bestia "estaban vivas" y hablaban. Así, como consecuencia del hechizo del que fue víctima el príncipe del castillo, no sólo se vio transformado en un monstruo, sino que todos los sirvientes se vieron

convertidos en "menaje" animado, desde teteras, relojes y candelabros, hasta platos, muebles y alfombras. Pero cada una de estas cosas tenía vida, hablaba y podía contarnos qué es lo que había ocurrido en cada momento. Era difícil pasear sin que alguna parte de los bienes del inmueble pudieran decir que te habían visto pasar. Con tanto "testigo" nada puede pasar desapercibido.

¿Se imagina el lector si ocurriera un accidente en el castillo y el acusante intentara eludir su responsabilidad amparándose en la falta de pruebas que acrediten cómo ocurrió el daño? Sin duda, el causante tendría serios problemas en eludir su responsabilidad pues una serie de "testigos" presenciales del accidente declararían cómo fueron las cosas. La alfombra declararía que la caída de la víctima por las escaleras se debió al descuido del propietario de mantenerla estirada para evitar que hubiera un tropiezo, o el microondas diría que efectivamente el manual no explicaba adecuadamente su funcionamiento, o el auto que sus frenos no fueron revisados oportunamente. Si las cosas o las situaciones a ellas vinculadas hablaran, siempre sabríamos qué fue lo que pasó.

Los tratadistas y académicos vinculados al área de responsabilidad civil se han preocupado mucho de definir los aspectos conceptuales de elementos como el nexo causal, el daño, la antijuricidad o el factor de atribución. Pero la verdad de las cosas es que los problemas vinculados con la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, son más fácticos que jurídicos. El problema principal de todo caso de responsabilidad civil, lejos de ser si se aplican factores de atribución objetivos o subjetivos o si existe causalidad adecuada, es realmente saber cómo ocurrieron las cosas. La mayor orfandad no está por tanto en la teoría, y ante la necesidad de resolver un caso vinculado a un accidente sin duda el juez cambiaría con gusto tomos enteros de doctrina por tener una filmación del momento preciso en el que ocurrió el daño, algo con lo que rara vez se cuenta.

De hecho, gran parte de la evolución de los sistemas de responsabilidad civil están marcados, antes que por especulaciones teóricas, por facilitar la prueba de lo ocurrido. Por ejemplo, si bien hay otros factores que explican el surgimiento de la responsabilidad objetiva, quizás el más importante se vincula a la reducción de los costos de prueba al no requerirse saber cómo ocurrieron las cosas, bastando probar quién causó el accidente para atribuirle responsabilidad.

En el sistema anglosajón, una de las instituciones que justamente se han perfilado para reducir los costos de probar es el llamado *res ipsa loquitur* y que no es otra cosa que la creación de una ficción legal que permite

“hablar a las cosas”, casi como en el castillo de la Bella y la Bestia.

Por supuesto que el principio no permite que un sofá declare como testigo, pero sí permite deducir de los hechos y circunstancias ciertas presunciones que alivian los problemas de demostración de los hechos de manera significativa, a través de un simple mecanismo inteligente de inversión de la carga de la prueba. Ello permite superar los problemas de la prueba de la culpa sin apartarse, en estricto, del modelo de la culpa.

II. ¿QUÉ ES EL *RES IPSA LOQUITUR*?

La doctrina del *res ipsa loquitur* o “la cosa habla por sí misma” es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo.

De alguna manera, el principio es un paso previo a la responsabilidad objetiva, sólo que en lugar de animarse a señalar que el causante es siempre el responsable, mantiene el concepto de culpa, pero idea un mecanismo para presumir, ante ciertos hechos, que la culpa de una persona fue la causa del accidente.

El concepto central es que quien está en control de una actividad está en mejor aptitud que quien no la controla para saber qué es lo que pasó. Si se obligara a la parte no controladora a asumir la carga de la prueba, entonces quien más información tiene tendría el incentivo para no producir prueba alguna sobre lo ocurrido. Bajo tal situación, los costos de producir prueba aumentarían y la posibilidad de saber quién fue responsable se alejaría de la realidad.

Quien mejor ha desarrollado los criterios de aplicación del *res ipsa loquitur* es la jurisprudencia de los países que pertenecen al sistema anglosajón. Reseñar algunos de los casos más celebres de aplicación de la doctrina quizás sea la mejor manera de introducirnos a la misma.

Uno primero, bastante gráfico, es el caso *Ybarra v. Spangard*¹. Al señor Ybarra le diagnosticaron una apendicitis que exigía que fuera operado. Fue internado en el hospital donde fue dormido con anestesia para efectos de la operación. Al despertar luego de la operación, el señor Ybarra sintió un intenso

dolor en un brazo y en el hombro. El dolor se extendió y la situación se fue agravando, llegando a desarrollarse una parálisis y atrofia de los músculos alrededor del hombro. Los exámenes posteriores determinaron que el señor Ybarra había sufrido una seria lesión como consecuencia de un trauma o herida derivada de una presión aplicada entre su hombro derecho y su cuello.

Al estilo más propio de “Fuente Ovejuna”, ninguno de los intervinientes en la operación y tratamiento de Ybarra desde que fue anestesiado hasta que despertó dio ninguna explicación de qué había ocurrido. Ello motivó que Ybarra demandara a todos ellos. La defensa de los demandados fue que el señor Ybarra no había presentado ninguna prueba de qué había ocurrido, ni cuál de ellos había causado el problema ni menos aún qué negligencia había existido. Criticaron entonces el intento de Ybarra de tratar de establecer una suerte de responsabilidad “en masa”. Ante tal situación, el demandante invocó la doctrina del *res ipsa loquitur* señalando que debía presumirse la negligencia de los demandados dado que, sin perjuicio de que no podía explicar qué pasó en concreto, era evidente que su lesión sólo podía ser consecuencia de la negligencia de ellos².

La Corte se encontró con un dilema difícil de resolver. En estricto, no había forma de probar cuál de todos los intervinientes había causado con su negligencia el daño. Pero era evidente que entre ellos estaba el o los culpables. El paciente se encontraba sin ninguna posibilidad de probar o entender qué había ocurrido porque había estado inconsciente. Y los únicos que podían aportar pruebas se negaban a hablar.

La Corte declaró fundada la demanda. Consideró que era evidente que había existido negligencia a pesar de que no era posible especificar los hechos concretos en la que ésta habría consistido. Señaló además que la única forma de crear los incentivos para que se dieran explicaciones y rompieran su silencio, era hacer a todos los demandados conjuntamente responsables. Así, ante el silencio de los demandados, los jueces hicieron hablar a las cosas, o más propiamente, a las circunstancias que rodearon la acción dañosa. Y las circunstancias levantaban su dedo acusador en contra de los intervinientes.

El principio que comentamos fue propuesto por primera vez en el caso *Byrne v. Boadle*³. Se trata de un caso antiguo (1863) en el que el demandante fue

¹ 25 Cal.2d 486, 154 P.2d 687, 162 A.L.R. 1258. Supreme Court of California. 1944.

² El caso es muy similar a *Maki v. Murria Hospital* (91 Mont. 251, 7 P.2d 228, 231) con la única diferencia que en este último caso el paciente despertó con lesiones derivadas de una caída de la camilla en la que estuvo recostado mientras estuvo anestesiado.

³ Se puede encontrar una reseña de este caso en: http://www.indexuslist.de/keyword/Res_ipsa_loquitur.php (1 de abril de 2005).

herido por la caída de un barril de harina desde una ventana en un segundo piso. La Corte presumió que el simple hecho de que hubiera caído un barril en tales circunstancias, en sí mismo, demostraba que existía negligencia, a pesar que no se supo cómo efectivamente ocurrieron los hechos. El lenguaje de la Corte fue bastante claro al enunciar su razonamiento:

“Somos de la opinión que la regla debe ser dictar un veredicto a favor del demandante. (...) es cierto cuando se dice que existen muchos accidentes de los que no puede derivarse una presunción de negligencia, pero creo que sería un error establecer una regla según la cual no puede surgir nunca una presunción de negligencia del hecho de un accidente. Supongamos en este caso que el barril rodó fuera del almacén y cayó sobre el demandante. ¿Cómo podría demostrarse con certeza cuál fue la causa de lo ocurrido? Es obligación de la persona que guarda barriles en un almacén tomar cuidado para que no rueden hacia fuera, y creo que tal caso debería, fuera de toda duda, establecer *prima facie* evidencia de negligencia. Un barril no se puede rodar fuera de un almacén sin alguna negligencia y decir que el demandante que fue herido es el que debe traer testigos me parece descabellado”⁴.

Otro de los casos más citados es *Ristau v. Frank Coe Company*⁵. El empleado de una empresa la demandó por los daños personales ocasionados durante las actividades de carga del producto de la demandada en vagones. La rotura de un caballete le generó serias heridas al demandante. El demandante invocó la doctrina del *res ipsa loquitur* sosteniendo que demostrada la rotura del caballete no podía sino presumirse que la misma se debía a negligencia de su propietario. Efectivamente, en el expediente no existía prueba que mostrara cómo habían ocurrido los hechos. La Corte acogió la posición del demandante.

En el caso inglés *Barkway v. South Wales Transport Co. Ltd.*⁶ la Corte estableció con mucha claridad el sentido del principio:

“La doctrina depende de la ausencia de explicación, y, en consecuencia es un deber de los demandados, si es que desean protegerse, dar una explicación adecuada de la causa del accidente, sin embargo, si los hechos son suficientemente conocidos, la pregunta deja de ser una referida a si los hechos hablan por sí mismos, y

la solución debe encontrarse en determinar cuándo, sobre la base de los hechos establecidos, debe o no inferirse negligencia”⁷.

Así, se diferencia los casos en los que se sabe qué pasó (en cuyo caso el juzgador debe analizar si la conducta demostrada era o no negligencia) de los casos en los que se sabe que hubo un daño pero no se sabe a ciencia cierta cómo ocurrieron las cosas.

En el mismo caso uno de los vocales deja claro que es discutible que se trate propiamente de una doctrina, para ser más una simple aplicación del sentido común:

“La máxima no es más que una simple regla de prueba que afecta al responsable. Se basa en el sentido común, y su propósito es hacer viable la justicia que debe hacerse cuando los hechos referidos a la causalidad y al cuidado ejercido por el demandado están fuera del conocimiento del demandante pero están o deberían estar en conocimiento del demandado”⁸.

Efectivamente, el *res ipsa loquitur* tiene pretensiones más modestas que la de ser considerado como una “doctrina”. Es simplemente la aplicación de un principio de sentido común tan sencillo como “si el demandado parece ser el único que pudo causar con culpa el daño, entonces él es el culpable”.

Esta idea fue repetida con singular claridad en el caso *Lloyde v. West Midlands Gas Board*⁹. Así, luego de plantearse la duda sobre si el *res ipsa loquitur* podía ser descrito como una doctrina, la Corte dijo que era una:

“... exótica, pero conveniente frase para describir lo que no es en esencia más que una aproximación del sentido común (...) sobre la atribución de los efectos de las pruebas en determinadas circunstancias. (...) Este significa que el demandante establece *prima facie* negligencia cuando: (i) no le es posible probar de manera precisa cual fue el acto u omisión relevante que determinó en la sucesión de eventos que condujo al accidente; pero (ii) sobre las pruebas tal como se han determinado en tiempo relevante es más probable que no que la efectiva causa del accidente fue algún acto u omisión del demandante o de alguien por el que el demandante es responsable, cuyo acto u omisión constituye una falla del demandado en tener el cuidado adecuado para la seguridad del demandante”¹⁰.

⁴ Ibidem. Traducción libre.

⁵ 120 App.Div. 478, 104 N.Y.S. 1059. Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Department. 1907.

⁶ [1950] 1 All ER 392, HL..

⁷ Ibidem. Traducción libre.

⁸ Ibidem. Traducción libre.

⁹ 1 WLR 749, CA.

¹⁰ Ibidem. Traducción libre.

Como bien se desprende del tratamiento dado por la jurisprudencia, antes que un principio del sistema de responsabilidad civil, se trata de un principio operativo probatorio, destinado a reducir los costos de prueba en un caso en el que se identifican elementos que reducen sustancialmente el costo de un error que atribuya responsabilidad al que no la tiene. En otras palabras, bajo la aplicación del principio se asume que no hacer responsable al demandado tiene un riesgo o costo de error superior al que se enfrenta si se le hace responsable.

La doctrina del *res ipsa loquitur* permite al juez inferir negligencia, en ausencia de pruebas directas¹¹, siempre que el demandante cumpla con probar la existencia de ciertos requisitos indispensables para la aplicación de dicha doctrina. Así, Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan señalan lo siguiente:

“... La doctrina del *res ipsa loquitur* permite al jurado inferir negligencia bajo ciertas circunstancias en la ausencia de una prueba directa”¹².

Asimismo, Kenneth S. Abraham señala lo siguiente:

“Cuando se cumplen los requisitos del *res ipsa loquitur*, en la mayoría de las jurisdicciones el efecto es que se permite al jurado, pero no se le requiere, encontrar que el demandado fue negligente”¹³.

A través de la utilización del mencionado principio, se permite que los jueces infieran la existencia de negligencia por parte del demandado, sin pruebas directas de la existencia de la misma. De ello se desprende claramente que, una vez invocada la doctrina del *res ipsa loquitur*, y luego de que el demandante pruebe los requisitos para la aplicación de la misma, el juez está en capacidad de declarar la negligencia del demandado y por lo tanto ordenar el pago de una indemnización por los daños producidos.

La aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur* permite que, aun sin pruebas directas de la negligencia del demandado, la demanda sea admitida, evitando que se genere el efecto *smoking out* (se hicieron humo). Es decir, el demandado no se quedará de brazos cruzados señalando que no existen pruebas en su contra,

mediante las cuales se pueda probar su negligencia, cargando sobre los hombros de la víctima el peso de una prueba imposible.

Al comprobarse los requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina, el juez estará en capacidad (tendrá la facultad) de presumir la negligencia del demandado. Siendo ello así, éste tratará de probar de la mejor forma y mediante todos los medios que tenga a su alcance que su conducta no fue negligente¹⁴.

Sin embargo, como se puede apreciar, esta doctrina no sólo permite presumir la existencia de negligencia, sino, de cierta manera, incluso del nexo causal. Así, en el caso Ybarra antes citado, es claro que la Corte no se limitó a presumir que la negligencia existió, sino que la misma era imputable a los demandados y que fueron sus acciones las que causaron el daño. Ello es lógico sobre todo si se tiene en cuenta que si justamente lo que no se puede identificar son los hechos que acreditan que hubo negligencia, tampoco se puede acreditar que el demandado causó el daño, pues sin conducta específica es difícil determinar que la conducta causó el daño. En esta circunstancia basta que el daño se haya producido bajo la esfera de control del demandante para que se presuma no sólo la negligencia, sino que ésta causó el daño.

Bajo las reglas comunes de la prueba, cuando no existen elementos de prueba suficientes para probar la negligencia del demandado, no es extraño que éste obtenga una sentencia favorable, alegando únicamente dicha inexistencia¹⁵. La doctrina *res ipsa loquitur* revierte esta situación, tal y como lo explica Abraham cuando señala que bajo esta perspectiva la doctrina del *res ipsa loquitur* cumple justamente la función de evitar este efecto de *smoking out* (se hicieron humo) de las pruebas que están bajo control de la parte no interesada en que se encuentren. La doctrina crea una inferencia artificial de negligencia a fin de crear en el demandado los incentivos para explicar qué es lo que realmente pasó¹⁶.

Sin embargo, aun cuando el demandante haya probado los requisitos para la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*, el demandado siempre está en capacidad de probar, durante el proceso, que él no fue negligente;

¹¹ La doctrina *res ipsa loquitur* es aplicada cuando la víctima de un daño demuestra que la evidencia del accidente es inaccesible para él, o simplemente que no sabe ni tiene cómo saber cuáles fueron las causas del accidente.

¹² ABRAMSON, Mark A. y Kevin F. DUGAN. “Res Ipsa Loquitur and Medical Malpractice”. En: <http://www.arbd.com/articles/resipsa.html>. Traducción libre.

¹³ ABRAHAM, Kenneth S. “The Forms and Functions of Torts Law”. New York: The Foundation Press, Inc. 1997. p. 91. Traducción libre.

¹⁴ Es necesario precisar que uno de los requisitos necesarios para invocar la doctrina del *res ipsa loquitur* es que el hecho productor del daño se haya producido dentro de la esfera de control del demandado. Siendo ello así, es el demandado quien tendrá mayor cantidad de elementos que lo ayuden a probar que no fue negligente, y que el accidente no se produjo por esta causa.

¹⁵ Sin este principio, no existen incentivos de ningún tipo para que el demandado señale qué es lo que sucedió realmente, lo que sucederá en la práctica es que el caso se declare infundado por falta de pruebas.

¹⁶ ABRAHAM, Kenneth S. Op. Cit. p. 94.

o en todo caso, intentar probar que no se han cumplido los requisitos necesarios para aplicar la doctrina del *res ipsa loquitur* e inferir su negligencia sobre la base de la misma. Al respecto, el Restatement (Second) of Torts señala lo siguiente:

“Si el demandado produce prueba que es tan concluyente como para no dejar duda que el evento fue causado por un agente ajeno del que él no es responsable, o que pertenece a una clase de eventos que comúnmente ocurre sin un cuidado razonable, tendrá derecho a un veredicto directo”¹⁷.

Es necesario precisar que la doctrina del *res ipsa loquitur* sólo debe ser aplicada cuando el hecho generador del daño no pudo haberse producido sin algún tipo de negligencia por parte del demandado. Así lo señala el juez Gaynor en el caso *Ristau vs. Frank Coe Company*:

“... Esta se aplica sólo cuando el accidente aparentemente no podría haber ocurrido salvo a través de alguna negligencia del demandado”¹⁸.

Así, como ya señalamos, la doctrina bajo comentario parece enmarcarse más que dentro del campo de los conceptos que los tratadistas de Derecho Civil suelen usar, dentro de los principios de carga de prueba. Sin embargo, su importancia es clave para permitir la operación del sistema de responsabilidad civil.

Sin duda, es importante entender los conceptos, pero quizás más importante es cómo organizar los hechos y los elementos de prueba para poder hacer operar el sistema. El *res ipsa loquitur* es una forma de poner en marcha y hacer efectivo el funcionamiento de la responsabilidad civil, más allá de las consideraciones teóricas, y centrándose en la problemática de lo fáctico.

El problema es simple y asombra lo poco que se ha escrito en nuestro sistema para encontrarle solución. Es usual que quien causa un daño contractual o extracontractual, tiene normalmente bajo su control la conducta causante del daño. Así, controla la información y los recursos usados en dicha conducta. Si del acceso a dichos elementos se derivan efectos negativos (pago de una indemnización) no habrá

incentivos para facilitar dicho acceso. El resultado es que los causantes serán hechos responsables en menos casos de los necesarios, llevando a que las externalidades producidas sean internalizadas en un número subóptimo de veces.

La forma de resolver ese problema es colocando los costos de la no prueba sobre los hombros de quien enfrenta menos costos para proveer la información necesaria. Sin embargo, hay que tener cuidado con las consecuencias que una aplicación irrestricta del principio puede tener en el sistema de responsabilidad civil.

Los accidentes o daños derivados del incumplimiento de una obligación pueden producirse no sólo como consecuencia de la actividad del causante, sino de la actividad de la víctima o del acreedor. Los atropellos de peatones ocurren no sólo porque los conductores manejan a exceso de velocidad, sino porque los peatones cruzan la calle de manera distraída. Pero si los conductores son siempre hechos responsables sin importar la conducta de los peatones, y estos últimos son plenamente compensados por sus daños, entonces habrá menos incentivos para que tomen precauciones. El resultado es que habrá más peatones distraídos y con ello más accidentes.

Esta idea de que las precauciones son recíprocas en la mayoría de casos explica por qué hay que ser muy cuidadosos con los sistemas de responsabilidad objetiva. Si el conductor es objetivamente responsable, el peatón está literalmente “asegurado” contra accidentes a costa del conductor. Por tanto, se comportará de manera similar a como se comporta el asegurado en un contrato de seguros, tomando precauciones subóptimas. Así, el que tiene un seguro contra robos para su auto tenderá a estacionarlo más frecuentemente en la calle en lugar de en una playa de estacionamiento si es que todo robo le es cubierto por el seguro. O quien tiene un seguro de accidentes tenderá a manejar peor si el seguro cubre todos los daños¹⁹. Por ello el sistema tiene que trasladarle responsabilidad (o costos) cuando no toma precauciones. Ello explica que se usen sistemas de culpa²⁰ o que cuando se usen sistemas objetivos, el

¹⁷ En: <http://www.wisbar.org/res/sup/2001/99-0821.htm> Restatement (Second) of Torts §328D, cmt. o (1965). Traducción libre. Los *Restatement* son compilaciones de principios legales que supuestamente recogen los criterios de decisión usados por las cortes al resolver casos. Son recompilados y estructurados por la American Bar Association.

¹⁸ *Ristau v. E. Frank Coe Company. Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Department. 1907.* Traducción libre.

¹⁹ Esto es conocido en el lenguaje económico como “riesgo moral” o “azar moral”, y no es otra cosa que la tendencia a desarrollar conductas que aumentan los daños que no voy a asumir. Ello explica por qué las pólizas de seguro nunca dan cobertura completa o perfecta contra siniestros, sino que dejan parte del riesgo en cabeza del asegurado, o que se establezcan premios y castigos en la prima del seguro en función de la siniestralidad para crear incentivos a tomar precauciones.

²⁰ En el sistema de culpa, dado que los causantes (conductores) sólo pagan si tienen culpa, las víctimas (peatones) asumirán que el daño les puede ser ocasionado por un causante (conductor) sin culpa. En ese caso nadie les pagará los daños. La posibilidad de estar descubiertos llevará a los peatones a prevenir accidentes por el temor que por las reglas de responsabilidad subjetiva no se pueda atribuir responsabilidad al causante (conductor). Con ello se crean incentivos adecuados para la toma de precauciones bilaterales, es decir por las dos partes.

causante no sea responsable cuando la víctima es imprudente, como ocurre, a título de ejemplo, con el artículo 1972 del Código Civil que contempla la imprudencia de la víctima como una fractura causal²¹.

Una aplicación irrestricta del *res ipsa loquitur* puede generar un problema análogo al de la responsabilidad objetiva. Si la prueba de la culpa se hace excesivamente fácil para la víctima y muy difícil para el causante, entonces las víctimas tenderán a sentirse aseguradas, y con ello tomarán menos precauciones, lo que aumentará el número de accidentes. Como decíamos, el *res ipsa loquitur* es la antesala a la responsabilidad objetiva, y por tanto puede tener efectos similares²².

Ello explica los requisitos que se exigen para que se aplique el principio, en particular, los límites que la doctrina le impone. Por ejemplo, el requisito de que la actividad esté bajo el control del demandado tiende a centrarse en casos de precauciones unilaterales, es decir, en casos en que sólo una de las partes puede tomar precauciones. Por ejemplo, en el caso Ybarra es claro que el paciente anestesiado no podía tomar precauciones para evitar el accidente justamente porque estaba dormido. Por ello, no hay que preocuparse en crear un incentivo perverso. Está claro que el paciente no podía hacer virtualmente nada para evitar que pasara lo que pasó, con lo que no hay problema de que se le "asegure" contra el daño. De manera similar, si me cae un barril de harina cuando camino por la calle, es poco lo que pude hacer para evitar ese accidente, mientras que quien administra el almacén claramente puede controlar con su conducta que no ocurra ese tipo de daños.

Incluso en los casos en los que la actividad no está en total control del demandado, se exige que las hipótesis de culpa posible del demandante queden razonablemente descartadas, esto es, que las pruebas descarten que la propia víctima pudiera ser causante de sus propios daños. Esto será desarrollado con más detalle en la sección siguiente.

III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL RES IPSA LOQUITUR

De lo dicho en el punto precedente, se desprende que la aplicación del mencionado principio implica señalar

a determinado sujeto como negligente sin pruebas directas que corroboren la existencia de la misma. Dadas las severas consecuencias de la aplicación del principio, se han establecido una serie de limitantes y requisitos. Por ello, este sólo deberá ser aplicado cuando el demandante pruebe ciertos elementos para la aplicación de la misma. Así:

"Para que esta doctrina se aplique es necesario que (1) el accidente sea de aquel tipo de los que ordinariamente no ocurren ante la ausencia de negligencia de alguien; (2) debe haber sido causado por un agente o instrumento bajo el control exclusivo del demandado; y (3) otras posibles causas han sido suficientemente eliminadas por la evidencia"²³.

En la misma línea, Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan señalan con respecto de los requisitos lo siguiente:

"Se permitirá al jurado inferir negligencia si el demandante puede establecer, por medio de conocimientos comunes u opiniones de expertos que: 1) sus daños ordinariamente no hubieran ocurrido en ausencia de negligencia de alguien; 2) sus daños fueron causados por un agente o instrumento bajo el control exclusivo del demandado; y 3) otras posibles causas hayan sido suficientemente eliminadas por la evidencia de manera que el jurado podría razonablemente concluir que la negligencia es, más probablemente que no, del demandado"²⁴.

Si se presentan los tres elementos necesarios para configurar la doctrina del *res ipsa loquitur* entonces el juez podrá declarar la negligencia del demandado y por lo tanto estará en capacidad de sentenciar a favor del demandante. Pero ello no quiere decir que siempre que se prueben los requisitos el juez deberá declarar la negligencia del demandado. Así en el caso *Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc.*, el juez señaló lo siguiente:

"La regla del *res ipsa loquitur* no requiere necesariamente que el demandante gane el juicio; es meramente una regla que identifica elementos de prueba indiciaria que son suficientes para llevar el caso ante un jurado y permitir al jurado dar un veredicto a favor del demandante..."²⁵.

Para invocar la aplicación de la doctrina, el demandante deberá acreditar lo siguiente:

²¹ En ese caso el causante (conductor) será siempre responsable, salvo que la víctima (peatón) tenga culpa. En tal supuesto la víctima (peatón) tomará precauciones, porque si no lo hace se liberará de responsabilidad al causante (conductor) a pesar de la existencia de responsabilidad objetiva. Dado que la víctima que actúa con culpa estará descubierta, se generan incentivos para que se den precauciones recíprocas.

²² Desarrollaremos este tema con mayor detalle más adelante, cuando analicemos el problema de las precauciones recíprocas y la función del *res ipsa loquitur* de reducir los costos de error.

²³ *Rowe v. Public Service Company of New Hampshire*. 115 N.H. 397, 399 (1975). Traducción libre.

²⁴ ABRAMSON, Mark A. y Kevin F. DUGAN. Op. Cit.

²⁵ *Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc.* 127 N.H. 397, 400 (1985). Traducción libre.

A. Que el daño no pudo ocurrir sin la existencia de negligencia de alguien

Ello significa que sobre la base de las reglas de la experiencia y el sentido común o sobre la base de la opinión de expertos, se pueda llegar a la conclusión que el accidente o evento no pudo ocurrir por factores diferentes a la culpa de alguien.

Por ejemplo, en el caso *Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc.*²⁶, la Corte denegó la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*, ya que el demandante no pudo probar que el accidente sólo pudo haber sido causado por un acto negligente.

En el caso, el demandante solicitó que se le pagaran los daños causados en un accidente causado al usar las instalaciones de esquí de la demandada. Al subir a una de las montañas usando un sistema de andanivel ocurrió un accidente en el que sufrió daños físicos.

Así, la Corte señaló:

"... el mecanismo de andanivel se encuentra fuera del ámbito de la experiencia común, y los jurados necesitarían del beneficio de opiniones de expertos antes que puedan eliminar toda otra posible negligencia causante diferente a la del demandado-operador. Sobre este asunto, el experto describió distintas causas del mal funcionamiento que aparentemente podrían haber resultado tanto de un diseño defectuoso como de un mantenimiento defectuoso. Dado que este testimonio no tiende a eliminar la negligencia del diseñador o del fabricante del rango de causas posibles, ello resulta insuficiente para superar la carga del demandante"²⁷.

Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan, comentando el mencionado caso señalan lo siguiente:

"... La Corte encontró que el demandante introdujo apropiadamente testimonios de expertos para satisfacer el primer elemento del *res ipsa*. Sin embargo concluyó que, en este caso, el testimonio de expertos no era suficiente para cumplir con la carga del demandante. En particular, a pesar que el experto describió distintos actos negligentes que podrían haber causado el accidente, él también concedió que éste hubiera podido haber ocurrido 'por alguna otra razón'. Dado que

'alguna otra razón' podrían incluir actos no negligentes la Corte sostuvo que el demandante había fallado en su intento de demostrar que el accidente no hubiera podido ocurrir en la ausencia de negligencia"²⁸.

De lo dicho en el presente punto se desprende que si el acto del cual se desprende el daño causado al demandante pudo haber sido causado sin que "alguien" haya sido negligente, entonces la doctrina del *res ipsa loquitur* no puede ser aplicada al caso. Así, en el caso *Southeastern Aviation, Inc. v. Hurd*²⁹ se señaló que la doctrina del *res ipsa loquitur* no es aplicable cuando el accidente pudo haber ocurrido en el curso ordinario de las cosas, inclusive si todas las personas que participaron del proceso hubieran sido diligentes.

Así, por ejemplo, si se produce un incendio durante una tormenta eléctrica, y no se puede descartar que un rayo hubiera podido originar el fuego, no es suficiente demostrar que el demandado estaba en control de la actividad dentro de la que surgió el incendio, pues no necesariamente su negligencia fue la causa.

B. Otras causas, distintas a la posible negligencia del demandado, deben haber sido eliminadas por la evidencia presentada

Mediante este requisito se busca que el demandante descarte otras posibles formas de negligencia mediante las cuales el accidente pudo haberse producido, salvo, evidentemente, la negligencia del demandado.

Por otro lado, también es importante precisar que, si de las evidencias presentadas, se desprende que existen las mismas posibilidades que el accidente se haya producido por la negligencia del demandando que por la negligencia de la víctima o de un tercero, la doctrina del *res ipsa loquitur* no debe ser aplicada al caso. Por ejemplo, en el caso de *Bornstein v. Metropolitan Bottling Co.*³⁰, la Corte señaló que la doctrina del *res ipsa loquitur* no era aplicable por lo siguiente:

"... si es igualmente probable que la negligencia de algún otro distinto al demandado, pero el demandante no necesita excluir a toda otra persona que podría posiblemente ser responsable cuando la negligencia del demandado aparece como la más probable explicación del accidente"³¹.

²⁶ *Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc.*

²⁷ *Ibidem*. Traducción libre.

²⁸ ABRAMSON, Mark A. y Kevin F. DUGAN. Op.Cit. Traducción libre.

²⁹ *Southeastern Aviation, Inc v. Hurd*. 209 Tenn. 639, 662, 355 S.W. 2d 436, 446 (1962).

³⁰ *Bornstein v. Metropolitan Bottling Co.*, 26 N.J. 273 (1958).

³¹ *Ibidem*. Traducción libre.

¿Qué otras causas del accidente deben ser excluidas por el demandante para que sea de aplicación la doctrina del *res ipsa loquitur*?

El demandante no tiene que probar que todas “las posibles causas del accidente que se le ocurran” no han producido el accidente. Sólo debe probar que no han sido causa del accidente aquellos supuestos que produzcan una duda razonable, es decir, aquellos supuestos en los cuales la posibilidad de que el accidente sea causado por dicha causa sea probable y genere como hemos mencionado una duda razonable sobre que fue la culpa del demandado la causa. Por ello, posibles causas muy alambicadas o complejas, derivadas de casualidades totalmente inesperadas, deben de ser descartadas.

C. El hecho debe estar en la esfera de control del demandado

Con respecto de este tercer requisito necesario para aplicar la doctrina del *res ipsa loquitur*, debemos señalar que el hecho que “el demandado tenga control exclusivo” implica que el control que ejerza sobre la situación sea tal, que las probabilidades de que el acto negligente³² haya sido causado por otras personas son remotas, razón por la cual está permitido inferir la negligencia del demandado.

Por ejemplo en el caso *Hansen v. James*³³, el demandante sufrió un daño cuando hizo contacto con una línea de poder. El poste de soporte de la línea de poder fue golpeado por el carro del demandado. Éste argumentó que el instrumento que causó el accidente del demandante fue la línea de poder, no su carro. La Corte rechazó este argumento encontrando que el vehículo del demandante fue el instrumento que puso en movimiento la serie de eventos que dieron como resultado el incidente que provocó daños en el demandante. En este caso, la Corte señaló que el golpe dado por el vehículo del demandante al poste de soporte creó la situación de peligro, y el mismo estaba en control exclusivo del instrumento que desencadenó el accidente.

Siendo ello así, el demandante deberá comprobar que, la causa³⁴ del accidente esté en la esfera de control del demandado, ya que, si ello es así, es muy difícil que la negligencia haya sido causada por otra persona.

Si el control por parte del demandado no se comprueba, el demandante no se podrá beneficiar con la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*. Por ejemplo, en el caso *Colmenares v. Sun Alliance Insurance Co.*³⁵, el demandante sufrió un daño por el mal funcionamiento de una escalera mecánica ubicada en el inmueble del demandado. La Corte concluyó que la evidencia del mal funcionamiento de la escalera no era evidencia suficiente de la negligencia del demandado. Ello, porque el control de la escalera no era exclusivo del demandado. Al respecto el juez Torruela señaló literalmente lo siguiente:

“... Desde mi punto de vista, el solo hecho de que el pasamanos se detuvo y la señora Colmenares se cayó, sin más evidencia sobre por qué o cómo el pasamanos se detuvo, no conduce en sí mismo a la inferencia de negligencia por la Autoridad de Puertos (...) El mal funcionamiento de una escalera presenta un argumento incluso más fuerte en contra de establecer una inferencia de negligencia sin la prueba adicional sobre si la causa del mal funcionamiento es el resultado de la negligencia del operador...”³⁶.

En este caso, el juez Torruela señala que no se han eliminado “otras” posibles causas del accidente que trajo como consecuencia el daño. Estas otras causas podrían deberse a que el instrumento que ha producido el daño no está bajo el control exclusivo del demandante, siendo ello así, no se puede inferir que el demandado haya sido negligente en aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*.

Richard Epstein, no está de acuerdo con el fallo de la Corte, señalando que el requisito de control exclusivo, para la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur* sí se ha cumplido en este caso, señalando al respecto literalmente lo siguiente:

“... La Corte de distrito encontró que no se había cumplido el requisito, a pesar de la estipulación de la parte ‘que la escalera en cuestión es de propiedad y se encuentra bajo el control de la Autoridad Portuaria de Puerto Rico. Coincidimos que la estipulación no es en sí misma suficiente para satisfacer lo requerido por el *res ipsa loquitur*. Ella no excluye la posibilidad de que alguien más tenga también control sobre la escalera; por el contrario, la estipulación decía que Westinghouse mantenía la escalera. Sostenemos, sin embargo, que

³² Es preciso recordar que a la hora de analizar este tercer elemento, ya se comprobó que el acto causante del daño no pudo haberse dado sin que alguien haya sido negligente.

³³ *Hansen v. James*. 847 S.W. 2d (Mo. App. 1993).

³⁴ La causa del accidente puede ser una persona o un objeto, pero cualquiera que haya sido la causa debe estar dentro de la esfera de control del demandante.

³⁵ *Colmenares Vivas v. Sun Alliance Insurance Co.* 807. F.2d 1102 (1 st. Cir. 1986).

³⁶ Ibidem. Traducción libre.

la Autoridad Portuaria efectivamente tenía control exclusivo sobre la escalera porque la autoridad en control del área pública tiene un deber indelegable de mantener las facilidades en condiciones seguras”³⁷.

El profesor Epstein señala que si bien es cierto que otras personas estaban en contacto directo con el instrumento que causó el accidente, era el Aeropuerto de Puerto Rico el que en última instancia tenía el control de la misma. A su parecer, no es necesario que una sola persona esté involucrada en el hecho para decir que tiene el control exclusivo, basta como hemos señalado líneas arriba, que tenga el control en última instancia. Comentando la resolución de este caso Epstein señala lo siguiente:

“Pocas Cortes han requerido que el control sea literalmente ‘exclusivo’ (...) El propósito del requerimiento es el de restringir la aplicación de la inferencia del *res ipsa loquitur* a casos en los que sólo existe un solo actor que maneja la instrumentalidad, ‘eliminando la posibilidad de que el accidente pueda haber sido causado por un tercero’. No es por tanto necesario, que el demandado, y no un tercero, sea a fin de cuentas responsable por la instrumentalidad. En consecuencia, *res ipsa loquitur* se aplica incluso si el demandado es responsable con alguien más, o si el demandado es responsable por la instrumentalidad incluso si es alguien más el que tiene el control físico sobre ella...”³⁸.

Si bien es cierto estos son los tres elementos que la doctrina y la jurisprudencia consideran necesarios para la aplicación del *res ipsa loquitur*, existen también otros requisitos mencionados de manera más aislada. Dichos requisitos son los que a continuación pasaremos a describir:

D. El hecho generador del daño no pudo ser causado mediante algún tipo de contribución por parte del demandante

Sería ilógico que sobre la base de indicios se señale que el demandado ha sido negligente, si el acto productor del daño ha sido realizado con contribución del demandante.

En realidad este es un requisito que se desprende de uno ya visto, referido a excluir causas derivadas de la

propia negligencia del demandante. Así debe descartarse la existencia de negligencia de la propia víctima como causa del accidente.

Este requisito se verá satisfecho si de las pruebas actuadas resulta que las hipótesis que podrían comprometer al demandante han sido descartadas. Por ejemplo, si un perro se escapa y muerde a una persona, una hipótesis podría ser que la propia víctima abrió la puerta y dejó salir al animal. Pero si se demuestra que la víctima no podía tener en su poder el candado de la puerta, entonces debería presumirse que si el perro se escapó fue por negligencia del demandado propietario del perro³⁹.

E. Que el demandado tenga un conocimiento superior o mayor información con respecto de la causa del accidente

Este es un principio que se deriva justamente del control de la actividad causante del daño, que suele dar mayor capacidad de contra con la información relevante. Así lo señaló la Corte en el caso *Christie v. Ruffin*⁴⁰.

Es importante destacar las razones que hacen aparecer esta doctrina. Muchas veces, luego de un accidente, es virtualmente imposible determinar cuál fue la causa específica y, sobre todo, el estándar de conducta seguido por las partes. A ello se agrega que si una de las partes tiene el control de la actividad dentro de cuyo ámbito se causó el daño, entonces surgen incentivos para que esa parte oculte o en todo caso contribuya poco en identificar los elementos que acrediten qué fue lo que lo ocasionó. Por otro lado, puede ser que la otra parte se encuentre muy limitada en poder generar pruebas por su falta de experiencia o contacto con la actividad desarrollada. En ese marco, esta doctrina busca hacer viable la actividad probatoria, colocando la carga de probar en quien se encuentra en mejor aptitud, por la vía de hacerlo responsable ante ausencia de pruebas.

En realidad, esta doctrina no es otra cosa que el fundamento de la inversión de la carga de la prueba en un supuesto determinado en el que tal inversión resulta aconsejable para hacer viable la investigación de los hechos.

³⁷ EPSTEIN, Richard A. “Cases and Materials on Torts”. Séptima Edición. Nueva York: Aspen Law & Business. 2000. p. 91.

³⁸ Ibidem. Traducción libre.

³⁹ Es interesante ver como principios con efectos similares al *res ipsa loquitur* inspiran algunas normas del ordenamiento peruano. Por ejemplo, está el artículo 1979, según el cual “El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero”. Si bien la redacción refleja un principio de responsabilidad objetiva, la diferencia con el *res ipsa loquitur* aparece como un mero matiz. La norma parte de la idea de que el propietario del animal o el que lo tiene bajo su cuidado (es decir, bajo su control) es responsable del daño que cause, salvo que se pruebe que el evento es atribuible a terceros (que debería obviamente incluir a la propia víctima).

⁴⁰ *Christie v. Ruffin*. 824 S.W 2d 534, 536 (Mo. App. 1992).

Como ya indicamos, el *res ipsa loquitur* obedece a los costos de prueba y a la existencia de asimetrías informativas para la producción de dicha prueba. Pero a su vez tiene que velar por evitar que en situaciones en que existen precauciones bilaterales, es decir, que la causa de un accidente puede obedecer a conductas no sólo del causante, sino de la víctima o incluso de terceros.

Así, por ejemplo, el requisito de control se orienta a identificar actividades en las que las precauciones son fundamentalmente unilaterales, es decir, a cargo del causante demandado. De esta manera, se reduce el riesgo de convertir al causante en un asegurador de riesgos atribuibles a la víctima o a terceros. A ello también contribuye el requisito de haber eliminado otras posibles causas para poder aplicar la doctrina.

Un campo especialmente fértil (y también especialmente controvertido) para la aplicación de la doctrina son los casos de responsabilidad médica. Como ocurrió en el caso Ybarra, es usual que el médico fuera el único que podía tomar precauciones porque tiene el control de la actividad, por ejemplo, al interior de la sala de operaciones. Pero si se aceptara que todo daño derivado de una operación es imputable al médico, los costos de la medicina se incrementarían exponencialmente, porque el médico se volvería un asegurador de los pacientes. Por ello deben descartarse otras causas tales como el riesgo propio de una operación, los actos de terceros o de la propia víctima que, por ejemplo, no cumple con las instrucciones dadas por el médico para el proceso *post* operatorio. Si otras posibles causas no son razonablemente descartadas, entonces el *res ipsa loquitur* no puede ser aplicado.

IV. ¿SE PUEDE APLICAR EL *RES IPSA LOQUITUR* EN EL PERÚ?

¿Es de aplicación una doctrina como la del *res ipsa loquitur* al sistema legal peruano? Ello podría derivarse simplemente de ser una doctrina general, usada en el Derecho Comparado. Sin embargo, en adición a ello existen una serie de normas expresas que permiten su aplicación tanto en el campo contractual como en el extracontractual.

El desarrollo del *res ipsa loquitur* se ha dado principalmente en el campo extracontractual. La explicación de ello es relativamente sencilla. Si bien su aplicación no es excluyente de ningún sistema legal, su mayor desarrollo se presenta en el sistema anglosajón, y se usa para generar una suerte de presunción de culpa en contra del causante. Pero en el sistema anglosajón la responsabilidad contractual, a diferencia de la extracontractual, es básicamente objetiva, es decir, que no requiere la prueba de culpa, lo que marca una diferencia sustancial con el sistema peruano en el que esta responsabilidad es básicamente subjetiva. Basta la inejecución de la obligación para que exista responsabilidad sin evaluar necesariamente el nivel de diligencia del deudor. Por ello, en líneas generales, el *res ipsa loquitur* es innecesario en la responsabilidad contractual en el sistema anglosajón. Así, no tiene sentido crear una presunción de culpa en un sistema que no utiliza la culpa. Sin embargo, en un sistema de responsabilidad contractual subjetiva como el peruano, su aplicación sí se torna en realmente útil. Como veremos, ya existen otras instituciones legales que justamente contemplan la misma lógica. Por ello, en un caso de responsabilidad contractual, si al inejecutarse una obligación se causan daños, puede acudirse al *res ipsa loquitur* para determinar la existencia o no de culpa.

De hecho, incluso algunos supuestos de responsabilidad contractual en el caso del sistema anglosajón permiten la aplicación del principio. Como ya dijimos, uno de los campos en los que este principio es invocado con mayor frecuencia es en el de la responsabilidad médica, como se pudo apreciar en el caso Ybarra, antes citado. En estos casos se asume que el médico está en control de la actividad. Si la situación conduce a concluir que el daño no pudo haberse producido sin culpa de alguien (por ejemplo, se dejó unas tijeras al interior del paciente luego de una operación) y se descartan las hipótesis de causas culpables distintas a la del médico, se aplicará el *res ipsa loquitur*. Pero nótese que la responsabilidad médica puede ser considerada como responsabilidad extracontractual⁴¹.

Como ya se dijo, la doctrina del *res ipsa loquitur* es un mecanismo de inversión de la carga de la prueba de la

⁴¹ De hecho la distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual no es tan clara en el sistema anglosajón. La responsabilidad médica es un caso de *torts*, término que comúnmente se identifica con la responsabilidad extracontractual y que podría ser traducido como "agravio" o "perjuicio". Si bien nosotros entendemos comúnmente que la responsabilidad contractual se produce cuando hay contrato y la extracontractual cuando no hay, tenemos igual problemas para explicar por qué en un accidente de aviación o de transporte en ómnibus, o incluso de responsabilidad médica, solemos usar como base las normas de responsabilidad extracontractual. Incluso sentimos que esos casos se aproximan más a la lógica extracontractual por más que existe un contrato. Sin embargo, partiendo de la posición de Ronald Coase, es posible hacer una distinción más sutil. Lo relevante no es la existencia de un contrato, sino de costos de transacción significativos, principalmente costos para acceder a información. Así, por ejemplo, un pasajero de un avión difícilmente contará con información adecuada para conocer los riesgos de que un avión tenga un accidente o es poco probable que el paciente que entra a la sala de operaciones conozca cómo deben ejecutarse las obligaciones del médico para que sea diligente. En ese caso la lógica extracontractual parece más adecuada, incluso bajo la existencia de un contrato.

culpa y, de alguna manera, de algunos aspectos de la relación causal, en cuanto permite demostrar la existencia de responsabilidad sin identificar específicamente el hecho causante del accidente siempre que se acredite que el accidente ocurrió en el desarrollo de una actividad controlada por una de las partes.

Quizás la primera reacción que se tenga a la aplicación de esta doctrina en el sistema romano germánico, y en particular en el Perú, es que tratándose de una doctrina de origen anglosajón no puede ser utilizada, menos aún para generar una inversión de la carga de la prueba, pues se estaría por la vía de la integración del sistema afectando el derecho de defensa.

Tal aproximación carece por completo de fundamento. Nuestro ordenamiento legal contiene ya inversiones de la carga de la prueba, las que son mucho más gravosas para el causante que el propio *res ipsa loquitur*. En esa línea el mencionado principio puede servir para hacer más razonable y sistemática la operación de la inversión de dicha carga, dándonos un conjunto de pasos y elementos que permiten un mejor análisis del problema. En ese sentido, el *res ipsa loquitur*, lejos de perjudicar al causante, lo favorece al hacer más predecible el análisis de cómo puede superar la carga de la prueba, carga que en nuestro Código, tal como veremos, puede ser agobiante, al menos si la comparamos con el sistema anglosajón.

Veremos también que incluso la doctrina nacional entiende que existen supuestos en los que debe entenderse, sobre la base de los principios de colaboración y solidaridad probatoria, que debe establecerse una carga dinámica de la prueba, dinamismo que justamente sirve de base al *res ipsa loquitur*.

Según las normas contenidas en el Código Procesal Civil la carga de la prueba es de quien alega un hecho. Así, el artículo 196 del Código Procesal Civil señala:

“Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”. El subrayado es nuestro.

Sin embargo, debe considerarse que el principio de carga de la prueba sólo opera en defecto de normas

que precisen una carga de prueba diferente, y debe ser aplicado razonablemente para no conducirnos a resultados absurdos o contrarios a la lógica, tal como lo reconoce la doctrina. Así, de determinarse que existe una imposibilidad o seria limitación de que una de las partes pueda probar como ocurrió el accidente, debe evaluarse si existen reglas que invierten la carga de la prueba sobre aquella de las partes que está en control de la actividad causante del daño.

Si bien es un principio general del Derecho que cada parte debe probar sus alegaciones, éste debe ser concordado con lo establecido por los artículos 1229 del Código Civil⁴², 1329⁴³ y 1969⁴⁴ del mismo cuerpo legal. Veamos los alcances de estas normas por separado.

Según el artículo 1229, la prueba del pago (es decir del cumplimiento de la obligación) incumbe a quien pretende haberlo efectuado. Dicha prueba comprende acreditar, sobre la base de los principios de integridad e identidad del pago, que no sólo se ejecutó la prestación, sino que dicha ejecución fue completa y realizada dentro de los términos que regulan la obligación, es decir, según lo pactado. Si bien este principio es aplicable a todo tipo de obligaciones, su aplicación es especialmente relevante en las obligaciones contractuales. Así, el principio de que es el deudor el que debe demostrar que cumplió su obligación conduce a que dicho deudor debe producir la prueba de que cumplió su obligación en los términos pactados.

En este sentido, puede ser excesivo exigir al acreedor que presente prueba fehaciente de que el deudor no cumplió con su obligación, cuando la actividad objeto de la misma está por completo bajo el control del potencial obligado. Así, si un abogado asume la defensa de una empresa en un caso, le corresponde demostrar que cumplió su obligación, demostrando no sólo que se encargó del patrocinio, sino que se ajustó a los términos pactados en el mismo⁴⁵. Ello porque su cliente no está en capacidad de monitorear continuamente su conducta y, por lo tanto, de tener las pruebas que acrediten que cumplió su obligación. Nótese que ésa es justo la razón de la existencia del *res ipsa loquitur*, que busca evitar colocar la carga de la prueba sobre quien no controla la actividad objeto del accidente o del daño.

En segundo lugar debe considerarse el artículo 1329 del Código Civil, que como vimos establece una

⁴² Artículo 1229.- La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.

⁴³ Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

⁴⁴ Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

⁴⁵ Como se puede ver, esta presunción puede ser especialmente útil para la prueba del cumplimiento de las obligaciones de medios, aspectos en los que justamente la prueba del incumplimiento es bastante más difícil.

presunción relativa de culpa en beneficio del acreedor y, por tanto, en perjuicio del deudor de la obligación:

“Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”. El subrayado es nuestro.

Según esta norma, y como regla general, el deudor será responsable por los daños y perjuicios que resulten de la inexecución de una obligación o de su cumplimiento irregular. Si de las pruebas actuadas no se llegara a determinar qué causó la ejecución defectuosa, se presumirá que ésta fue causada por culpa leve del deudor.

Ello no significa que el deudor tendrá que acreditar con exactitud el motivo que causó el incumplimiento. Sólo tendrá que acreditar que actuó diligentemente. Sin embargo, es evidente que se liberará de toda responsabilidad si demuestra que el motivo fue una causa que no le es imputable. Como señala Osterling, “en la ausencia de culpa, el deudor está simplemente obligado a probar que actuó con la diligencia requerida, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inexecución de la obligación”⁴⁶. Así, las consecuencias del principio de la ausencia de culpa determinan que bastará que demuestre que dicho incumplimiento o cumplimiento irregular no le era imputable para que se vea eximido de la responsabilidad, tal como establece el artículo 1314 del Código Civil⁴⁷.

En palabras de Messineo, la causa no imputable debe concebirse en sentido negativo, esto es, como la circunstancia genérica impeditiva cuya paternidad no puede hacerse remontar a la voluntad o conciencia del deudor y cuya presencia basta para exonerarlo. De otro lado, el caso fortuito o fuerza mayor son hechos positivos que en determinadas circunstancias se exigen de manera más gravosa por la ley o por pacto para la exoneración⁴⁸.

El tercer supuesto, aplicable esta vez de manera específica a la responsabilidad civil extracontractual, es el artículo 1969, según el cual:

“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de

dolo o culpa corresponde a su autor”. El subrayado es nuestro.

El supuesto no es muy distinto al caso de responsabilidad contractual. La norma asume que quien desarrolla la conducta que causa el daño está en mejor aptitud para producir prueba de cómo ocurrió éste. Así, quien deja caer de una ventana un barril de harina está en mejor aptitud de demostrar que no tuvo culpa que la que tiene el peatón que recibió el barrilazo en la cabeza de demostrar quién fue el culpable. Por ello se coloca la carga de la prueba sobre los hombros del demandado.

Es importante notar un punto común entre las tres normas citadas: son bastante más exigentes con el potencial causante de lo que es el *res ipsa loquitur*, colocando la responsabilidad por culpa en una antesala mucho más próxima a la responsabilidad objetiva que la propia doctrina que estamos comentando. En el caso del *res ipsa loquitur* ello sólo ocurre en acciones que no podrían haber ocurrido en ausencia de culpa y siempre que el agente tenga control de la actividad. Pero el 1229 invierte la carga de la prueba del pago a todos los deudores sin excepción⁴⁹. Por su parte, si se inexecuta una obligación y con ello se genera un daño se va a presumir por el 1329 que el deudor tuvo culpa, incluso si se demostrara que se trata de un daño que podría haber ocurrido sin culpa de alguien o que no había un control absoluto sobre la actividad que generó el daño. Finalmente, según el artículo 1969 el causante de un daño fuera de la esfera de un contrato, será considerado culpable en todos los casos, salvo que supere la carga de probar que no tuvo culpa.

En cambio, de acuerdo a los requisitos reseñados para la aplicación del *res ipsa loquitur*, la presunción genera una carga de la prueba menos pesada. No sólo restringe el número de individuos sobre los que se invierte la carga de la prueba, pues sólo selecciona los casos en los que el daño no podría haber ocurrido sin la culpa de alguien y en los que el obligado tiene control de la actividad, sino que para liberarse le basta al obligado demostrar que pudo haber participación de otra culpa, mientras que en el Código Civil peruano debe demostrar con certeza que sí fue diligente o que hubo otra causa. En uno basta una posibilidad para revertir la carga, en el otro se exige una certeza.

⁴⁶ OSTERLING PARODI, Felipe. “Las Obligaciones”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1995. p. 201.

⁴⁷ Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

⁴⁸ MESSINEO, Francesco. Citado por: OSTERLING PARODI, Felipe. Op. Cit. p. 201.

⁴⁹ Esta afirmación hay que tomarla con cuidado. No tengo tan claro que la regla sea aplicable en el caso de obligaciones de no hacer. Es claro que en una obligación de hacer o de dar, que implican una actividad positiva, es más simple demostrar qué se hizo y cómo se hizo. Pero en las obligaciones de no hacer la regla parece inadecuada. ¿Cómo hace el deudor de la obligación de no vender en determinado mercado un producto para demostrar que no lo vendió? Es una prueba diabólica. En tal supuesto parece más lógico que la carga de la prueba recaiga en el acreedor que demostraría el incumplimiento de la obligación probando que se produjo una venta, es decir, un acto positivo.

En otras palabras mientras el *res ipsa loquitur* “hace hablar a las cosas” y les permite de una manera dinámica dar explicaciones y “decirnos” qué pudo haber pasado, el Código Civil peruano hace que el silencio de las cosas sea usado en contra del demandado. Por eso es que el Código coloca la responsabilidad, con las inversiones de la carga de la prueba referidas, en el umbral más próximo imaginable a la responsabilidad objetiva. El *res ipsa loquitur* lo coloca en una sala algo más alejada.

Lo que hacen las normas señaladas es colocar la carga de la prueba en quien esté en mejor aptitud de probar que cumplió su obligación o que, en todo caso, actuó diligentemente. Pero lo hace de una manera tan drástica, que debemos de reconocer que la doctrina del *res ipsa loquitur* nos da un marco de análisis más adecuado, flexible y ajustado al tipo de problema que estamos analizando.

Esta idea de la razonabilidad del *res ipsa loquitur* se aprecia mejor al analizar los principios procesales de solidaridad y colaboración en materia probatoria.

Mientras el principio de solidaridad precisa que la carga de la prueba debe recaer sobre la parte que tiene mejores condiciones de suministrarla, el principio de colaboración en materia probatoria dispone que corresponde a cualquiera de las partes el deber de producir las pruebas que estén en su poder o que deberían estarlo. Sobre el particular, Reynaldo Bustamante⁵⁰ señala:

“... el principio de colaboración exige que las partes, los terceros legitimados e incluso los sujetos que puedan incorporar fuentes de prueba (...) cooperen en la actuación de los medios probatorios, sea para producir prueba o para conservarla...”. El subrayado es nuestro.

Por su parte, y en lo que respecta al principio de solidaridad, Morello⁵¹ señala:

“[La carga de la prueba debe tenerla] aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba, y no necesariamente quien alegue el hecho que debe ser probado”. El agregado es nuestro.

En este sentido, la carga de la prueba no necesariamente debe recaer en quien alega los hechos

sino en quien se encuentra en mejores condiciones para probar, o, en quien no quiso colaborar en producir la prueba a pesar de estar en posición de hacerlo. Tal como señala Reynaldo Bustamante⁵²:

“... el juzgador podría apreciar la negativa del demandado como un indicio que le permita presumir la veracidad del hecho afirmado por la parte demandante (...) Este, para destruir o anticiparse a tal presunción, tendría que probar lo contrario, con lo cual la carga de la prueba no sólo estaría en manos de quien se encuentra en mejores condiciones para probar la ocurrencia o inexistencia de ese hecho, sino en una persona que no quiso colaborar en producir la prueba necesaria para alcanzar la verdad en el proceso”.

Siguiendo la misma línea, Jorge Mosset y Carlos Soto⁵³ señalan:

“(...) se debe imponer la carga probatoria a la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla”. El subrayado es nuestro.

En el mismo sentido, David Esborraz, Mónica Fresneda y Carlos Hernández⁵⁴, advierten:

“En esta línea evolutiva, sustentada en una visión solidarista del proceso, encontramos la teoría de las “cargas probatorias dinámicas” según la cual, independientemente de la posición que ocupen las partes litigantes, la distribución de la carga probatoria recaerá en cabeza del actor o del demandando según fuere las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, todo lo cual da cuenta de un criterio elástico, no atado a preconceptos”.

Es importante destacar la íntima vinculación existente entre los principios procesales de colaboración y solidaridad de la prueba reseñados y las normas que colocan la carga de la prueba del pago y de la ausencia de culpa sobre el deudor (es decir, los artículos 1229, 1329 y 1969). Dicha vinculación llega a tal nivel que puede afirmarse que son consecuencia de la misma lógica, lógica que es justamente la que inspira una doctrina como la del *res ipsa loquitur*. Es claro que en las obligaciones de hacer o de dar, que implican conductas positivas, quien desarrolla la conducta se encuentra en mejor posibilidad de acreditar que efectivamente la realizó y la forma como la realizó. El

⁵⁰ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El Derecho a Probar”. Lima: Ara Editores. 2001. pp. 275-277.

⁵¹ MORELLO, Augusto. “La Prueba, Tendencias Modernas”. Buenos Aires: Editora Platense-Abeledo-Perrot. 1991. p. 58.

⁵² BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. Cit. p. 279.

⁵³ MOSSET ITURRASPE, Jorge y Carlos Alberto SOTO COAGUILA. “El Contrato en una Economía de Mercado”. Lima: Editorial Normas Legales. 2004. p. 219.

⁵⁴ ESBORRAZ, David; SAIEG, Mónica y Carlos HERNÁNDEZ. “El Impacto de la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas en la Teoría General del Contrato”. En: “Procedimiento Probatorio”. Santa Fe: Editorial Jurídica Panamericana. 1998. p. 97.

ejemplo más claro es el pago de una cantidad de dinero. El deudor está en aptitud, al efectuar el pago, de exigir el recibo que le sirve para acreditar que efectivamente entregó el dinero adeudado y de conservarlo para demostrar que efectivamente cumplió su obligación. Pedirle al acreedor que acredite que nunca se le efectuó el pago implicaría una “prueba diabólica”. Por ello, el deudor debe colaborar de manera solidaria (desde el punto de vista probatorio) para demostrar que efectivamente cumplió con su obligación. Como dijimos, ello comprende no sólo la realización del pago, sino su identidad e integridad, es decir, que pagó lo mismo y completo, lo que es especialmente relevante en las obligaciones de medios. Por ejemplo, si la obligación era entregar dinamita, y durante la descarga de la mercadería ésta explota, no bastará probar que entregó el bien, sino que lo hizo siguiendo los estándares contractuales y legales que resulten aplicables. Si no lo hace, se presumirá que incumplió su obligación de ajustarse a tales estándares, y por tanto, será hecho responsable.

El principio recogido en la presunción de culpa leve del artículo 1329 también tiene vinculación con los principios de colaboración y solidaridad probatoria antes anotados. Quien desarrolla una actividad y controla la misma está en mejor aptitud de demostrar cómo se llevó a cabo ésta y a qué estándares se ajustó. Por tanto, le es más fácil al deudor poder acreditar cómo se desarrolló su conducta y a qué estándares se ajustó, que al acreedor demostrar cómo se desarrolló la conducta de la otra parte. Para crear incentivos de que el deudor acredite cómo se comportó en el cumplimiento de su obligación, se le impone una presunción de culpa leve, que le atribuye responsabilidad si es que se queda inactivo y no produce prueba alguna en la confianza que la otra parte no podrá demostrar si hubo o no culpa. En ese sentido la ley impone a quien ineficaz una obligación la carga de demostrar que no tuvo culpa. Si el señor Ybarra sale de la sala de operaciones con una lesión (lo que es en principio una ineficacia de la obligación de cuidarlo mientras estaba inconsciente) en el Perú se presumirá que la ineficacia obedece a culpa leve del médico.

La situación del artículo 1969 no es muy distinta. En la responsabilidad extracontractual se asume que corresponde a la parte que desarrolla una conducta acreditar, a menor costo, que no fue culpable. Dentro de esa lógica, es el que debe cargar con la demostración de lo ocurrido.

Quizás podemos concluir en este extremo que nuestro Código, de manera análoga al *res ipsa loquitur* busca

al *cheapest information supplier*, es decir, al más barato suministrador de información sobre cómo ocurrieron los hechos. En otras palabras, ambos esquemas tratan de resolver el problema de asimetría informativa (y probatoria) sobre la conducta causante del daño. La diferencia está en que mientras nuestro Código asume que cualquier nivel de asimetría entre causante y dañado justifica la inversión de la carga, el *res ipsa loquitur* parece exigir un nivel de asimetría más severa. Efectivamente, al pedir que el causante esté en control de la actividad y no sólo que la haya desarrollado, el principio le da al causante más posibilidades de escabullirse a la responsabilidad. Ello, porque permite, a través de la exigencia de los requisitos anotados anteriormente, que la carga no sea excesivamente pesada sobre el deudor, pues nos arroja una metodología dirigida justamente a determinar si superó o no la carga, tal como veremos a continuación.

Ello no impide el uso del principio del *res ipsa loquitur* en el Perú. Por el contrario sirve para entender y aplicar conceptos de carga dinámica de la prueba. Y es muy útil en un país en el que por la pobreza de recursos, probar es caro. El principio nos permite tener criterios de decisión útiles a costos razonables.

El *res ipsa loquitur* ha sido ya aplicado en el Perú, aunque sin usar ese nombre. Así, la jurisprudencia administrativa del INDECOPI en temas de protección al consumidor lo ha hecho justamente al definir los criterios a seguir para determinar cuándo el proveedor de un bien o servicios cumplió con su obligación de idoneidad (es decir, de pago íntegro e idéntico de su obligación).

En este sentido, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI aplicó, de forma restringida, los criterios del *res ipsa loquitur* en el caso de Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L.⁵⁵. Así, su razonamiento fue, en concordancia con el marco legal peruano, muy exigente con el proveedor. En el mencionado caso el señor Fernández denunció a Kouros E.I.R.L. (en adelante, “Kouros”) toda vez que, uno de los zapatos de cuero del par que compró a dicha empresa se rompió en la parte superior luego de sólo dos meses de uso. La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal señaló que uno de los puntos de análisis necesarios para resolver el caso era determinar la carga de la prueba del origen del defecto y la responsabilidad por el deterioro del zapato.

Es interesante anotar que el Tribunal ni siquiera pudo ver el zapato porque el mismo se perdió en la discusión previa al inicio del procedimiento administrativo,

⁵⁵ Resolución 085-96-TDC/Indecopi, de fecha 13 de noviembre de 1996.

cuando estaba en poder del proveedor que intentó repararlo. Por tanto, no había pruebas sobre qué había producido la rotura del zapato. Sólo se sabía que había estado roto porque ambas partes lo reconocieron como un hecho cierto. El Tribunal se encontraba, por tanto, ante una absoluta orfandad de pruebas sobre qué había ocurrido.

Al respecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal señaló literalmente lo siguiente:

“... De las dos partes es el proveedor el que se encuentra en mejor posición para poder determinar que la falla no puede serle atribuida. Ello, porque el control y manejo que tiene sobre el proceso productivo y/o el de comercialización y su propia experiencia de mercado le permiten, en el común de los casos, ser quien puede determinar a menor costo la idoneidad del producto. El consumidor, en la mayoría de los casos no contará con elementos suficientes como para determinar si el defecto es o no atribuible al fabricante.

Dentro de estos alcances la carga de la prueba sobre la idoneidad del producto debe ser asumida por aquél que es responsable de tal idoneidad y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre la misma. Esta carga de la prueba no implica, necesariamente, llegar a demostrar qué fue lo que realmente ocasionó el defecto (lo que de lograrse lo exoneraría de responsabilidad) sino que el defecto no le es atribuible al proveedor, así no se llegue a probar con toda precisión cuál fue realmente la causa real.

Hay que tener en cuenta, que resultaría imposible efectuar un análisis que, partiendo del supuesto contrario exija al consumidor que demuestre la mala calidad o falta de idoneidad del producto, para lo cual tendría que contar con la misma información que tiene el proveedor respecto del bien, lo que supondría elevar excesivamente sus costos de prueba.

(...) De las expresiones vertidas por las partes durante el procedimiento queda claro que son hechos aceptados por ambas que uno de los zapatos se rompió luego de dos meses de uso. La discrepancia no está en el hecho, sino en la causa del mismo. Dado que según lo establecido anteriormente la carga de la prueba de la idoneidad corresponde al proveedor, no habiendo probado éste que el zapato era idóneo según lo expresado anteriormente, entonces debe concluirse que el defecto le es imputable al proveedor y debe responder por el mismo”.

Es claro que, a efectos de invertir la carga de la prueba en el presente caso, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI utilizó de forma restringida la doctrina del *res ipsa loquitur*, señalando que la empresa Kouros debía probar que el zapato era idóneo según lo expresado ya que, de lo contrario, debería concluirse que el defecto le es imputable al proveedor y debe responder por el mismo. En otras palabras, ante la falta de pruebas de quién era responsable, hizo responsable al que tenía menores costos para probar⁵⁶.

Así, el caso analizó la existencia de control sobre el proceso productivo del zapato, lo que justifica depositar sobre el deudor la carga de probar qué fue lo que ocurrió y si efectivamente cumplió su obligación. Sin embargo, la carga de la prueba es más fuerte que la impuesta por el *res ipsa loquitur*, pues exige que el proveedor demuestre que fue diligente y por tanto el defecto del zapato no le es imputable. Bajo el *res ipsa loquitur* bastaría simplemente demostrar que pudo existir otra causa, sin llegar a demostrar que esa fue la verdadera causa.

En conclusión el principio no sólo es aplicable dentro del marco legal peruano, tomando en cuenta las particularidades que impone el alto nivel de exigencia de la carga de la prueba en el Código Civil peruano para los casos de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, sino que ha sido en los hechos aplicado. En ese sentido, la jurisprudencia de INDECOPI citada refleja la tendencia que se ha venido usando en una serie de casos hasta la actualidad para resolver ese tipo de casos.

V. EL RES IPSA LOQUITUR Y LA REDUCCIÓN DEL MARGEN DE ERROR EN LA PRUEBA

Para aplicar el *res ipsa loquitur* debemos encontrarnos en la imposibilidad o frente a una dificultad extrema de determinar cuál fue el hecho generador del daño y cómo se desarrolló la conducta del individuo al que pretendemos imputar responsabilidad.

Ello explica por qué usualmente, el *res ipsa loquitur* se aplica en aquellos casos en los cuales la evidencia desaparece con el evento o accidente mismo, es decir, la evidencia se destruye en el momento en el cual se produce el daño, razón por la cual no es posible probar cómo se causó el daño o, sin destruirse, no es posible determinar qué pasó sin la colaboración del demandado.

⁵⁶ Podemos entrar al interesante debate si la responsabilidad por productos defectuosos es objetiva o subjetiva, pero para efectos prácticos el tema no es realmente relevante. Finalmente, el factor de atribución “defecto” implica, como en el caso de la culpa, la demostración de que los hechos se ajustaron a un estándar (el de un producto razonablemente idóneo, en comparación con una conducta razonablemente adecuada como en la culpa). En ese extremo el tipo de razonamiento es el mismo.

Existen muchos supuestos en los cuales la evidencia se destruye, y es primordialmente en estos casos en los que el *res ipsa loquitur* se utiliza dándole a la víctima una oportunidad de ver resarcido de alguna manera el daño que ha sufrido. Un caso en el que es típica la aplicación de *res ipsa loquitur* es el de las explosiones o los incendios. Producida una explosión o un incendio, lo usual es que el material probatorio desaparezca. En esos casos probar la causa y, más aún, la culpa se vuelve algo realmente difícil. Ante esa circunstancia no hacer responsable a quien con su culpa causó el daño, porque no se llega a determinar quién fue, constituye un error del sistema. Pero hacer responsable a quien no lo causó por ser muy ligeros con la evaluación de las pruebas, es también un error. Como veremos el *res ipsa loquitur* persigue reducir los riesgos de error.

Como lo señala claramente Kenneth S. Abraham:

"... Las cortes en algunas ocasiones encuentran que el transporte de material altamente inflamable que tiene la probabilidad de destruir la evidencia cuando explota cae en esta categoría. Esto se asemeja mucho al tipo de análisis que nos conduce al *res ipsa loquitur*, que es por supuesto una doctrina de negligencia. Recordemos, sin embargo, que una de las funciones de la doctrina es reducir el rango de error, y que algunos casos de *res ipsa loquitur* se asemejan a casos de responsabilidad objetiva. No sería por tanto sorpresa, en consecuencia, que *res ipsa* y la responsabilidad objetiva tengan en común su capacidad potencial de reducir el rango de error del sistema de negligencia convencional..."⁵⁷.

La explicación de Abraham es bastante gráfica y pone el problema en su contexto y al *res ipsa loquitur* en su función.

Los abogados solemos olvidar que la aplicación de reglas cuesta y la aplicación de unas reglas cuesta más que la aplicación de otras. Ello explica por qué las normas de carga de la prueba son relativamente escasas, mientras los abogados hacen grandes esfuerzos por tratar extensamente el contenido sustantivo-conceptual de las reglas.

Así, existe un debate mucho más intenso (legal y doctrinariamente) en torno a si tenemos responsabilidad objetiva o subjetiva, haciendo girar la discusión en torno a principios más abstractos y conceptuales, que el debate que gira en torno a cómo deberían ser las cargas de la prueba y cómo deben analizarse los casos a la luz de dichas cargas. El *res ipsa loquitur* es un buen ejemplo

de una excepción a esa tendencia, y ello quizás se deba a su origen judicial, en el que los jueces antes que enfrentar teorías, enfrentan hechos.

La relación que hace Abraham entre el *res ipsa loquitur* y la regla de responsabilidad objetiva justamente tiene que ver con ese problema. Bajo la regla del *res ipsa loquitur* se busca reducir el riesgo de error en el juicio, pues al colocar la carga de la prueba sobre el que mejor puede probar, se hace más probable que la verdad surja en el procedimiento. En esa línea no es extraño colocar la responsabilidad objetiva en los casos en que una de las partes está en mejor posibilidad de tomar precauciones para evitar un accidente⁵⁸. Al hacerlo se reduce el costo de error porque lo más probable, al hacerlo responsable, es que esté resolviendo lo correcto.

Pero ahí no se agota el problema. Como ya vimos, si establezco una responsabilidad objetiva y estoy ante una situación donde ambas partes pueden tomar precauciones, entonces una de ellas (la que no es objetivamente responsable) dejará de tomar precauciones porque está literalmente "asegurada" por la otra que cubrirá todos sus daños. Como explicaremos ahora, el *res ipsa loquitur* es un principio que trata de conciliar el riesgo de error con la creación de incentivos adecuados para la toma de precauciones por ambas partes. Tratemos de explicarlo con más detalle.

A. El problema de las precauciones recíprocas

Cuando uno caracteriza un accidente de tránsito puede usar dos formas para describirlo, ambas ciertas, aunque suenen diferentes. Uno puede decir "el automóvil le rompió la pierna al peatón". Pero también puede decir "el peatón le rompió el faro al carro". Ambas descripciones son estrictamente ciertas y describen el mismo accidente, pero partiendo de perspectivas distintas. Lo que muestra el ejemplo es que ambos causan mutuamente la externalidad, es decir, que el daño es causado por las dos partes en su actuación simultánea. Si el automóvil no hubiera estado circulando por la calle específica donde ocurrió el accidente, éste no hubiera sucedido. Pero si el peatón no hubiera cruzado la vía en ese momento, tampoco tendríamos un accidente. Ambas conductas deben sumarse para que el accidente ocurra.

Veamos lo que nos dice el premio Nóbel de economía, Ronald Coase:

"La Naturaleza Recíproca del Problema. La aproximación tradicional ha tendido a obscurecer la

⁵⁷ ABRAHAM, Kenneth S. "The Form and Functions of Tort Law". Nueva York: The Foundation Pres, Inc. 1997. pp. 162-163. Traducción libre.

⁵⁸ El célebre *cheapest cost avoider* o más barato evitador del daño de Guido Calabresi.

naturaleza de la elección que tiene que hacerse. La pregunta se plantea comúnmente como una en donde A causa un daño a B y lo que tenemos que decidir es: ¿cómo deberíamos controlar a A? Pero ello es equivocado. Estamos lidiando con un problema de naturaleza recíproca. El evitar el daño a B le causaría un daño a A. La pregunta real a ser respondida es: ¿debería permitirse a A dañar a B o debería permitirse a B dañar a A? El problema es evitar el daño más serio⁵⁹.

Lo que Coase nos dice es justamente que el concepto de causante y víctima es relativo, y en realidad no existe hasta que la ley toma partido. En otras palabras, uno no es víctima hasta que la ley lo define como destinatario de una indemnización. O, dicho en otros términos, en un caso de responsabilidad, ambos son causantes y ambos son víctimas, pero, es la ley la que finalmente define quién le paga a quién. Y la ley debe, al escoger quién paga, buscar que se minimice la pérdida social.

Pero como ya vimos, en esa línea de razonamiento, si en un accidente de tránsito establecemos un sistema de responsabilidad objetiva del conductor del auto, y las indemnizaciones compensan plenamente, los peatones perderán los incentivos para tomar precauciones⁶⁰.

Ello explica por qué, en general, los sistemas de responsabilidad suelen ser subjetivos (al menos en el campo extracontractual). Bajo la regla de la culpa, el peatón corre el riesgo de ser atropellado por un chofer que no tuvo culpa. Si eso le ocurre tendrá que soportar los daños sin poderlos trasladar a otro. Ello generará los incentivos en el peatón para tomar precauciones. Por otro lado, si el conductor no toma precauciones adecuadas será culpable y pagará los daños. En consecuencia, tomará las precauciones. Como vemos, el resultado de una regla como la de la culpa es que ambas partes de la relación tomarán precauciones adecuadas.

Pero no es la única solución. Podría tenerse una regla objetiva del lado del conductor, de manera que éste siempre pague. Pero para corregir el incentivo del peatón de no tomar precauciones, se debe usar un sistema de concurrencia de culpa de la víctima. En ese sistema, el conductor paga siempre, salvo que el juez encuentre que el peatón fue culpable. En ese caso, el conductor tomará precauciones porque asumirá que puede atropellar a un peatón diligente. Y el peatón tomará precauciones porque si no, no le pagarán sus daños. El resultado será que ambos tomarán precauciones⁶¹.

El lector suspicaz se habrá dado cuenta que en realidad toda la explicación anterior es un mero juego de palabras. Bajo la idea de la responsabilidad objetiva y subjetiva he reseñado en realidad un solo sistema. Ello es consistente con la posición coasiana sobre la naturaleza recíproca del problema, es decir, sobre la idea que ambos son causantes y ambos son, simultáneamente, víctimas. Lo que llamamos responsabilidad objetiva es objetiva del lado del causante pero subjetiva del lado de la víctima, porque si la víctima tuvo culpa el causante no paga. Y lo que llamamos responsabilidad subjetiva, es subjetiva del lado del causante y objetiva del lado de la víctima, pues si el causante es diligente, la víctima carga objetivamente con sus propios daños.

Pero si, como vimos, los conceptos de víctima y de causante son relativos (porque los dos son causantes y los dos son víctimas) entonces estamos frente al mismo sistema pero visto al revés⁶². Y ello se explica porque la culpa es necesaria en algunos de los dos extremos de la relación, justamente para evitar que una de las partes se sienta asegurada por la otra y deje de tomar precauciones⁶³.

Así, en conclusión, usualmente es necesario recurrir a la culpa de alguien precisamente para crear incentivos de conducta adecuados para ambas partes.

⁵⁹ COASE, Ronald H. "The Problem of the Social Cost". Citado por: Levmore. "Foundations of Torts Law". Foundation Press. 1994. p. 2. Traducción libre.

⁶⁰ Ello explica por qué en países que conceden indemnizaciones altas no sea extraño que las víctimas se "autocausan" los daños. Así, saltan sobre un vehículo o fingen resbalarse en el piso encerado de una tienda y luego demandan por los daños sufridos.

⁶¹ Ese es el sistema del Código Civil peruano en que la responsabilidad objetiva contemplada en el artículo 1970 permite al causante liberarse según el 1972, entre otros supuestos, si existe imprudencia de la víctima. Para un análisis más detallado del problema de las precauciones recíprocas en los casos de responsabilidad revisar POLINSKY, A. Mitchell. "An Introduction to Law and Economics." Segunda Edición. Aspen Law & Business. 1989. p. 39 y siguientes.

⁶² El concepto es tan relativo que a veces lo resolvemos intuitivamente de una manera bastante poco sistemática. Si una bicicleta atropella a un peatón, el peatón es la víctima y la bicicleta el causante. Si un auto atropella a un ciclista definimos al auto como causante y al ciclista como víctima. Y si un camión impacta a un auto, el auto es la víctima y el camión el causante. Lo definimos por tamaño, pero en realidad el tamaño es irrelevante para determinar quién causó el daño. Finalmente, estamos buscando un culpable, y ese culpable es normalmente hecho responsable. Por eso, la distinción entre culpa y causa adecuada puede volverse realmente sutil, hasta poderse llegar a pensar que son virtualmente lo mismo. Son finalmente dos formas que se usan simultánea e integradamente para encontrar, en términos de Coase, si hacer pagar a A minimiza la pérdida social más que si se hace pagar a B.

⁶³ Ello explica por qué la responsabilidad objetiva suele usarse en supuestos en los que sólo una de las partes puede tomar precauciones. Un buen ejemplo es el de los accidentes de aviación, que si bien es calificado usualmente por la ley como un caso de responsabilidad subjetiva, en la práctica opera como un sistema de responsabilidad objetiva. En esos casos sólo la aerolínea puede tomar precauciones porque un pasajero virtualmente no puede hacer nada para evitar un accidente. También explica por qué virtualmente ningún sistema del mundo ha podido eliminar la culpa, pues siempre habrán casos de precauciones recíprocas.

B. El riesgo de error

Pero una vez definido por qué necesitamos de la culpa, necesitamos probar que existió (o que no). Si consideramos que hay culpa cuando no la hay, entonces tenemos un error de tipo 1, en el que quien paga no debería pagar. Pero si consideramos que hay culpa cuando no la hay, cometemos un error de tipo 2, en el que paga quien no debería pagar⁶⁴.

Los errores del juzgador pueden depender de una serie de problemas, pero para nuestros fines la razón principal del error es el costo de probar quién tuvo la culpa. Y la culpa no es necesariamente fácil de probar porque implica retroceder en el tiempo para ver cómo ocurrieron hechos que se encuentran en el pasado.

Hay casos en que la culpa es más fácil de probar que en otros. Si tenemos una filmación de una acción que causó un daño, es fácil concluir quién tuvo la culpa. Pero si se produce una explosión, un incendio, un derrumbe u otras circunstancias especialmente destructivas de evidencia, entonces la prueba de la culpa (y de la causa) será difícil.

Una segunda constatación es que los costos de la prueba no son necesariamente simétricos entre las partes. Una parte puede estar en mejor posibilidad de producir prueba que otra. Si yo controlo una actividad que se realiza a dos pisos de altura (como, por ejemplo, almacenar harina) y otra persona se encuentra a nivel de piso (como un peatón distraído) entonces es probable que si cae un cuerpo del segundo piso el que está arriba tiene más posibilidades de saber lo que pasó en relación al que está abajo. En el caso del barril de harina es evidente que el almacenero está en mejor posibilidad de saber qué hacer y qué pasó.

Otro ejemplo que demuestra lo mismo es el caso Ybarra. Es evidente que los médicos y auxiliares del hospital enfrentan menos costos de probar que los pacientes anestesiados.

En casos como los descritos la ley puede crear incentivos para reducir los costos de probar de una manera muy fácil, creando incentivos para que sea el que está en mejor posibilidad de probar quien "pague los platos rotos" si es que no prueba qué es lo que pasó. Con ello se reduce la posibilidad de error porque se hace más barato el camino a la verdad.

En cambio, si la ley coloca la carga de la prueba en quien enfrenta mayores costos para probar, será más

largo y difícil el camino a la verdad y por tanto la posibilidad de error se incrementa.

Una forma de reducir los costos de probar, y con ello reducir la posibilidad de error, es justamente la responsabilidad objetiva. Si el legislador hace objetivamente responsable a quien tiene menores costos de probar, le creará incentivos para demostrar cómo ocurrieron los hechos y así buscar la culpa en la otra parte que lo liberaría. Así, si el propietario del almacén del que cayó la harina es hecho objetivamente responsable por la caída de objetos de los segundos pisos, tratará de demostrar qué es lo que ocurrió para evitar ser responsable si la causa le es ajena.

Nótese que usualmente los casos en que evitar un accidente depende de precauciones unilaterales (es decir, a cargo de una sola de las partes) coinciden con los casos en que una de las partes puede probar mejor que la otra. La razón es obvia. Si el médico de Ybarra es el único que puede tomar precauciones es porque maneja la actividad que puede causar el daño. Y si maneja la actividad plenamente quiere decir que tiene más información de lo que pasó. Ello explica, como veremos, por qué Abraham nos sugería que la responsabilidad objetiva y el *res ipsa loquitur* son hermanos cercanos. Ambos tratan de reducir el costo del error. El segundo es la antesala del primero.

El problema es más serio en los casos en los que las pruebas desaparecen por completo. Si durante la entrega de dinamita en una mina el camión que la llevaba explota, es posible que nunca sepamos qué es lo que ocurrió. Si ello es así, entonces sólo tenemos dos posibilidades: hacer responsable al que entregaba dinamita o hacer responsable al dueño de la mina que sufrió los daños (o dejar simplemente que soporte los daños, que es lo mismo). Pero si se determina que las precauciones eran principalmente unilaterales (lo que parece recaer en la persona del transportista porque controla la descarga) se reduce el riesgo de error si uno hace responsable a quien habría podido tomar esas precauciones. Si bien el riesgo de error no se reduce a 0, es mucho más probable que nos estemos equivocando si dejamos la responsabilidad sobre los hombros de la mina. Así, un sistema de culpa en estos casos equivale a la responsabilidad objetiva de la víctima. Y si la víctima no puede tomar muchas precauciones, tendremos más accidentes.

El problema que surge es obvio. Si hacemos responsable al dueño del camión bajo un principio de responsabilidad objetiva la mina se sentirá aliviada de

⁶⁴ En realidad los errores de tipo 1 y de tipo 2 son lo mismo. Dada la naturaleza recíproca del problema es simplemente no encontrar a quién le corresponde pagar.

responsabilidad y no tomará precauciones (por ejemplo, no hacer un fuego cerca al lugar de descarga). Si bien las precauciones son principalmente unilaterales, siempre hay algún nivel de precaución que la otra parte puede tomar. En esos casos, una solución es usar la negligencia contributiva, como ya señalamos.

Una regla menos rígida y más dinámica que la responsabilidad objetiva es justamente el *res ipsa loquitur*. Tal regla nuevamente busca a quien tiene más información y, justamente, puede también tomar más precauciones. El requisito que la actividad esté bajo el control de alguna de las partes apunta justo a identificar situaciones en que las precauciones son unilaterales y la información está en cabeza justamente de quien puede adoptar tales precauciones. Lo mismo sucede con la exigencia de descartar que otros hayan podido tener culpa en la esfera de los eventos dentro de los que ocurrió el accidente. Por ejemplo, las precauciones pueden aparecer como bilaterales hasta que se descarta por completo que la mina haya prendido un fuego en las inmediaciones. Con ello, bajo el *res ipsa loquitur*, el propietario del camión es responsable así no se llegue a acreditar qué es lo que realmente ocurrió si es que demuestra qué pudo haber razonablemente ocurrido.

La regla atempera el efecto que tendría la responsabilidad objetiva porque sujeta a la otra parte a la eventual prueba de que no fue la culpa del causante la que ocasionó el accidente. Ese riesgo motiva a la potencial víctima a tomar precauciones. Pero también incentiva a quien puede tomar precauciones a tratar siempre de evitar el accidente porque sino será responsable de sus consecuencias.

En esa línea el *res ipsa loquitur* es una forma ingeniosa de lidiar con situaciones en las que pueden existir precauciones bilaterales, es decir, a cargo de ambas partes (como lo hace todo sistema de culpa del que el *res ipsa loquitur* es una expresión) pero en las que existen costos asimétricos de probar los daños que exigen un mecanismo que reduzca el costo de error que se deriva de la prueba de la culpa.

Esta idea se encuentra también, aunque de manera menos sofisticada, detrás de los artículos 1229, 1339

y 1969, que al invertir la carga de la prueba tratan también de enfrentar el problema de la asimetría de costos de prueba.

Decimos menos sofisticada porque, a diferencia de los requisitos de aplicación del *res ipsa loquitur*, que tratan de separar, como con un bisturí, los casos en que una parte tienen control de los que no los tiene realmente, nuestro Código lo hace de una manera más burda, como usando un hacha, con el riesgo consiguiente de arrastrar hueso con la carne al hacer el corte.

En todo caso, lo que resulta de este análisis es que no hay incompatibilidad entre la doctrina del *res ipsa loquitur* y las reglas aplicables en el Perú. Por el contrario, esta doctrina puede contribuir a perfilar análisis más precisos y adecuados de la carga de la prueba en la responsabilidad civil.

VI. CONCLUSIÓN

Como en la historia de la Bella y la Bestia, el Derecho puede tener la magia para hacer hablar a las cosas o, lo que es más importante, a las circunstancias. Multiplicar a los testigos de un accidente o de un acto de incumplimiento contractual para que los bienes inanimados nos digan qué es lo que pasó permitiría menos impunidad en el pago de los daños que se causan y contribuiría a la internalización de las externalidades, lo que a su vez incrementa el bienestar social.

El Derecho es, ante todo, un sistema de solución de problemas prácticos. Por eso quedarnos en el análisis meramente teórico y conceptual, sin analizar los efectos operativos de las cargas de la prueba, es alejarnos de la solución real de los problemas.

El *res ipsa loquitur* es una herramienta realmente útil para resolver problemas reales. Ordena nuestro razonamiento y permite entender mejor el alcance de nuestras normas. Siempre se alzarán voces que pedirán que las doctrinas extranjeras se dejen de lado, sobre todo si son anglosajonas. Pero los abogados debemos aprender que lo útil lo es porque sirve, no por de dónde viene.

REFLEXIONES EN TORNO AL CONTRATO DE... ¿REPORTE?... ¿EN EL PERÚ?

Carlos Enrique Arata Delgado*
Ex Miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Haciendo valer su derecho de réplica, el autor defiende en el presente artículo su postura acerca de la naturaleza jurídica del contrato de reporte, la cual fuera materia de un artículo publicado en el año 2000 por THEMIS-Revista de Derecho.

Siendo que dicho artículo valió una fuerte crítica por parte de un destacado abogado peruano, a continuación el autor responde a la misma, presentando una interesante reflexión sobre la distinción del reporte y el préstamo bursátil en nuestro país.

* Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

En el número 26 de la revista *Ius et Veritas* fue publicado un artículo de Freddy Escobar Rozas titulado “Reflexiones en torno al contrato de reporte” (en adelante, el “Artículo”)¹, en el cual hace un interesante análisis de la historia del contrato de reporte, su naturaleza jurídica y su tratamiento legislativo actual. Asimismo, dentro de una de las notas al pie (nota al pie número 23), Escobar critica duramente las conclusiones a las que arribé en un artículo que escribiera años atrás titulado “Naturaleza jurídica del contrato de reporte”², el mismo que fuera publicado en la edición 40 de esta revista.

Así, apreciando que el Artículo contiene errores elementales en el análisis del contrato de reporte en el Perú, y reafirmando en la posición que adoptara anteriormente, por medio del presente trabajo pretendo responder a las críticas realizadas por Escobar y, a su vez, criticar las opiniones y conclusiones de dicho autor, esperando que tales críticas puedan despertar un interesante y sano debate académico.

II. IDEAS PRELIMINARES BÁSICAS

En primer lugar, debe quedar claro que en el Perú, el contrato de reporte únicamente se encuentra regulado en el ámbito bursátil, en el cual se diferencian dos figuras de manera clara: el reporte y el préstamo bursátil. He aquí el primer error de Escobar, puesto que este autor, en todo su análisis, desconoce la diferencia regulatoria entre ambas figuras, y desconoce también que ambas persiguen una finalidad totalmente distinta.

El artículo 34 del Reglamento de Operaciones en Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Lima, aprobado mediante Resolución CONASEV 021-99-EF/94.10 (en adelante, el “Reglamento de Operaciones”) define a la operación de reporte como “(...) aquella que comprende una venta de valores, a ser liquidada dentro del plazo establecido para las operaciones al contado o a plazo, y una simultánea compra a ser liquidada dentro del plazo pactado, por la misma cantidad y especie de valores y a un precio determinado. A la sociedad vendedora en la primera venta se le denomina “reportado”, mientras que a la sociedad compradora “reportante”. Es característica de las operaciones de reporte que los valores que se

transfieren en propiedad queden como margen de garantía del reportante para el cumplimiento de la liquidación de la última venta a plazo, en el porcentaje que establezca el Consejo”.

Por su parte, el artículo 42 del Reglamento de Operaciones define al préstamo bursátil como aquella operación “(...) que comprende una compra de valores a ser liquidada dentro del plazo establecido para las operaciones al contado o a plazo, y una simultánea venta a ser liquidada dentro del plazo pactado, por la misma cantidad y especie de valores y a un precio determinado. A la sociedad vendedora en la primera venta se le denomina “prestamista”, mientras que a la sociedad compradora “prestatario”. Es característica de las operaciones de préstamo bursátil de valores que se otorgue la libre disponibilidad de los valores adquiridos a la prestataria”.

A simple vista pueden parecer operaciones idénticas, salvo que, durante la vigencia de estas operaciones, en la primera (reporte) los valores permanecen como margen de garantía, mientras que en la segunda los valores son de libre disponibilidad.

¿Por qué este tratamiento distinto? Porque estamos frente a dos operaciones que persiguen finalidades totalmente distintas. En efecto, la operación de reporte tiene por finalidad satisfacer la necesidad de liquidez del reportado, mientras que en el préstamo bursátil se persigue satisfacer la necesidad del prestatario respecto a la tenencia de los valores.

Con estas ideas preliminares pasaré a explicar las dos operaciones antes mencionadas, reporte y préstamo bursátil de valores.

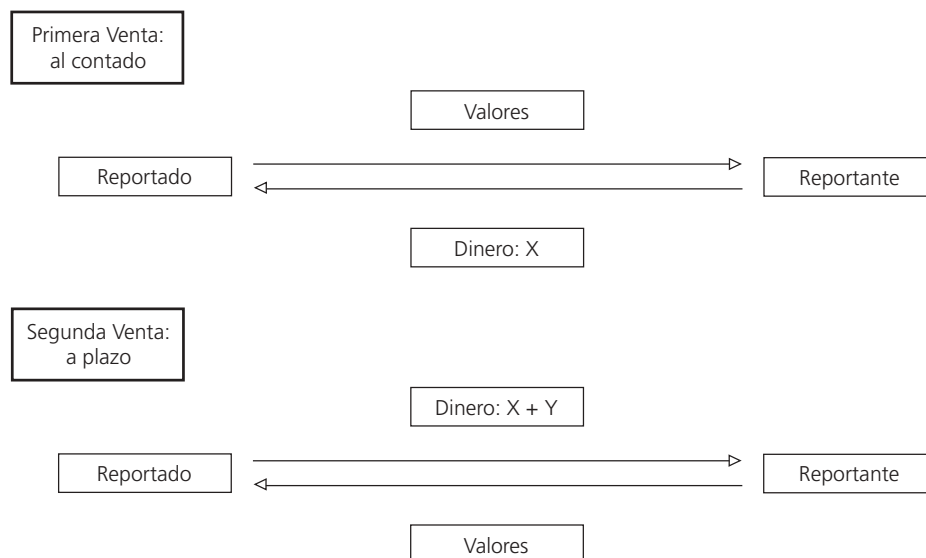
2.1. La operación de reporte

Más allá de la definición dada por el Reglamento de Operaciones, podría definirse a la operación de reporte como aquella en la que un agente necesitado de liquidez (reportado), pero propietario de activos (los valores), transfiere la propiedad de estos a un tercero (reportante) por un determinado precio y simultáneamente asume la obligación de comprarlos dentro de un plazo a un precio normalmente superior.

Ahora bien, a fin de entender el funcionamiento de esta operación, es conveniente analizar primero el Gráfico 1.

¹ ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Reflexiones en torno al contrato de reporte”. En: *Ius et Veritas* 26. Lima. 2003. pp. 53 y siguientes.

² ARATA DELGADO, Carlos Enrique. “Naturaleza jurídica del contrato de reporte”. En: *THEMIS-Revista de Derecho* 40. 2000. pp. 197 y siguientes.



Puede observarse que en la primera venta (al contado) el precio es superior que en la segunda (a plazos). La razón es que esta operación se realiza íntegramente en interés del reportado, en la medida que es él quien requiere financiamiento y liquidez y por ello opta por transferirlas sin desprenderse de ellas permanentemente. De lo contrario, no tendría ningún sentido para el reportante participar en la operación.

Así, tal como señalé en el artículo anterior, la finalidad de la operación de reporte es "(...) que el reportado obtenga financiamiento mediante la venta de sus valores y que esta venta no sea definitiva; y por el lado del reportante, la finalidad será invertir su excedente de dinero en una operación que le proporcionará un beneficio al retransferir los valores adquiridos al anterior propietario con un "plus", que es su ganancia"³. O a decir de Messineo: "Su función económica es la de permitir a quien posee títulos de crédito (reportado), procurarse dinero por un cierto tiempo, sin enajenarlos definitivamente, y a quien tenga dinero disponible (reportador) hacer de él un seguro y productivo empleo a término breve, o sea, con la posibilidad de recuperar pronto, en restitución, el dinero (...) "⁴. No tendría sentido de otra manera, no habría para el reportante una lógica en la operación si no fuese seguro que de ella percibirá una rentabilidad⁵, pues, en tanto la operación se realiza en interés del reportado, resulta

lógico que éste asuma el costo de la operación, pagando una ganancia a quien satisfizo su necesidad de liquidez, el reportante.

Aclarado entonces que la finalidad de esta operación es el financiamiento –por el lado del reportado– y la obtención de una renta –por el lado del reportante–, debe pasarse a analizar el funcionamiento de la misma.

Una vez que se acuerda la realización de una operación de reporte, el comitente suscribe una única orden (que se dirige al intermediario para la realización de la operación) y recibe dos pólizas (las pólizas son la constancia de que se ha pactado la operación), una por la venta y otra por la compra, en las que se establecen los precios a pagarse y a recibir, según sea el caso. Es en estas pólizas donde puede observarse que la operación de reporte tiene por función la de un préstamo, pues el precio de transferencia en la póliza de la segunda operación es menor que el precio de transferencia establecido para la primera. Vale decir, el reportante obtiene un beneficio económico expresado en el diferencial de precios.

Ahora bien, un elemento de suma importancia para la comprensión de la operación de reporte es el relativo al uso de los valores materia de la operación durante la vigencia de ésta. Nos explicamos.

³ Ibid. p. 201.

⁴ MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo V. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1979. p. 139.

⁵ Puede, claro está, pactarse una operación en la que el precio de la operación al contado sea el mismo que en la operación a plazo, pero no es el supuesto normal. En este caso, estaremos ante una operación que no genera ganancia, o por qué no decirlo, un reporte a título gratuito. Nótese que Messineo –autor que comparte la opinión de Escobar con relación a la naturaleza jurídica de la operación de reporte y a quien éste considera la "doctrina más autorizada"– describe la finalidad económica del reporte como si fuese un préstamo. En efecto, bajo la descripción dada por Messineo no podría explicarse un reporte en el que el precio de la segunda venta sea menor al precio pagado en la primera, pues no existiría un empleo productivo y seguro del dinero.

Como se ha mencionado, los beneficios obtenidos durante la operación de reporte no corresponden al reportante (que es el nuevo propietario de los valores luego de efectuarse la primera venta) sino al reportado. Así, el artículo 36 del Reglamento de Operaciones dispone que: (i) en el caso de reparto de dividendos durante la vigencia de la operación, el reportante deberá entregar al reportado una compensación económica por tales dividendos; y, (ii) en caso se entreguen acciones liberadas así como certificados de suscripción preferente⁶, deberá el reportante entregar al reportado, al vencimiento de la operación, los valores en la cantidad entregada. Respecto a otro tipo de valores, el Reglamento de Operaciones no establece una solución expresa. Sin embargo, considero que se debe optar por una solución similar. Así, si por ejemplo los valores materia de la operación son bonos, los intereses devengados deberán ser entregados al reportado (o una compensación económica); si son bonos convertibles en acciones, tales acciones deberán ser entregadas al reportado de producirse la conversión, y así en los demás casos. ¿Por qué se tratan así estos beneficios? Por cuanto, repito, esta operación se realiza con la finalidad de que el reportado obtenga un financiamiento empleando para ello sus activos como garantía sin necesidad de desprenderse permanentemente de ellos, no para transferir los valores y permitir su uso al reportante, resultando lógico, por lo tanto, que tales beneficios sean entregados al reportado al final de la operación.

Por otro lado, se encuentra la constitución del denominado margen de garantía. Esta figura constituye una garantía para el cumplimiento de la obligación (que en el caso de la operación de reporte serían la devolución de los valores reportados y el pago del dinero correspondiente a la segunda venta).

Como señala el artículo 51 del Reglamento de Operaciones, en caso de incumplimiento de una operación que cuente con márgenes de garantía (como la operación de reporte), el afectado puede optar por el abandono de la operación o la ejecución forzosa. En el primer caso, el margen de garantía será restituido a quien lo constituyó, mientras que en el segundo, el margen de garantía se destinará a la ejecución forzosa.

Puede observarse, entonces, que los valores transferidos en la primera venta de una operación de reporte quedan como garantía de un eventual incumplimiento, y esos mismos valores son empleados para ejecutar la operación en caso de incumplimiento. Como se verá más adelante, el margen de garantía y su ejecución constituye un elemento esencial a fin de determinar la naturaleza jurídica de la operación de reporte.

2.2. El préstamo bursátil

Más allá de la definición establecida en el Reglamento de Operaciones, como señala Juan Antonio Egúez: “El préstamo bursátil es una operación destinada a contribuir con la oportuna liquidación de las operaciones. A través de dicha operación, se busca proveer de valores a los agentes que –por cualquier razón– carecen de ellos a fin de que puedan utilizarlos para liquidar sus operaciones en las fechas previstas”⁷. A lo que agrego que no solo es empleada para liquidación de operaciones sino también, por ejemplo, para obtener determinado porcentaje de votación en las juntas generales de accionistas cuando se trate de un préstamo sobre acciones. Es justamente por ello que el Reglamento de Operaciones dispone que es característica de estas operaciones que los valores materia de la misma sean de libre disponibilidad para el prestatario.

Así, podría definirse la operación de préstamo de valores como aquella en la que se realiza una venta al contado y, simultáneamente, una venta a plazo, en la que el sujeto denominado prestatario, necesitado de determinados valores (para los fines que él estime pertinentes), es comprador en la primera operación y el agente propietario de tales valores, denominado prestamista, es el comprador en la segunda operación.

Como puede observarse, esta operación permite, por el lado del prestatario, obtener los valores que requiere, y al prestamista, obtener una rentabilidad por sus valores sin necesidad de transferirlos permanentemente.

Asimismo, es característica de estas operaciones que el precio de la segunda transferencia sea inferior al de la primera. Ello en la medida que la operación se realiza en interés del prestatario. Como señala Egúez, “(...) debe tenerse presente que dichas operaciones se realizan para

⁶ Al respecto, Escobar en el Artículo hace notar su extrañeza por esta decisión legislativa, señalando que la única respuesta es que “(...) el legislador consideró que el reporte se emplea mayoritariamente con un fin de garantía (que es el único fin que puede sustentar razonablemente el hecho que se le prive al reportante de los derechos económicos que le corresponden como titular de las acciones)”. Op. Cit. p. 65. Conviene precisar –lo cual realizaré de manera más extensa más adelante– que no es que el fin del reporte sea la garantía, sino que es el financiamiento. Como consecuencia, es lógico que los valores materia del reporte sean empleados como garantía. Repito, la finalidad del reporte es obtener un crédito y garantizarlo con valores mobiliarios sin que sea necesario suscribir un contrato de crédito o similares: se obtiene liquidez sin desprenderse para siempre de los valores y evadiendo la prohibición del pacto comisorio, como analizaré más adelante. Sin embargo, Escobar no lo entiende así, confundiendo una vez más el reporte con el préstamo bursátil.

Entendiendo así la operación de reporte (un contrato de crédito con garantía) cabe apuntar la similitud con lo dispuesto en el artículo 1057 del Código Civil, el mismo que dispone que los frutos del bien prendado corresponden al propietario. La similitud es evidente.

⁷ EGÚEZ, Juan Antonio. “Préstamo Bursátil de Valores”. En: THEMIS-Revista de Derecho 40. Lima. 2000. p. 182.

satisfacer el interés del prestatario. En consecuencia, bajo tal esquema resulta lógico que el prestamista recompre dichos valores a un menor precio. En caso contrario, el prestamista no tendría ningún interés en tal tipo de operaciones”⁸. Más claro, imposible.

Esta operación es definida en la doctrina italiana como el *deporto*, en tanto, como habrá apreciado el lector, se trata de la operación inversa al reporte⁹. Así, una y otra son operaciones distintas: en el reporte se busca financiamiento mientras que en el préstamo bursátil la tenencia de valores. Al parecer Escobar nunca encontró esta diferencia y pretende equiparar ambas operaciones, incluso sin advertir que esta operación está regulada expresa y separadamente en el Reglamento de Operaciones, tal como expongo más adelante.

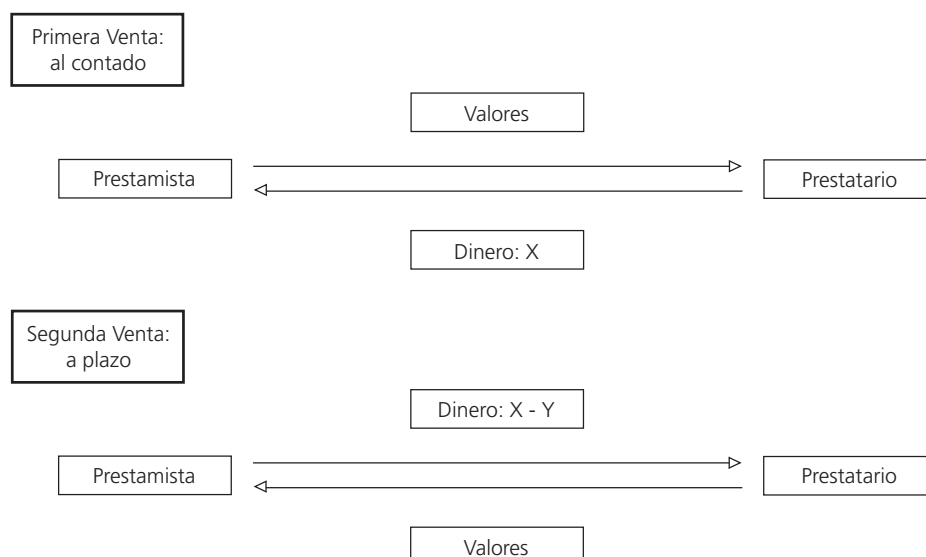
Ahora bien, es en la operatividad del préstamo bursátil donde la diferencia se hace más evidente. En efecto, entendiendo que la operación se realiza en interés del prestatario y es el prestamista quien obtiene el beneficio económico de la operación (recompra a un precio más barato del de la primera venta, obteniendo así una ganancia. Ver Gráfico 2), nuestra legislación ha establecido mecanismos que permitan al prestamista obtener tal ganancia y no recomprar los valores por encima de su valor de mercado.

Como comprenderá el lector, la cotización de valores se ve directamente influenciada por una serie de circunstancias –entrega de beneficios– que permiten su incremento y que, una vez culminadas, la cotización

desciende significativamente. Podría suceder, entonces, que la operación a plazo a liquidarse en el contexto de un préstamo bursátil deba ejecutarse luego de llevada a cabo la entrega de beneficios. En este caso, el prestamista deberá adquirir los valores materia de la operación a un precio superior al de mercado (precio previamente acordado *versus* valor de mercado), viéndose perjudicado. Citando nuevamente a Egüez, “(...) a fin de eliminar los perjuicios que podrían originar tales situaciones para el prestamista, se han establecido en el Reglamento (de Operaciones, según se encuentra definido en este artículo) mecanismos que obligan al prestatario a compensar al prestamista por la reducción en la cotización de los valores que se produce por la entrega de beneficios”¹⁰ (agregado realizado por el autor).

Por no corresponder a la materia del presente artículo, me limitaré a apuntar lo mencionado en los párrafo precedentes respecto de la operatividad del préstamo bursátil durante situaciones extraordinarias (entrega de dividendos, acciones liberadas, certificados de suscripción preferente, ofertas públicas de adquisición, compra o de intercambio, acuerdos de disolución, fusión o escisión), vale decir, que el Reglamento de Operaciones, en el entendido que el préstamo bursátil se realiza en interés del prestatario y es el prestamista quien obtiene un beneficio económico, ha establecido una serie de mecanismos que permiten al prestamista obtener tal beneficio o rentabilidad y no verse perjudicado por bajas en la cotización del valor materia de la operación. A fin de conocer mejor cada uno de estos mecanismos, sugiero al lector remitirse al citado artículo de Juan Antonio Egüez.

Gráfico 2



⁸ Ibidem.

⁹ MESSINEO, Francesco. Op. Cit. p. 139.

¹⁰ Ibid. p. 184.

III. LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE REPORTE Y SU CAUSA

3.1. Aclaración previa

Antes de iniciar el análisis de este punto, considero pertinente primero reconocer un error, enmendarlo y aclararlo.

Es cierto que la siguiente afirmación “(...) lo que debe definir la naturaleza jurídica de esta operación, no es la funcionalidad económica, ni la supuesta intención de las partes, sino básicamente la causa o acto jurídico que da fundamento a la posición jurídica que asumen los intervinientes en la operación de reporte y cómo se relacionan estas causas”¹¹, contiene un error y un absurdo que merece ser aclarado.

Queda claro, como dice Escobar, que la conclusión a la que podemos llegar de una lectura literal de dicha afirmación es que la causa del contrato de reporte es el propio contrato de reporte. Esto es, evidentemente, un absurdo.

Sin embargo, resulta innecesario –y a pesar de ello agradezco a Escobar sus buenas intenciones– que me aclare la diferencia entre la concepción aristotélica de causa y la negocial, pues la conozco, tratándose dicha afirmación de un error de redacción, tal como podría haberse percatado un lector un poco más diligente y tal como quedará claro en el siguiente numeral. En efecto, conozco lo que es la causa del negocio jurídico y la operación de reporte, la cual Escobar ha demostrado no conocer, confundiendo dos figuras completamente distintas, tal como se verá a continuación.

3.2. Naturaleza jurídica de la operación de reporte

Partamos por las siguientes afirmaciones que Escobar vierte en el Artículo: “(...) no se puede explicar la naturaleza jurídica de un contrato positivamente tipificado a la luz de otros contratos positivamente tipificados (...)”¹² y “(...) si el reporte fuese en el fondo un mutuo con garantía prendaria irregular, el reportado no podría en ningún caso detraer, al momento de liquidar la operación, un porcentaje del “precio” y entregar al reportante una suma menor a la que éste pagó previamente”¹³.

Al respecto conviene preguntarse: ¿por qué no? Y si consideramos que en efecto no se puede, ¿por qué entonces el préstamo bursátil y el reporte, a los que

Escobar considera la misma operación, tienen la misma naturaleza según este autor cuando tienen un tratamiento positivo diferenciado?

Debería entender Escobar que el reporte y el préstamo bursátil son dos operaciones distintas, tal como se ha analizado en el capítulo II de este trabajo. Inclusive, su “doctrina más autorizada” así lo reconoce. Como he señalado, el préstamo bursátil es lo que la doctrina italiana denomina *deporto*.

En efecto, la operación de reporte y el préstamo bursátil persiguen intereses diferentes: en la primera uno de los agentes busca financiamiento y el otro emplear eficientemente su dinero obteniendo una ganancia en la segunda venta; mientras que en la segunda, un agente busca procurarse valores, y por eso, en la segunda venta, paga un monto adicional al titular original de los valores, obteniendo éste, de esa manera, un beneficio económico. Son dos operaciones distintas y eso debe quedarle claro al lector a fin de evitar confusiones como en las que incurre Escobar. Al respecto, señala Escobar que “(...) es absolutamente claro que reportado y reportante pueden pactar que el “premio” beneficie, no al que originalmente entregó el dinero, sino al que originalmente entregó los títulos”¹⁴, pero lo que debe quedar absolutamente claro para el lector –y debería tenerlo presente Escobar– es que este autor incurre en un error elemental: eso que describe (que el precio de la segunda venta sea menor al de la primera) ocurre en el préstamo bursátil y no en la operación de reporte.

Entendiendo el legislador que tanto una como otra operación tienen una funcionalidad distinta, les confirió un tratamiento positivo diferenciado, el cual Escobar no debería ignorar. Este tratamiento diferenciado responde –valga la redundancia– a los distintos intereses en juego en una y otra operación. La principal diferencia que se encuentra en el tratamiento legislativo de una y otra operación es la constitución del denominado margen de garantía. En efecto, como he apuntado anteriormente, en la operación de reporte los valores materia de la operación deben constituirse como margen de garantía en caso de un eventual incumplimiento. En el préstamo bursátil no. La razón de ello se encuentra en que en la primera operación estamos hablando finalmente de un préstamo de dinero en el que las acciones se entregan en garantía. Ello incluso es reconocido por el mismo Escobar cuando en el Artículo señala que “(...) se suele indicar que para el que tiene necesidad de contar con capital fresco, el reporte constituye un mecanismo directo de

¹¹ ARATA DELGADO, Carlos Enrique. Op. Cit. p. 203.

¹² ESCOBAR ROZAS, Freddy. Op. Cit. p. 57. Pie de página 23.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

captación de recursos, mientras que para el que posee excedente de capital, el reporte representa un singular instrumento de inversión, cuyas ventajas comparativas están constituidas por una garantía traslativa de propiedad y por una renta fija segura"¹⁵ (subrayado agregado).

Sin embargo, más adelante, mostrando un desconocimiento absoluto por la existencia del préstamo bursátil, Escobar señala que "(...) el reporte también constituye un peculiar mecanismo o instrumento para acrecentar el poder que se tiene en una sociedad"¹⁶. Debería entender Escobar que, para lograr ello, en nuestro mercado no se emplea la operación de reporte sino el préstamo bursátil.

Habiendo entendido finalmente que el préstamo bursátil y la operación de reporte responden a intereses distintos, corresponde ahora pasar a analizar la naturaleza jurídica de esta segunda operación.

En el numeral 3.1 precedente señalé que el error de redacción al que Escobar denomina desconocimiento podía haber sido advertido por un lector algo más diligente. En efecto, tal vez otro lector pudo haber entendido que finalmente lo que se quiso decir –o mejor dicho, lo que se dijo, pues queda claro de una lectura de mi anterior trabajo que entiendo que la naturaleza de una operación debe encontrarse en su causa, entendiendo por ésta la causa negocial y por ello se realizó en aquella oportunidad un análisis de las teorías objetiva y subjetiva de la misma–.

Ahora bien, aún hoy sigo considerando que la naturaleza jurídica de una operación debe encontrarse en su causa, en su razón de ser, en el para qué.

Sin embargo, como no corresponde hacer un análisis de las diferentes teorías en torno a la causa del negocio jurídico –me queda claro que la intención de este artículo y del de Escobar es analizar la operación de reporte y no la causa del negocio jurídico, al margen de las críticas esgrimidas por Escobar–, me limitaré a señalar que por causa bajo la teoría objetiva debe entenderse la función económico-social que un determinado negocio jurídico persigue, mientras que la causa bajo la teoría subjetiva será aquel fin individual

que cada contratante se propone alcanzar con la celebración de un negocio jurídico.

Como señalé en mi anterior trabajo, considero que tanto por una como por otra teoría se llega a la misma conclusión: la causa de la operación de reporte es obtener un financiamiento y, para quien provee tal financiamiento, obtener un lucro por el *plus* que le van a pagar en la segunda venta.

Entonces, si es la causa de un negocio la que determina su naturaleza, ¿por qué no podemos señalar que la naturaleza de la operación de reporte es la de un mutuo de dinero con prenda irregular¹⁷, con la especial característica de que el "acreedor-reportante" puede quedarse con los valores en caso de incumplimiento?

En efecto, el reporte es un mecanismo de financiamiento para quien, teniendo activos, busca liquidez sin desprenderse definitivamente de tales activos y dando estos en garantía, tal como el mismo Escobar lo reconoce según ha sido citado anteriormente. Esta garantía, por constituirse fuera del ámbito normal de las prendas civiles y tener una regulación especial como la bursátil, permite la adjudicación a favor del acreedor, evadiendo la prohibición del pacto comisorio.

Pero para autores como Escobar ello no basta, y señalan que esa regulación independiente le da al contrato una autonomía en cuanto a su naturaleza. ¿Por qué? ¿Por qué autonomía regulatoria equivale a autonomía en cuanto a la naturaleza? ¿Basta con afirmar "(...) soy de la opinión que el problema de la naturaleza jurídica de este contrato queda resuelto cuando la ley lo tipifica y le otorga un tratamiento propio y autónomo con relación a cualquier otra instituto. Consecuentemente, sostengo que el reporte tiene naturaleza propia, de modo que no es asimilable a otra figura contractual"¹⁸ como lo hace Escobar en el Artículo? Considero que no, pues se trata de una postura demasiado simplista. Me explico.

Si la sola tipificación da autonomía en cuanto a la naturaleza: ¿dos contratos no tipificados sí pueden tener la misma naturaleza?, ¿un contrato no tipificado puede tener la misma naturaleza que uno típico? Bajo un criterio como el de Escobar sí podrían

¹⁵ Ibid. p. 58.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ La prenda irregular es aquella que recae sobre bienes fungibles, y en ésta, aun cuando admitamos que no se produce la transferencia de la propiedad de los bienes prendados, el acreedor podría transferirlos, pues llegado el momento de la restitución, entregará bienes de la misma calidad y especie. Las acciones cotizadas en bolsa y anotadas en cuenta caen dentro de esta definición de bienes fungibles.

¹⁸ Ibid. p. 57. Sostiene además Escobar, en el pie de página 23 del Artículo, que "Esa autonomía plena le confiere naturaleza jurídica propia, sin importar si sus consecuencias son iguales o similares a las de otras figuras tipificadas (por eso a nadie se le ha ocurrido considerar que el arrendamiento puede ser reconducido al usufructo o viceversa)". Debe recordar Escobar que a nadie se le ha ocurrido semejante idea por cuanto estos dos contratos persiguen finalidades distintas: el usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar, mientras que el arrendamiento solo el de usar.

Código Civil, artículo 999: "El usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno. (...)". Código Civil, artículo 1666: "Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida".

Las diferencias son obvias, por lo que resulta sorprendente una afirmación como la de Escobar.

por cuanto no tienen un tratamiento legislativo autónomo. Ello carece de lógica. ¿Acaso se podía afirmar que mientras la operación de reporte no estuvo regulada sí tenía la naturaleza del mutuo de dinero con garantía prendaria irregular? Sostener, por lo tanto, lo que sostiene Escobar, carece de mayor asidero pues no explica determinadas situaciones como las antes descritas.

Sigo sosteniendo, entonces, que la naturaleza viene dada por esa función económico-social, pues entiendo por naturaleza jurídica la esencia de una institución, y es en tal función donde podemos encontrar dicha esencia.

Ahora bien, ¿cuáles son estas similitudes que me llevan a afirmar que la naturaleza jurídica de la operación de reporte es la de un mutuo de dinero con garantía prendaria, vale decir, qué me lleva a afirmar que ambas poseen la misma función económica social? Son las siguientes:

- Como he señalado ya anteriormente, la operación de reporte tiene la finalidad, por el lado del reportado, de obtener liquidez, empleando para ello sus activos como garantía, y del reportante de obtener una rentabilidad de su excedente de recursos. Por su parte, en el mutuo de dinero con garantía prendaria el mutuuario busca también obtener financiamiento (liquidez), mientras que el mutuante obtiene una rentabilidad.

La finalidad de ambas operaciones es la misma y de eso no pueden haber dudas.

- Como se ha visto, los beneficios obtenidos durante la vigencia de la operación de reporte (llámese dividendos o acciones liberadas) pertenecen al reportado a pesar de no ser ya el propietario de tales acciones. Ello, repito, se explica por cuanto la esencia de la operación de reporte es que el reportante obtenga liquidez con sus activos sin transferir permanentemente la propiedad de los mismos, por lo que resulta lógico que tales beneficios finalmente sean entregados al reportado.

Por su parte, como también se señaló anteriormente, los frutos y aumentos del bien prendado pertenecen al propietario, tal como lo dispone el artículo 1057 del Código Civil. La similitud salta a la vista.

- Se señala que en la prenda no existe una transferencia de propiedad de los bienes prendados y por lo tanto existe una diferencia insalvable con la operación de reporte. Ello no es del todo cierto.

Como señalé anteriormente, en una prenda sobre bienes fungibles el depositario finalmente puede comportarse como propietario en tanto puede transferir y usar los bienes prendados, entregando al final bienes de la misma especie y calidad.

Adicionalmente, el hecho que en la operación de reporte se transfiera la propiedad se debe a la particularidad del mercado de valores. En efecto, de dicha manera se permite que el reportante se adjudique las acciones materia de la operación en caso de incumplimiento en el pago de la segunda venta por parte del reportado, pues no debe olvidarse que dichas acciones permanecen como margen de garantía. De esta manera, se evade la prohibición del pacto comisorio existente para la prenda civil, facilitando la realización de estas operaciones en la misma Rueda de Bolsa.

Así, puede observarse que las similitudes entre la operación de reporte y el mutuo de dinero con garantía prendaria irregular no solo se encuentran en sus consecuencias prácticas (como pretende afirmar Escobar), sino en su misma esencia, pues ambas tienen la misma finalidad.

Pero, ¿por qué no reconoce Escobar esta similitud en la esencia de ambas operaciones? Porque confunde e iguala dos operaciones totalmente distintas: el reporte y el préstamo bursátil.

Ya antes he señalado que son dos operaciones distintas, incluso inversas, y que por ello tienen un tratamiento legislativo diferenciado. En el préstamo bursátil se busca la tenencia de valores para cumplir obligaciones o tener mayoría en junta de accionistas o asamblea de bonistas y, por lo tanto, al realizar la operación en interés del prestatario, éste recibe, en la segunda venta, un precio menor al pagado inicialmente.

Solo con reconocer ello toda la argumentación de Escobar en torno a la naturaleza jurídica de la operación de reporte cae por carecer de asidero legal, sin perjuicio de los argumentos que he apuntado anteriormente.

Debe quedar claro que si aceptamos, como Escobar afirma, que el tratamiento positivo confiere autonomía a la operación de reporte en cuanto a su naturaleza, no podría afirmarse que reporte y préstamo bursátil son lo mismo (no lo son y tienen una naturaleza jurídica distinta) pues tienen una regulación independiente. Sin embargo, a pesar de ello Escobar así lo sostiene.

En efecto, Escobar señala que "(...) no se puede explicar la naturaleza jurídica de un contrato positivamente

tipificado a la luz de otros contratos positivamente tipificados”¹⁹. Resulta entonces incongruente que luego asimile el reporte y el préstamo bursátil cuando cada una de estas operaciones tiene un tratamiento positivo distinto. Debe recordársele a Escobar –una vez más– que reporte y préstamo bursátil son dos cosas distintas, cumplen finalidades distintas y tiene un tratamiento, por ello, diferente.

Tal vez el error de Escobar sea haberse ceñido a la legislación y doctrina italiana, donde el contrato de reporte tiene una regulación en el ámbito civil, a diferencia de Perú, donde este contrato solo ha sido regulado en el ámbito bursátil. Además, legislativamente el Código Civil italiano no distingue entre reporte (*riporto*) y el préstamo bursátil (*deporto*). Así, al haberse Escobar restringido a lo señalado en la legislación italiana y por autores italianos, resulta “entendible” que incurra en dicho error.

Pero debe entender Escobar que nuestro reporte es distinto al italiano, que tiene una regulación diferente y para ámbitos distintos, y, por lo tanto, mal hace en analizar la operación de reporte a la luz de una visión diferente.

Justo por tener una visión y regulación distinta y por cuanto entiendo que la naturaleza jurídica de una institución viene dada por la causa entendida como función económico-social, me atrevo a reafirmar que la naturaleza jurídica de la operación de reporte es la de un mutuo de dinero con garantía prendaria irregular, tal como lo he fundamentado anteriormente.

IV. CONCLUSIONES

Habiendo realizado un análisis sobre qué son y cómo funcionan las operaciones de reporte y préstamo bursátil, y sobre la naturaleza jurídica de la primera, a continuación enumero las conclusiones a las que he arribado:

1. La operación de reporte es una operación que busca obtener financiamiento por el lado del reportado y rentabilidad por el lado del reportante, mientras que

el préstamo bursátil es una operación que permite al prestatario atender el cumplimiento de sus obligaciones bursátiles o incrementar su participación en las juntas de accionistas o asamblea de bonistas, según corresponda, y para el prestamista, permite obtener una rentabilidad por los valores de su propiedad adicional a los intereses o dividendos correspondientes. Se observa entonces que son dos operaciones distintas que responden a intereses y necesidades distintas y que por ello tienen una regulación diferenciada en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Soy de la opinión que la naturaleza jurídica de una institución debe encontrarse en su esencia. Esta esencia no vendría dada por una regulación positiva autónoma sino por su causa, entendiendo por ésta su finalidad económico-social.
3. Siendo ello así, no puede sino concluirse que la naturaleza jurídica de la operación de reporte es la de un mutuo de dinero con garantía prendaria irregular.
4. Ello por cuanto existen muchas similitudes entre ambas instituciones (propiedad de los bienes dados en garantía, frutos de dichos bienes), además de compartir la misma esencia mencionada en los párrafos precedentes.
5. Señalar que una institución que ha sido regulada de manera autónoma tiene por ese solo hecho naturaleza jurídica propia no es correcto por cuanto esa regulación positiva autónoma no necesariamente le modifica la esencia a la institución. Adicionalmente, surge la interrogante de la naturaleza jurídica de los contratos no tipificados precedentemente señalada.
6. Escobar confunde la operación de reporte con el préstamo bursátil. En buena medida dicho error viene dado por una remisión a legislación y doctrina extranjera, en la que la operación de reporte tiene un tratamiento positivo distinto al peruano.

¹⁹ Ibidem.

DE LA CULPA ÉTICA A LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA: ¿EL MITO DE SÍSIFO? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)

Gastón Fernández Cruz*

Pocos artículos abarcan de manera tan completa y detallada la evolución y el alcance actual de la responsabilidad subjetiva como lo hace el presente artículo. Para ello, el autor realiza un interesante análisis del rol de la culpa tanto en nuestro sistema jurídico como en el Derecho comparado, llegando a un entendimiento general de cómo se encuentra estructurado nuestro sistema de responsabilidad civil.

De esta manera, siempre dentro de una visión crítica, se logra un análisis que no se limita a los aspectos jurídicos de la institución, sino que se encuentra fortalecido con un entendimiento histórico y social, lo cual hace del presente artículo uno de lectura obligatoria para quien desee profundizar en el tema.

* Profesor Ordinario de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Profesor Visitante de la Università Degli Studi di Bologna (1999-2000).

I. EL CONCEPTO TRADICIONAL DE LA CULPA: LA NOCIÓN DE “CULPA ÉTICA”. EL BASAMENTO PSICOLÓGICO

1. Al inicio de la era de la codificación, la propiedad funciona como eje en torno al cual gravitan todos los demás institutos y, en este sentido, la responsabilidad civil no es sino un medio de protección de la propiedad: “... el propietario podía considerarse protegido, ya que nada, sino su propia voluntad, habría podido privarlo del derecho o del poder de goce sobre el bien (...). El negocio jurídico, entonces, funcionalmente concebido como modo de transferencia de la propiedad, estructuralmente modelado según los esquemas de la voluntad de su declarante, podía satisfacer exigencias contrapuestas: garantizar a los propietarios contra el peligro de perder el propio derecho; y proteger a los comerciantes no propietarios, los cuales, depositando su confianza sobre esta voluntad, tenían la seguridad de operar sobre un plano de igualdad formal...”¹. En esta época –fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX– y bajo este contexto, “... la autonomía negocial y la culpa no representan otra cosa que el momento fisiológico y el momento patológico, respectivamente, de la acción voluntaria del sujeto de derecho entendido como ‘propietario’...”². La culpa, como “resultado negativo de la voluntad”, viene a constituir entonces el criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria.

Por esto, pues, la culpa –en sentido estricto– será vista como “actitud psíquica” y consistirá “... en

un defecto de la voluntad que impide la diligencia necesaria en las relaciones humanas (...) que hace que se opere imprudentemente (culpa) o que se omitan las precauciones que se debían adoptar (negligencia)...”³.

La noción de una culpa “ética” y “psicológica”, entonces, resulta connatural a la cosmovisión individualista y “ochocentista” de la responsabilidad civil y no es otra cosa que el resultado de un modelo erigido sobre el Code Napoléon, producto de la herencia iusnaturalista, el material ofrecido por las fuentes romanas y, sobre todo, de las ideas individualistas de la revolución francesa. En los orígenes de las codificaciones –bien ha escrito Salvi– se encuentra siempre presente “... la obra de reorganización conceptual desarrollada por los iusnaturalistas y por la doctrina francesa entre los siglos XVII y XVIII. La reconducción a una unidad del material ofrecido por las fuentes romanas y el acoplamiento sobre el mismo de la idea de responsabilidad ético-comportamental que trae y difunde el derecho canónico, conducen a la elaboración de una figura general de ‘delito’ civil, fundado sobre los elementos de reprobabilidad ética del comportamiento (culpa), de la pérdida económica (*damnum*) y de la lesión de la propiedad ajena (*iniuria*) (...)”⁴, por lo que “... de regla, en este modelo, el resarcimiento tiene lugar sólo si al emplazado puede personalmente imputársele una ‘responsabilidad’ por la reprobabilidad de su comportamiento...”⁵, asumiendo la culpa la categoría de “fundamento” de la responsabilidad civil toda⁶.

¹ FRANZONI, Massimo. “Dei Fatti illeciti”. En: “Commentario del codice civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano”. Libro quarto: Obbligazioni Articolo 2043-2059. Bologna-Roma: Zanichelli Editore S.p.A.-Società Editrice del Foro Italiano. 1993. pp. 39-42.

² Ibidem.

³ CORSARO, Luigi. “Tutela del danneggiato e responsabilità civile”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 2003. p. 126.

⁴ SALVI, Cesare. “La responsabilità civile”. En: “Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1998. pp. 11-12. Para una reconstrucción histórica del concepto de culpa y la importancia de las fuentes romanas, conviene consultar: ROTONDI, Giovanni. “Dalla ‘Lex Aquilia’ all’Articolo 1151 Cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche”. En: “Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni diretta dagli avvocati A. Saffa e C. Vivante”. Volumen XIV, primera parte y volumen XV, primera parte. 1916 y 1917, respectivamente. pp. 942-970 y 236-295; y MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel. “Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa”. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A. 1993. pp. 183-400.

⁵ SALVI, Cesare. Ibid. p. 12.

⁶ Véase por todos: CHIRONI, Gian Pietro. “La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale”. Segunda edición. Torino: Fratelli Bocca Editori. 1897. Nota a pie de página 1. pp. 15-16; GIORGI, Giorgio. “Teoría de las obligaciones en el derecho moderno”. Volumen V: “Fuentes de las obligaciones; quasi-contratos; hechos ilícitos; leyes”. Traducción de la séptima edición italiana por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Hijos de Reus, Editores. 1911. Numeral 149. Nota a pie de página 2. p. 227; DEMOGUE, René. “Traité des obligations en général”. Tomo III: “Sources des obligations (suite)”. París: Librairie Arthur Rousseau. 1923. Reimpresión en Bad Feilnbach: Schmidt Periodicals GMBH. 1994. Numeral 223. pp. 365-366; COLIN, Ambrosio y Henri CAPITANT. “Curso elemental de derecho civil francés”. Tomo III: “Teoría general de las obligaciones”. Traducción de la edición francesa anterior a 1924 por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Editorial Reus S.A. 1924. Numeral 497. pp. 734-742; PLANIOL, Marcel. “Traité élémentaire de droit civil”. Undécima edición. Tomo II: “Les preuves; théorie générale des obligations; les contrats; les privilèges et les hypothèques”. París: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. 1931. Numerales 863-931, principalmente numerales 863, 927 y 931-14. pp. 302-357; LALOU, Henri. “La responsabilité civile”. París: Librairie Dalloz. 1932. Numeral 122. pp. 64-65; PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. “Tratado práctico de derecho civil francés”. Traducción española de Mario Díaz Cruz. Tomo VI: “Las obligaciones. Primera parte”. La Habana: Editorial Cultural S.A. 1946. Numeral 477. p. 666; RIPERT, Georges. “La règle morale dans les obligations civiles”. Cuarta edición. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1949. Numerales 112 a 123, principalmente numerales 112, 116 y 123. pp. 198-224; JOSSERAND, Louis. “Derecho civil”. Traducción de la tercera edición francesa de “Cours de droit civil positif français” por Santiago Cunchillos y Manterola. Tomo II. Volumen I: “Teoría general de las obligaciones”. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América - Bosch y Compañía Editores. 1950. Numeral 413. p. 295; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon y André TUNC. “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”. Tomo Primero. Volumen II. Traducción de la quinta edición francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1962. Numerales 338, 378 y 379. pp. 2 y 34-35; RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. “Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol”. Tomo V: “Obligaciones (Segunda parte)”. Traducción de la edición francesa de la “Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence” por Delia García Daireaux. Buenos Aires: Editorial La Ley. 1963. Numerales 898 y 903. pp. 23 y 27.

2. Aún en la etapa de la concepción ética y psicológica de la culpa, entendida no bajo criterios “temporales” sino como una etapa en donde no se discute el rol de la culpa como criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria y en donde tampoco se discute el papel de aquella de “fundamento” de la responsabilidad civil toda bajo el principio: “ninguna responsabilidad sin culpa”, el concepto mismo de culpa no presenta un sentido unívoco.

Abarcando los siglos XVII, XVIII (reorganización conceptual), XIX y hasta las primeras cuatro décadas del siglo XX, la doctrina comparada del “civil law” desarrolla variadas nociones y tipos de culpa, lo que puede apreciarse del resumen que presenta Maiorca en Italia, a fines de la década del 40 y aún bajo la vigencia del Código Civil italiano de 1865, retrato fidedigno del Code Napoléon de 1804:

“... Una indagación histórica sobre el empleo de la expresión ‘culpa’ mostraría las oscilaciones en esta materia de excepcional interés que han constituido durante todo el tiempo objeto de amplísima investigación. Aquí no puedo más que resumir los términos del problema y muchas definiciones particulares descuido.

En un sentido, se dice que ‘está obligado’ al resarcimiento quien ‘es responsable’, y es responsable quien está en ‘culpa’. Responsabilidad sería entonces un concepto lógicamente precedente a aquel de obligación de resarcimiento. Empero, puesto que quien está en culpa es responsable y quien es responsable está obligado al resarcimiento (confróntese: Chironi), desde este otro punto de vista que pone como expresiones sinónimas ‘estar en culpa’ y ‘ser responsable’, se dice que quien está en culpa queda obligado al resarcimiento: de aquí es breve el paso a decir que la culpa es la ‘fuente’ de la obligación de resarcimiento.

El artículo 1097 del Código Civil, refiriéndose a la tradición del derecho romano, pone como fuentes de la obligación al delito y al cuasi-delito. Delito (y cuasi-delito) –se suele decir– es un particular ‘hecho jurídico al cual la ley le atribuye el nacimiento de una obligación’. Como sinónimo de delito se habla de hecho ilícito, hecho antijurídico, ‘torto’; en general, ‘hecho’ contrario al derecho (confróntese: Bruci, Pacchioni, Invrea). Y, así, se habla inclusive de ‘culpa’ como ‘hecho’ (hecho culpable).

Pero la palabra ‘culpa’ tiene también empleos diferentes. ‘Estar en culpa’ puede significar ser

‘autor de un determinado hecho’ antijurídico; pero también estar en una particular ‘condición subjetiva’ en relación a un determinado hecho. En efecto, no todo ‘autor’ de un hecho del cual se postula la antijuridicidad es responsable o igualmente responsable.

Se transporta sobre el sujeto agente la búsqueda de las condiciones de responsabilidad y, de aquello, se dice que está en culpa.

Esta misma consideración subjetiva a los fines de la responsabilidad puede tener, empero, una dirección diversa, según se considere el ‘hecho’ presupuesto de responsabilidad como una entidad (evento) relevante del agente, o bien como la ‘conducta’ misma del agente, como actividad subjetiva, esto es, como acto de voluntad y de pensamiento, respecto al cual se puede agotar toda consideración y búsqueda relativa al presupuesto de la responsabilidad.

Culpa puede ser, entonces, sinónimo de delito o ‘torto’ o hecho ilícito o antijurídico, o como se quiera decir (confróntese: Planiol, Capitant, Crouzel, Castellari, Mandrioli), o bien puede ser –según diversas formulaciones doctrinarias– un ‘elemento o momento del delito’ civil y más precisamente el así llamado ‘elemento subjetivo’ (confróntese Dusi: la culpa presupuesto y medida de la imputabilidad). La doctrina por lo demás confunde, bajo este relieve, las nociones de ‘culpa’ y de ‘imputabilidad’. Pero aun la definición de este momento subjetivo no es unívoca.

Hay quienes distinguen la noción de ‘imputabilidad’, cual condición general de responsabilidad, de la ‘culpa’ propiamente dicha, que se refiere a una condición subjetiva consistente en imprudencia, negligencia, impericia (doctrina dominante, por ejemplo, Giorgi, Chironi, Crome, Sourdat, Colin y Capitant).

De otros se agrega –como comprendido en el concepto de negligencia, o bien distinto de aquella no previsión de consecuencias previsibles (confróntese: Mosca, Polacco, Colmet de Santerre, Sourdat). Y hay quien dice que la culpa implica la ‘posibilidad de prever’ y de evitar (por ejemplo: Demogue); quien dice que la culpa consiste en la ‘negligencia en el prever’ (Brugui) y quien define a la culpa como ‘ausencia de reflexión’ (Deschamps).

Pero hay también quien no define la culpa sólo como negligencia, esto es, como un acto de voluntad defectuoso (y, podemos agregar, materialmente tal), sino como ‘falta a un deber de

atención, variadamente entendido: deber de ser diligentes, atentos, previsores, que se cree es sancionado en el ordenamiento jurídico (por ejemplo: Labré, Bosc, Beudant; confróntese: Planiol, Crome, Pacchioni). Y, bajo este perfil, la culpa es ya conducta ilícita (ofensa a la norma que instituye aquel deber), distinta de la imputabilidad (entendida o como condición general de responsabilidad o como condición de culpabilidad; condición objetiva, esto es, reclamada para que una determinada conducta pueda llamarse culpable, es decir, como falta a un deber de diligencia).

Mas se agrega luego a todo esto la valoración del 'hecho' que sigue a la culpa: hecho del cual se dice que puede ser 'objetivamente injusto (lesión de un derecho subjetivo)'. Aquí sería así la culpa (iniuria subjetiva) distinta de la iniuria objetiva (confróntese: Pernice, Chironi).

Quien, en cambio, no hace tal distinción y reconduce el deber de diligencia y la lesión del derecho subjetivo bajo un único concepto de injusticia, distingue bien siempre 'iniuria' de culpa; pero reserva este último término para designar la imputabilidad, vale decir, las condiciones puramente subjetivas de la responsabilidad (confróntese: Colin y Capitant, Neagu).

Sin embargo, la historia casi increíble de la terminología en examen, no está toda aquí.

Distinto de la culpa (como valoración de la conducta del sujeto agente), así como de la 'iniuria' objetiva y cual causa determinante ésta, se individualiza por la doctrina el 'hecho', bajo el doble aspecto de hecho positivo y negativo (por ejemplo: Chironi, Baudry-Lacantinerie, Crome).

Por esto, resumiendo, se arriba a distinguir: el hecho (comisivo u omisivo), la culpa (distinta o no de la imputabilidad) la iniuria objetiva...⁷.

Y en esta visión de resumen del estado de la discusión sobre la noción de culpa podrá apreciarse las características de la definición inicial:

La culpa consiste necesariamente en un error de conducta⁸ y, por ende, es siempre un obrar humano, que atribuye un hecho ilícito a su autor, con lo que normalmente se reconoce en la culpa, de un lado, un componente "objetivo", que no es sino la herencia romana de la "lex aquilia" y del elemento "iniuria", cuyo efecto central sería el de determinar la unión indisoluble de las nociones de "culpa" y "hecho ilícito"; y, de otro, un componente "subjetivo" que es el "... elemento psicológico que distingue el acto ilícito de la simple violación del derecho ajeno..."⁹ y, como tal, expresa "... un estado particular del ánimo en relación con un hecho injurioso..."¹⁰.

De lo indicado precedentemente, surge entonces también una inequívoca conclusión: no puede existir culpa si no hay imputabilidad¹¹ pues, como lo indicara Giorgi "... no puede hablarse de culpa donde falta la voluntad racional, o la libertad de elección..."¹², consagrándose el principio clásico de la irresponsabilidad de los sujetos faltos de discernimiento¹³ y en donde el concepto de imputabilidad es reputado una "condición" de la responsabilidad por hecho propio, significando más que una simple "atribución" de una consecuencia a un responsable: capacidad de discernimiento en el agente. "... Quien no es amo de dirigir su actividad no puede reportar los riesgos del daño causado por esa actividad. El riesgo de la actividad no puede equitativamente imponerse sino a una persona libre y razonable. Lo más que puede admitirse, en ciertos casos, es una obligación moral, o un deber de caridad para indemnizar a la víctima, pero no hay obligación jurídica sancionada por el derecho..."¹⁴; lo cual, en una visión tradicional de la responsabilidad civil, en donde sólo se explica ésta, como consecuencia, derivada de un hecho culposo, no puede sino corresponder a una noción de culpa "in concreto": aquella que reclama el análisis del comportamiento del agente atendiendo a la "naturaleza de éste", esto es, a sus capacidades y cualidades.

Más allá de algunas contradicciones evidentes en las que incurren algunos autores clásicos, lo cierto es que al concepto de imputabilidad —entendido

⁷ MAIORCA, Carlo. "Problemi della responsabilità civile". Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. 1936. pp. 36-38.

⁸ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon y André TUNC. Op. Cit. Tomo Primero. Volumen II. Numerales 395 y 439. pp. 52 y 85.

⁹ DEMOGUE, René. Op. Cit. Tomo III. Numeral 242. p. 409.

¹⁰ HIRONI, Gian Pietro. Op. Cit. p. 6.

¹¹ ORSARO, Luigi. Op. Cit. p. 128.

¹² GIORGI, Giorgio. Op. Cit. Volumen V. Numeral 145. p. 220.

¹³ Véase por todos: COLIN, Ambrosio y Henri CAPITANT. Op. Cit. Tomo III. Numeral 500. p. 745; PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. Op. Cit. Tomo VI. Numeral 497. pp. 697-698; POTHIER, Robert Joseph. "Tratado de las obligaciones". Versión directa en castellano del "Traité des obligations", según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M.C. de las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 1978. Numeral 118. pp. 72-73; y GAUDEMET, Eugène. "Teoría general de las obligaciones". Traducción de la edición francesa de 1937 de "Théorie générale des obligations" por Pablo Macedo. Segunda edición. México D.F.: Editorial Porrúa S.A. 1984. pp. 329-331.

¹⁴ GAUDEMET, Eugène. Op. Cit. p. 331.

como capacidad de discernimiento— debe corresponderle en esta etapa histórica una noción de “culpa in concreto”, pues es lógico que, si sólo se va a responder por culpa, se excluya a los sujetos faltos de discernimiento: la culpa ética y psicológica —que intenta reprobar un acto de voluntad defectuoso, un “error de conducta”— exige que los agentes, en forma previa, sean conscientes de las consecuencias negativas de su obrar.

De la misma manera, si la culpa es ante todo un “acto de voluntad defectuoso”, se afirma la existencia de dos tipos de culpa: “... como ‘negligencia’, caso en el cual el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, hace menos de lo que debe; y como ‘imprudencia’, caso en el cual el sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podía desembocar su proceder irreflexivo, hace más de lo que debe...”¹⁵.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DE CULPA: DE LA “CULPA ÉTICA” A LA “CULPA SOCIAL” Y A LA “CULPA NORMATIVA”

3. En el devenir social, hay un hecho importante que significará un giro trascendental en la forma de apreciar la noción de culpa: el inicio de la era de la industrialización.

Cuando Ripert, adscrito por ese entonces a la escuela crítica francesa de la culpa, lanza su famosa proclama histórica “de la responsabilidad a la reparación”¹⁶, no hace sino recoger lo que para muchos es —en dicho momento— tan sólo una perspectiva histórica. Ya Josserand, en el año 1926, escribía que “... el problema de la responsabilidad es muchísimo más vasto de lo que imaginaron los jurisconsultos de Roma o incluso los del Código Civil: la intensidad de la vida moderna, la multiplicidad de las relaciones humanas y de las transacciones jurídicas, la frecuencia de los riesgos, han revelado la insuficiencia de una concepción trazada para pueblos individualistas, cuya vida social estaba relativamente poco desarrollada...”¹⁷; y el propio Capitant, en su prefacio a la primera edición del Tratado Mazeaud-Tunc, refiriéndose al hecho que, con el devenir del tiempo, la responsabilidad civil había —contra todos los pronósticos— ganado

más terreno que perdido, comentaba:

“... ¿A qué se debe esto? A diversas causas. En primer lugar, al progreso industrial, al empleo de nuevos instrumentos de locomoción: automóviles, aviones, que multiplican los daños causados a terceros; al aumento de los establecimientos industriales cuyas emanaciones o cuyo ruido provocan reclamaciones de los vecinos; luego, al desenvolvimiento correlativo del seguro de responsabilidad, cuyo resultado consiste en embotar la prudencia del asegurado e incitar a las víctimas a lamentarse; por último, de una manera general, a una tendencia actual del individuo a reclamar una indemnización pecuniaria por cualquier perjuicio sufrido por él, de cualquier naturaleza que sea; porque en una sociedad donde la obtención de la ganancia se convierte cada vez más en el fin esencial de la actividad humana, todo atentado infligido a los intereses materiales o morales de una persona constituye la ocasión de una demanda por daños y perjuicios...”¹⁸.

Estamos, pues, en los albores de la industrialización.

Una sociedad típicamente individualista basada “... en una economía caracterizada por intercambios relativamente modestos y por la ausencia de un apreciable aparato técnico...” y en donde los sucesos dañosos eran regidos casi en su totalidad por “... la convicción de la absoluta fatalidad e inevitabilidad del daño así producido...”¹⁹, que no conocía todavía del progreso económico derivado de los descubrimientos tecnológicos, se ve transformada, de a poco, en una nueva sociedad que debe hacer frente a nuevas ocasiones de daño derivadas del proceso de industrialización naciente²⁰. Esto produce un cambio de perspectiva tanto del rol como del contenido de la culpa, que se materializa en la literatura jurídica, a partir de la primera revolución industrial en la segunda mitad del siglo XVIII; pero, principalmente, a partir de la segunda revolución industrial, abarcando gran parte del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX (cuando ya el desarrollo tecnológico presenta ciertos resultados visibles), y en donde se presencia un enfrentado debate generador de posiciones antitéticas que defienden y atacan a la “culpa” como el fundamento de la responsabilidad civil,

¹⁵ TRIGO REPRESAS, Félix. “Responsabilidad civil de los profesionales”. En: “Seguros y responsabilidad civil”. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. 1978. pp. 25-26.

¹⁶ RIPERT, Georges. “Le régime démocratique et le droit civil moderne”. Duodécima edición. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1949. pp. 327 y siguientes.

¹⁷ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon y André TUNC. Op. Cit. Tomo Primero. Volumen II. Numeral 345. p. 7.

¹⁸ Ibid. Tomo Primero. Volumen I. p. XX.

¹⁹ RODOTÁ, Stefano. “Il problema della responsabilità civile”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1964. p. 20.

²⁰ SALVI, Cesare. Op. Cit. p. 12.

contraponiéndola a un nuevo concepto, surgido aparentemente de esta nueva era de industrialización, como es el “riesgo creado”. Las reacciones se dan en tres direcciones distintas:

- Una primera, que pretende ser fiel a la noción de “culpa ética” y que, ante los cambios que reclama el devenir social, deforma la idea de culpa, creando, por ejemplo, “presunciones absolutas de responsabilidad”, basadas en aquel concepto (la culpa), con el único propósito de “ensanchar el campo de la responsabilidad civil, manteniendo siempre la idea de culpa como base de la responsabilidad”²¹. Se habla así entonces de una “culpa in eligendo” para justificar la responsabilidad por hecho ajeno del patrono en la responsabilidad vicaria; de una “culpa in vigilando” para justificar la responsabilidad por hecho ajeno del responsable del incapaz; y de una “culpa in custodiando”, para justificar la responsabilidad por el daño ocasionado por animales, entre otros supuestos de responsabilidad indirecta.

En visión retrospectiva, ha escrito bien Trimarchi sobre esta posición:

“... En cuanto a las hipótesis de responsabilidad objetiva ciertamente sancionadas en el derecho positivo, la criticada definición de ‘culpa’ no cumple otra función que aquella de satisfacer cierto espíritu conservador, el cual, allí inclusive donde está constreñido a sustituir instrumentos superados con instrumentos nuevos, prefiere ocultar de cualquier modo el cambio producido, designando estos últimos todavía con los nombres de los instrumentos antiguos.

Con esta finalidad se recurre frecuentemente a un expediente análogo: el hablar de presunción absoluta de culpa. Empero, esto, se trata de una evidente ficción. ¿Qué cosa es –escribía Jossierand– una culpa presunta sin posibilidad de prueba contraria, si no una abstracción, un artificio del cual se sirve el legislador para hacer nacer una obligación? Cuando se dice a un individuo: ‘te declaro obligado porque supongo que has cometido una culpa, y no te permito demostrar que no la has cometido’, ello construye en realidad una relación jurídica totalmente nueva...”²².

- Una segunda, que incentiva una abierta y total ruptura con la idea clásica de culpa, que pretende basar el nuevo fundamento de la responsabilidad en el concepto de reparación, en donde aquella noción (culpa) es indiferente, y el único concepto de importancia es la mera causalidad.

Los defensores de esta posición, propugnarán entonces un giro absoluto y total de las bases de la responsabilidad (un giro de 180°), como si de golpe se hubieran conseguido todos los resultados esperados por el advenimiento de la industrialización.

- Una tercera reacción, en cambio, que se da al inicio de la era de la industrialización, pretenderá responder –casi intuitivamente– al reconocimiento de que el proceso de industrialización se da por etapas y en forma desigual, por lo que el rol de la culpa no desaparecerá, sino que, solamente, se transformará. Así como, en términos económicos, se ha afirmado hoy que la sociedad busca, casi espontáneamente, el desarrollo del mercado²³, así también, la historia de la responsabilidad, tenderá a demostrar la íntima relación existente entre las nociones de culpa y desarrollo tecnológico, en donde el primero de estos conceptos estará al servicio del segundo.

Esta transformación del rol de la culpa, de ser concebida como una “culpa ética”, para pasar a ser entendida como una “culpa social”, ha sido expresada por Salvi de la siguiente forma:

“... En la fase de la primera industrialización, la solución prevaleciente adoptada, consiste en la confirmación, como regla general de imputación de la responsabilidad, del principio de la culpa, que viene empero progresivamente a asumir un contenido en parte diverso y más adecuado a las nuevas exigencias. La noción de culpa viene progresivamente depurada de los elementos ético-individuales para configurarse en términos objetivos, como disconformidad del comportamiento del agente respecto a parámetros, que manifiestan el grado de tolerabilidad ‘social’ del riesgo introducido por la conducta del agente.

²¹ RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. Op. Cit. Tomo V. Numeral 905. p. 29.

²² TRIMARCHI, Pietro. “Rischio e responsabilità oggettiva”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1961. p. 21.

²³ POSNER, Richard. “El análisis económico del derecho”. Traducción del inglés por Eduardo L. Suárez. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 18.

Este proceso, que es común a todas las experiencias jurídicas de la industrialización en el siglo pasado, puede ser apreciado con particular claridad en el Derecho de los Estados Unidos, donde la completa elaboración del ‘tort of negligence’ como categoría general (...) se adapta a los problemas generados por la industrialización (...)

La nueva noción de la culpa (que sustituye a aquella ‘subjetiva’ fundada sobre el comportamiento psicológico del agente) sirve también para subrayar el carácter ‘excepcional’ del resarcimiento. La ‘regla’ es que las pérdidas permanezcan allí donde acontecen, si no existe una razón socialmente válida, que justifique la activación del procedimiento dirigido a transferirlas de la víctima al agente. Y tal razón es, precisamente, por regla, la culpa: sólo la disconformidad de la conducta con la ‘norma’ justifica el resarcimiento, que funge así de sanción, y de técnica de prevención, de los comportamientos socialmente anómalos...”²⁴.

Es a partir de este momento, entonces, en donde corrientes doctrinarias postularán un divorcio entre los conceptos de imputabilidad y culpa²⁵, asignándole además a esta última noción una regla de apreciación “in abstracto”, esto es, prescindiendo del análisis concreto de las capacidades individuales del sujeto llamado a responder.

La responsabilidad civil no busca ya en esta etapa que, en términos generales, el daño permanezca en la esfera económica de las víctimas (con la finalidad de que éstas financien el desarrollo de tecnologías en una fase de capitalismo incipiente), sino que, estando propiamente dentro de una etapa de desarrollo del capitalismo, se permite el resarcimiento con un carácter “excepcional”, pero cualitativa y cuantitativamente en términos más eficientes que aquel que correspondía a la etapa en donde la culpa era concebida bajo contenidos ético-psicológicos propios de una era pre-industrial o de inicios de la industrialización.

La mutación de la culpa, de estar integrada de un contenido “ético”, para pasar a ser llenada de un contenido “social”, no es, a la luz de la

literatura jurídica vigente hasta los años 1930-1940, percibida en su gran función macro-sistémica; esto es, la de servir, en un inicio, de financiamiento de la industria en la fase del capitalismo ochocentista²⁶, para pasar después a servir como vehículo de incentivación del desarrollo tecnológico.

En esta época, afirmar que el basamento de la tutela resarcitoria, esto es, de lo que ha venido a llamarse difusamente el “fundamento” de la responsabilidad, mutó de la “culpa” a la “reparación del daño”, resulta anticipado y excesivo, pese a la aguda y temprana proclama de Ripert en la fórmula “de la responsabilidad a la reparación”.

4. En realidad, el inicio de la era de la industrialización y su desarrollo, implica –necesariamente– la generación de nuevas ocasiones de daño, donde “... los intereses típicamente subyacentes bajo los supuestos de hecho dañosos no son más homogéneos: al contrario, la disciplina aquiliana es llamada a mediar en el conflicto suscitado entre la libertad de desenvolvimiento de las actividades productivas y la seguridad individual y propietaria...”²⁷, en donde, entonces, el contenido ético de la culpa no parece ya suficiente para satisfacer las exigencias del desarrollo industrial.

Repárese, sin embargo, que dentro de la sociedad occidental, la noción de “culpa social” cobra especial prevalencia y significado en sistemas vinculados al “common law” y, particularmente, en el Derecho estadounidense, donde –a la par del desarrollo industrial– se desenvuelve la noción de libre mercado, como centro de su sistema económico y, el derecho a la libertad de los individuos, como centro de su sistema político-liberal. En efecto, como bien ha hecho notar Di Majo, el concepto de mercado que comienza a formarse a partir de la era de la industrialización exige que no cuenten las cualidades de los sujetos, ni los valores o intereses particulares de estos, sino, por el contrario, se exige una abstracción de los valores, acorde con las funciones del intercambio. De esta manera, “... en presencia de actos y/o de hechos que signifiquen incumplimiento de deberes y/o violaciones de derechos, la línea tendencial es aquella de imponer al responsable el mero ‘costo económico’ de dichos comportamientos,

²⁴ SALVI, Cesare. Op. Cit. p. 13.

²⁵ Ver numeral 7 *infra*.

²⁶ FRANZONI, Massimo. Op. Cit. p. 44. Véase también: SALVI, Cesare. Op. Cit. p. 13; y RODOTÀ, Stefano. Op. Cit. pp. 16-25.

²⁷ SALVI, Cesare. Op. Cit. p. 12.

buscándose con ello reproducir los mecanismos de mercado alterados..."²⁸.

En este contexto, el resarcimiento tiene un carácter "excepcional", aun desde una perspectiva sistémica, pues, buscando la industrialización el desarrollo de una economía liberal, basada en un concepto óptimo de mercado donde cada sujeto sea libre de decidir qué tipo de utilidades está dispuesto a sacrificar en términos de "costo económico", primariamente se debe, justamente, desarrollar el mercado, dotándolo de bienes (utilidades) intercambiables socialmente útiles. Por esto, la consecuencia de la responsabilidad en esta etapa fue la de hacer permanecer las pérdidas –en la medida de lo posible– allí donde suceden, pues con ello se obtenía, desde el punto de vista económico, que las víctimas financiaran la industria, en la fase del desarrollo del capitalismo, cumpliendo aquella (esto es, la responsabilidad civil), el rol de evitar costos excesivos a la industria en vías de desarrollo. De la misma manera, con esta decisión, se contribuía a desarrollar y fijar un concepto óptimo de mercado.

En la perspectiva diádica, el imponer al responsable el "costo económico" que traía su conducta de incumplimiento significó entonces acudir al recurso de medir la conducta desarrollada por el agente, con patrones "objetivos" o "abstractos", como aquel del "hombre medio", reafirmandose el principio de la responsabilidad por culpa, pero entendida ésta bajo un criterio social y normativo: la apreciación de la culpa debe hacerse analizando la violación, de parte de un sujeto, de reglas de conducta basadas en criterios de prudencia y diligencia medidos en comparación con un patrón; esto es, en función a lo que habría hecho, por ejemplo, una persona reflexiva y consciente, conforme al estricto círculo del tráfico de que se trate²⁹; o, inclusive, siguiendo a la experiencia norteamericana contemporánea, en función a la norma del "hombre razonable".

En esta línea de pensamiento, se afirma por algún autor que la culpa en el ámbito extracontractual "... es, sobretudo, alteración del equilibrio existente entre el derecho de la persona a obrar libremente para la

consecución de sus propios fines y el derecho de los demás a la conservación de su propia identidad...", mientras que en el ámbito del cumplimiento de la obligación, la culpa, como concepto contrario a la diligencia, representa alteración del "... equilibrio existente entre precauciones a adoptar en el obrar y la libertad de obrar o de la acción puesta en juego...", siendo tal equilibrio de carácter normativo, "... en cuanto es reconducible a un modelo: el modelo de la causalidad adecuada, aplicado a las medidas de precaución dirigidas a evitar lesiones ajenas..."³⁰. Este modelo normativo, construido por la ley en atención a las actividades desarrolladas por las personas, prescinde, sin embargo, del análisis de las precauciones que éstas deben adoptar en un caso concreto, por lo que "... hoy, el término culpa expresa simplemente la falta de adopción de las medidas de precaución debidas, sobre la base de los conocimientos posibles de una persona-tipo..."³¹.

Como bien ha señalado Maiorca, la concepción psicológica y la concepción normativa en la definición de la culpa expresan puntos de vista inconciliables: la concepción psicológica expresa la posición voluntarista de inspiración iusnaturalista, mientras que la concepción normativa expresa la posición formalista de derivación kelseniana, en donde la culpa es, básicamente, una trasgresión de un comando normativo que genera una sanción (por lo que el efecto reparatorio es visto, mas bien, como una sanción reparatoria)³².

Hay quienes también entienden la concepción normativa de la culpa en términos casi sinónimos de "antijuridicidad", esto es, "... como un juicio de reproche por la infracción de una norma preexistente..." y en donde la culpa presentaría dos componentes: "... un aspecto objetivo-normativo y un aspecto individual. El primero consiste en la infracción de un objetivo deber de cuidado exigible en el tráfico (...) El aspecto individual atiende al poder individual del autor de observar el cuidado objetivamente debido..."³³.

En realidad y, como se indica más adelante³⁴, la única virtud de la concepción normativa de la culpa (entendida bajo el enunciado del párrafo precedente) será el de servir de precursora a la

²⁸ DI MAJO, Adolfo. "La tutela civile dei diritti". En: "Problemi e metodo del diritto civile". Volumen 3. Segunda edición. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1993. p. 156.

²⁹ LARENZ, Karl. "Derecho de obligaciones". Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1959. p. 286.

³⁰ CORSARO, Luigi. Op. Cit. p. 74.

³¹ Ibid. p. 75.

³² MAIORCA, Carlo. "Voce: Colpa civile (teoria generale)". En: "Enciclopedia del diritto". Volume VII. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1960. pp. 535-536.

³³ DÍEZ-PICAZO, Luis. "Derecho de daños". Madrid: Civitas Ediciones, S.L. 1999. p. 357.

³⁴ Ver numeral 16 *infra*.

“teoría económica de la culpa” bajo el análisis de las capacidades de prevención de los sujetos postulado por Calabresi, toda vez que si normativamente la culpa implica una “infracción de la norma de cuidado exigible en el tráfico”, ese deber de cuidado obligaría al agente a advertir, por ejemplo, “... la presencia del peligro en su gravedad aproximada como presupuesto de toda acción prudente...” y a comportarse, en los aspectos externos de su conducta, “... conforme a la norma de cuidado previamente advertida...”, siendo evidente que una de sus manifestaciones abarcaría “... el deber de omitir acciones especialmente peligrosas en que el hecho de emprender la acción lesiona el deber de cuidado...”, teniéndose presente entonces que “... cuando se trate de actuar en situaciones peligrosas que pueden situarse dentro de los marcos de riesgo permitido, no rige el deber de omitir la actividad, pero sí el de realizarla con la máxima atención para evitar que el peligro se convierta en lesión...”³⁵.

Con ello, se advierte ya –aunque sea intuitivamente– que los deberes de cuidado (que es prevención) exceden el ámbito de aplicación de una cláusula general normativa por culpa, por lo que un “actuar negligente” también estará presente en una cláusula general normativa que, construyéndose sobre la base de un postulado teórico distinto, cual es “la exposición al peligro”, intentó prescindir de la valoración de la conducta de los sujetos: la definición (por contraste) de la culpa, como concepto contrario al de diligencia, comienza –aunque sea inconscientemente– a ser cuestionado.

Empero, debe advertirse que no deben confundirse las nociones de “culpa social” y “culpa normativa”, que son diversas, pero complementarias. Propiamente hablando, esta última deviene un concepto meramente formalista pero importante, desde que no podrá hablarse del acogimiento de un análisis “in abstracto” de la noción de culpa de no existir un dato legislativo que lo acoja: la “culpa social” resulta aplicable en cuanto normativamente esté acogida.

III. LA CULPA Y LA NOCIÓN DE HECHO ILÍCITO. ABANDONO DE ESTE CONCEPTO POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

5. El acogimiento de la culpa como “criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria” determina a su vez que una gran parte

de la literatura jurídica continental desarrolle un concepto general que represente una “noción continente” que comprenda a la culpa y se defina en función a ésta: el “hecho ilícito”.

Afirmar que “no hay responsabilidad sin culpa” resulta lo mismo que decir que sólo la culpa atribuye responsabilidad, por lo que se tiende a afirmar que los resultados dañosos sólo serán imputables a una actuación antijurídica: el proveniente de todo comportamiento humano que, de manera dolosa o culposa, cause un daño injusto a otro, que obliga, a quien así ha actuado, a reparar el daño producido.

La ilicitud, entonces, sólo puede existir de mediar culpa en un sujeto.

Es importante entender que en este contexto, entonces, nos encontramos ante una cláusula general por culpa anclada siempre en el propio concepto de “hecho ilícito” (y, viceversa, un concepto como el “hecho ilícito” definido a su vez en función del concepto “culpa”). Empero, su acogimiento legislativo por las codificaciones que se desarrollan a partir del siglo XIX es desigual, por lo que habrá que revisar el acogimiento singular que a la categoría de la ilicitud se realiza en cada sistema.

Al respecto, ha señalado bien Alpa que el análisis del problema de “tipicidad” o “atipicidad” del ilícito parte de una constatación general: la existencia de sistemas en donde se reconocen caracteres de tipicidad absoluta y otros que se fundan en cláusulas generales interpretativas³⁶. Conforme a este autor, los sistemas que recogen características de tipicidad absoluta lo son en el sentido que todo hecho definido como ilícito está previsto y regulado por el Derecho (sea codificado o por la vía de los “case law”), por lo que el juicio de responsabilidad, aquí, se estructura en un procedimiento lógico que parte de lo “particular” a lo “particular”. Ejemplos de estos sistemas, se dice, son el sistema alemán en el Derecho continental o cualquier sistema del “common law”.

En cambio, los sistemas que se fundan en cláusulas generales, son identificables porque prohíben –en línea de máxima– todo comportamiento dañoso, sin identificar figuras precisas de ilicitud. El juicio de responsabilidad, aquí, se estructura en un procedimiento lógico que parte de lo “particular”

³⁵ DÍEZ-PICASSO, Luis. Op. Cit. pp. 357-358.

³⁶ ALPA, Guido. “Atipicità dell’illecito e tecniche di selezione degli interessi tutelabili”. En: “La responsabilità civile nei sistemi di common law. Profili generali a cura di Francesco Macioce”. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. 1989. p. 295.

a lo “general” (en donde se prevé, como supuesto de hecho, una calificación del comportamiento adscrito a una categoría general). Ejemplos de estos sistemas serían el sistema francés y sus derivaciones³⁷.

Empero, a lo explicado por el ilustre profesor italiano, cabría realizar dos precisiones:

- a) La primera, en el sentido que la referencia al BGB alemán como un sistema que acoge la tipicidad del ilícito, hoy, es negada en gran medida por la doctrina comparada³⁸.

Cuando el artículo 823 del Código Civil alemán señala que el deber de resarcimiento de los daños alcanza al que dolosa o culposamente lesiona injustamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier derecho de otra persona, no enumera un “número clausus” de derechos cuya violación dará lugar a responsabilidad civil³⁹, porque de ser ello así: ¿cómo entender la referencia expresa del artículo 823 del Código Civil alemán a la lesión producida a “cualquier otro derecho”?

Se han realizado dos interpretaciones al respecto:

Primera interpretación: la tradicional, que extiende la responsabilidad a otros derechos absolutos del tipo enunciado en el artículo 823 del BGB.

Segunda interpretación: la de la atipicidad potencial, que extiende los supuestos de responsabilidad a la violación de “cualquier otro derecho” y no solamente a los derechos absolutos de naturaleza similar a los mencionados expresamente en el artículo 823 del BGB.

De otro lado, se ha dicho también que el numeral segundo del propio artículo 823 del BGB y el texto del artículo 826 del mismo cumplen una función de ampliar el ámbito de aplicación de la cláusula general de responsabilidad acogida en el texto codificado, para permitir la protección no sólo de derechos subjetivos (acogidos por una norma), sino de

cualquier interés merecedor de tutela, aunque éstos no consistan en derechos.

- b) La segunda, en el sentido que, dentro de los sistemas que se fundan en cláusulas generales, el acogimiento de la teoría del hecho ilícito es disímil.

Así, tenemos que existen:

- Códigos que mencionan expresamente la ilicitud como elemento de la responsabilidad extracontractual: Código Civil italiano (artículo 2043, bajo el título “de los hechos ilícitos”); Código Suizo de las Obligaciones (artículo 41 dentro del capítulo referido a “las obligaciones resultantes de actos ilícitos”); el propio Código Civil alemán (si se acepta la teoría de la atipicidad potencial), el cual acoge la categoría de la ilicitud en el artículo 823 (ubicado dentro del título de los “actos ilícitos”); y muchos otros desarrollados bajo la doctrina del hecho ilícito como los códigos civiles uruguayo de 1868, argentino de 1869, mexicano de 1928, portugués de 1966, brasileño de 2002, entre otros.
- Códigos que no mencionan expresamente la ilicitud como elemento de la responsabilidad extracontractual: Código Civil francés de 1804; Código Civil español de 1888; y el Código Civil peruano de 1984, entre otros.

6. Si la teoría del “hecho ilícito” sólo se explica en función de la culpa, resultará fácil entender la línea evolutiva de los códigos que no mencionan expresamente a esta categoría para desarrollar cláusulas generales interpretativas de responsabilidad distintas a la cláusula general por culpa (como, por ejemplo, una cláusula general de responsabilidad objetiva), como ha sido el caso del sistema francés y, particularmente, creemos, el caso del sistema peruano, el cual manifiesta y expresamente ha abandonado la categoría del “hecho ilícito” al regular dentro del Libro VII de las Fuentes de las Obligaciones, en la Sección Sexta, las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual justamente bajo este nombre y no

³⁷ Ibid. pp. 295-296.

³⁸ FERRARI, Franco. “Atipicità dell’illecito civile”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1992. pp. 174-178.

³⁹ Tradicionalmente se ha dicho que en el sistema alemán no se es responsable a no ser que se perjudique a otro, por dolo o por culpa, lesionándose los derechos específicamente indicados en el artículo 823 del Código Civil: la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad; por lo que aparentemente sería la propia ley la que enumeraría los comportamientos antijurídicos que darían lugar a responsabilidad, lo que ha llevado a algunos a afirmar que el sistema alemán se caracteriza por la tipicidad de los hechos ilícitos, a diferencia del sistema francés.

bajo el título del “hecho ilícito”; intención corroborada con las modificaciones de los artículos 309 y 458 del Código Civil, introducidas por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 768 y por la Ley 27184 en los años 1993 y 1999, respectivamente, que eliminaron los últimos vestigios codificados de referencia al “acto ilícito”.

El problema, de hecho, se ha presentado en cambio en los sistemas que, adoptando cláusulas generales interpretativas de responsabilidad, se han colocado una “camisa de fuerza” al codificar el “hecho ilícito”, como ha sucedido, por ejemplo, en los sistemas alemán e italiano.

¿Cómo entender en el Código Civil italiano, por ejemplo, la posibilidad de admitir una cláusula general de responsabilidad objetiva?

Bien ha resumido Busnelli al respecto que la ubicación del artículo 2043 del Código Civil italiano (referido al resarcimiento de los hechos dolosos o culposos) dentro del Título IX (que al regular la responsabilidad extracontractual toda lo hace bajo el nombre “de los hechos ilícitos”) ha obligado a una “relectura” del sistema de responsabilidad, en Italia, en tres direcciones⁴⁰:

a) Una primera dirigida a configurar un sistema autónomo de responsabilidad objetiva, por reconocer un fundamento distinto al de la culpa, basado en los artículos 2051, 2052, 2053 y 2054, cuarto párrafo, del Código Civil italiano, sea que dicho fundamento pretenda encontrarse sobre el principio del riesgo⁴¹ aplicado al ejercicio de actividades económicas (que son la expresión del análisis y distribución de costos y beneficios en actividades económicas que presentan un mínimo de continuidad y de organización); sea en la exposición a una situación de peligro a través de la cual se verifica un daño⁴²; o sea simplemente porque la noción de hecho ilícito enunciado por el artículo 2043 del Código Civil italiano y definido en función de la culpa no cubre el ámbito entero de la responsabilidad extracontractual, reconociéndose casos en

donde la responsabilidad objetiva es afirmada porque no hay un hecho definible como ilícito⁴³.

- b) Una segunda dirigida a mantener el carácter de cláusula general interpretativa del artículo 2043 del Código Civil italiano, a la cual podrían “reconducirse” los criterios de responsabilidad objetiva que no desempeñarían un rol particular en el sistema todo de la responsabilidad civil⁴⁴, siendo “... legítimo concluir que el significado normativo de la ilicitud o de (hecho) ilícito al menos, no es más que un concepto de síntesis para indicar una cualidad reclamada por la ley para todos los hechos productivos de daño resarcible...”⁴⁵.
- c) Una tercera dirigida a afirmar a la responsabilidad por culpa como única regla general de responsabilidad “... operante como criterio final de imputación para todos los daños injustos derivantes de hechos que no encuentran una disciplina particular en un supuesto de hecho legal típico de responsabilidad...”⁴⁶; con lo que se reduce el ámbito de aplicación de supuestos de responsabilidad objetiva a meras excepciones del sistema.

Resulta claro, entonces, que en el Perú no nos encontramos obligados a realizar ninguna “relectura” del sistema de responsabilidad extracontractual, pues al haberse abandonado la categoría de los “hechos ilícitos”, debe entenderse abandonado el principio “ninguna responsabilidad sin culpa” como regla única y exclusiva de responsabilidad.

Es más, la redacción del artículo 1970 del Código Civil (peruano) –desde la perspectiva de los conceptos tradicionales– no deja margen de duda para reconocer en la exposición al peligro (o en el riesgo, para algunos) el fundamento de la responsabilidad objetiva en el Perú, al presentarse claramente separado de cualquier vestigio o redacción elíptica que lo termine anclando (por la vía de la excepción) en la noción de culpa; cosa que, como se sabe, ocurrió con la redacción del

⁴⁰ BUSNELLI, Francesco Donato. “La parabola della responsabilità civile”. En: “Danno e responsabilità civile”. Compilación de estudios de BUSNELLI, Francesco D. y Salvatore PATTI. Torino: G. Giappichelli Editore. 1997. pp. 124-125.

⁴¹ TRIMARCHI, Pietro. Op. Cit. pp. 39 y 43.

⁴² COMPORTI, Marco. “Esposizione al pericolo e responsabilità civile”. Napoli: Morano Editore. 1965. pp. 86-97.

⁴³ GALGANO, Francesco. “Diritto civile e commerciale”. Volume Secondo: “Le obbligazioni e i contratti”. Tomo II. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. 1990. p. 282.

⁴⁴ RODOTÀ, Stefano. Op. Cit. pp. 176-178.

⁴⁵ FRANZONI, Massimo. Op. Cit. p. 81.

⁴⁶ BUSNELLI, Francesco Donato. Op. Cit. En: BUSNELLI, Francesco D. y Salvatore PATTI. Op. Cit. p. 125.

artículo 2050 del Código Civil italiano, el cual, pretendiendo regular la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas estableció que "... cualquiera que ocasiona un daño a otros en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa, sea por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, queda obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño..." (el resaltado es nuestro); con lo que, en Italia, "... ha devenido en improbable una responsabilidad objetiva fundada sobre la exposición al peligro, si el propio artículo 2050, que es la única norma de responsabilidad a utilizar la peligrosidad en función de calificación del supuesto de hecho, permanece anclado al criterio de la culpa..."⁴⁷.

En el Perú, entonces, una cabal interpretación de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, debiera arribar a la conclusión de que ambos preceptos sirven de cláusulas generales interpretativas de igual rango, esto es, de una concepción bipolar de la responsabilidad civil que emplea dos principios generales: la culpa como criterio de imputación de responsabilidad subjetiva, de un lado; y el riesgo como factor atributivo de responsabilidad objetiva, de otro; todo ello sin perjuicio de cuestionarnos si en realidad el recurso a conceptos como la culpa (entendida como noción antitética de la diligencia) o el riesgo (entendido como concepto autónomo o sinonímico de exposición al peligro), no son sino "... teorías (...) empapadas de una tensión irresoluta entre la intuición correcta de la realidad y la incapacidad de formalizarla jurídicamente sin caer en la contradicción..."^{48 49}.

IV. LA CULPA Y LA CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL TODA. NEGACIÓN DE SU ACOGIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

7. Si, como se ha indicado en el punto III de este artículo, la recepción del concepto de "hecho ilícito" fue diverso por las codificaciones del "civil law", podrá comprenderse el por qué la evolución de los conceptos de imputabilidad y culpa siguen caminos diversos en Francia e Italia, por ejemplo.

En principio, cabe advertir que, bajo el

reconocimiento de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, en el "hecho ilícito" como categoría teórica, culpa e imputabilidad devienen inicialmente en conceptos similares o, cuando menos, ésta en un elemento de aquélla. No puede imputarse responsabilidad sino a aquel que es consciente de sus actos, pues sólo se responde si se está en culpa, produciéndose un disvalor respecto al acto de voluntad defectuoso o al error de conducta; lo cual es propio del momento histórico cuando la culpa es referida a un contenido ético y psicológico.

Como ya se ha indicado, sin embargo, la categoría del "hecho ilícito" no fue codificada en Francia, pero sí en Italia, lo que representará la necesidad de la doctrina de este país de diferenciar los conceptos de imputabilidad y culpa, cuando ésta adquiere un contenido de "culpa social".

7.1 La recepción en Italia del concepto de imputabilidad

Si en un inicio, como se ha visto ya en el punto I de este artículo, la imputabilidad es considerada uno de los elementos de la culpa, no existe disconformidad alguna con la noción de "hecho ilícito", en la medida que el componente de culpa de este último concepto sea entendido bajo estándares éticos y psicológicos. Así, si la responsabilidad por "hechos ilícitos" deviene en sinónimo de responsabilidad extracontractual y, por ende, la noción de "hecho ilícito" es un concepto omnicompreensivo de todo el conjunto de reglas y condiciones de responsabilidad, bajo el principio de "ninguna responsabilidad sin culpa" se cubre todo el vasto campo del resarcimiento.

El problema se presenta cuando, bajo el desarrollo de la era de la industrialización, la doctrina italiana debe "repensar" la culpa y variar su contenido ético-psicológico por uno "social" y/o "normativo"⁵⁰.

Habiéndose codificado el "hecho ilícito", la doctrina italiana se ve en la necesidad de divorciar los conceptos de imputabilidad y culpa, con el sólo propósito de "desprender" de contenidos éticos y psicológicos la propia noción de "hecho ilícito" que era

⁴⁷ CASTRONOVO, Carlo. "La nuova responsabilità civile". Segunda edición. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1997. p. 56.

⁴⁸ Ibid. p. 73.

⁴⁹ Ver numeral 18 *infra*, última conclusión.

⁵⁰ Ver numerales 3 y 4 *supra*.

omnicomprensiva de la responsabilidad extracontractual toda. Como bien se ha señalado en línea (lógica) de principio, "... reconducida la culpa a una noción objetiva, cual no conformidad a un modelo objetivo de comportamiento diligente, debe en cambio admitirse que inclusive el comportamiento del incapaz es susceptible de ser calificado culposo. Tal comportamiento es además susceptible de ser calificado objetivamente antijurídico, si aquel realiza o encaja en el supuesto de hecho material de la violación de una norma jurídica..."⁵¹. Para evitar esta consecuencia, cuando menos en línea de máxima, la doctrina y jurisprudencia italiana afirmarán a la culpabilidad y a la imputabilidad como "requisitos autónomos del ilícito" y en donde "... el segundo no siempre condiciona el juicio de responsabilidad..."⁵².

Así, por "imputabilidad" en sentido estricto deberá entenderse la "capacidad de entender y querer" (equivalente a la capacidad de discernimiento de la normatividad civil peruana)⁵³, que no es sino la idoneidad "... psíquica de la persona para comprender la relevancia social negativa de las propias acciones y decidir autónomamente el propio comportamiento..."⁵⁴. Por lo tanto, el análisis de la imputabilidad en la doctrina italiana continuará realizándose "in concreto" y corresponderá a los cánones tradicionales que concebían antes a la imputabilidad como un elemento de la culpa, mientras que esta última noción corresponderá a un análisis "in abstracto", refiriéndose a "... la disconformidad de la conducta en relación a un canon de comportamiento socialmente dado o establecido normativamente..."⁵⁵.

Aquí es donde opera el salto cualitativo (bastante discutible) realizado por un sector de la doctrina y jurisprudencia italiana. Para volver compatible la noción subjetiva de imputabilidad con la concepción objetiva de la culpa dentro del sistema, manteniéndose a su vez la autonomía recíproca de estos conceptos y, con el fin (casi exclusivo diríamos) de evitar la

responsabilidad civil directa del incapaz, se concluye que la imputabilidad debe ser entendida como un presupuesto de la responsabilidad civil toda: si el juicio de culpabilidad "... va construido con referencia esencialmente a las modalidades objetivas del comportamiento, el juicio sobre la imputabilidad es necesario en cambio a los fines de reconducir el comportamiento mismo a la esfera subjetiva de quien lo ha puesto en juego. La función del requisito normativo de la imputabilidad (...) consiste por lo tanto en esto, que el ordenamiento subordina la responsabilidad por dolo o culpa, en vía de principio (...) a la posibilidad de referir el hecho al agente, no solo materialmente, sino habida referencia también al estado psico-físico de aquél..."⁵⁶.

El entendimiento de la imputabilidad (capacidad de entender y querer) como una condición o presupuesto de la responsabilidad⁵⁷ ha sido adoptado en nuestro medio por Espinoza Espinoza, quien, ya refiriéndose a la codificación peruana ha señalado puntualmente: "... en mi opinión, habrá responsabilidad sin culpa; pero no responsabilidad sin capacidad de imputación...", para luego afirmar que suscribe la posición de que "... tanto en los supuestos de responsabilidad subjetiva como objetiva, se aplican la normatividad de los sujetos incapaces (o de los capaces en estado transitorio de inconciencia), por cuanto el requisito previo indispensable para atribuir responsabilidad (objetiva o subjetiva) es la capacidad de imputación (o imputabilidad) del sujeto...", por lo que no se debe olvidar "... que un prius frente a todo el sistema de responsabilidad civil es el de la capacidad del agente dañino..."⁵⁸.

Afirmaciones como ésta, que ya resultan bastante discutibles dentro del propio sistema italiano en donde la imputabilidad (capacidad de querer y entender) no siempre condiciona el juicio de responsabilidad, pues si bien se reconoce a aquélla un campo de aplicación más extenso que la segunda, excluye los supuestos de responsabilidad no necesariamente negligentes (sin culpa, por ejemplo, la

⁵¹ BIANCA, Massimo. "Diritto civile". Tomo V: "La responsabilità". Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1994. Numeral 285. p. 656.

⁵² FRANZONI, Massimo. Op. Cit. p. 317.

⁵³ Confróntese: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La influencia de la experiencia jurídica italiana en el código civil peruano en materia de responsabilidad civil". En: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú 56. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. pp. 736 y 738.

⁵⁴ BIANCA, Massimo. Op. Cit. Tomo V. p. 657. En igual sentido y por todos: SALVI, Cesare. Op. Cit. p. 105.

⁵⁵ FRANZONI, Massimo. Op. Cit. p. 319.

⁵⁶ SALVI, Cesare. Op. Cit. pp. 106-107.

⁵⁷ CORSARO, Luigi. Op. Cit. p. 149.

⁵⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. pp. 736 y 741.

responsabilidad legal de los propietarios de vehículos) y los de responsabilidad objetiva⁵⁹, lo resultan aun más en una codificación como la peruana que ha abandonado al hecho ilícito como categoría general de responsabilidad y que ha afirmado un régimen bi-polar de responsabilidad: subjetiva y objetiva.

7.2 La recepción en Francia del concepto de imputabilidad

La doctrina francesa —a diferencia de la italiana—, y sobre la base de la no codificación del “hecho ilícito” en el Code francés, presenta en realidad una literatura escasa sobre la categoría de la ilicitud como tal⁶⁰, es decir, como concepto omnicompreensivo en donde la culpa se asimila al concepto de “hecho ilícito”⁶¹, habiéndose limitado por lo general a entender a la “ilicitud” como el elemento objetivo de la culpa, esto es, como la violación de un deber⁶². Así, “... la mayor parte de los autores franceses afirman que la noción de culpa se compone de dos elementos, uno objetivo y el otro subjetivo. El primero consistente en la violación de un deber, el segundo en la imputabilidad de esta violación a su autor. La noción de ‘devoir violé’ es también indicada con los términos: ‘acte ou omission illicite’ y la imputabilidad viene a veces referida con el término ‘culpabilité’ en vez de ‘imputabilité’...”⁶³.

Resultará de fácil comprensión entonces la evolución de la doctrina francesa en el sentido que, pese a mantener bajo cánones subjetivos al concepto de culpa (al entender a la imputabilidad como elemento de ésta), al no codificar una noción omnicompreensiva de toda la responsabilidad extracontractual como el “hecho ilícito”, se pudo plantear y desarrollar una cláusula general normativa de responsabilidad objetiva (por riesgo) sobre la base del artículo 1384 del Code Napoleón (responsabilidad por el hecho de las cosas), la cual ha seguido una línea evolutiva hasta

nuestros días, permitiendo construir bajo su égida una serie de supuestos de responsabilidad objetiva⁶⁴, junto a otros supuestos especiales, como por ejemplo, los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno (artículos 1385 y 1386 del Code Napoleón); la responsabilidad por productos defectuosos (artículos 1386-1 al 1386-18 del Código Civil francés); y los accidentes por riesgos de la circulación vial (aun cuando algunos sostienen que en esta última área está reservada todavía una aplicación residual a la culpa, vía las acciones recursorias en materia de seguros⁶⁵.

Es más, para los últimos autores nombrados “... bien entendido, bajo esta concepción, las leyes especiales de responsabilidad sin culpa entran igualmente dentro del campo del riesgo...”⁶⁶.

Esto llevó tempranamente a Jossierand (a inicios de la década del 30) a afirmar que “... la tendencia actual es particularmente favorable a la responsabilidad objetiva: indudablemente, de los dos polos de atracción, la culpa y el riesgo, es el primero el que continúa ejerciendo la más fuerte atracción sobre la doctrina y sobre la jurisprudencia, pero el segundo se hace sentir cada vez con mayor fuerza, y en todos los países. Las dos corrientes no son, por otra parte, de ningún modo inconciliables y se complementan muy bien; subjetiva u objetiva, toda tesis de responsabilidad tiende a este fin, perseguido siempre y jamás alcanzado: el equilibrio perfecto, aunque inestable, de los intereses y los derechos...”⁶⁷; defendiendo con ello la tesis bipolar de la responsabilidad civil.

Sin embargo, no ha sido ni es aceptada en Francia en forma unánime la defensa de la imputabilidad como elemento subjetivo de la culpa. Algún autor ha indicado que “... la culpa es un comportamiento ilícito que contraviene a una obligación, a un deber impuesto por la ley o por la costumbre. Ella

⁵⁹ BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y Ugo NATOLI. “Diritto civile”. Tomo 3: “Obbligazioni e contratti”. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET. Ristampa. 1995. pp. 696-697.

⁶⁰ ALPA, Guido. Op. Cit. p. 298.

⁶¹ Ver, entre otros: DELIYANNIS, J. y G. MARTY; citados en: STARCK, Boris; ROLAND, Henri y Laurent BOYER. “Obligations”. Tomo 1: “Responsabilité délictuelle”. Décimo quinta edición. París: Éditions Litec. 1996. Numeral 267. p. 134.

⁶² Ver por todos en el tiempo: PLANIOL, Marcel. Op. Cit. Tomo II. Numeral 863. pp. 302-303; PUECH, Marc. “L’illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle”. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - LGDJ. 1973. pp. 50 y siguientes; y VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. “Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les conditions de la responsabilité”. Segunda edición. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - LGDJ. 1998. Numerales 442 y 443. pp. 320-323.

⁶³ VISINTINI, Giovanna. “Trattato breve della responsabilità civile”. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. 1996. p. 19.

⁶⁴ VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Op. Cit. Numerales 789-1 al 789-20. pp. 826-857.

⁶⁵ STARCK, Boris; ROLAND, Henri y Laurent BOYER. Op. Cit. Tomo 1. Numeral 53. pp. 35-36.

⁶⁶ Ibid. p. 34.

⁶⁷ JOSSERAND, Louis. Op. Cit. Tomo II. Volumen I. Numeral 418. pp. 300-301.

comprende un elemento material (el hecho bruto constituido por el comportamiento) y un elemento jurídico (la ilicitud)...”, por lo que “... en definitiva, la imputabilidad ya no es un elemento de la culpa civil y ella no juega más que un papel secundario en la responsabilidad civil (...). El elemento psicológico es inútil para reconocer la presencia de una culpa, pero subsiste para calificarla...”⁶⁸.

Esta última tesis, a partir del final del siglo XX, ha ido afincándose más, de a poco, en la conciencia de la jurisprudencia francesa, quien propugnando una valoración “in abstracto de la culpa” (culpa objetiva) llegó al plano normativo con la modificación en el año 1968 del Code Napoléon y la introducción del artículo 489-2 que eliminó la irresponsabilidad civil de los enfermos mentales. La ley del 3 de enero de 1968 significó en Francia un vuelco radical en la noción tradicionalmente subjetiva de la culpa, consagrando definitivamente la noción de culpa objetiva. A pesar de esto, VISINTINI nos recuerda que los propios jueces franceses siguieron “reacios” a dejar de examinar los aspectos subjetivos de la personalidad del autor⁶⁹; situación esta de rebeldía que parece haber cesado con el criterio adoptado por la Asamblea Plena de la Corte de Casación del 9 de mayo de 1984, en donde se adopta en definitiva –desde la óptica jurisprudencial– la noción de culpa objetiva.

Sin perjuicio de esta orientación última que parece haber tomado la ley y jurisprudencia francesa (no así gran parte de la doctrina, que se mantiene rebelde a admitir que el artículo 1382 del Code pueda dejar de lado una apreciación de orden moral⁷⁰, lo cierto es que la posibilidad de afirmarse en el Code la existencia de cláusulas generales normativas de responsabilidad subjetiva y objetiva; o el hecho de poder variar sin necesidad de cambios legislativos de una apreciación “in concreto” de la culpa, a una apreciación “in abstracto”, sólo se ha podido realizar sobre la base de dos razones fundamentales: i) El Code Napoléon nunca codificó la teoría del “hecho ilícito”; y, ii) El Code Napoléon nunca codificó una apreciación de la culpa “in concreto”.

7.3 La recepción por el Código Civil peruano de 1984 del concepto de imputabilidad

De lo dicho precedentemente puede inferirse válidamente que resultan extrañas a nuestra codificación “importaciones” de experiencias legislativas ajenas que pretendan acríticamente “interpretar” nuestro Código Civil. ¿Cómo afirmar que la normatividad acogida en materia de responsabilidad extracontractual recoge a la capacidad de discernimiento como un presupuesto de la responsabilidad toda⁷¹, sin afectar la aplicación de la cláusula general normativa acogida en el artículo 1970 del Código Civil? Admitir esta posibilidad como cierta no significaría otra cosa que afirmar que existen criterios ético-psicológicos que condicionan y prejuzgan una valoración objetiva de una actividad humana que en teoría debiera prescindir por completo del análisis de la faz interna del sujeto que realiza la actividad.

Lo más lógico es concluir que, en el Perú, el término imputabilidad corresponde y debe corresponder al juicio de responsabilidad; esto es, a la vinculación de los efectos de responsabilidad que persigue encontrar al responsable del daño, a través de la aplicación de los factores atributivos de responsabilidad (llamados por ello también criterios de imputación), que corresponde a lo que en Italia se conoce como el significado “lato” del concepto de imputabilidad⁷².

El análisis de todo problema de responsabilidad civil, supone la aplicación de un “método” que reconoce dos etapas y que siempre es (cuando menos en los sistemas pertenecientes al “civil law”), “ex post facto” (después del hecho): i) Una primera de análisis material, en donde revisándose los elementos del daño, (su vinculación con) el hecho generador, (a través de) la relación de causalidad, se logra identificar al “causante” del efecto dañoso; ii) Una segunda (y tal vez la más importante) en donde a través del juicio de imputabilidad (que es en sí el juicio de responsabilidad), se decidirá qué es más eficiente (y justo a nivel social): si dejar que la víctima soporte el coste del daño o traspasar este peso económico hacia una esfera

⁶⁸ LE TOURNEAU, Philippe. “La responsabilidad civil”. Traducción de la edición francesa del 2003 por Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis Editores S.A. 2004. pp. 122 y 126-127.

⁶⁹ VISINTINI, Giovanna. Op. Cit. p. 24.

⁷⁰ Confróntese: STARCK, Boris; ROLAND, Henri y Laurent BOYER. Op. Cit. Tomo 1. Numerales 268 al 271. pp. 134-136.

⁷¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. p. 741.

⁷² FRANZONI, Massimo. Op. Cit. p. 315.

ajena a la víctima, sea al propio causante (dando lugar a la responsabilidad por hecho propio), o sea a un tercero no causante pero “justamente” vinculado (dando lugar a la responsabilidad por hecho ajeno). Esto se realiza a través de la aplicación de alguno de los criterios de imputación, sean estos de naturaleza subjetiva u objetiva.

Si en la codificación peruana –como ya se ha indicado y demostrado– no se ha acogido la teoría del “hecho ilícito” y se ha optado por establecer dos cláusulas generales normativas de igual rango y valor (artículos 1969 y 1970), la interpretación más razonable pareciera ser que el análisis de la irresponsabilidad de los sujetos faltos de discernimiento deba ser realizado bajo la cláusula general por culpa, esto es, en la etapa del juicio de imputabilidad (o de atribución de responsabilidad). Sólo cuando el incapaz actúe utilizando lo que la norma (artículo 1970) calificará como un “bien peligroso” o realizando una “actividad riesgosa”, entonces la consecuencia pareciera ser la responsabilidad del incapaz, al estilo del artículo 489-2 del Code francés; pero no por las razones que esta codificación ha acogido (de culpa objetiva), sino porque simplemente así lo manda la naturaleza de la responsabilidad objetiva por exposición al peligro en donde no interesaría el análisis de la capacidad del agente. Esta es una conclusión de “lege data” que pareciera ineludible, más allá de los deseos de todo jurista, que sólo podrán plasmarse en proyectos de “lege ferenda”, salvo que se reformule el contenido tradicional de los conceptos de “culpa” y “riesgo”⁷³.

Esta problemática ha sido retratada por de Trazegnies, aun cuando –creemos– equivoca la solución sugerida. Este autor señala respecto a lo que venimos comentando que “... es claro que todo lo dicho se refiere a los casos de accidentes regidos por el artículo 1969 (principio de culpa), ya que toda la discusión sobre la responsabilidad de las personas privadas de discernimiento se basa en su incapacidad de incurrir en culpa. Por consiguiente, los artículos 1975 a 1977 no tienen ninguna aplicación ahí donde la culpa no es necesaria para configurar la responsabilidad (artículo 1970): cuando un daño se produce mediante un bien o una

actividad riesgosos, poco importa que el sujeto se encuentre privado de discernimiento o no para hacerlo responsable del daño. En este caso, no responde por culpa sino objetivamente o, si se prefiere, en razón de la teoría del riesgo. Por consiguiente, las alteraciones en la formación de la culpa no afectan su obligación de reparar el daño...”⁷⁴.

Esta es una interpretación correcta desde el punto de vista de “lege data” y bajo los conceptos clásicos de “culpa” y “riesgo”. Como se ha dicho: el Código Civil peruano, al consagrar dos cláusulas generales interpretativas de naturaleza normativa como la culpa (artículo 1969) y el riesgo (artículo 1970) de igual rango y valor, ha optado por un sistema bipolar de responsabilidad civil, por lo que no puede reconocer –desde la óptica de los conceptos tradicionales– a la capacidad de discernimiento como un presupuesto de la responsabilidad civil toda. Y esta solución es coherente con el alejamiento expreso y declarado de la codificación peruana de la teoría del “hecho ilícito”.

La solución antedicha nos deja a todos sin embargo un sabor amargo de “injusticia”. Y es que, en verdad, la noción clásica de culpa (siempre con trasfondo de reproche moral) parece ser recta y cierta, pero insuficiente para resolver los problemas del tráfico jurídico, sobretudo, a partir de una época de desarrollo capitalista en las sociedades contemporáneas.

A esto se refiere en parte el último de los autores peruanos citados cuando afirma: “... estas últimas reflexiones nos conducen nuevamente a los *impasses* y –¿por qué no decirlo?– a las injusticias hasta donde es posible llegar por el camino de la culpa. Observemos la situación con los ojos de la víctima: si un *furiosus*, aún no declarado incapaz, coge un automóvil y creyéndose Juan Manuel Fangio atropella a un pobre peatón, debe pagarle los huesos rotos (artículo 1970); en cambio, si el mismo *furiosus* se dedica entusiastamente a golpear a un transeúnte con un bastón hasta no dejarle hueso sano, la víctima se queda sin reparación (artículo 1974). El simple cambio del medio de causar el daño entre un bien riesgoso y otro que no lo es en sí mismo (cambio que

⁷³ Ver numeral 16 *infra*.

⁷⁴ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La responsabilidad extracontractual (artículos 1969-1988)”. Tomo I. En “Biblioteca para leer el código civil”. Volumen IV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988. Numeral 235. p. 408.

obviamente no depende de la víctima sino del azar), modifica enteramente los derechos de la víctima y la deja en la calle a su propia suerte...”; para luego, páginas más adelante, señalar: “... mientras nos mantengamos dentro de una apreciación *in concreto* de la culpa, parecería que el problema teórico no tiene solución. Pero, aun sin necesidad de optar por la teoría de la responsabilidad objetiva, el problema no se plantearía si se adopta una apreciación *in abstracto* de la culpa: en este caso, se atribuirá responsabilidad a las personas privadas de discernimiento, porque, independientemente de su situación particular, han incurrido en una conducta que no se ajusta a los patrones del ‘hombre razonable’. Lamentablemente, nuestro legislador tomó el camino equivocado porque quiso adherirse en este punto a la concepción más subjetiva de la culpa aunque ello conlleve a una contradicción teórica...”⁷⁵.

Esta propuesta de solución a lo Code Napoleón contemporáneo no la compartimos. No se puede razonar en términos de “injusticia” para criticar la aplicación de la responsabilidad objetiva a los incapaces de discernimiento, para luego terminar proponiendo una solución de “culpa objetiva” como *standard* que haría que estos incapaces respondan. ¿Acaso puede hablarse de términos de justicia cuando se hace responder a alguien que no es consciente de sus actos?

Pero el error en la solución no es particular del ilustre comentarista peruano, sino propio de todo el “civil law” clásico que cada vez nos hace entender más cuan cierta es la aseveración de Castronovo⁷⁶, en el sentido que el Derecho continental se ha movido más con intuición que con capacidad de formular soluciones jurídicamente correctas.

Creemos que una solución eficiente y coherente a las contradicciones que siempre han presentado las relaciones entre los criterios de imputación por culpa y riesgo se obtienen recién a partir de los escritos de Calabresi, quien encuentra “... el enlace necesario para resolver la dificultad, restituyendo a la responsabilidad su significado pleno sin volver a caer en los

engaños de la culpa...”⁷⁷.

Como se analiza a profundidad más adelante en este artículo⁷⁸, dentro del análisis de lo que Calabresi denominará la función de desincentivación de actividades que aumenten el número y gravedad de los accidentes (“deterrence”), planteará la necesidad de obtener la “reducción de los costes económicos primarios” de responsabilidad, lo que sólo se logrará asignando dichos costes a aquel que estuvo en mejor posición de evitar los daños. Esta “internalización” de los costes se obtiene a través de la aplicación de su teoría de “análisis de las capacidades de prevención” de los sujetos, aplicada a través de los conocidos criterios “the cheapest cost avoider” y “the best cost avoider”⁷⁹, que permitirán analizar varios de los supuestos de responsabilidad “por hecho ajeno” como supuestos de prevención bilateral o unilateral⁸⁰; lo que determinará en su momento un grado de autonomía de estos supuestos respecto a un particular criterio de imputación. No se podrá afirmar, por ejemplo, que la responsabilidad del guardador por los hechos de los incapaces bajo su guarda deba ser analizado necesaria y exclusivamente bajo la cláusula general normativa por culpa, o bajo el criterio de imputación objetivo de la “garantía”.

V. LA VALORACIÓN DE LA CULPA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984: “CULPA IN CONCRETO” VS. “CULPA IN ABSTRACTO”

8. Se ha indicado al final del numeral 7.2 precedente que una de las razones que ha permitido legal, jurisprudencial y en parte doctrinalmente en Francia poder variar sin necesidad de cambios legislativos de una apreciación “in concreto” de la culpa a una apreciación “in abstracto” ha sido justamente el hecho que el Code Napoleón no codificó una forma de valoración de la culpa.

Es conveniente en cambio recordar que codificaciones importantes del siglo XX como el BGB alemán de 1900 (artículo 276 del Código Civil) y el Codice italiano de 1942 (artículo 1176 del Código Civil) sí han codificado la apreciación de la culpa “in abstracto” dentro del libro de “las

⁷⁵ Ibid. Numerales 235 y 243. pp. 408 y 417.

⁷⁶ Ver numeral 6 *supra*.

⁷⁷ CASTRONOVO, Carlo. Op. Cit. p. 74.

⁷⁸ Ver numeral 16 *infra*.

⁷⁹ CALABRESI, Guido. “El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil”. Traducción de la edición en inglés de 1970 por Joaquim Bisbal. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1984. pp. 145, 153 y 245.

⁸⁰ Ver numeral 17 *infra*.

obligaciones", haciendo referencia a que la apreciación de la culpa debe hacerse en función "al cuidado que normalmente es exigible al deudor en el tráfico jurídico" (Código alemán) o que "en el cumplimiento de la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia" (Código italiano).

El Código Civil peruano de 1984 –como se sabe– ha codificado también en el libro de las obligaciones un criterio de valorización de la culpa, con el agravante de haberlo hecho con ocasión de la regulación de la temática referida a la "inejecución de obligaciones", consagrando en el artículo 1320 una clara referencia a la "culpa in concreto": "actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

Esta referencia al análisis "in concreto" de la culpa, referido sobretudo a las condiciones particulares de las personas, recogida también, por ejemplo, en los códigos español de 1888 (artículo 1104, primer párrafo), argentino de 1869 (artículo 512), paraguay de 1985 (artículo 421) y guatemalteco de 1963 (artículo 1425), entre otros, no puede justificarse sino en una apreciación ético-psicológica de la culpa y dado que "... las situaciones de hecho son siempre distintas y ello origina una singular dificultad para apreciarlas con una idea abstracta y genérica, como –por ejemplo– la del 'buen padre de familia' o la del 'comerciante honesto y leal'. Lo que debe apreciarse y juzgarse, en definitiva, es la conducta de determinado deudor ante determinado evento, y no el proceder genérico de un miembro de la especie humana..."⁸¹.

La cuestión a dilucidar es la siguiente: ¿son aplicables a la responsabilidad extracontractual disposiciones previstas en materia contractual y viceversa?; ¿es dable deducir una aplicación por analogía de las disposiciones previstas para un tipo de responsabilidad, a la otra, ante el silencio normativo que pueda presentarse en uno de los sistemas?

La materia bajo análisis está directamente

relacionada a un tema antiguo y, pese a ello, aún vigente: el de la unidad o diversidad de criterios de distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

No es esta la oportunidad de repetir argumentos sobre la incuestionable posibilidad de sustentar una unidad ontológica conceptual y funcional de la responsabilidad civil⁸², sino de demostrar cuan erradas son aquellas expresiones que la califican de "falacia"⁸³ o de "quimera"⁸⁴.

En primer lugar, cabe advertir que no puede atacarse una premisa de análisis sobre la base de las consecuencias derivadas de la propia decisión de regular regímenes de responsabilidad por separado. No se puede decir que "deben" existir dos regímenes de responsabilidad porque así lo ha decidido el Código Civil, regulando diferencias entre los alcances de cada régimen⁸⁵. Si esta crítica debiera rebatirse con el mismo tipo de argumentación, bastaría con indicar que muchos proyectos de códigos y codificaciones contemporáneas han optado por la unificación de los regímenes de responsabilidad o, cuando menos, por la aplicación extensiva o analógica de las disposiciones de un régimen a otro, en lo que no se oponga a la naturaleza especial de cada uno de ellos. Allí están el Código Suizo de las Obligaciones, el Código Civil de Portugal, el Código Civil de Holanda y el Código Civil de Québec, entre los más importantes. Pero no se puede sustentar una posición bajo el argumento: "es posible la unificación, porque otros códigos civiles del mundo lo han hecho".

Lo importante de destacar como consecuencia del reconocimiento de una unidad ontológica conceptual y funcional de la responsabilidad civil toda –contra lo que muchos piensan– no es necesariamente el de justificar la existencia de un único sistema de responsabilidad civil (esta es una consecuencia extrema y –admitámoslo– debatible), desde que pueden existir criterios que, desde un punto de vista práctico, determinen la utilidad de mantener ciertas diferencias.

Pero el reconocimiento de una unidad ontológica

⁸¹ OSTERLING, Felipe. "Las obligaciones". En: "Biblioteca para leer el código civil". Volumen VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988. p. 206.

⁸² FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad". En: "Derecho civil patrimonial". Lima: Alfredo Bullard y Gastón Fernández Editores. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997. Numerales 3-6. pp. 258-276.

⁸³ DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. p. 264.

⁸⁴ LEON HILARIO, Leysser. "La responsabilidad extracontractual (Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano)". En: "La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas". Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C. 2004. pp. 22-23.

⁸⁵ Ibid. pp. 17-20.

conceptual permitirá siempre, cuando menos, justificar aquello mencionado líneas arriba: la aplicación extensiva o analógica de las disposiciones de un régimen a otro, en lo que no se oponga a la naturaleza especial de cada sistema; y esto no es ni una falacia ni una quimera.

Códigos mayores como el Código Suizo de las Obligaciones de 1911 han establecido (artículo 99, segundo párrafo) que “las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual”, como también códigos menores tan disímiles como el Código Civil paraguayo de 1985 (artículo 1855) y el Código Civil cubano de 1987 (artículo 294).

En un Código Civil como el peruano de 1984, entonces, en donde no existe norma expresa de remisión para la aplicación de ciertas reglas de un régimen a otro, negar la unidad ontológica del concepto de responsabilidad civil llevaría al absurdo de afirmar, por ejemplo:

- Que no existen normas sobre prueba y valorización de daños en sede extracontractual (sólo están previstas en sede contractual: artículos 1331 y 1332).
- Que no es resarcible en sede extracontractual el daño emergente, al no estar contemplado como resarcible de modo expreso en el artículo 1985. Del mismo modo, no sería resarcible en sede contractual el daño a la persona, por no estar taxativamente señalado en el artículo 1332 del Código Civil⁸⁶.
- Que las causas no imputables aplicables en sede extracontractual no podrían reconocer como propios los requisitos previstos para la configuración de dichos eventos en sede contractual (artículo 1315 del Código Civil).

Y, por estas mismas razones, estando previsto en sede contractual la valoración de la culpa, como “culpa in concreto”, resulta también sumamente cuestionable la afirmación de que en sede extracontractual la valoración de este criterio de imputación pueda ser realizada bajo la modalidad

“in abstracto”, conclusión ésta a la que parece arribar Espinoza Espinoza como obvia derivación de su aseveración de que, en el Código Civil peruano, cabe diferenciar imputabilidad de culpa⁸⁷.

9. Se ha dicho, sin embargo, que existen desde el punto de vista económico razones suficientes para justificar una valoración de la culpa diversa en sede contractual respecto a la extracontractual: “... en presencia de altos costos de transacción deberá preferirse un parámetro abstracto de diligencia que permita a una parte determinar su propia conducta y con ello el nivel de precaución reclamada en relación a un sujeto abstracto potencialmente preparado para interactuar...”, por lo que “... en todos los casos en que se opere en el cuadro de una relación contractual o bien, en ausencia de un contrato, pero siempre en una estructura que permite la adquisición de información a costos suficientemente bajos, el valor de la certeza puede ser mejor garantizado por una definición de diligencia específica...”, con lo que se concluye que “... la determinación relacional de los niveles de precaución puede desenvolverse en relación a los varios niveles de información disponibles: en presencia de un estándar objetivo la determinación resultará basándose sobre un parámetro de conducta abstracto mientras, en el caso de un estándar subjetivo, el mismo se fundará sobre la conducta exigible al específico potencial causante de daños o al damnificado...”⁸⁸.

Lo dicho precedentemente significa entonces que, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, resulta vital el nivel de información poseído por las partes para determinar el criterio de determinación de la diligencia⁸⁹.

Si se entiende el concepto de “costos de transacción” como los costos económicos que, en una coyuntura dada, generan los derechos de actuación⁹⁰ y su importancia en el “teorema de Coase” que, en su versión “posneriana”, apunta a demostrar que “... en un mercado libre y privado de obstáculos a la contratación, el intercambio voluntario distribuye los bienes en la dirección del empleo económicamente más ventajoso de los mismos...”⁹¹, resultará de fácil comprensión que

⁸⁶ Conclusión por demás discutible a la que arriba mi querido y dilecto discípulo LEON HILARIO, Leysser. Op. Cit. p. 18.

⁸⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. p. 756.

⁸⁸ CAFAGGI, Fabrizio. “Profili di relazionalità della colpa (Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale)”. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. 1996. pp. 170-172.

⁸⁹ Véase a CALFEE, J.; CRASWELL, R. y R. COOTER; citados todos por CAFAGGI, Fabrizio. Op. Cit. p. 171.

⁹⁰ SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. “Manual de análisis económico del derecho civil”. Traducción de la edición alemana de 1986 por Macarena von Carstenn-Lichterfelde. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1986. pp. 24 y 84.

⁹¹ MONATERI, Pier Giuseppe. “Resultados y reglas (un análisis jurídico del análisis económico del derecho)”. Traducción del italiano por Leysser L. León. En: Revista Jurídica del Perú 26. Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C. 2001. p. 192.

la norma jurídica debe elegir un criterio que minimice el impacto de estos costos para producir un efecto eficiente, lo que, en costos de información (que son, sin duda, un tipo de costos de transacción asociados con el hecho de tomar una iniciativa; con la identificación de las partes envueltas en la transacción que se pretende realizar; o referentes a costes de ponerse en comunicación con las partes o terceros en general; pero, principalmente, vinculados con el hecho de recabar seguridades en torno al derecho que se pretende adquirir⁹², significa que "... la tarea (...) del sistema jurídico es crear las condiciones necesarias para el establecimiento de informaciones productivas, así como para mantener al nivel más bajo posible los costes de obtención y divulgación de información..."⁹³.

Más allá del convencimiento al que se pueda o no arribar bajo este sustento de índole económico de la apreciación "in abstracto" de la culpa en materia de responsabilidad extracontractual, lo cierto será que mientras subsista la regulación legal de valoración "in concreto" de la culpa en sede contractual (artículo 1320 del Código Civil), será difícil –y en nuestra opinión imposible– pretender defender la existencia de dos tipos de valoraciones diferentes para la culpa en el Código Civil peruano: una "in concreto" aplicable en materia de responsabilidad por inejecución de obligaciones y otra "in abstracto" aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, la cual, para su aplicación, reclama un acogimiento normativo. Lo cierto será –nos guste o no– que en nuestro Código, la culpa se valora "in concreto", sea en materia de responsabilidad contractual como en sede de responsabilidad extracontractual, tomando como referencia "las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Sin embargo, la prudencia aconseja a quienes ejercen función jurisdiccional "atemperar" este criterio en la forma que ya, desde hace algún tiempo, aconsejaban Planiol y Ripert (desde una óptica opuesta), cuando afirmaban: "... la conducta solamente puede juzgarse si se compara con una regla, que normalmente no debe ser ni demasiado severa ni demasiado fácil; pero, no puede atribuirse a la regla enunciada un alcance absoluto. Sin duda con ello se simplificaría la práctica, tanto para el juzgador como para los sujetos que unos frente a otros en la vida corriente han de regular su conducta de conformidad con la

que pueden esperar de los demás. Pero, la capacidad varía tanto de un individuo a otro que apreciar la conducta de todos los hombres por comparación con un modelo único, "el hombre medio", produciría frecuentemente decisiones injustas, bien en el sentido de su severidad, bien en el de su indulgencia..."⁹⁴. Esto es que, así se tome como referencia una valoración de la culpa "in concreto", la realidad nos llevará siempre a recurrir en vía de comparación a un patrón abstracto, precisamente para "medir" las cualidades personales del sujeto, en función a las circunstancias de tiempo y lugar en que suceden los acontecimientos. Es tal vez bajo estos criterios que el Código Civil español, por ejemplo, luego de haber consagrado en el primer párrafo del artículo 1104 la valoración de la culpa "in concreto" en materia de obligaciones, agregó en el segundo párrafo del mismo artículo lo siguiente: "cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia".

Cabe advertir, sin embargo, que toda esta problemática de la forma de valoración de la culpa y la discusión sobre la necesidad o posibilidad de aplicar por analogía disposiciones previstas para la responsabilidad contractual a la responsabilidad extracontractual (y viceversa) subsistirá en tanto se siga enfocando a la culpa como una noción –por definición– antitética a la diligencia.

VI. LA PRESUNCIÓN DE CULPA A CARGO DEL AUTOR DEL DAÑO: CRISIS EXISTENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EN EL PERÚ, A PARTIR DE LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 1969

10. Uno de los puntos que más preocupó a la teoría clásica del "civil law" fue la distinción entre culpa contractual y culpa extracontractual. Sin perjuicio de afirmar –en sentido estricto– un concepto único de culpa, entendiéndola como falta de la debida diligencia, lo cierto es que se apreciaba entre la culpa contractual y la extracontractual diferencias sustanciales, tanto respecto a su entidad (verbigracia, tipos de grados de culpa aplicables), como respecto a la extensión de los efectos (verbigracia, entre otros, extensión del resarcimiento y carga de la prueba)⁹⁵.

Tradicionalmente, los partidarios de la teoría de la

⁹² MISHAN, E.J., citado por TORRES LÓPEZ, Juan. "Análisis económico del derecho". Madrid: Editorial Tecnos S.A.. 1987. pp. 53-55.

⁹³ SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. Op. Cit. p. 309.

⁹⁴ PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. Op. Cit. Tomo VI. Numeral 517. p. 716.

⁹⁵ POLACCO, Vittorio. "Le obbligazioni nel diritto civile italiano". Padova: Fratelli Drucker Librai-Editori. 1898. pp. 242-243.

dualidad de culpas, pese a reconocer en la negligencia una unidad conceptual para la definición de la culpa, encontraron una diferencia de régimen tan extensa que obligaba a diferenciarlas. Se tenía así que:

- a) En la culpa contractual se constata una obligación preexistente, técnicamente entendida, la cual es violada por el comportamiento negligente de una de las partes; en tanto que en la culpa extracontractual no se da la pre-existencia de una obligación, siendo la propia culpa la fuente del resarcimiento al haberse violado, con el comportamiento negligente, el deber general de no causar daño a nadie: el “*neminem ledere*”.
- b) La culpa contractual se presume y no necesita ser probada por el acreedor, quien tan sólo debe probar el incumplimiento del deudor. La culpa extracontractual no se presume y debe ser probada por la víctima, adicionalmente al daño y a la relación causal.
- c) En la culpa contractual se aplica la teoría de la graduación de la culpa. La culpa extracontractual no admite graduaciones: es única y más severa que la contractual, debiendo abarcar inclusive la denominada “culpa levisima”.

De lo cual, a su vez, se dedujeron diferencias adicionales marcadas entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual:

- a) La extensión del resarcimiento es diversa, siendo la correspondiente a la responsabilidad extracontractual más amplia.
- b) El régimen de la mora aplicable en cada sistema es diverso: mora “*ex-personae*” en la responsabilidad contractual; mora “*ex-re*” en la responsabilidad extracontractual.
- c) Los plazos prescriptorios aplicables son también diversos.

11. Frente a los partidarios de la teoría de la dualidad de culpas no faltaron voces autorizadas que defendieran la tesis de la unidad de la culpa y la

relatividad de las diferencias de tratamiento y alcances en los dos regímenes de responsabilidad. Así, por ejemplo, para Planiol y Ripert, la diligencia exigible a los sujetos en materia contractual no tiene por qué ser menor que la exigible en materia extracontractual y si bien aquella puede ser variable en atención a la naturaleza de las relaciones, la condición de las personas u otras causas, ello se da por igual en sede contractual como extracontractual⁹⁶, lo que no se ve afectado por la existencia de sistemas moratorios diversos y diferencias de organización técnica aplicables a cada régimen de responsabilidad, ni por la diversa carga probatoria de la culpa presente en cada sistema⁹⁷; negando estos autores diferencias sustentables respecto a la graduación de culpas y respecto a la extensión del resarcimiento.

Pero es Carnelutti, uno de los críticos más autorizados de Polacco, quien afirma que debe haber identidad de tratamiento en la culpa contractual y en la extracontractual, discrepando de este último autor en la exigencia de la aplicación de la culpa levisima en sede extracontractual. Ante la inexistencia de normas diversas en materia de responsabilidad extracontractual –señala Carnelutti– nada impide la aplicación por analogía de las normas existentes en sede contractual: si “... existe una norma sencilla, precisa, que regula la culpa contractual; ¿por qué, ante la falta de una norma diversa, no gobernaría también la aquiliana? Dado que este por qué no viene dicho (...), yo pienso que el intérprete no puede negarse a emplear la analogía...”⁹⁸. Igual raciocinio empleaba el mismo Carnelutti sobre la carga de la prueba, en donde debía diferenciarse el lado procesal del lado sustancial: Como quiera que en sede contractual existe norma sustancial que presume la culpa del deudor en el incumplimiento, ante la falta de norma expresa en sede extracontractual debería aplicarse aquella, dado que “... no hay una razón en el mundo que explique el por qué quien pide resarcimiento por la lesión de un derecho obligatorio deba probar sólo la lesión material, y quien lo reclama por la lesión de un derecho real deba demostrar también la lesión culposa...”⁹⁹; postulándose de esta manera la aplicación de la presunción de culpa del deudor tanto en sede contractual como en sede extracontractual.

Contemporáneamente, estas ideas fueron también

⁹⁶ PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. Op. Cit. Tomo VI. Numeral 489-a. p. 681.

⁹⁷ Ibid. Numerales 489-b, 490 y 491. pp. 681-686.

⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. “Appunti sulle obbligazioni”. En: “Studi di diritto civile”. Roma: Editrice Athenaeum. 1916. pp. 309-312.

⁹⁹ Ibid. pp. 316-317.

acogidas por Babero, quien pretenderá deducirlo de la supuesta presunción de culpa acogida por el artículo 2047 del Código Civil italiano respecto al daño ocasionado por el incapaz y en donde el encargado de la vigilancia respondía por los daños de aquél, a no ser que pruebe de no haber podido impedir el hecho. Se preguntaba así: "... ahora bien, si a cargo de este 'autor indirecto' la culpa se presume hasta prueba en contrario de no haber podido impedir el hecho, ¿no salta inmediatamente a los ojos la incoherencia de admitir por el solo silencio del artículo 2043 que, cuando se trate de juzgar de la responsabilidad del 'autor directo' del daño, la culpa haya de ser demostrada por la persona damnificada?... "¹⁰⁰.

En igual sentido, un conocido subjetivista estudioso de la responsabilidad civil como de Cupis, en la misma línea de pensamiento desarrollada por Canelutti, señalaba que "... así como resultaba extraño que el responsable fuese tratado más severamente en el campo extracontractual que en el contractual en lo relativo al grado de la culpa, otro tanto extraño resultaba que fuese tratado, contrariamente, con mayor favor en el campo extracontractual respecto a la carga de la prueba de la culpa...", agregando sin embargo que no puede extenderse por la vía analógica disposiciones previstas para la materia contractual a sede extracontractual, desde que la propia ley ha previsto expresamente ello cuando lo ha querido así: "... cuando el legislador ha querido considerar genéricamente aplicables a la materia extracontractual las normas dictadas para la contractual, lo ha realizado de manera conveniente; el artículo 2056, párrafo 1, dice que 'el resarcimiento debido al perjudicado se debe determinar según las disposiciones de los artículos 1223, 1226 y 1227 (artículos referentes a la extensión del resarcimiento, a la valoración equitativa del daño y a la concurrencia del hecho culposo del acreedor). Del principio sancionado en el artículo 1218 no se hace análoga referencia; si bien encuentra aplicación en algunos casos especiales de responsabilidad extracontractual. Es evidente, en consecuencia, no ser intención de la ley que la llamada inversión de la carga de la prueba, tenga en el campo extracontractual la misma aplicación general con que se actúa en el contractual...", por lo que el citado autor italiano termina más bien su razonamiento con una petición

de "lege ferenda": "... A nuestro modo de ver, hubiese sido mejor sistema adjuntar en todo caso al responsable la prueba de la ausencia de culpa, y ello no porque los daños sean normalmente ocasionados con culpa, sino simplemente, porque la prueba de un estado psicológico cual la culpa es tan ardua, que parece más justo que quien ha originado la causa material del daño demuestre no haber obrado con culpa, en vez de agregar al que ha sufrido el daño, la prueba, además del hecho dañoso, de la misma culpa..."¹⁰¹.

No han faltado sin embargo, autores que, en la misma línea de argumentación seguida por Canelutti y Babero, esto es, el de asimilar la ausencia de culpa del deudor en el ámbito contractual (artículo 1218 del Código Civil italiano) a las hipótesis de responsabilidad presunta previstas en sede extracontractual (artículos 2047-2054 del Código Civil italiano), llegan a conclusiones bastante disímiles, como el negar los alcances de la presunción de culpa en el propio campo de la responsabilidad por inejecución de obligaciones. Para Maiorca, por ejemplo, no existen diferencias en sede contractual o extracontractual respecto a la carga de la prueba, la cual debe siempre competir al acreedor, a la luz de lo dispuesto por el artículo 2697 del Código Civil italiano, el cual establece que "... quien quiera hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyen el fundamento del mismo...". Este autor señala que "... la prueba del incumplimiento, comprendiendo todos los elementos de la causa petendi, no puede no competir sino integralmente al actor, esto es, al acreedor; y puesto que la omisión de la diligencia, cual 'debida' en las circunstancias del caso, es un modo de ser del incumplimiento, no existe razón alguna para que el actor no deba dar la demostración de la diligencia omitida, esto es la prueba de la culpa del deudor..."¹⁰².

12. En realidad, centrar el análisis de la necesidad de invertir la carga de la prueba en aparentes razones de justicia percibidas siempre desde una óptica intersubjetiva, constituye uno de los más gruesos errores, en nuestra opinión, en los que ha incurrido un sector de la doctrina clásica del "civil law". El fenómeno de responsabilidad no puede ser enfocado como parte de una relación que hemos llamado "diádica", "... que vincula exclusivamente a causante (responsable individual) y víctima,

¹⁰⁰BARBERO, Domenico. "Sistema del derecho privado". Tomo IV: Contratos. Traducción de la sexta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1967. pp. 728-729.

¹⁰¹DE CUPIS, Adriano. "El daño. Teoría general de la responsabilidad civil". Traducción de la segunda edición italiana por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A. 1975. Numeral 25. p. 236-238.

¹⁰²MAIORCA, Carlo. Op. Cit. p. 583.

minimizando o ignorando la importancia del contorno social en que se desenvuelve dicho fenómeno...¹⁰³. Esta visión "clásica" de la responsabilidad civil sólo ha podido apreciar "con anteojeas" la aparente mutación del eje central de la responsabilidad, de la culpa a la reparación, por lo que la necesidad de consagrar la regla "favor victimae" justificaría invertir la carga de la prueba, de manera tal que se facilite el resarcimiento y la reparación integral. Es el mismo criterio de "justicia individual" afirmado por de Cupis cuando señala que "... pesada es la condición de aquel que debe probar el estado psicológico de otro sujeto (culpa) mientras que es mucho más factible probar la presencia 'in se' del estado psicológico (...) (diligencia, o sea, ausencia de culpa)..."¹⁰⁴.

Más sensato parece preguntarse si no existe alguna razón lógica e histórica que explique el por qué colocar en el responsable la prueba de la ausencia de culpa en sede extracontractual aparece "... en contraste con los principales sistemas jurídicos de la responsabilidad civil..." y a la vez con "... el proceso formativo y evolutivo de las reglas de la responsabilidad..."¹⁰⁵.

Es cierto que, tal y como lo han señalado Cendon y Ziviz, la decisión de afirmar una inversión de la carga de la prueba en el Derecho Civil y, en particular, en la responsabilidad civil, puede reposar en dos razones: a) cuando se quiere proteger y favorecer intereses generales, tales como la circulación de la riqueza o la reducción de los costos que deben ser soportados por la colectividad con relación a la aplicación de determinados supuestos; y b) cuando se quiere favorecer la posición individual de una de las partes frente a otra, en donde la lógica de la inversión de la carga probatoria "... se mueve, por costumbre, en el sentido de tutelar la parte 'débil' de la relación..."¹⁰⁶.

De estas dos categorías que explican las técnicas de inversión de cargas probatorias empleadas por el legislador, la primera es claramente de naturaleza "sistémica" y la segunda de naturaleza "diádica". Es un error, pues, creer que sólo criterios "diádicos" pueden justificar decisiones para invertir (o negar la inversión de) cargas probatorias.

Así, entonces, pueden existir también criterios sistémicos que justifiquen que la carga de la prueba

permanezca en la víctima del daño, lo que, en el caso de la culpa, servirá a los fines del desarrollo tecnológico: los agentes económicos verán trasladados hacia ellos menores costes que les permitirán invertir en tecnología y mejorar sus bienes de capital en aquellas áreas en donde no se haya alcanzado un desarrollo tecnológico adecuado.

Y en esto hay también un sustrato de justicia, pero social: el beneficio del progreso tecnológico es patrimonio de la sociedad y en bienestar de sus integrantes, por lo que el sacrificio de aquellos que tuvieron que financiar la industria en la fase del capitalismo naciente (al tener que soportar el coste del daño, permaneciendo éste en las víctimas que no pudieron probar la culpa del causante del daño) no fue vano.

13. Si como se ha indicado en el numeral 8 precedente, es siempre posible aplicar "analogicamente" disposiciones previstas para un sistema de responsabilidad a otro, se comprenderá inmediatamente la gravedad de no haberse contemplado en el artículo 1969 del Código Civil peruano una regla expresa referente a la prueba de la culpa a cargo de la víctima.

Pero el Código Civil peruano de 1984 ha ido aun más lejos y tiene el triste privilegio de ser una de las codificaciones que más ha mal entendido la perspectiva sistémica de la responsabilidad civil: el artículo 1969, luego de haber consagrado, en su primer párrafo, la cláusula general interpretativa de responsabilidad subjetiva, sanciona, en su segundo párrafo, una inversión de la carga de la prueba, señalando lo siguiente: "el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".

No creemos que deba ser materia de consuelo la circunstancia de que el mismo error (en lo que atañe a la presunción de culpa) haya sido consagrado legislativamente por otras codificaciones, como por ejemplo, el Código Civil guatemalteco de 1963 (artículo 1648) y, se dice, el Código Civil español de 1888 (artículo 1903, último párrafo) y los códigos derivados de éste, como el Código Civil panameño de 1917 (artículo 1645, último párrafo), aun cuando, a decir verdad, la gran mayoría de la doctrina clásica española restringe la presunción contenida en el artículo 1903, último párrafo, de

¹⁰³FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "Responsabilidad civil y derecho de daños". En: El Jurista. Revista peruana de derecho 4. Lima. 1991. p. 79.

¹⁰⁴DE CUPIS, Adriano. Op. Cit. Numeral 25. p. 238.

¹⁰⁵COMPORTI, Marco. Op. Cit. p. 50.

¹⁰⁶CENDON, Paolo y Patrizia ZIVIZ. "L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile". En "La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza", a cura di Paolo Cendon. Serie: "Il diritto privato oggi". Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. 1994. pp. 142-143.

su Código Civil, a los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno indicados en dicho artículo.

La presunción de culpa consagrada en el artículo 1969 del Código Civil de 1984, en su origen, fue saludado por la "opinio iuris" nacional, pues compartía "... la actitud objetivista de la jurisprudencia peruana..." que se adscribía, en esto, a una "... tendencia universal..."¹⁰⁷ y, de alguna manera, representó la consagración legislativa de una tendencia discutida ya bajo el abrogado Código Civil peruano de 1936, en la redacción oscura del artículo 1136¹⁰⁸. Ha sido, por otros, absolutamente ignorada, manifestando con ello una incapacidad de apreciación de las consecuencias que, sobre el juicio de responsabilidad, genera la prueba por presunciones¹⁰⁹. Lo cierto es que, la doctrina nacional en general, o ha sido incapaz de apreciar que el recurso a las presunciones de culpa se "... inserta en la más general tendencia que se describe como objetivación del intercambio, lo cual induce a la objetivación de la responsabilidad civil..."¹¹⁰ o, la ha defendido con vehemencia bajo el ropaje de la reparación integral, sustentada en "... la necesidad objetiva de la reparación plena del daño..."¹¹¹.

Y esto, precisamente, constituye un grueso error: el hecho incontestable que durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX la culpa haya cumplido el rol de criterio de selección de los intereses dignos de tutela, fungiendo de único factor atributivo de responsabilidad, contribuyendo con ello al desarrollo del capitalismo y al auge de la era de la industrialización, no significa –contrariamente a lo que muchos piensan hoy– que en la actualidad carezca ella (la culpa o, si se prefiere, la responsabilidad subjetiva) de sentido y funcionalidad.

El principio de la reparación integral podría ser entendido, en nuestra experiencia continental contemporánea, como "el principio general de responsabilidad", solamente en países altamente industrializados, esto es, en aquéllos caracterizados por un notable desarrollo tecnológico; empero, aun

en dichos países, no podrá sostenerse como único principio existente, pues, afirmar la responsabilidad objetiva absoluta conllevaría a la aseveración de que el hombre "ha logrado ser Dios", dominando plenamente todos los campos en los que se desenvuelve. La culpa siempre cumplirá un rol en cualquier sociedad contemporánea dentro de la cual se aplique un sistema de responsabilidad civil: el de incentivar el desarrollo técnico-científico, en aquellas áreas aún no dominadas por el hombre.

La historia de la responsabilidad civil es buen ejemplo de la íntima relación entre las nociones de culpa y desarrollo tecnológico: cuando en determinadas áreas del quehacer humano se ha ido incrementando el conocimiento técnico, la responsabilidad del agente ha ido agravándose hasta devenir, en algunas áreas, como supuestos de aplicación de responsabilidad objetiva. Este tránsito de responsabilidad subjetiva a responsabilidad subjetiva agravada, de ésta a responsabilidad objetiva atenuada, para devenir luego en pura responsabilidad objetiva (en algunos aspectos), a la par del desarrollo tecnológico, puede apreciarse claramente en la responsabilidad profesional y en la responsabilidad derivada del ejercicio de empresa (incluida la responsabilidad del productor por productos defectuosos), en donde "... se tiende a afirmar una responsabilidad más rigurosa con respecto a los que poseen conocimientos técnicos y poder económico..."¹¹².

En este contexto, cabe afirmarse que en países no caracterizados precisamente como industrializados, llamados eufemísticamente "países en vías de desarrollo", la culpa, con su función macro sistémica de incentivación de actividades, estará llamada a seguir cumpliendo un rol muy importante y, a veces, superior al que puedan representar los criterios de imputación objetivos de responsabilidad.

Pero, en el Perú de hoy, como si se tratara de un país altamente desarrollado, se ha consagrado una presunción legal en el sistema de responsabilidad extracontractual por culpa que supera el recurso a las llamadas "presunciones simples"¹¹³; lo que

¹⁰⁷DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. Tomo I. Numeral 64. p. 150.

¹⁰⁸REY DE CASTRO, Alberto. "La responsabilidad civil extracontractual (Estudio teórico y práctico del derecho nacional y comparado)". Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1972. Numerales 100 y 113. pp. 140 y 156.

¹⁰⁹ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. "El nuevo código civil del Perú". En: Cuadernos de derecho. Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima 1. Lima. 1992. p. 20. También: MERCADO NEUMANN, Edgardo. "Fundamentos del sistema de responsabilidad civil extracontractual". En: THEMIS-Revista de Derecho 10. Segunda Época. Lima. 1988. p. 73.

¹¹⁰FRANZONI, Massimo. "Colpa presunta e responsabilità del debitore". Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. 1988. p. 436.

¹¹¹LOAYZA LAZO, Alberto. "Propuestas y fundamentos de las normas de enmienda a la responsabilidad civil". En: "Diez años del código civil peruano. Balances y perspectivas. Libro de ponencias presentadas en el congreso internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994". Tomo II. Lima: WG. Editor E.I.R.L. para la Universidad de Lima. 1995. p. 339.

¹¹²VISINTINI, Giovanna. "Principios y cláusulas generales en la normativa italiana sobre los hechos ilícitos". Traducción del italiano por Leysser L. León. En: "Responsabilidad contractual y extracontractual (Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil)". Lima: ARA Editores. 2002. p. 248.

¹¹³FRANZONI, Massimo. "Colpa presunta e responsabilità del debitore". Op. Cit. pp. 430 y siguientes.

conllevar necesariamente una aproximación hacia la responsabilidad objetiva, trayendo como consecuencia –contrariamente a lo que algunos autores nacionales han sostenido– un sistema de responsabilidad civil casi objetivo. Casi objetivo –decimos–, por cuanto en un sistema de responsabilidad objetiva el causante es llamado a responder, salvo que pruebe una causa no imputable (consagrándose normativamente hablando los denominados “sistemas de responsabilidad objetiva relativa”). En cambio, en un sistema de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, teóricamente hablando, el causante responderá, salvo que pruebe o una causa no imputable (caso fortuito y/o fuerza mayor), o su ausencia de culpa, esto es, en este último supuesto, su comportamiento diligente.

Lo cierto es que, la infeliz fórmula del vigente artículo 1969 del Código Civil peruano, mantenido incluso en los proyectos de reforma que forjara el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y en el proyecto vigente preparado en el seno de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reforma de Código Civil, ha terminado por catapultar a nuestro Código Civil a la nada envidiable posición de ser uno de los códigos “más creativos” en materia de responsabilidad civil subjetiva y, más inorgánico, si comparamos su normatividad en materia de responsabilidad contractual (presuntamente subjetivista bajo cánones ochocentistas), respecto de aquella presente en materia de responsabilidad extracontractual (aparentemente casi objetiva, sujeta a una culpa presunta).

Lamentablemente, esta “creatividad” del Código Civil peruano, manifestada en el contenido del artículo 1969 del Código Civil, no ha sido compartida por los más ilustres visitantes que han opinado sobre nuestro Código, quienes han criticado la vocación de generalidad de esta inversión de la carga de la prueba que reduce el ámbito de aplicación de la responsabilidad subjetiva

(al estar acogida en una presunción legal) y la aproxima a la responsabilidad objetiva. Con ocasión del Congreso Internacional sobre los “Diez Años de Vigencia del Código Civil Peruano”, llevado a cabo en la ciudad de Lima, del 12 al 16 de setiembre de 1994, Chabas afirmó que “... esta presunción general, muy favorable a los perjudicados, resulta demasiado severa para los autores simplemente materiales de daños a los que se aplica...”¹¹⁴; mientras que de Angel Yagüez fue enfático al señalar que “... no puedo dejar de manifestar mis reservas sobre el principio de inversión de la carga de la prueba que con carácter general se formula en esta norma...”¹¹⁵; para terminar Visintini señalando que “... personalmente creo que tal regla debe ser rigurosamente circunscrita porque es preciso tener presente que la técnica legislativa y judicial de recurrir a la presunción de culpa ha servido para preparar el camino para la responsabilidad objetiva...”¹¹⁶.

¿Cuál ha sido la pretensión del Código Civil peruano de 1984 al consagrar, con alcance general, en el artículo 1969 una inversión de la carga de la prueba y, por ende, una culpa presunta?

Al parecer, el propósito ha sido bastante pedestre: la miopía jurídica (propia de quienes no alcanzan a visualizar la perspectiva sistémica de la responsabilidad civil) de creer que la única y “moderna” función de la responsabilidad civil es, hoy, “mejorar la situación de las víctimas”¹¹⁷ o, en otras palabras, justificar la existencia de “... razones de política legislativa que consagran la regla ‘favor victimae’ para facilitar el resarcimiento del daño...”¹¹⁸; regla derivada del principio “favor debilis”, que no sería, sino, el principio que sustenta la finalidad tuitiva de la víctima, más conocido como el “principio solidarístico” de la responsabilidad, base de la reparación integral del daño, pero visto únicamente desde la perspectiva diádica de la responsabilidad civil.

El gran problema –ya lo hemos indicado– radica en la visión miope de la responsabilidad civil que cree

¹¹⁴CHABAS, François. “Comentario de las disposiciones del código civil peruano relativas a la responsabilidad civil. Comparación con el derecho francés”. En: “Diez años del código civil peruano. Balances y perspectivas. Libro de ponencias presentadas en el congreso internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994”. Op. Cit. Tomo II. p. 320.

¹¹⁵DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. “Reflexiones sobre la propuesta de enmienda de la comisión de responsabilidad civil. Aspectos sistemáticos y de fondo”. En: “Diez años del código civil peruano. Balances y perspectivas. Libro de ponencias presentadas en el congreso internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994”. Op. Cit. Tomo II. p. 372.

¹¹⁶VISINTINI, Giovanna. “La responsabilidad civil extracontractual en el código peruano. Comparación con los modelos del civil law”. En: “Diez años del código civil peruano. Balances y perspectivas. Libro de ponencias presentadas en el congreso internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994”. Op. Cit. Tomo II. p. 311.

¹¹⁷REY DE CASTRO, Alberto. Op. Cit. Numeral 113. p. 155. También: TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Elementos de la responsabilidad civil (Artículos a las normas dedicadas por el código civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual)”. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2001. p. 87.

¹¹⁸VEGA MERE, Yuri. “Breve panorámica de la responsabilidad civil en el derecho peruano”. En “El código civil del siglo XXI”. Tomo II. Lima: Ediciones Jurídicas. 2000. p. 847.

que el principio solidarístico que la sustenta se agota en la perspectiva diádica de aquella, afirmándose entonces opiniones tales como que "... la regla de 'favor victimae' condice sin dudas con la opinión dominante en el estado actual del pensamiento jurídico..."¹¹⁹, lo cual aparentemente sustentaría la procedencia de dicha regla, bajo una presunción legal de culpa.

En realidad, el principio solidarístico de la responsabilidad civil, desde su perspectiva sistémica, justifica –como excepción– el sacrificio de uno o más individuos en aras del bienestar social: a veces y, sólo cuando es indispensable, el sacrificio de uno (víctima) puede llegar a significar el beneficio de todos, evitando con ello la multiplicación de daños y la generación de nuevas víctimas en el futuro.

Por esto, hoy puede decirse que desde la perspectiva del "derecho continental" y, desde un punto de vista "micro-económico" o "diádico", la función esencial de un sistema de responsabilidad civil es la de la reparación del daño (comprendida dentro de la denominada "función satisfactoria del daño", que incluye tanto la función de reparación del mismo, en el daño patrimonial, como la función aflictivo-consolatoria, tratándose del resarcimiento del daño extrapatrimonial); empero, no es menos cierto que esta función, basada en un principio solidarístico, se entiende subordinada a la función "sistémica" de la responsabilidad civil de incentivación o desincentivación de actividades, que también reposa en el principio solidarístico de la responsabilidad civil, pero visto desde la óptica sistémica. Esto es que, si bien hoy, a diferencia de la perspectiva "ochocentista" de la responsabilidad civil, la pregunta a realizarse no es ya más si hay una buena razón para que el autor de un daño deba responder sino más bien si puede encontrarse una razón para negar el derecho de la víctima al resarcimiento, esta visión solidarística de la responsabilidad estará siempre subordinada a la necesidad de incentivar o no el desarrollo de una actividad. Así, por ejemplo, no existe duda que actividades como la manipulación de gas y su envasado en balones crea un riesgo connatural e inherente a la realización de dicha actividad; y en donde el control de los peligros creados depende básicamente de quién lleva a cabo la misma. Empero, la sociedad debe tolerarla por su utilidad social, lo cual dista mucho de incentivar el desarrollo

de la misma. Esta es la razón por la cual dicha actividad será llevada al campo de la responsabilidad objetiva. En cambio, actividades donde es necesario incentivar el desarrollo técnico-científico, como por ejemplo, determinado tipo de prestaciones médico-quirúrgicas, son llevadas al campo de la responsabilidad subjetiva, pues, la culpa (en la perspectiva clásica, tanto por su concepto eminentemente personal, como por su dificultad de probanza) determinará necesariamente como efecto que las víctimas subvencionen, de algún modo, el desarrollo tecnológico que, al mejorar el estado de los conocimientos científicos en determinada actividad, beneficiará en última instancia a la sociedad toda. En este supuesto, no hay duda que el principio solidarístico de la responsabilidad no puede ser apreciado exclusivamente desde un punto de vista individual, sino desde un punto de vista colectivo, siendo justamente en esta visión de la responsabilidad civil donde se marca una diferencia de perspectiva notoria entre la doctrina del "civil law", en relación con la del "common law".

14. ¿Y qué puede decirse de la inversión de la carga de la prueba respecto al dolo que aparentemente consagra también el artículo 1969 del Código Civil peruano?

Se sabe que es un principio generalmente aceptado que el dolo no se presume y que necesita ser probado; y esto, como derivación de una supuesta herencia romanística (que es en realidad obra de los glosadores) que entiende al dolo como contraposición a la buena fe, que se presume¹²⁰.

El derecho civil clásico, como se conoce, ha diferenciado tres acepciones de dolo: i) como vicio de la voluntad, en donde el dolo es entendido como ardid o engaño del que se vale un sujeto para celebrar un negocio jurídico. Como vicio del consentimiento, el dolo dará lugar a la anulación del acto celebrado; ii) como deliberado propósito de incumplir una obligación asumida, que caracterizará el denominado "dolo contractual"; siendo los tipos de dolo hasta aquí mencionados, los dos sentidos respecto a los cuales se habla en las obligaciones derivadas de los contratos¹²¹; y, iii) como deliberado propósito de causar daño, que configurará el denominado "animus nocendi" y que caracterizará tanto al dolo penal como al dolo extracontractual.

¹¹⁹ALTERINI, Atilio Aníbal. "La presunción legal de culpa como regla de «favor victimae»". En: "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina". Tomo I. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1990. p. 213.

¹²⁰CHIRONI, Gian Pietro. "La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale". Volume I. Segunda edición. Torino: Fratelli Bocca Editori. 1903. Numeral 108. p. 276.

¹²¹POLACCO, Vittorio. Op. Cit. Numeral 97. pp. 235-236.

Tradicionalmente reconocida la prueba del dolo como una prueba difícil "... pues rara vez el estado intencional del obligado se exterioriza de una manera tan neta que facilite su prueba...", se ha señalado que "... por su gravedad, por su carácter excepcional, el dolo no puede presumirse y debe ser probado por quien lo alega..."¹²².

Sin embargo, lo cierto es que, como bien se ha indicado, "... el objeto de la prueba no puede ser la demostración directa de la conciencia y voluntad del evento, del animus nocendi o de la precisa indicación de las prefiguraciones de todas las consecuencias dañosas. Si así fuese, efectivamente se trataría de una prueba realizable solo a través de la confesión o el juramento del agente, desde el momento que no se pueden hacer evidentes los propósitos y los proyectos que son elaborados por la mente humana...", por lo que objeto de la prueba del dolo deben ser los "... hechos o circunstancias de las cuales se pueda deducir la previsión de un cierto evento lesivo: la predisposición fraudulenta o el preciso intento de dañar por parte del responsable..."¹²³.

Las presunciones de dolo no repugnan *per se* al Derecho. De hecho, pueden existir y existen supuestos en los cuales cabría recurrir a una presunción de este tipo¹²⁴, tales como los supuestos de competencia desleal por publicidad engañosa; la remoción de dependientes calificados que aparecen como indispensables para el buen funcionamiento de una empresa, contando para ello con la ayuda de dependientes de la competencia; la obtención calculada y con engaños de los secretos comerciales de una sociedad o los nombres de la cartera de clientes de la competencia; la doble venta de un bien; la inducción al incumplimiento de las obligaciones por un tercero; el abuso del derecho; etc.¹²⁵. Empero, lo cuestionable será establecer una presunción legal de dolo de alcance general, como aparentemente lo hace el artículo 1969 de nuestro Código Civil.

Resulta hasta cierto punto cierto, sin embargo, que la real trascendencia de esta presunción, poco o nada

agrega a la presunción general de culpa consagrada en el propio artículo 1969 del Código Civil peruano, desde que es pacífico el entendimiento en la doctrina comparada de la equivalencia entre culpa y dolo en el campo de la responsabilidad extracontractual¹²⁶, por lo que si el dolo no admite graduaciones¹²⁷, resulta suficiente la culpa para generar el deber de resarcimiento¹²⁸, no existiendo diferencias en lo que respecta a la extensión de la cobertura de daños, sea que la responsabilidad se haya debido a culpa o a dolo del agente.

No se entiende, entonces, cómo la actual Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, se haya limitado a eliminar la presunción del dolo en la nueva redacción propuesta del artículo 1969 del Código Civil peruano, ratificando la presencia de la presunción de culpa; aun cuando ello se deba, tal vez, a la posición acrítica mantenida por uno de sus más conspicuos miembros, quien en una importante obra se limita a criticar exclusivamente la presunción de dolo en el artículo 1969¹²⁹.

Nada trascendente se obtiene, pues, con la cancelación de la presunción del dolo, si se deja la presunción de culpa en el artículo 1969 del Código Civil. Lo único tal vez relevante será la discusión teórica que permitirá reconfirmar, a la luz del principio de solidaridad, la función preventiva macrosistémica que cumple la culpa, pues a la responsabilidad civil por dolo se le ha pretendido adscribir una función sancionatoria (como claramente compensatoria correspondería a la responsabilidad objetiva)¹³⁰.

No debe olvidarse, sin embargo, que la responsabilidad civil subjetiva puede, de hecho, originarse en hechos culposos como dolosos, y que su inclusión expresa en el articulado del Código Civil peruano de 1984, en materia de responsabilidad extracontractual, obedeció a la finalidad de "... rescatar para el Derecho Civil la reparación del acto doloso a fin de salvar un error de aplicación del sistema jurídico cometido por el Poder Judicial..."¹³¹, toda vez que la Corte Suprema de la República, bajo

¹²² CAZEUX, Pedro y Félix TRIGO REPRESAS. "Compendio de derecho de las obligaciones". Tomo I. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L. 1984. p. 144.

¹²³ FRANZONI, Massimo. "Fatti Illeciti". Op. Cit. p. 170. Ver también: CENDON, Paolo. "Il dolo nella responsabilità extracontrattuale". Torino: G. Giappichelli Editore. 1976. pp. 141, 155, 167 y 258 y siguientes.

¹²⁴ CENDON, Paolo. Op. Cit. pp. 206 y siguientes.

¹²⁵ Ver al respecto los elencos consignados en: VISINTINI, Giovanna. "Trattato breve della responsabilità civile". Op. Cit. pp. 322 y siguientes. También: LEON HILARIO, Leysser. Op. Cit. pp. 53-54.

¹²⁶ VISINTINI, Giovanna. "Trattato breve della responsabilità civile". Op. Cit. p. 309.

¹²⁷ POLACCO, Vittorio. Op. Cit. p. 236.

¹²⁸ LEON HILARIO, Leysser. Op. Cit. p. 54.

¹²⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la responsabilidad civil". Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A. 2003. pp. 108-109.

¹³⁰ Véase: CASTRONOVO, Carlo. "Problema e sistema nel danno da prodotti". Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1979. p. 604. También: CAFAGGI, Fabrizio. Op. Cit. pp. 61 y siguientes.

¹³¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. Tomo I. Numeral 48. p. 127.

la vigencia del Código de 1936, tuvo la peregrina idea de sentar jurisprudencia (una de las pocas y mal) señalando que “la vía civil no era competente para obtener resarcimiento por daños generados en un delito doloso”.

VII. ¿DE LA “CULPA SOCIAL” A LA “REPARACIÓN INTEGRAL”?... ¿O HACIA LA AFIRMACIÓN DEL “MITO DE SÍSIFO”?

15. Dentro de la racionalidad de los sistemas más logrados del “civil law”, se comienza a percibir en un momento dado del desarrollo capitalista que la subvención al desarrollo industrial, en detrimento de las víctimas, no puede ser tolerado más, si es que se ha alcanzado, cuando menos, un grado aceptable de desarrollo tecnológico en función a la actividad que se trate. Realidades evidentes de esta constatación se dan, por ejemplo, dentro de los campos de la responsabilidad médica y de la responsabilidad por productos. Se plantea entonces, en función al grado de desarrollo tecnológico de las actividades humanas, un reemplazo de la “función individual” por la “función social” de la responsabilidad civil, afirmándose –a nivel diádico– el principio solidarístico de la reparación integral como regla general de responsabilidad, o, cuando menos, una concepción bipolar de la responsabilidad civil, con la co-existencia de dos grandes principios generales: la culpa y el riesgo, y la construcción del sistema de responsabilidad extracontractual bajo dos cláusulas generales interpretativas: una de responsabilidad subjetiva y otra de responsabilidad objetiva. Ejemplos vívidos de esta tendencia, lo constituyen los aportes doctrinarios que se dan en Europa a partir de los años 1940-1960, como por ejemplo, los de Trimarchi y Rodotà en Italia; Esser en Alemania; y Starck en Francia.

Esta evolución y tendencia del Derecho continental, nos es recordada por Salvi de la forma siguiente:

“... La ‘ratio’ del instituto tiende, en efecto, a alejarse de la lógica individual, que sostiene la exigencia de restaurar el equilibrio lesionado por el daño a la víctima, a una razón de interés ‘general’ (aunque identificada con el principio liberal del cual se ha hablado). Se abre así la dialéctica, todavía central, entre la función individual de la responsabilidad civil, como instituto que regula una

relación bilateral según criterios privatistas, y su función social, entendida como interés general que justifica (o no) el traslado del daño de la víctima a otro sujeto (...). La reparación del daño no es más vista como la consecuencia de reglas con finalidades esencialmente preventivas y represivas en función de conductas dañosas opuestas a los parámetros de tolerabilidad social; sino, como función primaria del instituto, que encuentra si acaso un límite, y no su fundamento, en la consideración del hecho del responsable. El principio liberal es derrumbado: no se pregunta ya si hay una buena razón para que el autor de un daño deba responder, sino más bien, por qué podría ser negado el derecho de la víctima al resarcimiento...”¹³².

El principio de la reparación integral –en países del “civil law” en donde la industrialización ha alcanzado ya un grado aceptable de desarrollo tecnológico– postula como posible realidad, con el carácter de principio general y no ya como excepción, la afirmación premonitoria de Ripert “de la responsabilidad a la reparación”. Áreas tradicionalmente aceptadas como de dominio de la culpa, como por ejemplo, las de prestaciones profesionales, pasan a ser de dominio en parte de la responsabilidad objetiva, incluyendo aquellas de tipo médico-quirúrgicas, allí donde el progreso alcanzado por la ciencia y la técnica permitan afirmar que no más las víctimas de daños deban subvencionar el desarrollo tecnológico¹³³.

La calificación de una actividad humana como sujeta a responsabilidad subjetiva u objetiva dependerá entonces de la evaluación que se haga de dicha actividad, a la luz del progreso alcanzado en el desarrollo de la misma. Esta es la razón del porqué la responsabilidad del productor, por ejemplo, en su inicio, fue concebida como una actividad típicamente sujeta a la responsabilidad subjetiva y en donde, por lo menos en Europa, con la dación de la Directiva de la Comunidad Económica Europea 85/374, ha pasado a ser concebida como una actividad sujeta, en términos generales aunque no absolutos, a responsabilidad objetiva. Ello, por cuanto hoy en el estado de la doctrina comparada se admite como regla general de responsabilidad objetiva, la denominada “responsabilidad objetiva relativa”, que permite invocar al caso fortuito y/o fuerza mayor como supuestos de exclusión de responsabilidad. En la

¹³² SALVI, Cesare. Op. Cit. pp. 14-15.

¹³³ FRANZONI, Massimo. “La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e nelle obbligazioni di risultato”. En: “Responsabilità, comunicazione, impresa”. Año II. Volumen 2. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1997. pp. 325-326. ¹³⁴ Véase al respecto: FRANZONI, Massimo. “Fatti illeciti”. Op. Cit. pp. 536-540; y ALPA, Guido; BIN, Marino y Paolo CENDON. “La responsabilità del produttore”. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDA. 1989. pp. 136-140.

responsabilidad del productor, en cambio, a éste, para no responder, se le permite también aportar la prueba del denominado “riesgo de desarrollo”, esto es, la prueba de que el producto se creía suficientemente seguro al momento en el cual fue puesto en circulación. Por esto se le permite exonerarse de responsabilidad probando que:

- El defecto que ocasionó el daño no existía cuando el fabricante colocó el producto en circulación; o
- Si el estado de los conocimientos científicos y técnicos, al momento en el cual el fabricante puso en circulación el producto, no permitía considerar todavía el producto como defectuoso.

Repárese entonces que el denominado “riesgo de desarrollo”, es uno ya existente al momento de la puesta en circulación del producto, pero que no podía ser descubierto dado el nivel de los conocimientos técnicos y científicos imperantes en dicho momento¹³⁴.

Así también, si no fuera por la existencia de los “lobbies” económicos, la actividad aeronáutica debería de haber dejado hace algún tiempo de ser considerada sujeta a la responsabilidad subjetiva, para pasar a ser objeto de responsabilidad estricta. ¿O es que acaso alguien puede ignorar hoy que una de las actividades más seguras, es, sin duda, la actividad aeronáutica?

Como hemos ya señalado en un trabajo anterior¹³⁵, desde una perspectiva diádica, la actividad de transporte aéreo ha sido siempre la misma desde su inicio; esto es, un sujeto (transportista) que se obliga frente a otro (pasajero) a llevarlo sano y salvo a destino. En este sentido: ¿por qué no responder frente a éste, en caso de incumplimiento, por la sola no consecución del resultado, si justamente su obligación consistió en garantizar dicho resultado? La respuesta la encontramos si entendemos históricamente a la actividad aeronáutica como una actividad altamente riesgosa en sus orígenes. Justamente por tratarse de una actividad por ese entonces novedosa y en donde no se poseían los conocimientos técnico-científicos que permitieran dominar los riesgos inherentes a

esta actividad, el peligro de que un aeroplano cayera a tierra, con probables daños a sus pasajeros y/o carga, era latente y altamente probable. Entonces, si a aquel sujeto que deseara invertir y llevar adelante esta actividad le hubiésemos dicho “está bien, desarróllala, pero quedas advertido que deberás pagar por todos los daños que ocasiones a los pasajeros y/o carga en caso de accidente”, la respuesta de aquél hubiese sido franca y directa: “no puedo invertir en una actividad donde perderé más de lo que puedo ganar”. Esta respuesta, no de uno, sino de todos los empresarios, hubiese determinado que nadie se dedique a la actividad de transporte aéreo, con la consecuente involución de esta actividad¹³⁶.

Lo dicho precedentemente revela una de las funciones de la responsabilidad civil que más ha sido esquivada a la apreciación de los juristas clásicos, no acostumbrados a enfocar a la responsabilidad desde su perspectiva sistémica: la de incentivación y desincentivación de actividades; y demuestra, al mismo tiempo, la importancia del rol que ha cumplido la culpa como criterio de imputación en la historia de la responsabilidad civil al servicio del desarrollo tecnológico. Lo que ya se ha venido preguntando la doctrina civilística contemporánea, es si, en verdad, la aparente “evolución” de la responsabilidad civil, de la culpa ético-psicológica a la culpa social; de ésta a la responsabilidad objetiva atenuada; y de ésta a la responsabilidad objetiva absoluta, no sea más que un “espejismo” que en realidad refleja –respecto al dominio de la tecnología– un acercamiento siempre “asintótico”, representando una curva que se acerca de continuo, hasta el infinito, a la recta del conocimiento sin llegar nunca a encontrarlo. Cuando parece que el hombre avanza más en el dominio de la ciencia y la tecnología, parecen surgir nuevos retos (piénsese en las nuevas enfermedades surgidas en el siglo XX y las mutaciones de virus que exigen nuevas investigaciones que parecen partir desde el desconocimiento absoluto), que obligan a “remensurar” la meta y “revalorar” el rol de la culpa en la sociedad post-moderna, a punto tal que, para algunos, la responsabilidad civil ha seguido la trayectoria de una “parábola”¹³⁷, permitiendo a la culpa recuperar hoy la condición de “única cláusula general normativa de responsabilidad”.

¹³⁴Véase al respecto: FRANZONI, Massimo. “Fatti illeciti”. Op. Cit. pp. 536-540; y ALPA, Guido; BIN, Marino y Paolo CENDON. “La responsabilità del produttore”. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDA. 1989. pp. 136-140.

¹³⁵FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “La responsabilidad civil del gestor de bases de datos en la informática jurídica”. En: *Ius et Veritas* 15. 1997. pp. 261-262.

¹³⁶*Ibid.* p. 262.

¹³⁷BUSNELLI, Francesco Donato. Op. Cit. En: BUSNELLI, Francesco D. y Salvatore PATTI. Op. Cit. pp. 12-15.

Esta necesidad de “revalorar” el rol de la culpa en la sociedad post-industrial, puede llevar a muchos a pensar que la culpa es en realidad una “maldición” que persigue a la responsabilidad civil como el “mito de Sísifo” en la mitología griega: como narra esta leyenda, Sísifo fue un rey legendario de la ciudad de Corinto que dio gran prosperidad a su reino, hasta el punto de sentirse tan poderoso y autosuficiente que se atrevió a encadenar a “Thanatos”, la muerte. Por esta osadía, Sísifo fue condenado por los dioses a subir eternamente una piedra por la ladera de un cerro, que al llegar casi a la cima, volvía a caer.

¿Es la historia de la culpa semejante al mito de Sísifo?; ¿está la humanidad condenada a “soportarla” por toda la eternidad al constatar que nunca podrá alcanzar el conocimiento pleno de la ciencia y la tecnología?

Esta visión “fatalista” de la responsabilidad civil puede ser compartida o negada. Sin embargo, la única conclusión valedera en esta época –inicios del siglo XXI– parece ser que se debe atribuir aún un importante rol a la culpa en la evolución de las sociedades post-industriales, por lo que la proclama de Ripert “de la responsabilidad a la reparación”, parece todavía ser una aspiración, pese a su temprano enunciado en la primera mitad del siglo XX.

VIII. DE LA CULPA Y EL RIESGO COMO CRITERIOS DE IMPUTACIÓN A LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA. LA IMPORTANCIA DE LA PROBLEMÁTICA DEL “CHEAPEST COST AVOIDER” COMO CRITERIO ECONÓMICO DE VALORACIÓN DE LA CULPA Y SU CONTRASTE CON LA FUNCIÓN MACROSISTÉMICA DE INCENTIVACIÓN DE ACTIVIDADES. EL ROL DEL “BEST COST AVOIDER”

16. Ha señalado bien Castronovo que “... afirmar que los escritos de Guido Calabresi representan la contribución más importante de la literatura jurídica contemporánea al estudio de la responsabilidad civil es cosa recurrente, así como por descontado es el hecho de incluir a este autor entre los padres del análisis económico del Derecho...”¹³⁸.

Bajo la perspectiva del análisis económico del

Derecho, se ha resaltado que, básicamente, un sistema de responsabilidad civil extracontractual cumple tres funciones esenciales¹³⁹:

- La desincentivación de actividades que aumenten el número y gravedad de los accidentes.
- La compensación de las víctimas; y
- La reducción de los costos administrativos inherentes a todo sistema de responsabilidad civil.

Dentro de esta perspectiva, la reducción de los costes se transforma en la función principal de la responsabilidad civil¹⁴⁰ y ello por cuanto ésta es vista esencialmente como “un mecanismo social para la traslación de los costos”, en donde la decisión sobre donde dejamos permanecer y a quien hacemos soportar las consecuencias económicas del daño “... tiene, en realidad, un evidente aspecto preventivo...”¹⁴¹.

Vistas las reglas de la responsabilidad civil como instrumento de prevención general de los sucesos dañosos, enseña el análisis económico del Derecho que uno de los criterios básicos que debe conducir a adoptar reglas de responsabilidad objetiva (“strict liability”) o reglas de responsabilidad subjetiva (“negligence”), radica en el análisis de las capacidades de prevención de los sujetos. Así, el que está en mejor posición de prever e impedir los daños, al menor costo, debe adoptar las medidas idóneas destinadas a evitarlos y, de no hacerlo, deberá responder.

De esta manera, se consagra el principio denominado “cheapest cost avoider” (la parte que evita daños al menor coste) como base de un sistema de prevenciones, afirmándose que la responsabilidad civil debe usar:

- El criterio de la culpa, en casos de prevención bilateral; y
- La responsabilidad objetiva, en casos de prevención unilateral.

En palabras de Calabresi, esta regla (que asume su tenor definitivo en la obra de este autor: “Optimal Deterrence and Accidents”¹⁴²), significa que “...

¹³⁸ CASTRONOVO, Carlo. “La nuova responsabilità civile”. Op. Cit. pp. 73-74.

¹³⁹ CALABRESI, Guido. Op. Cit. pp. 42-48.

¹⁴⁰ Ibid. p. 44.

¹⁴¹ MONATERI, Pier Giuseppe. “La responsabilità civile”. En: “Trattato di diritto civile” diretto da Rodolfo Sacco. Tomo 3: “Le fonti delle obbligazioni”. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET. 1998. pp. 19-20.

¹⁴² CALABRESI, Guido. “Optimal Deterrence and Accidents”. En: YALE L.J. 84. 1975. p. 666.

responde del daño aquel que se encuentra en la posición más adecuada para conducir el análisis costos-beneficios, esto es, a asegurar la conveniencia de evitar el daño comparando los costos relativos y el costo en el cual consiste el daño mismo...¹⁴³.

Este principio, de indudable trascendencia en la responsabilidad civil contemporánea, puede estar en capacidad de generar problemas en juristas del "civil law", si éstos pretenden aplicarlo de manera general y absoluta en todos los casos bajo análisis. Un jurista del "civil law", por su propia formación y manera de pensar el Derecho, tiende a razonar bajo categorías y a formular generalidades. Expresión clara de este pensamiento lo constituye la existencia de cláusulas generales interpretativas de responsabilidad destinadas a ser usadas y completadas en sede jurisdiccional. Ejemplo de ello, en el Código Civil peruano, lo constituyen los artículos 1969 y 1970, que no son sino, justamente, cláusulas generales interpretativas de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad objetiva, respectivamente.

Un juez, un abogado, o un jurista peruano –al igual que cualquier otro del "civil law"– se sentirá tentado de generalizar situaciones, partiendo de un supuesto particular: si cree que un accidente de circulación vial merece ser analizado bajo los criterios de responsabilidad objetiva, concluirá en que todos los accidentes de tránsito deberán verse bajo la misma óptica. Si cree que los daños originados en la praxis médica merecen ser evaluados bajo los criterios de responsabilidad subjetiva, pues la responsabilidad médica toda deberá ser vista y medida bajo el mismo criterio; y si, finalmente, cree que la responsabilidad por productos debe ser merituada bajo las reglas de la responsabilidad estricta, pues aplicará esta regla para todos los casos de daños existentes en la relación productor-consumidor.

Esta óptica constituye –sin duda– una "tara conceptual", como tara conceptual constituye también el raciocinio de la regla "cheapest cost avoider" como si se tratara de una fórmula matemática.

Al respecto, Monateri, en Italia¹⁴⁴, ha examinado la eficiencia de la regla "cheapest cost avoider", en casos límite, demostrando que –a veces– la culpa

puede resultar siendo una solución superior a la responsabilidad objetiva, pese a tratarse de situaciones de prevención unilateral. Para esto, examina un caso de responsabilidad del productor:

Cuando es sólo el productor quien puede proyectar un producto seguro, fabricarlo sin defectos y advertir al consumidor de riesgos potenciales, se está hablando de un solo sujeto, el fabricante, que estaría en mejor posición de prever los daños.

Este sería, entonces, un típico caso de *prevención unilateral*, en donde debería en principio adoptarse el criterio de *responsabilidad objetiva*.

De otro lado, puede suceder que sea necesario que el consumidor que usa el producto tenga también que realizar acciones de prevención: debe usar el producto con cautela y con arreglo a las instrucciones adjuntas, por ejemplo. En este caso, se tendría entonces que no sólo el productor, sino el consumidor del producto, estarían en posición de tomar precauciones para prever ocasiones de daño. Cabría hablar aquí, en consecuencia, de la existencia de *prevenciones bilaterales*, resultando *la culpa* el criterio más eficiente para la asignación de responsabilidades.

El destacado comparatista italiano realiza entonces un análisis partiendo de supuestos "... errores que derivan de una elección errónea de esquemas de responsabilidad...", señalando lo siguiente:

"... Supongamos, en primer lugar, que adoptemos la responsabilidad objetiva en situaciones de prevención bilateral. Como hemos ya visto, esto libera a las víctimas potenciales de cualquier deber de atención, volviendo los incidentes dañosos potencialmente más frecuentes y más graves. Ahora cometamos el 'error' opuesto y utilicemos la culpa en casos de prevención unilateral. Como hemos visto, las prevenciones del potencial causante de daños alcanzarían de cualquier modo el nivel eficiente que minimiza el costo social esperado, esto es, el nivel de prevención eficiente: el mismo nivel (...) que sería alcanzado inclusive en presencia de una responsabilidad objetiva. Como quiera que estamos utilizando la culpa, la víctima estará sujeta a una responsabilidad complementaria, debiendo soportar todos los daños derivados del comportamiento diligente de la otra parte, o derivados de su culpa absorbente. Puesto que, por

¹⁴³CASTRONOVO, Carlo. "La nuova responsabilità civile". Op. Cit. p. 75.

¹⁴⁴MONATERI, Pier Giuseppe. "La responsabilità civile". Op. Cit. pp. 45-48. También en: MONATERI, Pier Giuseppe. "Costo e prevenzione degli incidenti". En: "Analisi economica del diritto privato", a cura di Guido Alpa; Pierluigi Chiassoni; Andrea Pericu; Francesco Pulitini; Stefano Rodotà e Francesco Romani. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A.. 1998. pp. 294-296.

hipótesis, estamos ante una situación de prevención unilateral, no hay nada que la víctima pueda hacer para reducir la propia responsabilidad complementaria; a ella le toca sólo soportar los daños vinculados a la culpa de la otra parte. Por tanto, no se verifica ninguna ineficiencia en prevención, ya que el potencial causante de daños alcanza de cualquier modo el nivel óptimo de prevención, en la medida que traslade sobre la víctima el costo de los accidentes no debidos a su culpa (del causante).

En base a estas consideraciones, se puede concluir que la culpa es superior a la responsabilidad objetiva en situaciones que se prestan a dudas, puesto que no se corre el riesgo de aumentar la frecuencia y la gravedad de los accidentes. Usar la responsabilidad objetiva en lugar de la culpa puede inducir a las víctimas a no asumir prevenciones justificadas por un análisis racional de costos y beneficios, conduciendo en cambio a los potenciales causantes de daños a ser muy cautelosos en sus actividades, más allá de poder causar accidentes más frecuentes y más graves.

Viceversa, usar la culpa en lugar de la responsabilidad objetiva, no tiene efectos sobre el plano de la prevención, pero sí efectos distributivos sobre las víctimas potenciales..."¹⁴⁵.

La virtud de la afirmación precedentemente citada será la de permitirnos demostrar la íntima vinculación existente entre las visiones diádica y sistémica de la responsabilidad civil: los criterios de prevención que se adopten y, sobre todo, la decisión que se tome sobre la incentivación o desincentivación de una actividad a nivel macro-sistémico, tendrán incidencia sobre las funciones reparatoria y distributiva de la responsabilidad civil, a nivel micro-sistémico.

Como bien ha señalado Monateri, si utilizamos la culpa en casos de prevención unilateral, no hay nada que la víctima pueda hacer para reducir los supuestos de responsabilidad: "a ella le toca sólo soportar los daños vinculados a la culpa de la otra parte".

Lógicamente, algunos pretenderán decir que aquí se entra a una situación de ineficiencia, puesto que el causante del daño, al hacerlo responder por culpa, dejaría de adoptar las medidas de prevención que originalmente habría adoptado en los

supuestos de responsabilidad objetiva.

Nada más alejado de la realidad cuando se trata de utilizar la culpa al servicio de la función macro-sistémica de incentivación de actividades:

Cuando, por ejemplo, se intenta incentivar una actividad (la cual, inclusive, por naturaleza, podría esta en aptitud de generar peligro), puesto que no ha alcanzado el grado de desarrollo tecnológico o científico deseado, se sabe que "... es el sujeto que reviste la calidad de potencial causante de daños (...) el que tiene la competencia tecnológica para reducir los incidentes causados por su actividad..."¹⁴⁶ o, de no tenerla, es el que desea adquirirla, para desarrollar más eficientemente su actividad, pues, a mayor tecnología, menores riesgos de daños y mayores ganancias.

En el caso del transporte aéreo, por ejemplo, es obvio que desde la época de los inicios de la aviación las prevenciones han sido siempre unilaterales, pues ayer, hoy y siempre, los pasajeros podrán hacer poco o nada para evitar que los aviones se caigan. ¿Por qué entonces la responsabilidad civil ha optado históricamente, en un inicio, por establecer a la culpa como factor atributivo de responsabilidad, pese a tratarse de un caso de prevención unilateral?

Porque de esta manera se lograba la incentivación del desarrollo de esta actividad y la consecuente obtención de mejoras tecnológicas, sin que ello vaya necesariamente en desmedro de soluciones óptimas de prevención: es obvio, por ejemplo, que el transportista no desea que se le caigan o se le sigan cayendo los aviones con los que realiza una actividad lucrativa y que representan su capital de trabajo, por lo que el "ahorro" que obtendrá al disminuir las ocasiones de reparación (cuando no se le pueda probar culpa, por ejemplo) lo invertirá en investigación y tecnología hasta alcanzar, cuando menos, un grado de desarrollo medianamente aceptable; siendo lo dicho aplicable a la realización de cualquier actividad humana.

En realidad, entonces, no se verifica ninguna situación de ineficiencia en prevención cuando las ocasiones de reparación disminuyen en beneficio del incremento de tecnología: lo que un productor o, en general, cualquier potencial causante de daños que realiza una actividad "ahorra" al pagar menos indemnizaciones (principalmente por la

¹⁴⁵ MONATERI, Pier Giuseppe. "La responsabilità civile". Op. Cit. pp. 45-46.

¹⁴⁶ Ibid. p. 44.

dificultad en la probanza de su culpa) no determina que disminuya su nivel de prevención, pues invertirá en la tecnología necesaria para preservar o mejorar su capital de trabajo.

Obviamente, si ya se ha alcanzado ese grado de desarrollo tecnológico medianamente aceptable, la persistencia de esta situación límite, aplicando la culpa aun en casos de prevención unilateral aparentemente contraria a la regla del “cheapest cost avoider”, sí producirá una situación de ineficiencia en los niveles de prevención de quien está en mejor posición de prever los daños: en este caso, el “ahorro” en los costes indemnizatorios sí irían a parar a los bolsillos de los productores o de los potenciales causantes de daños.

De lo dicho, se extrae, pues, una conclusión inevitable:

Invertir la regla del “cheapest cost avoider” en los casos de prevención unilateral, aplicando la responsabilidad subjetiva (el criterio de la culpa), sólo producirá una situación de ineficiencia, en el supuesto de existir ya un grado de desarrollo tecnológico socialmente aceptado.

Puede entonces extraerse una clara conclusión para la aplicación de los criterios de imputación en materia de responsabilidad extracontractual: para decidir qué criterio aplicar, primeramente, deben analizarse las capacidades de prevención de los sujetos. Si se reconoce un supuesto de prevención bilateral, la única solución eficiente a aplicar, en términos de prevención, será la cláusula general normativa por culpa. En cambio, si se reconoce un supuesto de prevención unilateral, deberá contrastarse previamente el estado de la tecnología para encontrar una solución eficiente en términos de prevención: si el estado tecnológico de la actividad bajo análisis no ha aún desarrollado lo suficiente, la solución óptima en prevención se encontrará aplicando la cláusula general normativa por culpa (artículo 1969 del Código Civil), en vez de la responsabilidad objetiva. Si por el contrario, el estado tecnológico de la actividad bajo análisis ya ha obtenido un nivel aceptable, deberá aplicarse la cláusula general normativa por riesgo (artículo 1970 del Código Civil).

Esto significa, entonces, que la óptica diádica de la responsabilidad civil tiene que ser contrastada

con la óptica sistémica de la misma, que prioriza la función de incentivación de actividades, lo que determina que en la evaluación del criterio de imputación a aplicar no intervenga un puro criterio económico. No basta el “cheapest cost avoider”, sino que debe ser contrastado con el “best cost avoider”: el sujeto que socialmente está en mejor posición de asumir los costes del daño. De alguna manera, aun cuando por razones no necesariamente iguales (toda vez que en la perspectiva americana no se diferencian los niveles de análisis diádico y sistémico de la responsabilidad civil), Calabresi llegó a percibir esta problemática, señalando que “... el criterio para determinar la responsabilidad en el sistema de la culpa no es un criterio de mercado puro; sino que para ello intervienen también consideraciones ‘morales’ acerca de las actividades. El objetivo de la decisión ex post no es hallar al sujeto que puede evitar los costes de la forma más económica (the cheapest cost avoider), sino a aquél que pueda hacerlo del mejor modo (the best cost avoider)...”, con lo que “... el efecto de ignorarlos es el de gravar con ellos a la víctima, lo cual puede ser conveniente en algunos casos...”¹⁴⁷.

Por esto es que resulta tan cierta la afirmación ya citada de Castronovo en torno a que en la historia del derecho continental, la aproximación a los conceptos de “culpa” y “riesgo” ha sido intuitiva, demostrando una incapacidad absoluta de formular una solución jurídicamente correcta¹⁴⁸. Pretender diferenciar el campo de aplicación de cada cláusula general normativa de responsabilidad en diversos “momentos” del quehacer humano, no representa un enfoque metodológicamente correcto al problema: decir que la culpa analiza la forma en que se desenvuelve la conducta humana (aspectos internos), y que el riesgo (o cualquier criterio de imputación objetiva) sólo los efectos que produce dicha conducta en el plano externo, resulta falso, desde que ignora que en toda actividad humana –sea o no generadora de peligro– existen conductas de prevención que realizar.

Es por esta razón que no más debe ser definida la culpa como “negligencia”, que es un concepto antitético al de “diligencia”, cuyo significado implica la realización de medidas de precaución o prevención.

Por esta misma razón, definiciones del “riesgo”

¹⁴⁷CALABRESI, Guido. Op. Cit. pp. 245 y 339.

¹⁴⁸Ver nota a pie de página 48.

como sinónimo de “peligro”¹⁴⁹ o aquellas que pretenden diferenciar estos dos conceptos vinculando al “riesgo” al aspecto interno de una actividad humana que atiende “... a la valoración esencialmente económica del alea que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio...”; y al “peligro” a los aspectos externos de la conducta humana, entendiéndolo como “... una noción esencialmente objetiva, que representa la relevante potencialidad actual de daño o de mayor daño, cuyo aspecto principal se evidencia en su proyección al exterior, en relación a los terceros amenazados por el daño...”¹⁵⁰; no son sino también aproximaciones intuitivas a un problema irresoluto en términos de formulación de una regla jurídica coherente de aplicación de las cláusulas generales normativas de responsabilidad.

Creemos entonces que, a partir de los escritos de Calabresi, los conceptos de “culpa” y “riesgo”, aun bajo las cláusulas generales normativas contenidas en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil peruano, deben ser redefinidos en la forma siguiente:

- “Culpa” significará “carencia de medidas de prevención, dentro de sacrificios económicos razonables exigibles a los sujetos, en un marco en donde los deberes de cuidado no estén a cargo de una sola parte”.
- “Riesgo” o “peligrosidad” significará “carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados”.

17. Como se ha indicado ya previamente¹⁵¹, la aplicación de los aportes de Calabresi a la teoría de la responsabilidad civil permitirá también formular soluciones jurídicamente correctas, no sólo ya a los supuestos de responsabilidad por hecho propio, sino también a los de responsabilidad por el hecho ajeno, como es el caso de la responsabilidad del guardador por los hechos del incapaz bajo su guarda. Recordemos que Trimarchi ya había

cuestionado la aplicación de presunciones de culpa a los casos de responsabilidad indirecta, por no cumplir otra función que la de “satisfacer cierto espíritu conservador”¹⁵², creyendo ver en ello la negación a abandonar la culpa como criterio de selección de tutela de los intereses.

Así también, cuando nos cuestionábamos sobre cierto sabor amargo de “injusticia” que nos dejaba la solución de “lege data” sobre la responsabilidad de los incapaces en los supuestos de responsabilidad objetiva, si entendíamos los conceptos de “culpa” y “riesgo” en sus contenidos tradicionales, no hacíamos sino constatar cómo estos contenidos formulados en el “civil law” desde siempre han sido –como ya se ha indicado reiteradamente– intuitivos de la realidad y no fórmulas jurídicas capaces de dar soluciones correctas, insuficientes para resolver los problemas del tráfico jurídico en las sociedades capitalistas contemporáneas.

Bajo la teoría del “cheapest cost avoider” puede perfectamente reorientarse soluciones en la responsabilidad por hecho ajeno: por ejemplo, ¿cuándo deberá responder el guardador por los daños causados por el incapaz que haya actuado sin discernimiento?

Podría plantearse hasta cuatro escenarios posibles:

- En los casos en que el guardador haya omitido sus deberes de cuidado (vigilancia sobre el incapaz falto de discernimiento) y la víctima no haya contribuido con sus acciones a propiciar esa ocasión de daño, la solución óptima de responsabilidad se encontrará aplicando la responsabilidad objetiva: el guardador deberá responder (supuesto de prevención unilateral) para así inducirlo a tomar medidas de prevención que eviten que, en el futuro, repita esta conducta, sirviendo al mismo tiempo como vehículo de reparación plena de la víctima (función compensatoria de la responsabilidad civil a nivel diádico) y como ejemplo disuasivo para otros “guardadores negligentes”, quienes sabrán que

¹⁴⁹Todas las teorías del “riesgo beneficio”, del “riesgo creado”, o del “riesgo de empresa” parten de la idea de que el riesgo es creación de peligro o, a lo sumo, representa el aspecto económico del peligro. Y es importante hacer notar cómo algún autor como PHILOLENKO llega a vincular la teoría del “riesgo creado” con la “culpa”. En cita que realiza de este autor, ALPA, señala lo siguiente: “... como precisa el autor, la expresión «riesgo creado» aparece en una nota de Josserand (...) y no debe ser confundida con la expresión «riesgo-beneficio» de Saleilles (...). En la terminología que se refiere al «riesgo creado», según Philolenko, se puede en efecto vislumbrar el significado moral de la culpa, propiamente porque se imputa al sujeto –que con su actividad ha expuesto a terceros al peligro de ser dañados– la responsabilidad derivante de esta «culpa»...”. Citado en: ALPA, Guido. “Trattato di diritto civile”. Tomo IV: “La responsabilità civile”. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. 1999. Nota a pie de página 176. pp. 290-291. Ver también para la vinculación de los conceptos de “riesgo” y “peligro”: FORCHIELLI, Paolo. “Intorno alla responsabilità senza colpa”. En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Anno XXI. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1967. Nota a pie de página 25. p. 1387; y TRIMARCHI, Pietro. Op. Cit. p. 214, quien refiriéndose al término «actividad peligrosa» afirma que refiere a una “... cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio...”.

¹⁵⁰COMPORTI, Marco. Op. Cit. pp. 169-170.

¹⁵¹Ver numeral 7.3 *supra*, en su parte final.

¹⁵²Ver numeral 3 *supra*.

siempre que omitan sus deberes de cuidado, responderán (función preventiva de la responsabilidad civil a nivel sistémico).

- En los casos en que el guardador no haya omitido sus deberes de cuidado y sea la propia víctima quien, con sus acciones, haya propiciado el daño (por ejemplo, el sujeto que, con intención de robar, escala los muros de un manicomio y, dentro de éste, es atacado por un enajenado mental), deberá negarse el resarcimiento (supuesto de prevención unilateral a cargo de la víctima). Es el caso de “la imprudencia de quien padece el daño”: artículo 1972 del Código Civil.
- En los casos en que tanto el guardador como la víctima hayan omitido sus deberes de cuidado, la solución más eficiente en términos de asignación de responsabilidad se encontrará aplicando el criterio de imputación de la culpa (o de la responsabilidad subjetiva, si se quiere), evitando con ello situaciones de ineficiencia en términos de prevención y propiciando soluciones justas en términos de reparación (artículo 1973 del Código Civil).
- Y, en todos aquellos casos en que el daño se presenta como producto del azar, entrará en juego el criterio del “best cost avoider”: deberá otorgarse una reparación en función de aquel que esté en una mejor posición social de hacerlo que, en el caso del artículo 1977 del Código Civil peruano, adopta un ropaje económico: riqueza o pobreza. Si la víctima es la que está en situación de ventaja económica, pues a ella le tocará soportar los costes económicos. Si en cambio, es el incapaz causante del daño el que goza de una mejor situación económica, será entonces el llamado a responder.

Si todos estos supuestos han querido ser “justificados” con criterios de imputación que teóricamente han perseguido dar un sustento de justicia al traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, utilizando criterios “subjetivos” como la culpa, u objetivos como “el riesgo”, “la garantía” o “la equidad”, lo cierto es que los mismos no han logrado nunca formular una solución jurídicamente correcta bajo dichos parámetros.

No existe duda, sin embargo, que en el caso del artículo 1976 Código Civil peruano, hacer responsable al representante legal por los daños que ocasione el incapaz falto de discernimiento, representa una solución carente de todo sentido lógico, pues no siempre aquél cumple funciones de “guardador”.

IX. CONCLUSIONES

18. De todo lo indicado en el desarrollo de este artículo pueden extraerse las siguientes conclusiones puntuales:

- El artículo 1969 del Código Civil peruano contiene una cláusula general interpretativa de orden normativa por culpa, de igual rango que aquella regulada en el artículo 1970 del Código Civil. Por ende, en el Perú, dentro de la responsabilidad extracontractual, puede afirmarse un sistema bipolar.

La culpa ha dejado de ser considerado el único criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria, cumpliendo hoy un rol diferenciado como criterio de imputación, a la par de otro objetivo, de igual rango y valor (el riesgo).

- Constituye un grueso error legislativo, que no se condice con las funciones de la responsabilidad civil en sede extracontractual, desde una perspectiva sistémica, haber consagrado una presunción de culpa en el artículo 1969 del Código Civil. La carga de la prueba de la culpa debiera recaer sobre la víctima del daño. Grueso error también constituye el que se haya establecido una presunción de dolo.

Con ello, el sistema de responsabilidad extracontractual en el Perú es casi un sistema de responsabilidad objetiva, incompatible con el estado de la tecnología en la sociedad peruana.

- El sistema de responsabilidad extracontractual del Código Civil peruano ha abandonado la teoría del “hecho ilícito”, por lo que no cabe afirmar una diferenciación entre los conceptos de imputabilidad y culpa, en donde el primero se entienda como sinónimo de “capacidad de discernimiento” de los sujetos y presupuesto de la responsabilidad extracontractual toda.

En el Perú, el término “imputabilidad” debe entenderse reservado al “juicio de responsabilidad”, esto es, a la vinculación de los efectos de responsabilidad que persigue encontrar al responsable del daño a través de la aplicación de los criterios de imputación.

- Bajo el principio de la unidad ontológica y funcional del concepto de responsabilidad civil, deben entenderse aplicables a la responsabilidad extracontractual normas previstas para la responsabilidad contractual (y viceversa), en todo

aquello que la naturaleza de cada sistema lo permita.

- La valoración de la culpa en sede extracontractual debe realizarse “in concreto”. Ello, no porque se coincida en que esto deba ser así, sino como consecuencia inevitable de lo indicado en la conclusión precedente, al haberse regulado en sede contractual la valoración de la culpa “in concreto”. El acogimiento de la valoración de la culpa “in abstracto” debe ser de naturaleza normativa: debe existir una norma que la acoja como tal.

Cabe advertir, sin embargo, que para un sector de la doctrina comparada, que compartimos, la valoración de la culpa “in abstracto” puede adecuarse mejor a las necesidades del tráfico jurídico, en todos aquellos supuestos en donde no se cuente con el nivel de información suficiente, a bajo costo.

- El contenido de la culpa a que se refiere el artículo 1969 del Código Civil debe ser realizado en términos de análisis de las capacidades de prevención de los sujetos; esto es, en términos económicos contrastados con la necesidad de incentivar el desarrollo de la tecnología en actividades que así lo requieran. Por esto, un problema de responsabilidad civil, debe ser afrontado con dos pasos sucesivos de análisis, que decidirán el criterio de imputación a aplicarse:

- Primero: se identifican las capacidades de prevención de los sujetos. Si se presenta un supuesto de prevención bilateral, deberá aplicarse el artículo 1969 del Código Civil.

Si se identifica un supuesto de prevención unilateral, deberá pasarse al siguiente paso de análisis.

- Segundo: identificado un supuesto de prevención unilateral, deberá contrastarse el estado de la tecnología al que pertenece la actividad involucrada. Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969 del Código Civil, esto es, la cláusula general normativa por culpa.

En cambio, si se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad es ya el adecuado, deberá aplicarse

el artículo 1970 del Código Civil, esto es, la cláusula general normativa por riesgo.

- El juicio de responsabilidad dentro del “civil law” se ha movido desde siempre, más que nada, en términos de intuición entre la realidad que se pretende normar y la mejor forma –jurídicamente hablando– de regularla. Para esto, se ha ideado criterios de imputación con fundamentos de justicia: la “culpa” con base ético-psicológica en un inicio; y el “riesgo” como “exposición al peligro”. Muchas veces estos criterios han caído en contradicción, pues la culpa, definida como negligencia, ha “invadido” el campo de la responsabilidad objetiva, pensada en un inicio para prescindir del análisis de la conducta de los sujetos.

Es recién en tiempos contemporáneos y –hay que reconocerlo– gracias a los aportes en el campo de la responsabilidad civil del análisis económico del Derecho, que se llega a determinar que la “... negligencia tiene un componente de responsabilidad estricta (...) y que la responsabilidad estricta tiene un componente de negligencia...”, por lo que constituye “... un error establecer una dicotomía entre la negligencia y la responsabilidad estricta...”¹⁵³.

Por esto, no puede más ser sostenido el binomio antitético “culpa/diligencia”, en donde la culpa sea definida como concepto contrario a la diligencia (negligencia). Las medidas de cuidado, que son prevención, están presentes en cualquier tipo de actividad humana, sean o no generadoras de peligro. La falta de prevención (que es negligencia) estará entonces presente tanto en supuestos de responsabilidad por culpa, como en los de responsabilidad por riesgo.

Tal vez se haya arribado al momento de abandonar “justificativos” teóricos del traspaso del peso económico de la víctima al responsable, y no seguir hablando de “responsabilidad por culpa” o “responsabilidad por riesgo”, para pasar a hablar simple y llanamente de “responsabilidad subjetiva” o “responsabilidad objetiva”. Entre tanto, la culpa deberá ser entendida como un supuesto de carencia de medidas de prevención dentro de sacrificios económicos razonables exigibles a los sujetos, en un marco en donde los deberes de cuidado no estén a cargo de una sola parte.

LOS DAÑOS INMATERIALES: UNA APROXIMACIÓN A SU PROBLEMÁTICA

Roxana Jiménez Vargas-Machuca*

En el presente artículo la autora, desde la interesante perspectiva que su experiencia como jueza le otorga, nos brinda un ilustrador análisis del daño moral. Para ello, partiendo de una serie de casos que ha debido resolver en su despacho, realiza a continuación, y en base a ellos, una revisión y evaluación del concepto de daño moral; su regulación en nuestro ordenamiento; la vinculación con las funciones que nuestro sistema de Responsabilidad Civil persigue; y, por último, los diferentes elementos a considerar para la cuantificación del resarcimiento.

* Magistrada titular. Profesora de Derecho Civil. Miembro del Consejo Directivo de "Hechos de la Justicia", revista electrónica editada por jueces.

I. INTRODUCIENDO EL PROBLEMA MEDIANTE ALGUNOS CASOS

Una mujer de 41 años de edad fue procesada y condenada sin pruebas por el delito de terrorismo, por lo que estuvo encarcelada durante 6 años, hasta que fue objeto del “indulto” otorgado mediante Resolución Suprema 061-2001-JUS, de febrero de 2001. A la fecha de su encarcelamiento, tenía a su cargo dos hijos estudiantes, y durante dicho encarcelamiento fue objeto de maltratos y vejámenes físicos.

Una viuda, de más de 70 años de edad, demanda a una vecina –de 40 años de edad– del edificio donde vive para que la indemnice por la permanente hostilización que ha sufrido por más de 5 años, al haber mantenido una actitud agresiva y prepotente hacia ella, con agresiones físicas y daño a la propiedad. Ante ello, durante ese tiempo la denunció ante el Ministerio Público, y siguió procesos ante el Juzgado de Paz, su Municipio y la Comisaría de su Distrito. Asimismo, formuló solicitudes de garantías, logrando en algunos casos detener las agresiones, pero sólo temporalmente. El desgaste ante tanta perturbación la llevó a un estado crónico de crisis nerviosa y profunda amargura, dudando entre vender su departamento y mudarse (lo que no desea, por cuanto vive sola y no desea dejar a sus amistades vecinales), hacer “justicia popular” o entablar una demanda por daño moral.

Padre, madre e hijo único están parados en una esquina esperando detener un taxi, cuando un chofer imprudente se desvía de su carril, subiendo a la vereda, y arrolla al niño, quien, como consecuencia del golpe, queda en estado vegetativo permanente.

Un hombre demanda indemnización por daño moral a su *compadre* (padrino de bautismo de su hijo), por haber éste destruido su hogar al haber sostenido relaciones sexuales con su esposa, aprovechando sus largas ausencias por trabajo. Durante dicho proceso, el demandado niega y contradice los hechos, y además reconviene, solicitando indemnización por daño moral, ya que la notificación de la demanda a su domicilio ha ocasionado que su propia relación matrimonial y familiar se vea afectada, separándose de su cónyuge. Posteriormente, el demandante se desiste de la demanda, indicando que todo fue un error; el demandado acepta el desistimiento, pero no se desiste de su reconvención, ya que en su caso sostiene que sí se le ha causado un auténtico perjuicio.

Una profesora recibe una comunicación del centro educativo público en que labora, en la que se le indica que se ha observado que adolece de incapacidad

intelectual para la docencia, y se le concede un término de 48 horas para que subsane dicha observación. Mientras procura averiguar en qué consiste dicha incapacidad, vence el término y su empleador le dirige una carta a su domicilio –por lo que fue leída por su esposo e hijos– y la publica en la vitrina del colegio –por lo que fue leída por alumnos, profesores y personal administrativo de su centro de labores–, en la que indica que como no ha subsanado las observaciones, ha quedado constatada su incapacidad intelectual y que, como consecuencia de ello, es despedida. En sede laboral se determina que se trató de despido arbitrario, por acreditarse que se encubría una reducción de personal, y se le otorga la indemnización de acuerdo a las tablas fijadas para tales casos. La demandante, que probó ser una maestra que permanentemente actualizaba sus conocimientos siguiendo cursos de postgrado con calificativos sobresalientes y que en forma constante había recibido reconocimientos por su labor docente, consideró que en su caso se había vulnerado su honor y buena reputación profesional ante su familia y sus alumnos, sufriendo una intensa humillación, por lo que demandó en sede civil indemnización por daño moral.

Un ex funcionario público fue denunciado por haber cometido actos de corrupción, siendo difundida dicha denuncia por varios medios de comunicación (prensa y televisión). Se determinó posteriormente que los hechos imputados fueron falsos.

Estos y muchos casos más, cada uno distinto y único, han sido planteados y llevados ante mi despacho, teniendo como común denominador la solicitud de indemnización por daño moral (en algunos casos, concurrentemente con daños “denominados” patrimoniales). He reseñado unos pocos, obviamente sin indicación de los datos personales de las partes, para poder iniciar el planteamiento de la problemática de este tipo de daño: su concepto, su calidad o no de resarcible (lo que implica analizar la función o funciones del sistema de responsabilidad) y, finalmente, su posible cuantificación.

El Derecho es una creación humana, por ende, imperfecta. En un mundo en el cual las relaciones, las ideas y la sociedad toda, se encuentran en continuo movimiento y supuesta evolución, se repiensa la noción y los alcances de la justicia en armonía con la eficiencia y bajo las finalidades que se pretenden alcanzar del sistema en su conjunto. La razonabilidad juega un papel crucial en dicho contexto, por lo cual deben dejarse de lado las posiciones (fundamentalismos, dogmatismos, instrumentalismos) para dar lugar a un acercamiento congruente a la solución real de los problemas.

II. EL DAÑO MORAL EN LA CODIFICACIÓN PERUANA

El **Código Civil de 1852** no reguló el daño moral, salvo el caso del artículo 2022, que establece una indemnización por daño moral en el específico caso de injurias (“En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria”). Ese fue uno de los primeros pasos en la codificación civil peruana que introdujo el daño moral, cuidando de prescribir una graduación de dicha indemnización en forma proporcional a la ofensa o daño sufrido. Este primer esbozo de daño de índole extrapatrimonial resulta interesante, puesto que se aprecia en forma algo aislada del daño patrimonial (no tiene la categoría de “parásito” respecto de la demanda por daño material), es decir, se va a calificar y cuantificar de manera independiente a los daños materiales, en caso coexistir estos en el caso concreto.

El **Código Civil de 1936** no reguló el daño moral contractual –aunque la jurisprudencia lo introdujo–, pero reconoció tímidamente el daño moral extracontractual en el artículo 1148 (“al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”), por lo cual inicialmente se interpretó como posible la satisfacción pecuniaria del daño moral únicamente cuando existía un daño material que reparar previamente, concediéndosele un carácter subsidiario¹. La Exposición de Motivos de dicho Código señalaba que “No es preciso, por otra parte, que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o menoscabos de ciertos bienes inmateriales (...) Habrá casos sin duda, en que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de bienes no materiales”.

Estudiosos como León Barandiarán, Cornejo, Solf, Rey de Castro, entre otros, coincidían en que el criterio a

predominar era que el daño moral puede repararse en forma independiente, sin necesidad de que vaya unido a una reparación patrimonial. La jurisprudencia asumió este parecer, aunque no de inmediato².

Este Código también contempló la indemnización en el caso de ruptura de esponsales (artículo 79). Los esponsales crean en los desposados una obligación moral de celebrar matrimonio, lo que no constituye obligación jurídica, por lo cual no puede compelerse a ninguna de las partes al cumplimiento. Empero, el rompimiento unilateral sin justa causa de dicha promesa de matrimonio obliga a la parte culpable a reembolsar al otro, o a terceros, los gastos que hubiesen realizado de buena fe con motivo del matrimonio. Estos son los daños patrimoniales. El artículo 79 se refiere al perjuicio que sufre el desposado en los *derechos inherentes a su personalidad*, por lo que se le ubica en la esfera del daño moral. La jurisprudencia fundamentó el daño moral en estos casos señalando que “los esponsales tienen efectos muy graves porque obligan a renunciar a toda otra expectativa de matrimonio con un tercero; esta situación es más exigente para la mujer, quien está obligada a guardar un absoluto alejamiento del mundo y preservar su honor dejando pasar los mejores días de su juventud en la expectativa de un compromiso. La violación de los esponsales pactados determina un daño moral en la vida de la novia, cuya personalidad resulta lesionada, dado el estrépito social que se produce a raíz de un apartamiento inmotivado”³.

En el **Código Civil de 1984**, el *daño moral* se encuentra reconocido y regulado en sede “contractual” y “extracontractual”, básicamente, en tres artículos:

Responsabilidad por inexecución de obligaciones:

- Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

¹ REY DE CASTRO, Alberto. “La Responsabilidad Civil Extracontractual”. En: Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado. Lima. p. 352.

² “Jurisprudencia nacional.” En la causa 381/1943, Resolución Suprema 6.743, la Corte Suprema declaró que la indemnización por el daño moral no era admisible por vía de acción, sino como consecuencia de otras demandas. Este punto de vista no llegó a prosperar; era evidentemente restringido, admitiéndose más adelante acciones aisladas por daños extrapatrimoniales.

En la causa en que recae la ejecutoria de 7.5.1945, (Anales 1945, p. 218) un Banco es demandado por la víctima del rechazo de un cheque falto de fondos que luego se protesta. El Tribunal Supremo conceptúa que, habiendo el Banco reconocido su equivocación dirigiéndose al notario y a la Cámara de Comercio, no procede el pago de indemnización pecuniaria, siendo infundada la demanda.

En la causa resuelta por E.S. de 23.5.1945 (Anales 1945, p. 222) se hace referencia a la denuncia por robo y la detención del inculpaado que prueba su inocencia. El agraviado demanda reparación por el daño moral. (El Ministerio Público aplica e interpreta erróneamente el inciso 1 del artículo 1137 del Código Civil). Se desestima la acción e injustamente el actor no obtiene reparación alguna.

En la causa 948/1954, E.S. 25.11.54 (Rev. Jur. Per., Jun. 1955, n. 137) se condena a una Beneficencia a indemnizar a los deudos por la extracción de un cadáver de un nicho temporal sin haberse cumplido el plazo, siendo arrojados los despojos a la fosa común.

En la causa 1183/1955, E.S. 7.7.56 (Rev. Jur. Per., 1956, p. 1217) se admitió aisladamente la indemnización por el daño moral causado al demandante con publicaciones contra su buen nombre, al imputársele una actitud incorrecta con motivo de haber tomado exámenes al hijo del actor que quedó desaprobado”. REY DE CASTRO, Alberto. Ibid. p. 353.

³ Corte Superior de Chachapollas, Resolución de fecha 30 de junio de 1944. En este caso, el Fiscal opinó que se había producido daño moral y la Corte Suprema otorgó a la demandante la indemnización solicitada. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual”. Séptima edición. En: Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen IV. Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2001. p. 102.

Responsabilidad extracontractual:

- Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.
- Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

También se establece su reparación en el caso del cónyuge inocente en el divorcio por causal:

- Artículo 351.- Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Cabe mencionar que el Proyecto de la Comisión Reformadora, en el ámbito extracontractual, establecía que este tipo de daño sólo debía indemnizarse en forma excepcional, concretamente en el caso de actos ilícitos, como los supuestos de difamación o transgresión de la intimidad, y excluyéndolo de los supuestos de responsabilidad por riesgo, por la perturbación que ello supondría en el principio de difusión social del riesgo, pues el proyecto contemplaba el sometimiento de estos casos a seguros⁴. Sin embargo, finalmente se reconoció en el Código Civil el daño moral sin limitaciones en la responsabilidad extracontractual, e incluyéndose, como novedad, en la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

III. CONCEPTO Y ALCANCES

Frente a los daños materiales, que afectan el patrimonio de la víctima (lucro cesante, daño emergente, pérdida de chance), se encuentra otra categoría de daños cuyo significado y alcances han sido y siguen siendo materia de debate doctrinario,

problema que incluye su denominación. Así, existen en la creación de diversos juristas, el daño no patrimonial, daño extrapatrimonial, daño moral, daño biológico, daño a la salud, daño a la persona, daño a la vida de relación, daño inmaterial, daño al proyecto de vida, daño a la integridad psicosomática, daño psíquico, daño extraeconómico, daño subjetivo, entre otros.

En cuanto a la inacabable discusión acerca de la distinción entre daño moral y daño a la persona, suele decirse que el daño moral es aquella lesión de los sentimientos que determina dolores o sufrimientos, físicos o morales, un turbamiento, una inquietud espiritual o un agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación dineraria. Por su parte, se señala que el daño a la persona, que forma parte del denominado daño extrapatrimonial o daño subjetivo⁵, es el daño ocasionado al sujeto de derecho, es un daño que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico e inmaterial⁶.

Para algunos, el daño a la persona es sinónimo de daño moral, para otros lo comprende, para otros más bien es una subespecie de éste y para otros son dos categorías distintas.

Al respecto, Taboada indica que, "por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima (...) la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado. No obstante lo cual, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como

⁴ Como señala de Trazegnies, "la controvertida reparación patrimonial del daño extrapatrimonial podía más fácilmente ser admitida ahí donde hay una decidida responsabilidad del causante, como es el caso del acto propiamente ilícito". DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Ibid. p. 108.

⁵ Coincidiendo con Carlos Cárdenas Quirós, Juan Espinoza considera que es más propio referirse al "daño subjetivo", que es el daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución de la expresión "daño a la persona", la cual resulta insuficiente para incluir todas las situaciones que pueden configurarse, ya que también lo pueden sufrir el concebido y las organizaciones de personas no inscritas, que técnicamente no son personas. En cuanto al daño patrimonial, considera que el término más feliz sería el de "daño objetivo", puesto que causa merma en los objetos de derecho. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Lima: Gaceta Jurídica. 2003. pp. 180-182.

⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las Personas". En: REVOREDO, Delia. "Código Civil". Volumen IV. Lima. 1985. p. 88.

tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos (...) hechas estas precisiones por separado tanto sobre el daño moral como el daño a la persona, resulta evidente, por lo menos desde nuestro punto de vista, que se trata de categorías independientes, pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos. Nos parece muy interesante la fórmula que plantea la eliminación de la categoría del daño moral, para hacer referencia únicamente al daño a la persona, pero no nos parece convincente”⁷.

Aquí es conveniente mencionar que, en sus orígenes, el daño moral era el *pretium doloris* (daño-dolor), la lesión a la esfera sentimental del sujeto, la gran pena, el sufrimiento, pero su contenido se ha ido ensanchando por diversos sectores doctrinarios y jurisprudenciales, abarcando la lesión al honor individual y social, y posteriormente como lesión a la vida de relación, al proyecto de vida, a la identidad personal.

El tema sigue siendo materia de cuestionamiento, siendo interesante el razonamiento de León al respecto: “Si así están las cosas, el daño moral, en el ordenamiento jurídico peruano, abarca todas las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiares características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de los derechos fundamentales. ‘Moral’ no es lo contrario de ‘jurídico’; ‘moral’ es lo contrario de ‘material’”⁸. Considera ejemplar, el mismo autor, que “la doctrina española no haya tenido problemas para entender, desde hace décadas que ‘el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados’ [citando a: ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. “La

responsabilidad por daño moral”. En: Anuario de Derecho Civil. Tomo XIX. Fascículo 1. 1966. p. 85], o que el ‘daño moral es aquel daño que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorpóreos cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los llamados derechos de la personalidad (...) La diversidad de manifestaciones que puede asumir, por tanto, el daño moral, es indescriptible, tantas como sean las facetas de la personalidad, valores y estimativas del ser humano’ [citando a: CRISTÓBAL MONTES, Ángel. “El daño moral contractual”. En: Revista de Derecho Privado. Tomo LXXIV. 1990. p. 3]”.

En lo personal, suscribo la tendencia a considerar el daño moral como categoría opuesta al daño material (y en modo alguno relacionado con la moralidad), esto es, entendiéndolo en su más amplia dimensión conceptual, lo cual incluye el tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su vida de relación y proyecto de vida. Asimismo, considero que cualquier aspecto al cual pretenda dotársele de la definición de “clase” o “categoría”, o “sub especie”, no es más que una posibilidad dentro del espectro comprendido en el rubro, de la misma manera en que, por ejemplo, si bien el daño emergente (especie del daño material) puede consistir en pérdidas patrimoniales de diferentes orígenes (gastos médicos, reparación de vehículo, etc.), cada uno de los cuales debe ser analizado y evaluado detenidamente en su contexto, y luego cuantificado, ello no significa que cada fuente de aquel daño vaya a consistir en una sub clasificación o categoría del mismo.

Así, dentro del concepto de “daño moral”, a modo de explicación, pueden emplearse los términos que mejor lo describan para su evaluación, tomándose las mismas

⁷ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Elementos de la Responsabilidad Civil”. Segunda Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley. 2003. pp. 64-70.

⁸ LEÓN, Leysser L. “La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas”. Lima: Editora Normas Legales. 2004. p. 288.

como manifestaciones diversas del mismo⁹, siendo, además, el término “daño moral” una denominación tradicional que por su larga data e historia resulta comprensible a todos, lo que la jurisprudencia nacional y extranjera ha recogido en su práctica habitual, por lo que el “traslado” que le corrió al juez, en términos generales, en este punto, ha sido respondido¹⁰. Con esto podría dejarse de lado el “pleito de etiquetas” –expresión del profesor de Trazegnies– que, en su afán clasificatorio (lo que en algunas ocasiones hace sospechar de afanes algo más centrados en la autoría de tales clasificaciones que en la finalidad práctica o en la visión orgánica del tipo de daño), desvía la atención del problema de fondo de la problemática, que más debe centrarse en la reparabilidad del daño, que en las funciones de la responsabilidad civil y, finalmente, en caso de aceptarse este tipo de daño, dentro del esquema indemnizatorio, deberá analizarse su cuantificación.

Como señala Visintini, “las categorías conceptuales creadas por la jurisprudencia –como el daño a la vida de relación, el daño estético y el daño biológico–

representan una tentativa desarrollada para ampliar la resarcibilidad de daños que, sólo muy indirectamente, comportan la disminución del patrimonio y que, en realidad, reflejan consecuencias también morales del hecho ilícito”¹¹. Igualmente, se ha dicho que la extensión o ensanchamiento de la noción de daño moral a toda lesión de bienes extrapatrimoniales elabora un concepto fecundo, que permite configurarlo en su integridad y a partir de una nota distintiva “común a todos los daños morales que no vulneran de modo directo bienes susceptibles de apreciación pecuniaria”¹².

En suma, el daño moral es de índole inmaterial, y su resarcimiento tiene por finalidad un particular resarcimiento (puesto que hay un espectro importante de este tipo de daño, que nada puede borrar, ni restituir al estado anterior lo que, por ejemplo, se ha padecido emocional y físicamente), distinto al del daño patrimonial o material, que es de tipo compensatorio, ya que aquél, como se verá, más bien apunta a una satisfacción¹³, o

⁹ Estas manifestaciones del daño moral, como las considero, son vistas como supuestos característicos que lo integran por otros, como Mayo.

Al respecto, resulta interesante reproducir algunos párrafos de este profesor argentino en los que recoge –a nuestro modo de ver, sólo una parte del universo de manifestaciones del daño moral– los supuestos que considera característicos del daño moral:

“Examinando brevemente los distintos supuestos característicos (del daño moral) nos encontramos con:

- a) El *pretium doloris*, que encuadra dos aspectos diferentes: el dolor físico que la víctima experimenta como consecuencia del hecho dañoso sobre su propio cuerpo, que incluye las sensaciones de malestar, el insomnio o cualquier otro tipo de manifestación dolorosa que se haya originado en su disminución física, y el puro daño moral, representado por el dolor moral, que se refleja en la pena, la tristeza y el sufrimiento –no físico–, que pueden padecer tanto la víctima directa como los parientes –que están legitimados por el ordenamiento–.
 - b) El daño a la vida de relación, o *préjudice d'agrément* como dicen los franceses. De dicho rubro puede tenerse un criterio amplio, comprensivo de todos los goces ordinarios de la vida, sean cuales fueren su naturaleza y origen, esto es, el conjunto de los sufrimientos, goces y frustraciones experimentados en todos los aspectos de la vida cotidiana en razón de la lesión y de sus secuelas, lo que parece excesivo porque podría cubrir otras situaciones características como el daño estético o el daño juvenil o el daño sexual; por ello parece más preciso limitarlo a la pérdida de la posibilidad de ejercitar ciertas actividades de placer u ocio, como las artísticas o deportivas, pero también de cualquiera que le signifique una privación de satisfacciones en la dimensión social o interpersonal de la vida.
 - c) El daño psíquico, entendido como enseña Zavala de González, como ‘una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente’, y que se desbroza en las lesiones de base orgánica y las lesiones psíquicas estrictas o neurosis traumáticas.
 - d) El daño estético, que se manifiesta como una ‘deformidad’ del estado de la persona, entendida tal deformidad como toda irregularidad física –visible o no, permanente o no–, estigma o tara fisiológica, consecutivas o residuales respecto de lesiones anteriormente sufridas, y que sin necesidad de convertir al sujeto en un monstruo (...), le hacen perder su normal aspecto periférico, de un modo perceptible y apreciable, *in visu*, afectando su anatomía exterior y no su sique o intelecto, de manera duradera –aunque no fuere definitiva–. Este estigma o tara fisiológica puede recaer en el rostro o en el resto del cuerpo humano, ya sea consistente en cicatrices, pérdidas de sustancia, de cabellos o de piezas dentarias, costurones, manchas, alteraciones de pigmentación, malformaciones, claudicación o pérdida de euritmia –armonía en los movimientos–, y en general cualquier tipo de defecto físico que altere peyorativamente la apariencia externa del ofendido, menoscabando su aspecto y natural conformación anteriores al hecho dañoso.
 - e) El ‘perjuicio juvenil’, que como bien lo describe Mosset Iturraspe, corresponde al dolor que provoca en una persona la conciencia de su propia decadencia y la amargura por la pérdida de toda esperanza de vida normal y de la alegría de vivir.
 - f) El perjuicio sexual, o daño resultante de la pérdida de las facultades sexuales, que da sustento, obviamente, a la reparación del daño moral, sea cual fuere la situación del sujeto afectado, incluyendo la proyección de futuro”.
- MAYO, Jorge A. “El Daño Moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran”. En: Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores. 1999. pp.181-183.

¹⁰ “Dado que el concepto de daño moral no es unívoco sino que existe gran controversia en la doctrina y en la legislación comparada sobre sus alcances (...), el mero texto de los artículos 1984 y 1985 no permite una aplicación inmediata sin la ayuda de una cierta ‘teoría’ (controvertida) del daño moral. Por consiguiente, en última instancia, en este punto como en varios otros, el legislador le ha corrido traslado al juez”. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit. p. 109.

¹¹ VISINTINI, Giovanna. “Tratado de la Responsabilidad Civil”. Traducido por: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Tomo II. Buenos Aires: Astrea. 1999. p. 231.

¹² IRIBARNE, Héctor Pedro. “La cuantificación del daño moral”. En: Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores. 1999. p.186.

¹³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit. p. 93 y siguientes.

El profesor de Trazegnies, más de 15 años después (la primera edición del libro anteriormente citado data del año 1988), mantiene su perspectiva sobre el daño moral: “... el daño moral es extrapatrimonial y no puede ser establecido cuantitativamente, por lo que la indemnización no es una reparación sino, a lo sumo, una satisfacción”. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad”. En: “Libro Homenaje a Jorge Avendaño Valdez”. Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2004. p. 876.

compensación indirecta, cumpliendo así, para algunos, una suerte de función de pena privada¹⁴, de sanción civil¹⁵, o un remedio con finalidad, a veces, de tipo preventivo y punitivo¹⁶. La distinción de este tipo de daño con el daño patrimonial o material resulta, de esta manera, una distinción de base, esto las funciones del juicio de responsabilidad “son diferentes cuando interviene como reacción frente a uno u otro tipo de acontecimiento”¹⁷.

En este orden de ideas, la conexión, el nexo entre el daño y su resarcimiento debe ubicarse a la luz de las funciones de la responsabilidad.

IV. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Entre las variadas funciones que se han atribuido a la responsabilidad, destacan las siguientes, por comprender distintos niveles importantes de ser sopesados al momento de evaluar los casos concretos, a fin de no perder la perspectiva integral.

- A un nivel macroeconómico, la responsabilidad civil cumple una función de incentivación o desincentivación de actividades¹⁸, así como una función de prevención, que puede materializarse a través de aquéllas¹⁹ cuando se trata de actividades del potencial causante del daño (por ejemplo, un productor, quien podrá invertir en incrementar la tecnología), o cuando se trata de la potencial víctima, no se tratará necesariamente de una incentivación o desincentivación a realizar actividades, sino simplemente a observar una *conducta* preventiva (peatón muy cuidadoso al cruzar la calle, al manipular un artefacto, etc.).

Aquí se deben tomar en cuenta las posibilidades de prevención, es decir, si resulta factible que la potencial

víctima pueda *actuar* preventivamente (nada puede hacer el pasajero para evitar que el avión se caiga), por lo que se estaría ante la prevención unilateral, que va de la mano con la responsabilidad objetiva, en tanto que la prevención bilateral es acorde a la responsabilidad subjetiva (en caso la víctima pueda hacer algo para reducir la frecuencia o gravedad de los accidentes). Evidentemente, como señala Monateri, no todo es blanco y negro, pues ciertamente existen casos dudosos, cuyas particularidades deben ser analizadas detenidamente, ya que en algunos será mejor que prevalezca el criterio de la culpa sobre la responsabilidad objetiva (promueve en la víctima la asunción de prevenciones, reduciéndose de esa manera la frecuencia y gravedad de accidentes); por otro lado, cuanto más difícil en términos procesales sea probar la culpa, es mejor optar por la responsabilidad objetiva²⁰.

- A un nivel microsistemático²¹, es de destacar la perspectiva diádica de Fernández Cruz²², la cual se sitúa en el análisis de un hecho concreto y particular que relacione a dos unidades individuales, a saber, el responsable y la víctima, la que sostiene que la responsabilidad civil cumple tres funciones:
 - Satisfactoria; que garantiza la consecución de los intereses tutelados por el orden jurídico, lo que *incluye* “la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés”. Así, esta función, para el mismo profesor, tiene diversas manifestaciones, como la aflictivo-consolatoria para el caso de los daños irreparables (extrapatrimoniales), cumpliendo una función de mitigación del mismo²³.
 - De equivalencia; “que explica el por qué la responsabilidad civil representa siempre una afectación patrimonial, en donde ‘alguien’

¹⁴ ALPA, Guido. “Responsabilidad civil y daño”. Lima: Gaceta Jurídica. 2001. p. 597.

¹⁵ “... las sanciones civiles punitivas expresan el poder auto-organizativo de la sociedad civil, porque tienden a satisfacer un interés privado; pero realizan, al mismo tiempo, y contextualmente, el interés público. Es, ni más ni menos, este último aspecto lo que distingue las sanciones de las penas privadas, y naturalmente, de las penas criminales. La sanción civil consiste, normalmente, en una medida aflictiva patrimonial, que aun estando prevista legislativamente y aun siendo irrigada por la autoridad judicial, presupone la iniciativa del particular, y está dirigida en ventaja de éste”. FRANZONI, Massimo. Citado por LEÓN, Leysser L. Op. Cit. pp. 269-270). “La diferencia entre pena privada y sanción civil es la fuente de la segunda, que es la ley, y el doble fin que la segunda realiza al ser impuesta. Para Franzoni, la suma en dinero reconocida judicialmente por concepto de ‘*danno morale soggettivo*’, sufrimiento, perturbación del estado de ánimo, etc., se inscribiría en la categoría de sanciones civiles”. LEÓN, Leysser L. Ibid. p. 270.

¹⁶ SALVI, Cesare. “El Daño”. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima: ARA Editores. 2001. p. 298.

¹⁷ SALVI, Cesare. Ibid. p. 297.

¹⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil”. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil”. Lima: ARA Editores. 2001. p. 278.

¹⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. p. 40.

²⁰ MONATERI, Pier Giuseppe. “Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo”. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima: ARA Editores. 2001. p. 128.

²¹ Ver FRANZONI, Massimo. “La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones”. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima: ARA Editores. 2001. p. 196.

²² FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. Cit. p. 278.

²³ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. Cit. pp. 270, 278.

deberá siempre soportar las consecuencias económicas de la garantía asumida para la satisfacción de intereses dignos de tutela. Presente el fenómeno exógeno del daño, se deberá decidir si esta afectación patrimonial se deja allí donde se ha producido o, si por el contrario, conviene trasladarla a otro sujeto”²⁴.

- Distributiva; se distribuye los costos del daño entre determinados sujetos, de acuerdo a los lineamientos macro-económicos perseguidos. Esta función, de acuerdo a Espinoza, es común respecto a las anteriores²⁵.

Salvi, por su parte, apunta que, en cuanto a los daños patrimoniales, el resarcimiento a la víctima debe dirigirse a la compensación de una pérdida económica, por lo que deben establecerse criterios de redistribución de los costos económicos entre los miembros de la sociedad, dependiendo del acontecimiento dañoso de que se trate²⁶. En tanto, en relación a los daños inmateriales, la tutela resarcitoria se configura como un “remedio con finalidad de tipo esencialmente satisfactorio de la víctima, y a veces, además, de tipo preventivo y punitivo”²⁷.

Es importante definir si, en el caso de los daños inmateriales, la función satisfactiva tiene, a su vez, una función aflictivo-consolatoria, o si reviste un carácter decididamente punitivo (que, a su vez, puede cumplir un rol de disuasión respecto de actividades o conductas, aunque ello no significa que se trata de funciones vinculadas, ya que la función preventiva puede ser independiente de la función punitiva o sancionadora). La cuestión reviste la mayor trascendencia, ya que los parámetros que se utilizarán para cuantificar este daño derivarán de la función.

Un aspecto a considerar es que cuando una víctima sufre un daño moral, objetivamente se da un menoscabo en su ámbito psíquico o espiritual. Si este daño que sufrió, además, ha sido consecuencia de un acto culposo o doloso del agente causante del mismo, se da una particular situación de ruptura de un equilibrio que existía antes del evento dañoso. Este equilibrio debe reestablecerse, necesariamente, a través, en primer lugar, de formas adecuadas de resarcimiento, y en casos de irreparabilidad, de alguna otra forma que compense lo sufrido, por medio de dinero (que es una representación de valor), pues de

lo contrario, la víctima consideraría que su sistema jurídico ampara, sin solución, que otro le haya infringido un daño injusto, lo cual puede dar cabida a la búsqueda de tal restablecimiento en manos de la víctima (a través de actos de venganza privada).

Se cuestiona la función satisfactoria de la responsabilidad civil, por considerarla “una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra cuando menos en su patrimonio”²⁸, una reminiscencia de la vieja idea de venganza, y por ello debe transitarse con mucho cuidado por esta vía, a fin de no ser (el sistema, el juez) instrumento o canalización de venganza personal. Considerando el resarcimiento del daño moral una pena, se ha dicho reiteradamente que la función sancionadora o punitiva corresponde a otras áreas del Derecho, como el Derecho Penal o Administrativo, por lo que no corresponde al campo civil. Esto es cierto a medias: por un lado, hay un espectro enorme de daños inmateriales que no tienen cabida, para ser sancionados, ni por el Derecho Penal ni por el Administrativo; por otro lado, reitero, no debe entenderse la función aflictivo-consolatoria como una búsqueda ciega de sanción, sino de restablecimiento de un equilibrio roto por este hecho dañoso, tal como la ruptura del equilibrio en caso de incumplimiento de una obligación pactada, lo que amerita la intervención del sistema y no justicia en mano propia.

Es por esto que la función aflictivo-consolatoria no debe degradarse hasta convertirse en un eufemismo, sino que debe dotarse de contenido, y ello a través de un criterio firme que apunte a un auténtico resarcimiento, por medio de una valorización seria del daño, empleando parámetros y no meras suposiciones o presunciones, acreditando el daño (la víctima) y fundamentando la decisión final (el juez). Si este resarcimiento se acercase, de esa manera, a la perfección –extendiendo a la totalidad de los daños inmateriales la conclusión de Monateri respecto de los accidentes– a través de la jurisprudencia, se evitarían o reducirían comportamientos ineficientes futuros, tanto de dañadores (si la prevención es bilateral y unilateral) como de potenciales víctimas (en caso pueda darse la prevención bilateral).

V. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL (O MORAL)

Para Díez-Picazo el daño moral no debe ser

²⁴ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. Cit. p. 278.

²⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. p. 40.

²⁶ Aquí se incluye lo relativo a la actividad desarrollada (empresarial), pudiendo redistribuirse entre otros (consumidores), así como los seguros.

²⁷ SALVI, Cesare. Op. Cit. pp. 297-298.

²⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Op. Cit. p. 97.

“simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Por el contrario, entendemos que debería ser objeto de algún tipo de prueba. Para cerrar este epígrafe convendría igualmente señalar que tratándose, en rigor, de un daño que impide la restauración de la situación personal del dañado anterior al daño, la única posibilidad existente de indemnizarlo consiste en proporcionar al dañado las atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación, sin producir, como reiteradamente hemos dicho, larvadas formas punitivas”²⁹.

Los hermanos Mazeaud y Tunc, en una de las posiciones más decididas por la satisfacción del daño moral, señalan –en célebre frase– que “es inexacto pretender que la reparación del perjuicio moral se opone a los principios fundamentales que rigen la responsabilidad civil. En derecho, esa reparación se impone por lo tanto. Se impone también ante la equidad, y es una consideración que resultaría vano querer despreciar. Parecería chocante, en una civilización avanzada como la nuestra, que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”³⁰.

En principio, los daños inmateriales que tienen posibilidad de resarcimiento distinta a la dineraria deberían ser reparados por esa vía, como por ejemplo, el daño al honor y a la reputación: por vía de una retractación pública. Aquí el problema procesal en que se puede encontrar un juez es que la pretensión de la demanda contenga un petitorio dinerario; en sentencia, formalmente, no puede ir más allá del petitorio. Empero, sí puede procurar este tipo de solución en la etapa procesal correspondiente a la audiencia conciliatoria, donde puede procurar una conciliación y proponer alguna fórmula conciliatoria más adecuada al daño que se pretende resarcir. Me ha ocurrido que en aquel acto he propuesto desagravios (retractación, aclaración) públicos para reparar el daño al honor, habiendo aceptado la parte demandante, pero no la demandada (quien mantuvo su posición de no haber incurrido en responsabilidad); en otra oportunidad no aceptó ninguna de las dos partes; en una tercera oportunidad la parte demandante aceptó, pero con rebaja (no eliminación) de la pretensión dineraria, no aceptando la parte demandada. Ya en etapa de

sentencia, al no aceptarse tales fórmulas conciliatorias, el juez lamentablemente no puede salir del petitorio.

Considero también que el daño inmaterial debe probarse, no presumirse, aunque resulte de difícil probanza. Así, para probar el afecto que se sentía por alguien que falleció a consecuencia de un atropello, puede presentarse correspondencia, probar convivencia, el hecho de haber solventado los gastos de su educación, vestido y diversión de acuerdo a sus posibilidades (aquí, si se trata de los padres, por ejemplo, pueden realizar una evaluación comparativa entre lo que gastaban en el hijo fallecido y lo que gastan en otro), evaluación psicológica, etc.

Respecto a los parámetros a considerar para la cuantificación del daño, debe tomarse en cuenta no sólo las características de la víctima (edad, sexo), y las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso, sino también las características del agresor, incluyendo el grado de dolo o culpa, pero no con la finalidad de aplicar una sanción o punición (por cuanto esto podría distorsionar la función aflictivo-consolatoria y convertirla en un vehículo para el enriquecimiento de la víctima), sino porque este aspecto, generalmente, es generador de sufrimiento (la traición por parte de alguien cercano, o la impotencia que puede generar la condición de superioridad del agresor, física y psicológicamente, como en el caso descrito de las vecinas en la introducción de este trabajo) y, por tanto, acrecienta el daño moral. Es decir, debe evaluarse como un factor de cuantificación del propio daño moral y no para castigar al causante del mismo.

En este punto me permito reproducir algunos fundamentos de dos sentencias que he emitido:

“... El daño moral es, por ende, de difícil cuantificación, debido a su naturaleza. Por ello, a fin de poder establecer un monto para este tipo de daño, esta Judicatura toma en consideración los siguientes elementos: la gravedad del delito o acto ilícito, que es más intensa cuanto mayor es la participación del responsable en la comisión del acto ilícito, y la intensidad de la perturbación anímica, en la que se debe tener en cuenta la duración del dolor, la edad y sexo del dañado.

Ahora bien, siendo la demandante la víctima directa de la prisión injusta y los maltratos sufridos, no corresponde evaluar el sufrimiento o la frustración de sus hijos, que no son demandantes en este proceso,

²⁹ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Derecho de Daños”. Madrid: Civitas. 1999. p. 329.

³⁰ MAZEAUD, Henri y León, y André TUNC. “Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual”. Tomo I. Volumen I. Traducción de la quinta edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 441.

sino el sufrimiento que a ella –la demandante– le ha ocasionado la separación de ellos y la angustia e impotencia de no poder proveer a sus estudios y sustento como lo hacía antes de su detención. Asimismo, se toma en cuenta el sentimiento de humillación de la demandante por el encarcelamiento en sí mismo, así como los maltratos y vejámenes físicos y psicológicos sufridos.

La demandante, de sexo femenino, estuvo encarcelada en forma injusta, acusada y condenada por terrorismo, por un total de seis años, aproximadamente, desde los 41 hasta los 47 años de edad, teniendo en esa fecha a su cargo a dos hijos estudiantes.

La prisión injusta e inmerecida daña a la persona en su esencia, privándole del bien más preciado de todo ser humano, que es la libertad; asimismo, mella profundamente la dignidad y el honor, inapreciables e invaluable. Frustra a la persona en su proyecto de vida, arrebatándole años que no volverán, en los que se desarrollaba, en el caso de la demandante, como madre, siguiendo el proceso educacional de sus hijos, y quitándole también años posteriores, ya en libertad, pero en una libertad en la que tiene que rehacer su vida, reinsertarse en la sociedad, recuperar el ánimo, espíritu y paz arrebatados, procurando olvidar o, mejor, procesar, con ayuda psicológica, la terrible experiencia que atravesó, curando la mente de la depresión, ansiedad y el terror... ”.

En el otro caso:

“... esta Judicatura toma en consideración los siguientes elementos:

- La demandada es una persona de edad madura pero joven; de alrededor de cuarenta años de edad al momento de ocurrencia de los hechos que han motivado la presente demanda, en tanto que la demandante es una persona que a aquella época tenía alrededor de setenta años de edad.
- Se ha observado, a lo largo del proceso, en audiencias e inspección judicial, la fortaleza y el vigor, tanto físico como anímico de la demandada, lo que contrasta con la fragilidad física y emocional de la demandante.
- Existe una diferencia significativa en cuanto a la estatura y constitución física de ambas partes, en clara ventaja de la demandada.
- En la inspección judicial realizada en los domicilios de las partes, esta Juzgadora observó que la vivienda de la demandada es notoriamente de mayor nivel económico (por el mantenimiento,

acabados y mobiliario de mejor calidad) que la de la demandante.

- La demandante es una persona que tiende a la depresión y a desarrollar estados de ansiedad, lo que ha sido de perfecto conocimiento de la demandada en todo momento.
- La condición social y cultural de la demandada, así como su capacidad e inteligencia, le permiten ampliamente considerar que los actos de agresión física y verbal a que ha sometido a la demandante, así como a la tensión continua respecto de las supuestas filtraciones –inexistentes– de sus cañerías, que la obligó a llamar continuamente al gasfitero, romper sus pisos, y mantenerlos en ese estado debido al temor que le inspira la persona de la demandada, resultan dañosos y perjudiciales, y que han ido en detrimento de la salud emocional de ésta.
- En otras palabras, la demandada tiene la capacidad y lucidez suficientes para ser consciente de que ha mantenido una conducta abusiva hacia la persona de la demandante, sabiendo además que le ha ocasionado sufrimiento y secuelas psicológicas.

Por estas consideraciones, tomando en cuenta la evidente desigualdad entre las partes, así como el padecimiento que ha demostrado haber atravesado la demandante por causa de los actos de la demandada... ”.

Ciertamente, la decisión final no podrá llegar a ser perfecta ni exacta, ni además, logrará una reparación auténtica (cuando se trata de indemnización pecuniaria), pero si se evalúan todos los elementos, sustentados con medios probatorios idóneos, puede alcanzarse una satisfacción que no se considere arbitraria (mediante fórmulas que digan algo tan ambiguo, incompleto e inmotivado como “dada la naturaleza del daño moral, que es incuantificable, y aplicando un criterio de equidad, se estima en la suma de... ”).

Finalmente, y esto con mucha precaución, debería considerarse el establecimiento de un piso indemnizatorio, con la finalidad de armonizar las reparaciones en casos semejantes, al menos para determinados daños, como el denominado biológico, lo que constituye práctica en otros sistemas. Por ejemplo, el Tribunal de Milán emplea tablas, en las que relaciona el grado de invalidez con la edad de la persona y arroja un resultado. Las diferencias, en cada caso, se moverán hacia arriba: considerando, por ejemplo, las características personales de la víctima (si perdió una mano siendo pianista, una pierna siendo futbolista profesional, etc.).

¿AMO O SIRVIENTE?

Consideraciones funcionales en torno a la responsabilidad vicaria a propósito del artículo 1981 del Código Civil

Carlos A. Patrón*

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Según un dicho sufí, citado por de Trazegnies, “hay libros que nos cuentan cosas y libros que hacen cosas” este trabajo pertenece al segundo grupo de textos. Así, el autor no intenta darnos respuestas unívocas, sino las “líneas maestras”, desde la perspectiva del método funcional, para guiar políticas legislativas serias y, sobre todo, dar pautas a los operadores del Derecho, en especial a los jueces, para que puedan aplicar de manera correcta y eficiente las normas que regulan la responsabilidad denominada “vicaria”.

Se plantean las siguientes preguntas, entre otras: ¿cuándo un empleador o empresa debe responder por los daños causados por sus subordinados? ¿Cuál es el grado de vinculación que se debe exigir para que el “principal” responda por los actos de sus dependientes? ¿Qué justifica que el Derecho imponga un deber de indemnización a quien no ha causado el daño?

* Profesor de Derecho civil patrimonial y análisis económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Master en Políticas Públicas Latinoamericanas (M.Sc.) por la Universidad de Oxford.

Cada generación de THEMIS enfrenta nuevos retos. A la nuestra, recuerdo, le tocó enfrentar el reto de la competencia. Todas las cosas buenas en el mercado son imitadas, THEMIS no podía ser la excepción y por aquel entonces habían comenzado a aparecer los primeros retadores, tanto en nuestra facultad como en las de otras casas de estudio. Continuando la tradición que hasta el día de hoy define la esencia de THEMIS –tratar siempre de ser cada vez mejores– nuestra generación osó (luego de interminables, agotadoras y repetitivas noches de deliberación) alterar algunos formatos clásicos, introduciendo la carátula a color, modificando la diagramación, duplicando el número de páginas por revista (que desencadenó una desenfrenada carrera de “engordamiento” en todas las revistas), entre otras innovaciones que siempre trataron de no perder de vista los estándares académicos que esperaban nuestros lectores.

Ciertamente fue una época de cambio. No sólo cambió la Revista, creo que todos los que en algún momento pasamos por THEMIS cambiamos para siempre. El trabajo en equipo nos reveló nuestros defectos y nos impulsó a corregirlos, en el intercambio de ideas aprendimos a valorar la tolerancia, en las amanecidas de trabajo forjamos amistades entrañables y a la hora de decirle adiós a la Revista comprendimos lo que verdaderamente es una institución.

A THEMIS le doy las gracias, y por siempre le estaré en deuda por haberme permitido conocer y trabajar junto a un grupo tan extraordinario de personas. Mención especial merecen mis compañeros en el Consejo Directivo, Sara, Beatriz, Kiko y Paul, quienes con su ejemplo diario elevaron el concepto de “compromiso” a niveles inimaginables.

En un plano más íntimo, tengo otra deuda invaluable con THEMIS (o quizás THEMIS esté en deuda conmigo), pues a mi retiro, en la fiesta de despedida de los viejos y bienvenida de los nuevos miembros, THEMIS me presentó a Marina (mi esposa).

Felicitaciones en este aniversario a los de antes, a los de entonces, a los de ahora y a los que vendrán durante las muchas décadas en que, con seguridad, continuará la obra de THEMIS.

* * *

“El dueño de un navío o el de una posada o caballeriza, en razón del perjuicio o del robo cometido en el navío,

o en la posada o en la caballeriza, se halla igualmente obligado como por delito, si no es él quien ha cometido el delito, sino alguno de los que se hallan empleados en el navío, en la posada o en la caballeriza. En efecto, como la acción establecida contra él no procede ni de un delito ni de un contrato, y es él hasta cierto punto quien ha cometido culpa, por haberse valido de hombres malos, se le considera obligado como por delito.”

–JUSTINIANO. “Institutas”. 4. 5. 3

I. INTRODUCCIÓN

La regla general del modelo tradicional del Derecho de Daños dispone que la responsabilidad civil deriva de actos u omisiones propias. Esta regla puede observarse nítidamente en las cláusulas generales de responsabilidad subjetiva y objetiva consagradas en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil peruano, respectivamente, según las cuales “Aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo...” y “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

Existen, sin embargo, una variedad de casos en los que, apartándonos de esta regla general, un individuo o una organización resultan responsables por las acciones (actos u omisiones) de otros. Por lo general, solemos agrupar estos casos de responsabilidad por el hecho de otro bajo el concepto de “responsabilidad vicaria”, en sentido amplio.

El término “vicario”, que se deriva del latín *vicarius*, como adjetivo significa “que tiene las veces, poder y facultades de otra persona o la sustituye” y como sustantivo es aquella “persona que en las órdenes regulares tiene las veces y autoridad de alguno de los superiores mayores, en caso de ausencia, falta o indisposición”¹. Desde esta perspectiva, propiamente, hablamos de “responsabilidad vicaria” en aquellos casos en los que un individuo o una organización principal (a quien nuestro código denomina el “autor indirecto”) resulta responsable por las acciones o actos dañinos de terceras personas vinculadas al primero por intermedio de relaciones de agencia, dependencia o similares (a las cuales nuestro código denomina como “autor directo”) –esto es, por las acciones o actos dañinos de sus servidores o agentes².

En nuestro ordenamiento civil, el principio general de la responsabilidad vicaria se encuentra regulado en el

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Vigésima segunda edición. 2001.

² En el presente artículo, los términos “principal” o “superior” y “agente” o “servidor” son empleados en el sentido más amplio posible y no en un sentido jurídico estricto.

artículo 1981 del Código Civil, en el cual se dispone lo siguiente:

“Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”.

Para quienes entienden que la función perseguida por la responsabilidad civil es principalmente indemnizatoria –esto es, reponer a la “víctima” al estado anterior a la acción generadora del daño– la responsabilidad vicaria resulta “... uno de los mecanismos legales previstos para superar las limitaciones de la responsabilidad civil una vez constatado que el principio de responsabilidad individual –por culpa u objetiva– resulta impracticable dada la solvencia limitada de la mayor parte de los causantes individuales de daños”³. Dicho de otro modo, desde este punto de vista, el traslado de responsabilidad hacia un tercero, como excepción al principio general de la responsabilidad individual, parte de la idea que los subordinados típicamente no cuentan con la solvencia económica necesaria para afrontar el pago de una indemnización. De esta suerte, la responsabilidad vicaria se erige como un mecanismo dirigido a ampliar el número de potenciales responsables hasta dar con uno que tenga la solvencia necesaria para afrontar el pago de la indemnización.

Desde la perspectiva antes reseñada, la indemnización de la “víctima” es, pues, en la práctica, un fin en sí mismo o una meta auto-justificante. Ello, a nuestro entender, no es aceptable.

Como bien señala Díez-Picazo, “Decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquél que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes”⁴. De manera similar,

en nuestro medio, de Trazegnies nos recuerda que “... obligar a una persona a cubrir los daños de un accidente equivale a convertirlo en víctima”⁵. Dicho de otro modo, cuando el sistema legal impone a una persona una obligación de indemnizar, el sistema daña a una segunda persona y, en el camino, se consumen una serie de recursos sociales que podrían ser destinados a otros fines socialmente deseables, de igual o mayor relevancia⁶.

Así las cosas, “... para producir el endoso o traslado del daño, habrá que tener buenas razones”⁷, de lo contrario, lo socialmente deseable será que el daño recaiga en quien lo ha sufrido. En palabras de Oliver Wendell Holmes, “sound policy lets the losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference”⁸.

¿Cómo se justifica entonces el traslado de la carga económica del daño a un tercero ajeno a la acción u omisión generadora del mismo, implícita en la responsabilidad vicaria?

Tanto en el sistema legal romano-civilista como en el anglosajón, la justificación tradicional invocada para endosar el daño a otro se arraiga en la ideología liberal⁹, propia del contexto en el cual se desarrolla la moderna responsabilidad extracontractual, fundamentalmente sobre el concepto de la culpa¹⁰. La exacerbación de los conceptos de autonomía de la voluntad y libertad individual como el eje racional sobre el cual se fundamenta la creación de las obligaciones, coloca la razón para trasladar el daño al “causante” del mismo en la idea que éste, con su actuar voluntario, causó el daño con una conducta que, por ser culpable, resulta reprochable. Es decir, se entiende que “... si este causante no obró con la diligencia adecuada, el perjuicio económico debe trasladarse porque el daño no se hubiera producido si no hubiera sido por su intervención negligente o imprudente”¹¹.

La justificación tradicional de la responsabilidad civil antes reseñada, claro está, opera sin mayores

³ SALVADOR, Pablo y Carlos Ignacio GÓMEZ. “Respondeat Superior II, De la Responsabilidad por Hecho de Otro a la Responsabilidad de la Organización”. En: *Indret*. Julio, 2002. p. 2.

⁴ Díez-Picazo, Luis. “Derecho de Daños”. Madrid: Civitas. 1999. p. 42.

⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual”. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tercera edición. 1988. p. 44.

⁶ Pensemos simplemente en los recursos materiales y humanos necesarios para implementar y mantener en marcha el aparato estatal necesario para el funcionamiento de un sistema de responsabilidad civil (policía, jueces, fiscales, infraestructura) y el costo de oportunidad asociado a destinar estos recursos, por definición limitados, a tareas vinculadas a este sistema.

⁷ Díez-Picazo, Luis. *Op. Cit.* p. 42.

⁸ Ver, por ejemplo: HOLMES, Oliver Wendell. “The Common Law”. Nueva York: Dover. 1991. p. 50.

⁹ En sentido amplio, englobando la Escuela del Derecho Natural racionalista, así como el pensamiento de la Ilustración y la filosofía *laissez-faire*.

¹⁰ Ello, sin perjuicio que podamos encontrar manifestaciones primitivas del principio *respondeat superior* que datan desde la antigüedad. Así, por ejemplo, en las Institutas de Gayo y de Justiniano se describen supuestos de responsabilidad de los amos por los actos cometidos por sus esclavos, o de dueños de navíos, posadas o caballerizas por los actos de sus empleados. Similares manifestaciones de este principio pueden ser hallados en las primitivas leyes francas y germanas medievales. Ver, por ejemplo: HOLMES. *Op. Cit.* pp. 8-20.

¹¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. *Op. Cit.* p. 44.

complicaciones cuando se pretende trasladar la carga del daño a su autor directo siguiendo la regla general de la responsabilidad individual –es decir, cuando se persigue imponer la responsabilidad civil derivada de actos u omisiones propios que se consideren culposos. No obstante, cuando lo que se pretende es trasladarle la carga económica del daño a un tercero ajeno a la acción u omisión generadora del daño –como, por ejemplo, a un principal (empleador) por las acciones de su subordinado (empleado)– la invocación del concepto de la culpa resulta más complicada. Para ello, la doctrina más tradicional recurrió a flexibilizar el concepto de la culpa, intentando desarrollar el principio de la responsabilidad individual para que abarque a terceros distintos al autor directo, ensanchando los conceptos de modo que se pudiese hallar una falta en el obrar del principal a quien se pretendía imponer la responsabilidad. En este contexto, se desarrollaron conceptos como la culpa *in eligendo* (el principal es responsable porque eligió a un mal agente) y la culpa *in vigilando* (el principal es responsable porque no supervisó adecuadamente a su agente).

Intentos artificiosos por flexibilizar el concepto de la culpa y para extender los alcances de la responsabilidad individual, como los mencionados, si bien pueden conllevar un mérito académico, en la práctica resultan insuficientes para lograr el traslado efectivo de la carga económica del daño a terceros, de manera consistente, en todos los casos. Como explica de Trazegnies, simplemente, no es difícil demostrar la ausencia de culpa en la elección o supervisión de un subordinado¹². Para superar este escollo, en algunas jurisdicciones de tradición marcadamente subjetivista, se recurrió, incluso, a figuras como la presunción de la culpa del principal o la inversión de la carga de la prueba¹³, lo que en la práctica equivalía a una especie de

“objetivización” de la responsabilidad del principal¹⁴.

Ante esta problemática, la tendencia de la mayoría de las cortes y legislaciones comparadas simplemente ha sido la de optar por postular la responsabilidad vicaria como una excepción a la regla general de la responsabilidad individual. De esta suerte, la enunciación del principio de la responsabilidad vicaria, tal como se encuentra consagrado en nuestro Código Civil, es una respuesta dada ante la insuficiencia práctica del principio de la responsabilidad individual subyacente a la cláusula general de responsabilidad subjetiva¹⁵, motivo por el cual no resultaría correcto pretender justificar el traslado de responsabilidad hacia un tercero que aquél conlleva en la idea de la culpa. Por lo demás, si fuese siempre posible fundamentar la responsabilidad vicaria hallando un actuar culposo por parte del tercero a quien se pretende trasladar el peso económico del daño, un artículo como el 1981 de nuestro Código Civil resultaría innecesario, puesto que la cláusula general subjetiva del artículo 1969 resultaría suficiente.

En las siguientes páginas intentaremos postular, de manera introductoria, una explicación alternativa para justificar el traslado de la carga económica del daño a un tercero ajeno a la acción u omisión generadora del mismo, implícita en la responsabilidad vicaria¹⁶, desde la perspectiva de la teoría de la difusión social del daño asociada con la corriente doctrinal del análisis económico del Derecho. Para ello, en la Sección II, reseñaremos brevemente cuál es la función que persigue el sistema de responsabilidad civil desde este punto de vista, para luego contrastar si la responsabilidad vicaria resulta acorde con dicha función. En la Sección III descompondremos los elementos constitutivos de la responsabilidad vicaria, según cómo ésta se encuentra enunciada en el artículo

¹² Como explica de Trazegnies, “En los casos en que no se requiere de personal calificado para realizar una determinada tarea, difícilmente puede sostenerse que hay un defecto de elección por parte del principal contratante si el servidor contratado es una persona simplemente normal. Y en los casos en que se requiere de ciertos conocimientos o de cierta experiencia, basta que el principal pruebe que exigió certificados de trabajos anteriores o que sometió al candidato a un examen previo, para quedar libre de culpa *in eligendo*. En algunas situaciones, bastará que el principal demuestre que el servidor había obtenido el título profesional o la licencia oficial para realizar ciertos trabajos. Así, tratándose de un accidente causado por el camión de una empresa, bastará que ésta pruebe que el chofer tenía brevete profesional para que la empresa quede liberada de culpa en la elección del chofer: ¿cómo podría la empresa dudar de la certificación de capacidad para conducir otorgada por el propio Estado? La culpa *in vigilando* puede también ser fácilmente esquivada por el principal. Es evidente que la obligación de supervisión no puede significar la presencia del principal al lado del servidor en cada uno de los actos de éste: una concepción tan *naïf* y primitiva de la vigilancia haría inútil el contrato de trabajo, cuya finalidad está orientada a liberar al principal de la realización de ciertas tareas, multiplicando así sus posibilidades de acción. El principal debe dirigir el trabajo, lo que no significa que deba acompañar a cada uno de sus servidores en la realización de cada una de sus tareas. Ahora bien, la dirección supone simplemente el otorgamiento de instrucciones adecuadas y de condiciones de ejecución satisfactorias, así como la verificación posterior de que la tarea ha sido adecuadamente efectuada. En estos términos, ¿cómo podría responsabilizarse a la empresa propietaria del camión que causó un accidente si éste estaba manejado por un chofer con brevete, quien recibió instrucciones normales de realizar ciertos despachos? El Gerente de la empresa no tenía que estar sentado al lado del conductor y verificar por sí mismo en cada esquina que no venía un vehículo por vía preferencial; si el chofer se distrajo en una bocacalle mientras realizaba el despacho de la mercadería, mal puede decirse que hubo un defecto de vigilancia en el principal”. DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 470-471.

¹³ Ver, por ejemplo: DE TRAZEGNIES. Op. Cit. pp. 471-472; SANTOS BRIZ, Jaime. “La Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal”. Séptima edición. Tomo I. Madrid: Montecorvo. 1993. pp. 483-486.

¹⁴ Existen, por supuesto, otros desarrollos teóricos doctrinales dirigidos a intentar postular el fundamento que justifique la existencia de la responsabilidad vicaria, ninguno de los cuales ha sido inmune a la crítica. Ver, por ejemplo: DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 477-481.

¹⁵ En opinión de Salvador y Gómez, “... la crisis de la cláusula general [...] subjetiva... no es tanto el declinar de la responsabilidad por culpa como el reconocimiento de la inviabilidad de la responsabilidad individual en la mayor parte de los casos. La idea de que la pauta en responsabilidad civil sea la causación unilateral de daños por un único dañador solvente resulta simplemente incorrecta”. SALVADOR, Pablo y Carlos Ignacio GÓMEZ. Op. Cit. p. 3.

¹⁶ Ver nota 14 supra.

1981 de nuestro Código Civil, analizándolos, en lo que resulte pertinente, a la luz de la función que le atribuimos al sistema.

II. MARCO CONCEPTUAL

2.1 La función económica de la responsabilidad civil extracontractual

En el debate doctrinal sobre las normas de la responsabilidad civil extracontractual en general, se han desarrollado múltiples posiciones respecto a las funciones perseguidas por esta rama del Derecho, entre las cuales destacan, principalmente, la función indemnizatoria (o, si se quiere, resarcitoria o reparativa), la punitiva y la preventiva¹⁷. Para los efectos perseguidos por el presente artículo resulta oportuno detenernos brevemente para conversar acerca de la función preventiva o disuasiva, enmarcada dentro del contexto de la teoría de la difusión social del riesgo asociada a la corriente académica del análisis económico del Derecho.

Siguiendo el modelo postulado por Calabresi¹⁸, el análisis económico del Derecho sostiene que la principal función del sistema de responsabilidad civil extracontractual es la prevención o reducción, en la mayor medida posible, de los daños resultantes de las distintas actividades que, pese a conllevar riesgos, la sociedad está dispuesta a tolerar¹⁹. Estos daños típicamente se encuentran vinculados a tres tipos de costos, comúnmente denominados costos primarios –esto es, los costos causados a la víctima del perjuicio que se pretende indemnizar–, secundarios –esto es, los costos sociales resultantes del accidente derivados de la forma cómo se asigna o distribuye el impacto económico de los costos primarios– y terciarios –esto es, los costos asociados a la administración y funcionamiento del sistema de responsabilidad extracontractual²⁰.

Así las cosas, desde esta perspectiva, la prevención de los daños resultantes de los accidentes implicaría perseguir la reducción de la suma de tales costos, de modo que podamos gozar de los beneficios asociados a aquellas actividades socialmente deseables que conllevan riesgos de accidentes (por ejemplo, conducir automóviles o producir productos en masa) al menor costo posible para la sociedad.

Un mecanismo para reducir la suma de los costos de los accidentes es asignar la responsabilidad en cabeza del *cheapest cost avoider* o el más barato evitador del riesgo, es decir, en aquella persona que generalmente se encuentre en mejor posición para prevenir la ocurrencia del daño y para difundir socialmente los costos resultantes del mismo al menor costo. Típicamente, estas labores pueden lograrse mediante los mecanismos de precios en mercados competitivos o por intermedio del sistema de seguros. Así, por ejemplo, en casos de daños causados por productos defectuosos, normalmente deberíamos responsabilizar a la empresa fabricante, quien típicamente se encuentra en posición para adoptar mayores medidas de control y vigilancia de sus procesos productivos a fin de minimizar los riesgos de defecto y puede, adicionalmente, distribuir entre todos los consumidores de sus productos el costo de los daños ocasionados por aquellos que ocasionalmente resulten defectuosos. Al cargar al costo de una actividad los daños causados por su realización, se logra el efecto de sincerar el precio de la misma, de modo tal que se tienda a conseguir una óptima asignación de los recursos disponibles en la sociedad²¹.

A manera ilustrativa, asumamos que dos empresas que concurren en un mercado competitivo producen bienes similares mediante procesos distintos, de modo que los productos de la empresa ALPHA tiendan a producir explosiones ocasionales que no producen los productos de la empresa BETA. Asumamos adicionalmente, que el precio de ambos productos es idéntico, puesto que ambos procesos de producción conllevan costos similares. Al establecer una regla que obligue a la empresa ALPHA a resarcir los daños que causen sus productos, las indemnizaciones pagadas incrementarán los costos de sus productos y, consecuentemente, los precios finales de los mismos. De esta manera, se logra, por un lado, difundir o diluir en la colectividad (es decir, en los consumidores que gozan del producto y no en una persona en particular) el impacto económico del daño, de tal manera que todos los que se benefician con la actividad generadora del daño (quienes al fin y al cabo están dispuestos a tolerar los riesgos asociados a ella) pagarán los costos reales de la misma. Por otro lado, las presiones del proceso competitivo (la desviación de la demanda de los consumidores hacia productos competitivos más baratos y seguros) tenderá a producir un efecto de prevención general que

¹⁷ Ver, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. pp. 42-63.

¹⁸ CALABRESI, Guido. "The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis". New Haven: Yale University Press. 1970.

¹⁹ Ver, por ejemplo: CALABRESI, Guido. Op. Cit. pp. 26-31; DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 79-84.

²⁰ Ver, por ejemplo: CALABRESI, Guido. Op. Cit. pp. 26-31.

²¹ Dicho de otro modo, en palabras de Calabresi, "Not charging an enterprise with a cost which arises from [its operation] leads to an understatement of the true cost of producing its goods; the result is that people purchase more of those goods than they would want if their true cost were reflected in [the] price". CALABRESI, Guido. "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts". En: Yale Law Journal 70. 1961. p. 514.

ulteriormente determinará que existan menos productos con defectos que causan daños circulando en el mercado –es decir, la competencia incentivará al productor a mejorar sus procesos para reducir sus costos o, de no poder hacerlo, el precio de los mismos se incrementará reduciendo su consumo (lográndose una mejor asignación de recursos) o, en el extremo, obligará al productor a retirar el producto del mercado. En determinadas circunstancias, los mecanismos de seguro pueden alcanzar soluciones similares²². El resultado alcanzado, en ambos casos, tenderá a ser acorde con la función atribuida al sistema.

2.2 La función de la responsabilidad vicaria desde esta perspectiva

La función económica de la responsabilidad civil extracontractual antes reseñada nos brinda una importante herramienta de análisis para poder correctamente ponderar la racionalidad subyacente a, y los fines perseguidos por, la responsabilidad vicaria, sobre todo dentro del contexto de daños causados por subordinados incursos en relaciones laborales o de trabajo dependiente en organizaciones empresariales.

Ciertamente, como bien explica de Trazegnies, la organización de la actividad productiva por medio de empresas es inherentemente riesgosa²³. De un lado, en su organización y funcionamiento, las empresas reúnen grandes cantidades de personas, cuyos actos resultan sumamente costosos de vigilar y controlar de manera permanente. Por otro lado, la actividad productiva en empresas implica la utilización de maquinarias, insumos y técnicas de producción que conllevan riesgos de distintas índoles. Inexorablemente, la incidencia de riesgos (por ejemplo, que un producto resulte defectuoso o que un trabajador ocasione daños a terceros), si bien se puede intentar mitigar o reducir, no se puede evitar por completo (o en todo caso, resulta prohibitivamente costoso hacerlo). Los riesgos de empresa, sin embargo, son riesgos que la sociedad está dispuesta a tolerar, pues implícitamente entendemos que los beneficios de organizar la actividad productiva por intermedio de estos vehículos son cuantitativa y cualitativamente

superiores (de no ser así, simplemente prohibiríamos la actividad productiva en empresas).

Entendida así la empresa, la responsabilidad vicaria adquiere una función económica y social de mayor significación. El principio general de responsabilidad vicaria contenido en el artículo 1981 del Código Civil dispone que el principal (en este caso, la empresa) responde por los daños causados por sus servidores (en este caso, sus trabajadores), dado que el primero resulta ser el más barato evitador de los riesgos. Desde esta perspectiva, la empresa no es responsable por haber obrado mal (esto es, no resulta responsable por actos u omisiones propias y culposas), sino lo es porque resulta ser el vehículo más idóneo para prevenir o mitigar la ocurrencia de daños similares en el futuro y para difundir socialmente, a través de los sistemas de precios y seguros, los costos resultantes de los mismos²⁴.

Desde esta perspectiva, en lo que respecta a la prevención de daños, la racionalidad de la norma parte de la premisa de que los empleados típicamente no cuentan con los recursos necesarios para afrontar el pago de indemnizaciones, motivo por el cual el riesgo de litigio no suele ser un disuasivo efectivo para su mal obrar. Como explica Posner, “The rationale (...) rests on the fact that most employees do not have resources to pay a judgment if they injure someone seriously (...) They therefore are not very responsive to the threat of tort liability”²⁵.

La empresa empleadora, sin embargo, sí puede inducir a sus trabajadores a ser más cuidadosos. En palabras de Posner, “The employer (...) can induce them to be careful, as by firing or otherwise penalizing them for their carelessness (...) and making the employer liable for his employees’ torts will give him an incentive to use such inducements”²⁶. Así, los empleadores resultan evitadores efectivos del riesgo en tanto pueden disuadir conductas potencialmente dañosas de sus empleados imponiendo medidas disciplinarias como la amonestación, suspensión y despido, y es previsible que actuarán así frente a la posibilidad de resultar responsables por los actos de estos últimos²⁷.

²² Por ejemplo, como explica Díez-Picazo, “Si los daños, que como consecuencia v. gr. de la circulación, se causan a los vehículos (sin implicar lesiones personales) los pagan las pólizas de seguros de los propietarios, las consideraciones del mercado pueden encontrar un buen campo de aplicación, ya que los costes de reparación de los vehículos implicados en accidentes determinan la cuantía de la prima que paga cada clase de vehículos. En la medida en que el promedio de los costes de reparación de vehículos similares pueda ser diferente, esta diferencia se reflejará en la prima y ello puede influir en el comprador”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. p. 213.

²³ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 167-169.

²⁴ Ver, por ejemplo: DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 480-481.

²⁵ POSNER, Richard A. “Economic Analysis of the Law”. Cuarta edición. Boston: Little, Brown & Co. 1992. p. 187.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Para un desarrollo exhaustivo de los principios económicos generales a tomar en cuenta para explicar y criticar los aspectos más importantes de la responsabilidad vicaria en sus manifestaciones principales, comparando cuándo puede resultar económicamente eficiente una regla de responsabilidad vicaria en comparación a la regla general de la responsabilidad individual, ver: SYKES, Alan O. “The Economics of Vicarious Liability”. En: Yale Law 93. 1984. pp. 1231-1280.

De otro lado, en lo que concierne al efecto de difusión del daño propiamente dicho, como bien señala de Trazegnies, todos se benefician con la actividad productiva en empresa (el principal que obtiene ganancias, los servidores que trabajan, la sociedad que cuenta con los productos que desea), y asignando responsabilidad al principal (quien a su vez la trasladará al público por intermedio de los sistemas de precios y seguros), todos comparten el peso económico de los daños estadísticamente inevitables²⁸. Dicho de otro modo, la asignación de responsabilidad en el principal coadyuva a la meta de difundir socialmente los costos resultantes de este tipo de actividades.

La explicación funcional hasta acá desarrollada se ha ceñido al ámbito de la responsabilidad vicaria del empleador por los actos de sus trabajadores subordinados. Ésta, sin embargo, como veremos más adelante, no siempre puede ser extendida de manera consistente a otras relaciones de subordinación fuera del ámbito de la actividad laboral empresarial²⁹.

III. EL ARTÍCULO 1981 DEL CÓDIGO CIVIL

3.1 Ámbito de extensión de la norma

3.1.1 La situación de dependencia

En primer término, es importante destacar que el legislador del Código Civil peruano no parece haber circunscrito el alcance del principio general de la responsabilidad vicaria contenido en el artículo 1981 al ámbito de las relaciones donde exista una estricta dependencia o al de las relaciones estrictamente laborales donde medie una relación empleador-empleado, sino la ha extendido a todo supuesto en que una persona “tenga a otro bajo sus órdenes”. De esta manera, el supuesto regulado en la norma comentada resultaría extensible a las relaciones de subordinación o agencia (en el sentido amplio del término) en general, inclusive a las relaciones de subordinación o agencia temporal que podrían originarse de las circunstancias específicas dentro de las cuales se produce un daño a un tercero.

En nuestro medio, de Trazegnies se ha pronunciado en contra de una interpretación literal como la reseñada en el párrafo precedente, particularmente por los problemas que ello podría acarrear en situaciones de subordinación organizacional dentro de una empresa:

“El tenor literal del artículo 1981 permitiría considerar que todo ‘aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último’; lo que significa que, en aplicación estricta de esa norma, el capataz, el ingeniero de planta, el Gerente General y la empresa misma, serían todos responsables por los daños causados por los obreros de la fábrica.

Pero la interpretación literal es muchas veces la peor de las interpretaciones porque el peso formal de las palabras impide acceder al sentido real de la norma: un malentendido respeto por la ley lleva a que el aspecto exterior de las expresiones deslumbre la vista del intérprete y no le permita ver lo que la norma persigue. En nuestra opinión, no cabe duda que con la frase ‘aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último’ la ley quiere referirse a la persona o entidad que constituye la empresa; aun cuando literalmente esa expresión comprende cada una de las relaciones de subordinación, la norma quiere que sea el último de los niveles –aquel que tenga bajo sus órdenes a todos los demás– quien responda”³⁰.

No obstante, en la jurisprudencia comparada encontramos casos que apoyan la posibilidad de subordinaciones temporales o derivadas de las circunstancias específicas que rodean el acto dañino. Así, por ejemplo, en el célebre caso de *Ybarra v. Spangard*³¹, generalmente considerado uno de los casos pioneros de la responsabilidad por negligencia médica en la jurisprudencia comparada, la Corte Suprema del Estado de California halló responsable a un cirujano por los actos negligentes de los médicos y enfermeras que lo asistieron en una intervención quirúrgica, pese a que estos últimos pudiesen ser formalmente empleados del hospital en el que se realizó la operación, aduciendo que en el transcurso de una intervención de esta naturaleza tales personas se convierten en sirvientes o agentes temporales del cirujano. En estas circunstancias específicas, el cirujano a cargo, y no la empresa u hospital empleador, parecería encontrarse en mejor posición para prevenir la ocurrencia del daño (aunque es cuestionable que aquél sea quien se encuentra en mejor situación para difundir o diluir socialmente el costo del accidente).

En realidad, la correcta delimitación del ámbito de extensión de la responsabilidad vicaria es un tema complicado que merecería ser discutido en mucho mayor detalle. Desde una perspectiva económica, la

²⁸ Ver, por ejemplo: DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 480-481.

²⁹ Ver, por ejemplo: SYKES, Alan O. Op. Cit.

³⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 489-490.

³¹ 25 Cal. 2d 486, 154 P. 2d 687.

eficiencia de la adopción de una regla de responsabilidad vicaria, en contraste al principio general de la responsabilidad individual, dependerá de las circunstancias específicas de cada caso, lo cual dificulta la labor de postular una regla unívoca para todas las situaciones de dependencia³². Por lo general, la eficiencia de la responsabilidad vicaria en una situación determinada dependerá en gran medida de la magnitud de los costos de transacción asociados a la negociación y cumplimiento de posibles arreglos o acuerdos mutuamente voluntarios para la asignación de riesgos entre el principal y su agente. Si tales costos resultan insignificantes, la responsabilidad vicaria por lo general resultará más eficiente, o no menos ineficiente, que una regla de responsabilidad individual.

Por el contrario, cuando dichos costos son significativos, la eficiencia de la responsabilidad vicaria dependerá de una serie de factores adicionales, que incluyen la solvencia y capacidad del agente para indemnizar el daño bajo el principio general de responsabilidad individual, la habilidad del principal para controlar o tener injerencia sobre las acciones de su agente, la duración de la relación de dependencia, la relevancia de incentivos contractuales para inducir conductas minimizadoras de riesgos por parte del agente y la existencia de relaciones contractuales previas entre el principal y la parte que sufre el daño. Imaginemos, por ejemplo, el caso de un pasajero (principal) que pide a un taxista (agente) que lo conduzca al aeropuerto y, en el camino, el taxista atropella a un peatón. En este ejemplo, el principio de responsabilidad individual parecería ser más acorde con la función que hemos atribuido al sistema.

Lo cierto es que, a falta de precisión en la norma comentada, la delimitación de las relaciones de subordinación o agencia a las cuales le resultará extensible la responsabilidad vicaria dependerá, en última instancia, de nuestros tribunales.

3.1.2 La conexión entre el encargo y el daño

Un segundo elemento exigido por nuestra normativa civil para estar frente a un caso de responsabilidad vicaria, en los términos del artículo 1981, consiste en que el daño causado por el servidor sea realizado “en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio

respectivo”. Así las cosas, para hacer “vicariamente” responsable al principal, nuestra legislación requiere se verifique algún grado de conexión entre el encargo o servicio asignado al servidor o agente y el daño resultante, de manera que este último haya nacido en la esfera de la referida actividad y no en total y absoluta desconexión con la misma.

Como explica Posner, desde una perspectiva económica, la exigencia de la conexión entre el encargo y el daño antes mencionada responde a que no resultaría racional exigirle, por ejemplo, a un empleador adoptar medidas para controlar las acciones de sus empleados fuera del ámbito de su empresa puesto que aquél, usualmente, carecerá de la información necesaria para adoptar tales medidas³³. Desde la perspectiva funcional abordada en el presente artículo, poco podría hacer un empleador para disuadir a sus trabajadores de realizar acciones fuera de su ámbito de control que conlleven riesgo de daños para terceros. En estricto, el empleador en nuestro ejemplo no resultaría ser el mejor evitador del riesgo y, por lo tanto, hacerlo responsable no contribuiría a la obtención del resultado deseado, salvo que, claro está, únicamente persigamos una función netamente distributiva.

Por lo demás, vale mencionar que es común encontrar requisitos similares en las legislaciones comparadas, aunque la casuística respecto a cuándo estamos frente a un daño cometido en el ejercicio o cumplimiento de un cargo o servicio dista de darnos respuestas uniformes³⁴.

Un caso típicamente discutido en el Derecho comparado es el de los locadores de servicios y locadores de obra. Más allá de discutir si el locador (agente) es o no jurídicamente un “subordinado” del comitente (principal), desde una perspectiva económica lo relevante es determinar el grado de independencia del primero en su accionar y la habilidad del comitente para controlar o tener injerencia sobre las acciones de su agente, entre otros factores. Asumiendo que los locadores, típicamente, cuentan con mayor solvencia que un mero empleado para afrontar el pago de los daños derivados de su responsabilidad individual, si aquellos resultan ser independientes en su actuar y los comitentes poco pueden hacer para disuadirlos de realizar acciones que conlleven riesgo de daños para

³² Ver, por ejemplo: SYKES, Alan O. Op. Cit.

³³ Como explica Posner, “There is an important qualification to the employer’s (...) liability to his employees’ tort victims: The tort must be committed in the course of employment. This means, for example, that if the employee has an accident while commuting to or from work, the employer will not be liable to the victim. The economic reason for this result (a result that demonstrates incidentally, the inadequacy of a pure deep pocket explanation for respondeat superior) is that it wouldn’t pay for the employer to take steps to reduce his employees’ commuting accidents. The probability of such accidents is small, and since they do not occur during work time, the employer lacks good information for taking steps to minimize them”. POSNER, Richard A. Op. Cit. p. 187.

³⁴ Ver, por ejemplo: ALPA, Guido. “Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y Cuestiones”. Lima: Gaceta Jurídica. 2001. pp. 347-354; DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 490-492.

terceros, lo consecuente sería no extender el concepto de responsabilidad vicaria a este supuesto³⁵. En la jurisprudencia y doctrina comparada, las posiciones respecto a este tema son diversas³⁶.

En Estados Unidos, una excepción a la regla de responsabilidad individual de los locadores independientes es el caso de los servicios ultra riesgosos. Para Posner³⁷, esta excepción tiene sentido económico, puesto que en este tipo de casos los niveles de precaución exigibles son mayores, pudiendo tener el principal un mayor grado de injerencia en la adopción de los mismos. Por otro lado, a mayor riesgo, mayor será la probabilidad y magnitud de los daños, lo cual podría terminar replicando en el locador el problema de la insolvencia que típicamente se observa en el caso de los empleados comunes.

Otro caso particularmente problemático es el de los daños causados por el servidor que se extralimita en el ejercicio del cargo o en el cumplimiento del servicio. De Trazegnies nos narra un caso ilustrativo acontecido en el Perú³⁸. Supongamos que un empleado nocturno en una estación de servicios de expendio de combustible, a espaldas de su empleador y en contravención de sus instrucciones, alquila espacios como cocheras para vehículos por la noche. En este contexto, una noche, el empleado decide tomar prestado un vehículo y pasear por la ciudad, ocasionando un accidente. ¿Resulta extensible el concepto de responsabilidad vicaria para trasladar el peso económico del daño al dueño de la estación de servicios?

Una interpretación restrictiva del artículo 1981 del Código Civil nos llevaría a concluir que no es posible extender la responsabilidad vicaria a aquellos casos, como el del ejemplo antes reseñado, de abuso o mal cumplimiento de funciones por parte del servidor. Tampoco resultaría aplicable a casos de “agencia aparente” –es decir, supuestos en los que terceros pudieran incluso considerar que el servidor actúa por cuenta o con la venia de otro, cuando ello en realidad no resulte así. No obstante, liberar al principal de responsabilidad en casos en que su servidor, si bien se

extralimitó de sus órdenes o facultades, aún se encontraba bajo la esfera de control o supervisión del primero, podría no condecirse con la función que le atribuyamos a esta norma. En el ejemplo de la estación de servicio, el empleador pareciese encontrarse en condiciones para controlar las acciones de sus empleados nocturnos, incrementando, por ejemplo, sus labores de vigilancia o inspección. No parece difícil predecir que llevar a cabo rondas aleatorias de las instalaciones por las noches podría, a un bajo costo, disuadir de manera efectiva a los trabajadores de incurrir en conductas similares a la reseñada.

Nuevamente, observamos que no es sencillo postular una regla unívoca para determinar cuándo estamos frente a un grado de conexión suficiente entre el encargo o servicio asignado al servidor o agente y el daño resultante que justifique invocar la responsabilidad vicaria, no existiendo, por lo demás, una respuesta uniforme en la doctrina y jurisprudencia comparada³⁹. Esta tarea, como en el caso de la delimitación de la situación de “dependencia”, recaerá, en última instancia, en nuestros tribunales. Para efectuar estas tareas, es imprescindible que se tenga claridad respecto a la función perseguida por esta institución.

3.2 El autor del daño y el responsable civil

Como señaláramos en un inicio, el artículo 1981 del Código Civil denomina al principal y al servidor vinculados en los casos de responsabilidad vicaria como “El autor directo y el autor indirecto”, respectivamente. A continuación comentaremos brevemente esta norma desde la perspectiva de cada uno de estos sujetos.

3.2.1 El autor directo

Desde la perspectiva del servidor o autor directo (causante físico) del daño, lo primero que cabe preguntarse es si, conforme a la legislación civil peruana, se requiere que medie dolo o culpa, o el empleo de un bien riesgoso o peligroso (o la realización de una actividad riesgosa o peligrosa), por parte de este servidor en la producción del daño para poder

³⁵ Sin embargo, una regla general que disponga que el comitente nunca resultará responsable por los actos de sus locadores podría, a la vez, incentivar que actividades riesgosas que podrían ser ejecutadas y efectivamente monitoreadas dentro de una empresa, por ejemplo, sean trasladadas a locadores, en casos en que el riesgo de litigio sea significativo, lo que paradójicamente podría contradecirse con la finalidad perseguida por la responsabilidad vicaria. Ver, por ejemplo: ARLEN, Jennifer y W. Bentley MACLEOD. “Beyond Master-Servant: A Critique of Vicarious Liability”. En: MADDEN, Stuart. “Exploring Tort Law”. New York: Cambridge University Press. 2005 (artículo inédito ubicado en los archivos del autor).

³⁶ Ver, por ejemplo: ALPA, Guido. Op. Cit. pp. 348-352; SALVADOR, Pablo y Carlos Ignacio GÓMEZ. Op. Cit. pp. 14-16.

³⁷ En palabras de Posner, “There is an exception to the exception for the case where independent contractor’s work is highly dangerous. This too makes economic sense. The cost-justified level of precaution is by definition higher, making it more likely that the principal can do something to prevent accidents efficiently; in addition, the independent contractor is likelier to have a solvency problem the more dangerous the work is and hence the higher his expected damages bill is”. POSNER, Richard A. Op. Cit. p. 188.

³⁸ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 490-491.

³⁹ Ver, por ejemplo: ALPA, Guido. Op. Cit. pp. 351-352; SALVADOR, Pablo y Carlos Ignacio GÓMEZ. Op. Cit. pp. 16-17.

extender responsabilidad a su principal invocando el principio de la responsabilidad vicaria. Esta es la posición sostenida en nuestro medio por de Trazegnies, quien considera que el acto del dependiente debe ser de tal naturaleza que se encuentre incurso en el régimen general de responsabilidad extracontractual, no existiendo obligación del principal de indemnizar si previamente no existe un daño indemnizable conforme al régimen general de responsabilidad del Código Civil⁴⁰.

Frente a la interpretación sistémica reseñada en el párrafo anterior, cabe alternativamente efectuar una interpretación literal mucho más “objetivizante” de la responsabilidad del autor directo. En efecto, de una lectura literal de la norma comentada, para vincular al principal por responsabilidad vicaria, únicamente se desprende la necesidad de comprobar la existencia de un “daño causado” por el servidor o agente y no la de un “daño indemnizable causado” por el mismo. Así, parecería poder sostenerse que el artículo comentado constituye mas bien un supuesto excepcional a la cláusula general de responsabilidad subjetiva contenida en el artículo 1969 del Código Civil, estableciendo la responsabilidad objetiva estricta del servidor o autor directo del daño sujeto a responsabilidad vicaria.

En nuestra opinión, ambas interpretaciones anteriormente reseñadas son sostenibles. En última instancia, la inclinación a favor de una u otra interpretación va a depender de las circunstancias específicas del caso y de la función que le atribuyamos a esta institución y al sistema de responsabilidad civil extracontractual en general.

3.2.2 El responsable civil

Ciertamente, resulta poco afortunado que el legislador nacional haya optado por denominar al principal sujeto a responsabilidad vicaria como el “autor indirecto” del daño pues, como veremos, ello puede conllevar a confusión y posturas conceptualmente contradictorias.

El concepto de autoría implica un grado de participación en los hechos generadores o causantes del daño a indemnizar. Como quiera que el principal no participa directamente en los hechos ocasionadores de los daños (a diferencia del servidor que es autor material y directo del daño), estaríamos hablando de una participación indirecta de la cual se derive su obligación de indemnizar. Inexorablemente, este tipo de discusiones nos conduce hacia los terrenos de la

responsabilidad subjetiva, que equivale a sostener que el principal únicamente respondería en caso de haber obrado con algún grado de culpa *in eligiendo* (un descuido en la elección del agente) o *in vigilando* (una falta de vigilancia adecuada de la conducta del agente).

Si bien en la legislación comparada aún existen códigos de influencia marcadamente subjetivistas que permiten que el principal se libere de responsabilidad demostrando que en su actuar se desenvolvió con ausencia de culpa⁴¹, creemos, como explicamos en un inicio, que una lectura de esta naturaleza de la norma comentada resultaría contradictoria.

A nuestro entender, la enunciación del principio de la responsabilidad vicaria, tal como se encuentra consagrado en nuestro Código Civil, es una respuesta dada ante la insuficiencia práctica del principio de responsabilidad individual subyacente en la cláusula general de responsabilidad subjetiva, motivo por el cual no resultaría correcto pretender justificar el traslado de responsabilidad hacia un tercero que aquél conlleva en la idea de la culpa. En otras palabras, la responsabilidad vicaria es, en estricto, un supuesto de responsabilidad por un hecho ajeno –una excepción al principio de responsabilidad individual por actos u omisiones propias. El principal resulta obligado al pago de la indemnización únicamente por disposición expresa de la ley y no por las consecuencias de sus conductas o de su obrar (no por un obrar directo y culposo). Desde la perspectiva funcional reseñada en este artículo, no se busca que el principal sea responsable por haber obrado mal (esto es, no se persigue que sea responsable porque incurre en actos u omisiones propias y culposas), sino que se entiende que éste debe serlo cuando resulte ser el vehículo más idóneo para prevenir o mitigar la ocurrencia de daños similares en el futuro y para difundir socialmente los costos resultantes de los mismos.

Por lo demás, insistimos, si nuestro Código Civil hubiese querido establecer como requisito para que proceda la responsabilidad vicaria que se verifique un actuar culposo por parte del principal, el artículo 1981 resultaría redundante e innecesario, pues idéntico resultado podría perfectamente alcanzarse sobre la base de la cláusula general de responsabilidad subjetiva contenida en el artículo 1969 del Código Civil. Lo cierto, sin embargo, es que tal exigencia haría prácticamente irrelevante la responsabilidad del principal, pues, como señalamos anteriormente, en muchos casos ésta, simplemente, podría ser esquivada con relativa facilidad⁴².

⁴⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 476.

⁴¹ Para Alpa, se trata de “... los últimos brillos de una línea interpretativa ahora por todos abandonada”. ALPA, Guido. Op. Cit. p. 348.

⁴² Nota 12 *supra*.

Así las cosas, a nuestro parecer, la responsabilidad vicaria del principal consagrada en el artículo 1981 se asemeja más a una especie de responsabilidad objetiva e incausada. Por ello, coincidimos con de Trazegnies cuando señala que sería más propio denominar al principal como el “responsable civil”, como se hace en la doctrina francesa⁴³.

3.3 La responsabilidad solidaria

Como conclusión del artículo 1981, nuestro Código Civil enuncia que, en casos de responsabilidad vicaria, “El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”.

La responsabilidad solidaria contenida en la norma comentada implica que la presunta víctima puede accionar por el íntegro de la indemnización contra el autor directo o el responsable civil indistintamente (principal o agente). A su turno, aquél que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra el otro, a fin de que cada uno asuma una cuota de la indemnización pagada en proporción con la gravedad de la falta que hubieran cometido. Esta solución, a primera vista, no parece ser funcional ni conceptualmente adecuada.

En estricto, la responsabilidad solidaria y la responsabilidad vicaria son dos mecanismos distintos que, si bien es cierto, de algún modo, tienen por efecto ampliar el círculo de los potenciales responsable susceptibles de indemnizar un daño, responden a motivaciones (persiguen fines) diferentes. Por lo general, la imposición de reglas de responsabilidad solidaria en el Derecho de Daños, como la contenida en el artículo 1983 del Código Civil⁴⁴, persigue ahorrar a la víctima incurrir en los costos probatorios asociados a demostrar el grado de responsabilidad de cada uno de los corresponsables en casos en los que las acciones de más de una persona resulten ser la causa de un daño⁴⁵. A su vez, la responsabilidad vicaria es un supuesto de responsabilidad por actos ajenos, en el cual una persona distinta a la que ha realizado la acción u omisión generadora del daño es obligada a pagar la indemnización, desde la perspectiva reseñada anteriormente, a fin de incentivarle adoptar medidas para prevenir o mitigar la ocurrencia de daños similares en el futuro y a efectos de poder difundir socialmente los costos resultantes de los mismos.

Por otro lado, desde una perspectiva netamente conceptual, de lo expresado anteriormente también se desprende que, a diferencia de lo que sucede en los casos de responsabilidad solidaria en los que típicamente existen varias personas que resultan responsables por sus propios actos, en la responsabilidad vicaria el responsable civil no es autor de una acción u omisión generadora del daño. Dicho de otro modo, en los casos de responsabilidad solidaria las personas potencialmente llamadas a pagar la indemnización responden en aplicación del principio general de responsabilidad individual (por sus propias acciones u omisiones), mientras que en los casos de responsabilidad vicaria responden como una excepción a dicho principio (por las acciones de otro).

En la responsabilidad vicaria propiamente dicha, como hemos visto, el principal resulta obligado al pago de la indemnización únicamente por disposición expresa de la ley y no por las consecuencias de sus conductas o de su obrar (no por un obrar directo y culposo). Ello es así, desde la perspectiva funcional reseñada en este artículo, porque se entiende que el principal resulta ser el vehículo más idóneo para prevenir o mitigar la ocurrencia de daños similares en el futuro y para difundir socialmente los costos resultantes de los mismos. Cuando ambas condiciones se cumplen, la responsabilidad del principal simplemente debería ser exclusiva, no sirviendo ningún propósito adicional el permitirle a aquél repetir contra el servidor.

El carácter prescindible de la acción de repetición se observa con claridad, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones de subordinación dentro de las empresas, en donde los principales típicamente contarán con mecanismos distintos a la acción de repetición que resultarán más efectivos para incentivar comportamientos adecuados de sus subordinados (por ejemplo, medidas disciplinarias). Tampoco resulta congruente el establecer un supuesto de responsabilidad doble que le permita al principal ejercer una acción de repetición contra el servidor en tanto que ésta (en los contados casos en que podría resultar económicamente razonable repetir contra quien, por lo general, asumimos tendrá problemas de solvencia) contrarrestaría el efecto dilutorio de los costos del daño ocasionado (es decir, la difusión, propiamente dicha, del daño). Por lo demás, si el principal no ha realizado una acción u omisión generadora del daño, su cuota de participación en el daño sería nula por lo cual, en

⁴³ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 468.

⁴⁴ Código Civil, artículo 1983: “Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquél que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la reparación se hará por partes iguales”.

⁴⁵ Siguiendo el lenguaje de la metodología postulada por Calabresi, este tipo de reglas perseguirían reducir costos terciarios asociados con la probanza en un proceso.

principio, debería poder recuperar el íntegro de lo pagado, lo que implicaría eliminar por completo el efecto dilutorio perseguido.

No falta quienes han intentado encontrarle alguna utilidad o sentido práctico a la superposición de una regla de responsabilidad solidaria en nuestra norma de responsabilidad vicaria⁴⁶. Lamentablemente, la Exposición de Motivos del Código Civil no nos explica por qué se optó por esta alternativa⁴⁷. Quizás, inmerso en nociones propias de la responsabilidad subjetiva, el codificador nacional pensó que el principal también resultaba, de algún modo, responsable del daño ocasionado por su agente por un obrar propio negligente (culpa *in eligiendo* o *in vigilando*) y de ahí la razón de extrapolar una regla propia de supuestos de corresponsabilidad. Quizás, simplemente, en un afán resarcitorio, se pensó que “Cuantas más personas respondan por un mismo daño más probable será que se cobre una indemnización”⁴⁸.

Cualquiera sea la razón de esta curiosa opción legislativa, lo cierto es que la aplicación a rajatabla de la posibilidad de repetición implícita en toda regla de solidaridad, más que contribuir a la consecución de los fines perseguidos por la responsabilidad vicaria, simplemente los contraría.

COLOFÓN

Cuando uno explora las normas de nuestro Código Civil, conciente de los fines que se pueden perseguir con éstas, comenzamos a comprender dónde yacen las raíces de la problemática de la responsabilidad civil extracontractual en el Perú. El artículo particular que hemos comentado ilustra cómo una norma puede coadyuvar a alcanzar metas socialmente deseables o servir como instrumento para el despropósito. En última instancia, la problemática de la responsabilidad civil en el Perú no es tanto una de normas inadecuadas (sin perjuicio, claro está, que tales normas siempre puedan ser mejoradas) como una de personas (operadores del Derecho en general) con las ideas poco claras⁴⁹.

Como señala Cohen, “Quizá el principal servicio del enfoque funcional consiste en que al liberar a las

reglas, conceptos e instituciones jurídicos del sabor compulsivo a la lógica jurídica o metafísica, abre camino para una consciente crítica ética del derecho (... y nos pone...) en condiciones de llevar a cabo la seria tarea de apreciar el derecho y las instituciones jurídicas en términos de algún standard de valores humanos”⁵⁰. El método funcional postulado por la corriente doctrinal del análisis económico de Derecho al que hemos acudido en el presente artículo, en particular, más que proveernos con respuestas unívocas, tiene el mérito de equiparnos con una serie de pautas simples que pueden servirnos de guía para las labores de diseño legislativo e interpretación judicial.

Los principios explorados en las páginas precedentes no sólo nos pueden servir para analizar la posible aplicación, y discutir las bondades y defectos, de otros supuestos tradicionales en el Derecho de Daños de responsabilidad por hecho ajeno (como puede ser la responsabilidad derivada de la dependencia personal de los padres o tutores por los actos de los menores a su cargo, o de los curadores por los de los sujetos incapaces bajo su cuidado), sino también para explorar supuestos contemporáneos derivados de la actividad corporativa y comercial (como, por ejemplo, la posible responsabilidad de los accionistas por los actos de los directores o gerentes de las empresas o de los franquiciadores por los de sus franquiciados) o del modelo de organización política imperante (como, por ejemplo, la posible de responsabilidad del Estado por los actos de los funcionarios públicos o de los concesionarios de servicios). Cada uno de estos casos tendrá particularidades que merecerán ser ponderadas y, en cada uno, la extensión de la responsabilidad vicaria podrá o no resultar socialmente deseable.

La responsabilidad vicaria es mucho más rica y merece un estudio mucho más profundo, en el presente artículo apenas hemos raspado la superficie. Si éste, sin embargo, sirve para ejemplificar cómo puede contribuir el tipo de análisis postulado para aclarar y guiar la aplicación de las normas de responsabilidad civil extracontractual, habrá cumplido una “función” útil.

⁴⁶ Autores como de Trazegnies, por ejemplo, proponen que la posibilidad de repetir contra el servidor sí puede resultar aconsejable en casos en que éste actuó con dolo o culpa inexcusable, como medida de prevención de conductas manifiestamente dañinas. Ver: DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. pp. 494-497.

⁴⁷ REVOREDO, Delia (compiladora). “Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios”. Tomo VI. Lima: Ocurra. 1985. p. 805.

⁴⁸ SALVADOR, Pablo y Carlos Ignacio GÓMEZ. Op. Cit. p. 5.

⁴⁹ En las palabras de un amigo, “... si me dieran a escoger entre un mal Código con un buen Poder Judicial y un buen Código con un mal Poder Judicial preferiría lo primero (...) un mal Código puede ser corregido por un juez inteligente, mientras un buen Código puede ser distorsionado totalmente por un juez que no está en capacidad de aplicarlo”. BULLARD, Alfredo. “Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales”. Lima: Palestra. 2003. p. 505.

⁵⁰ COHEN, Felix S. “El Método Funcional en el Derecho”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1962. pp. 130-131.

SPAMMING Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Compensación pecuniaria y protección resarcitoria ordinaria en el régimen jurídico del correo electrónico comercial no solicitado

Leysser L. León*

¿Cansado de recibir correos electrónicos publicitarios que llenan su bandeja de entrada? Al parecer nuestros congresistas también lo estaban...

En este entretenido artículo, el autor analiza la recientemente promulgada Ley 28493 ("Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado") demostrándonos que a fin de crear una norma válida y útil para la sociedad no basta con regular un tema novedoso, pues, resulta indispensable realizar un cuidadoso análisis al respecto. En éste se deben tomar en consideración los intereses afectados buscando la solución más adecuada para el problema en cuestión dentro de nuestra sociedad, ya que, en caso contrario, se corre el serio riesgo de crear una norma que no genere beneficio alguno.

El autor aborda el tema desde diferentes perspectivas como son la del Derecho comparado y la responsabilidad civil. Quedando establecido, una vez más, que la calidad de una ley no siempre guarda correspondencia con la primera impresión que de ella se genera.

* Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Honorario de la Universidad Particular de Chiclayo. Doctorando en Derecho Civil en la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia). *Visiting researcher* en la Universität Hamburg y en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (mayo-octubre de 2005).

1. PREMISA

Con la Ley 28493 del 18 de marzo de 2005, defectuosamente intitulada “Ley que regula *el uso* del correo electrónico comercial no solicitado”, el Perú se ha colocado, por lo menos de manera formal, a la vanguardia en el movimiento mundial que, desde hace algún tiempo, viene combatiendo a los *spammers*, incluso en el área normativa.

Con grandes e inusitados encabezados, muchos periódicos locales y *websites* dedicadas a la temática de las nuevas tecnologías, han presentado en sociedad este texto legal, y lo han expuesto como un avance importante frente a un problema propio de nuestra época. En tal sentido, hay coincidencia en el realce multitudinario de los aspectos sancionatorios del régimen apenas instaurado.

El juicio del jurista, y de más está anotararlo, no puede ser tan irreflexivamente entusiasta. Quien estudia el Derecho tiene la obligación, ante todo, de evaluar de la manera más diligente los intereses en juego, a fin de vislumbrar, dentro de límites razonables, los efectos que pueden producir las decisiones del legislador, puesto que –como enfatiza un persuasivo bando del análisis económico del Derecho– “uno de los fines primarios del sistema jurídico es modificar el comportamiento humano, inducir por lo menos a ciertas personas a actuar de forma distinta de la que elegirían en ausencia de incentivos o desincentivos jurídicos”¹.

Dicha exigencia tendría que observarse con rigurosidad no menor, naturalmente, en las discusiones de política del Derecho, es decir, en el nivel de la planificación de las normas. Pero no hay visos de que el análisis de estas fundamentales cuestiones previas haya precedido la ley en cuestión.

La impresión que se genera, por el contrario, es la de una ilógica renuncia, por parte de los artífices de la Ley 28493, a considerar en su plenitud el ordenamiento jurídico, a pesar de que tal visión – como fácilmente se comprende – es la única que puede garantizar la coherencia de las intervenciones de orden legislativo.

Los indicios de tamaña falta de criterio son muchos: desde la nula apreciación de lo inocuo que resulta un régimen sancionatorio cuando las conductas que se buscan reprimir, además de ser las más de las veces anónimas, poseen carácter global, hasta la manifiesta falta de integración de la nueva norma con la legislación en materia de telecomunicaciones, a la cual da la segura impresión de superponerse; desde una pasmosa carencia de ideas acerca de las situaciones que merecen amparo legal, al apriorístico privilegio del punto de vista de la protección del consumidor.

También desde la óptica de la responsabilidad civil puede ponerse de manifiesto la incongruencia de nuestra flamante legislación anti-*spam*, y acaso evitarse la recaída en los lugares comunes que circulan, abundantemente, en torno de este asunto².

En las páginas que siguen analizaré brevemente el impacto de la Ley 28493 en el régimen ordinario del resarcimiento frente a los daños por *spamming*. Por medio de este inequívoco botón de muestra quedarán ilustradas, pues, las distorsiones que provoca la legislación especial, siempre *in crescendo*, en la consideración y aplicación de las reglas de responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil. En la parte final, trataré de demostrar por qué es nula la incidencia de la nueva normativa en la identificación de los daños que deberían ser resarcidos por los *spammers*; daños cuya difícil cuantificación servirá, entonces, para confirmar la necesidad de introducir, en el marco de una normativa del sector, un régimen autónomo de responsabilidad.

2. ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO Y CRÍTICO DE LA LEY 28493. LAS SITUACIONES A TENER EN CUENTA EN LA PLANIFICACIÓN DE UNA NORMATIVA DE PROTECCIÓN CONTRA EL SPAMMING. LA POSICIÓN DEL RECEPTOR DEL SPAM: EL NUEVO DERECHO A LA INTIMIDAD, EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y EL DERECHO A LA TRANQUILIDAD INDIVIDUAL. EL CORRECTO ENFOQUE DE LOS MÚLTIPLES INTERESES EN JUEGO EN LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE.

¹ GOETZ, Charles J. “Law and Economics – Cases and Materials”. Minnesota: West Legal Publishing Co. 1984. p. 1.

Este enunciado sintetiza con nitidez la premisa del bando del análisis económico del Derecho que considera a las *legal rules*, esencialmente, como *behavioral modifiers*, término utilizado por el propio autor. GOETZ, Op. Cit. p. 292.

Llama la atención constatar que esta obra de Goetz, cuyo título no debe llevar a pensar que se trata de un *case-book* común y corriente, no figure entre los materiales citados en los más famosos “manifiestos” del *behavioral law and economics*, como los de JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Carl S.; y Richard THALER. “A Behavioral Approach to Law and Economics”. En: Stanford Law Review 50. 1998. p. 1471 y siguientes; y JOLLS, Christine. “Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules”. En: Vanderbilt Law Review 51. 1998. p. 1653 y siguientes; ni en la reconstrucción crítica de ENGLERTH, Markus. “Behavioral law and economics – eine kritische Einführung”. Bonn: Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods. 2004. En: <http://opus.zbw-kiel.de/volltexte/2005/2663/>.

Los citados trabajos de Jolls, Sustain y Thaler se centran más bien en el punto de la “investigación de las implicancias del comportamiento humano concreto (no hipotético) para el Derecho”.

² Lugares comunes contra los cuales previene LIEB, Rebecca. “The Ten Biggest Spam Myths”. 2003. En: http://hallme.com/Ten_Spam_Myths.asp.

Para descalificar la Ley 28493 bastaría con saber que ella, en gran parte, no es más que el resultado del *download* de un anteproyecto de la Secretaría de Comunicaciones del Ministerio de Infraestructura y Vivienda de Argentina, que se remonta a septiembre de 2001; un documento de trabajo preliminar que, como suele acontecer, no ha llegado a convertirse en norma siquiera en el país donde ha sido concebido³. Es hasta risible que una ley vinculada con el mundo de la informática haya sido producida con tan vergonzosa, tradicional y nociva forma de proceder de nuestros congresistas, la cual, para fortuna, ha sido por fin denunciada, en relación con el plagio de la Ley Orgánica Española 4/2001, "reguladora del derecho de petición"⁴. A pesar de todo, cabe intentar analizar el fondo del asunto.

En abril del presente año, Jeremy Jaynes ha pasado a la historia como el primer condenado a prisión en Estados Unidos por *felony spam charges*, pocos meses después de haber sido denunciado por el envío de decenas de miles de anuncios publicitarios a las cuentas de correo electrónico de clientes de la empresa America Online (en adelante, "AOL")⁵. También ha hecho noticia el caso de Jason Smathers, un ex ingeniero de esta última empresa, que ha sido declarado culpable de la venta de noventa y dos millones de direcciones de correo electrónico de AOL a un *spammer* por la suma de veintiocho mil dólares, y sobre quien podría recaer una condena de hasta dos años de cárcel, además del pago de una reparación civil que oscila entre doscientos mil y cuatrocientos mil dólares⁶. Siempre en Estados Unidos, un juez de Iowa ha dictado sentencia contra las compañías AMP Dollar Savings Inc., Cash Link Systems Inc. y TEI Marketing Group, obligándolas al

pago de *damages* que, en su conjunto, superan el billón de dólares, a favor de CIS Internet Services, bajo la flamante *CAN Spam Act* de 2003⁷ y con el sostén de la legislación federal que reprime severamente las organizaciones criminales y las conductas delictivas en el ámbito industrial; monto que, previsiblemente, jamás podrá hacerse efectivo⁸. Mientras tanto, la Federal Trade Commission's Bureau of Consumer Protection ha informado que recibe unas mil comunicaciones diarias sólo con quejas de receptores de *spam*⁹.

Desde hace pocos años, la Unión Europea, a partir de la Directiva 2002/58/CE, "relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas", ha manifestado también su decisión de combatir el envío de correo no solicitado¹⁰. Se ha exigido a los Estados miembros la dación de leyes precisas para tal fin¹¹. Por estos días, precisamente, se ha empezado a debatir en el Bundesrat alemán la propuesta legislativa contra el *spamming*¹². Trece Estados miembros han suscrito, además, un acuerdo de cooperación para coordinar acciones contra la correspondencia electrónica comercial no solicitada. En Italia, la todopoderosa Microsoft ha interpuesto acción de daños y perjuicios, ante el Tribunal de Turín, por más de treinta mil euros (más de ciento veinte mil nuevos soles), contra un *spammer* de la localidad de Cesena¹³.

Siempre en el viejo continente, la Comisión de las Comunidades Europeas, en una Comunicación del 22 de enero de 2004¹⁴, señala que el *spamming* constituye un problema que afecta varias esferas: "intimidad, fraude a los consumidores, protección

³ Se trata del "Anteproyecto de Regulación de las Comunicaciones Comerciales Publicitarias por Correo Electrónico". Véase: <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/68925.htm>.

⁴ Véase la excelente nota de Flor Huilca en la edición *online* del diario "La República", del 14 de mayo de 2005: <http://www.larepublica.com.pe>.

⁵ Véase: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A38788-2005Apr8.html>.

⁶ El caso es referido en "Datenschutz-Berater". Año XXIX. 2005. Número 3. p. 8.

⁷ La "Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act", que se puede consultar en: <http://www.spamlaws.com/federal/108s877.shtml>. En ella se expone que el correo comercial no solicitado supera la mitad del total de la correspondencia electrónica en circulación, y con tendencia a aumentar, lo cual afecta la conveniencia y eficiencia del correo electrónico (Sección 2.a.2).

⁸ Véase: <http://www.thestandard.com/internetnews/000777.php>. Este caso surgió a raíz del envío, por parte de las compañías sentenciadas, de millones de *spam pieces* a los cinco mil clientes de CIS Internet Services, entre agosto y diciembre de 2003. Según la legislación de Iowa, se aplica una sanción de diez dólares por cada mensaje de correo no solicitado.

⁹ FISHER, Michael A. "The Right to Spam? Regulating Electronic Junk Email". En: Columbia – VLA Journal of Law & the Arts 23. 2000. p. 365 y nota 4.

¹⁰ Artículo 13. "Comunicaciones no solicitadas [...] 3. Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar, que, sin cargo alguno, no se permitan las comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa [...], bien sin el consentimiento del abonado, bien respecto de los abonados que no deseen recibir dichas comunicaciones. La elección entre estas dos posibilidades será determinada por la legislación nacional. 4. Se prohibirá, en cualquier caso, la práctica de enviar mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, o que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones".

¹¹ Hasta el momento, han cumplido con aplicar lo prescrito en la Directiva, cuyo término se venció el 31 de octubre de 2003, países como Dinamarca, España, Inglaterra e Italia.

¹² Lo informa el "Datenschutz-Berater". Año XXIX. 2005. Número 5. p. 4.

¹³ Véase: http://www.lastampa.it/redazione/news_high_tech/archivio/0502/spammer.asp.

¹⁴ Se la puede consultar en: <http://www.europa.eu.int>.

de los menores y de la dignidad humana, costes suplementarios para las empresas, pérdida de productividad. Más en general, el fenómeno socava la confianza de los consumidores, algo indispensable para el éxito del comercio electrónico, de los servicios en línea e, incluso, de la sociedad de la información". E indica, asimismo, que este fenómeno "ha alcanzado proporciones inquietantes y podría inducir a los usuarios actuales de mensajes electrónicos o SMS a dejar de utilizar el servicio de correo electrónico –que es una de las aplicaciones más populares de Internet– o los servicios móviles, o a utilizarlos de manera más restringida. Más en general, el *spam* exige una atención aun mayor si se tiene presente que, según lo previsto, Internet y otros medios de comunicaciones electrónicas (por ejemplo, el acceso de banda ancha, el acceso inalámbrico o las comunicaciones móviles) deben constituir un elemento esencial del crecimiento de la productividad en una economía moderna". Ante ello, se insta a los Estados miembros a velar para que, "existan vías de recurso y sanciones. Toda violación de los derechos garantizados por la legislación nacional debe ir acompañada del derecho individual a un recurso judicial [...] Cualquier perjuicio sufrido a causa de un tratamiento o de un acto ilícito debe ir acompañado de un derecho individual a una indemnización. Deben estar previstas sanciones en caso de infracción".

Australia, país que se ha hecho famoso por el amplio espacio que concede a la autorreglamentación en la solución de los problemas relacionados con Internet, cuenta, desde el 2003, con una *Spam Act*¹⁵.

En Argentina, ya existe un precedente judicial en el que se ha dictado, sobre la base de la legislación en materia de protección frente a la manipulación de datos personales, una medida cautelar contra el envío de correos no solicitados¹⁶.

¿Si tal es el panorama¹⁷, qué tendría de malo la normativa peruana que se acaba de emitir para regular el sector?

El punto del que no debería prescindir ningún discurso en torno de la protección jurídica contra el *spamming* es la identificación –preliminar a toda intervención en concreto– de las situaciones que se pretenden tutelar.

Aquí la brújula del legislador apunta de inmediato –pero sesgadamente, como se verá más adelante– hacia el destinatario del correo no solicitado.

El primero de los derechos que entra a tallar, en tal sentido, es el derecho a la intimidad, expresamente consagrado en la Constitución (artículo 2, inciso 7, primer párrafo) y en el Código Civil (artículo 14).

A pesar de su inapropiada adjetivación como "personal y familiar" en las normas citadas, algo pacíficamente reconocido en distintas experiencias es que el derecho a la intimidad ha dejado de referirse exclusivamente a la defensa del espacio de soberanía, por decirlo así, de los miembros de la sociedad. Hoy la intimidad ha abandonado aquel contenido "negativo", de exclusión de las intrusiones de los demás, que representaba su núcleo en tiempos pretéritos y ha pasado a comprender, igualmente, un contenido "positivo", el cual se plasma en la posibilidad de incidencia de los sujetos en el control de las informaciones que les conciernen¹⁸.

En sentido más amplio, se habla de "autodeterminación" del sujeto de derecho, la cual tiene relevancia, no sólo en lo que atañe al destino y uso de las informaciones personales, sino también en el de ciertas "libertades" por las que se viene combatiendo, y que en algún país ya han ganado reconocimiento, entre cuyos terrenos de conquista se encuentran, por ejemplo, el aborto, la procreación

¹⁵ Esta ley viene produciendo óptimos resultados, y ha sido considerada superior a la *CAN-Spam Act* estadounidense, según se informa en: <http://www.newstarget.com/z001463.html>. Su texto puede leerse en: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/sa200366/s28.html.

¹⁶ En el fallo del juez Roberto Torti, del Juzgado Civil y Comercial Federal Número 3. Secretaría Número 6, de la Capital Federal de Buenos Aires, emitido el 11 de noviembre de 2003. Al respecto, véase: <http://www.fundaciondike.org.ar/legislacion/spam-resolucion.htm>.

¹⁷ Todo lo indicado no puede dejar de provocar asombro, si se tiene en cuenta que el fenómeno del *spamming* tiene fecha precisa de nacimiento y ésta apenas supera el decenio. Se remonta solamente a 1993, cuando dos abogados de Arizona, Laurence A. Canter y Martha S. Siegel, especialistas en el rubro de las migraciones, utilizaron masivamente los mensajes de correo electrónico para ofertar sus servicios de asesoría a los interesados en obtener *green cards*, lo cual les valió su desafiliación como *barristers*. El episodio es recordado por SMITH, Reagan. "Eliminating the Spam from your Internet Diet: the Possible Effects of the Unsolicited Commercial Electronic Mail Act of 2001". En: *Texas Tech Law Review* 35. 2004. p. 416 y nota 38.

El término *spam* resulta de la combinación de "(s)pic(ed) (p)ork" y "h(am)", un producto a base de carne de cerdo, enlatado, al que se hacía referencia en uno de los *sketches* televisivos del famoso grupo satírico británico "Monty Phyton". La referencia es de STRÖMER, Tobias H. "Online-Recht – Rechtsfragen im Internet und in Mailboxnetszen, Dpunkt, Heidelberg". 1997. p. 109, nota 279.

¹⁸ Esta evolución de la noción de intimidad es común al ordenamiento estadounidense y a los ordenamientos europeos (y, sólo por reflejo, latinoamericanos). De ella rendían cuenta ya FRIED, Charles. "Privacy". En: *Yale Law Journal* 77. 1967-1968. p. 475 y siguientes; y AULETTA, Tommaso Amedeo. "Riservatezza e tutela della personalità". Milán: Giuffrè. 1978. pp. 30-31. Una perspectiva histórico-social al respecto ha sido brindada, más recientemente, por BEZANSON, Randall P. "The Right to Privacy Revisited: Privacy, News and Social Change 1890-1990". En: *California Law Review* 80. 1992. p. 1133 y siguientes.

asistida, la libre comercialización de las drogas y el llamado derecho a morir con dignidad¹⁹.

En directa vinculación con la nueva concepción del derecho a la intimidad y con la autodeterminación, e igualmente agredido por la actividad de los *spammers*, se presenta el principio del consentimiento al tratamiento de datos personales. Quien considere que la dirección de correo electrónico constituye, por lo menos en los casos en los que coincide con el nombre del titular de la cuenta²⁰, un “dato personal”, es decir, uno de aquellos elementos a partir de los cuales se puede deducir la identificación de un sujeto, no tendrá dudas en afirmar que el envío de mensajes no solicitados es contrario, justamente, al principio en virtud del cual el único que puede decidir si admite o no recibir correspondencia es el propio interesado.

La violación de este principio es clara cuando se constata que muchas veces los *spammers* utilizan direcciones que recogen de *websites*, con la errónea premisa de que la circunstancia que ellas se encuentren publicadas autoriza a su empleo por terceros para toda finalidad.

El principio del consentimiento puede ser afectado entonces, no solamente por la publicidad electrónica comercial no solicitada, sino también por el envío de todo tipo de mensaje que se remita a una dirección de correo electrónico “de dominio público” –la llamaré así– que sea contrario a la finalidad para la cual ésta fue publicada²¹.

Para estos efectos, por lo tanto, han sido igual de ilegítimas, en tanto contrarias al principio del consentimiento, por ejemplo, la remisión de correos electrónicos en los cuales un abogado ofertaba su servicio de “jurisprudencia civil” –en el fondo, no otra cosa que una base de datos de sentencias tomadas de aquí y de allá–, y aquellos en los cuales un candidato al decanato del Colegio de Abogados de Lima pedía el apoyo, en las urnas, de los colegas de la Orden.

La tercera situación que aquí se llama en causa es el derecho a la tranquilidad individual, igualmente reconocido en la Constitución (artículo 22).

La tranquilidad individual es un derecho prácticamente desconocido en nuestro medio. En otros ordenamientos jurídicos, en cambio, ha sido asociada, en el plano conceptual, con fenómenos inmediatamente relacionados con la problemática ahora analizada.

Así ha ocurrido en Italia, donde, sobre la base de la Directiva 97/7/CE²², se ha deducido, “una suerte de complemento al ‘derecho a ser dejado en paz’, [...], orientado a proteger al individuo del efecto –proveniente del exterior, y no solicitado ni deseado– que ocasionan las iniciativas de contacto realizadas según modalidades particulares (ligadas, sobre todo, al uso de las nuevas tecnologías), y para específicos fines (esencialmente, de orden comercial), con lo cual se da forma a una libertad negativa en la cual se mezclan, por un lado, la

¹⁹ En algunas sentencias del Tribunal Constitucional peruano ya se hace uso caótico de la categoría de la “autodeterminación informativa” (*informationelle Selbstbestimmung*), elaborada en Alemania, a propósito de la protección frente a la manipulación de datos personales. Esta importación doctrinal, lamentablemente, se ha producido, “de segunda mano”, por el conducto de libros españoles sobre derechos fundamentales.

Así, nuestro ordenamiento jurídico ha hecho suya –sin ninguna posibilidad de entenderla adecuadamente, desde luego– una fase posterior del desarrollo a la autodeterminación (que debió, para no atentar contra la lógica, ser desarrollada primero), así como una aplicación de la teoría del derecho general de la personalidad (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), igualmente desconocida en la cultura jurídica peruana.

Para una aproximación certera a las implicancias de la moderna evolución de los derechos de la personalidad, y de la técnica legislativa aplicadas en su protección, también con referencia al derecho a la autodeterminación, consúltese: MARINI, Giovanni. “La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche dei diritti della personalità”. 2005. En: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/home.html>.

²⁰ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. “Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos”. Madrid: Edisofer. 2001. pp. 114-115, informa que la Agencia de Protección de Datos española “entiende que tanto cuando la dirección de correo electrónico contiene información acerca de su titular (pudiendo esta información referirse tanto a su nombre y apellidos como a la empresa en que trabaja o a su país de residencia) como en los supuestos en los que, en principio, dicha dirección no parece mostrar datos relacionados con la persona titular de la cuenta, estamos en presencia de datos de carácter personal susceptibles de protección”.

²¹ Ejemplar, en tal sentido, es la experiencia del ordenamiento italiano, donde la *Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali*, hasta hace poco comandada por el profesor Stefano Rodotà, dispuso, en el 2003, que “la amplia conocibilidad de las direcciones de correo electrónico que permite la Internet no vuelve lícito el uso de estos datos personales para finalidades diversas de aquellas para las cuales se presentan *online*. En otras palabras, dichas direcciones no son ‘públicas’ como ocurre con las recogidas en las guías telefónicas. El hecho de que la dirección de correo electrónico sea conocida, de hecho, y aun cuando fuera sólo momentáneamente, por una pluralidad de sujetos, no la hace, en efecto, libremente utilizable, y tampoco autoriza, en modo alguno, el envío de informaciones de ningún tipo, aunque no sean de carácter comercial o promocional, sin un consentimiento previo”. Así lo refiere MASSIMI. Op. Cit. p. 777, nota 133.

²² Directiva 97/7/CE, del 20 de mayo de 1997, “relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia”, en cuya parte introductoria se señala que “la técnica de promoción consistente en enviar un producto o proporcionar un servicio a título oneroso al consumidor sin petición previa o acuerdo explícito por parte de éste, siempre que no se trate de un suministro de sustitución, no puede admitirse”; y que “procede reconocer al consumidor el derecho a la protección de la vida privada, en particular frente a ciertas técnicas de comunicación especialmente insistentes y, en consecuencia, precisar los límites específicos a la utilización de este tipo de técnicas; que los Estados miembros deben tomar las medidas adecuadas para que los consumidores que no deseen ser contactados mediante determinadas técnicas de comunicación puedan ser protegidos de forma eficaz de este tipo de contactos, sin perjuicio de las garantías particulares de que disponga el consumidor en virtud de la legislación comunitaria referente a la protección de la intimidad y de los datos personales”.

libertad de no comunicar, y, por otro, el derecho al respeto de la vida privada”²³.

Desde este punto de vista, “la lucha contra el *spamming*, contra el envío de mensajes no deseados de correo electrónico, se desarrolla en nombre del derecho a la tranquilidad, del control de las informaciones ‘entrantes’ en la esfera privada, que es objeto, además, de una fuerte presión por parte de los propios operadores del sector, los cuales buscan evitar la transformación de la Internet en un gigantesco contenedor de ‘mensajes-basura’, con problemas de eficiencia y costos crecientes para el sistema económico”²⁴.

Para ser precisos, aquí la tranquilidad es invocada, en su vestidura de derecho de la personalidad –o de derecho “fundamental”, como se suele decir–, en el supuesto, ni más ni menos, del envío de publicidad, el cual comprende, no sólo al *spam*, sino también a las ofertas “agresivas”²⁵, como las que se realizan casa por casa o mediante llamadas telefónicas, así como al envío de folletos con ofertas que, también en nuestro medio, se realiza cotidianamente, por parte de centros comerciales que los remiten directamente al domicilio de los potenciales consumidores²⁶.

En el Perú, dicho sea de paso, se presenta la particularidad de que tales folletos contienen el nombre y la dirección de la persona a los que están dirigidos; sólo que, hasta el momento, no se sabe de nadie que haya salido a hacer valer su derecho a no

recibir este tipo de correspondencia, ni, mucho menos, a cuestionar u oponerse a la manipulación de sus datos personales (nombres y dirección, precisamente) que, o han sido comunicados para finalidades distintas, o bien han sido obtenidos de listas no menos ilegítimas que los elencos de direcciones de correo electrónico que se procuran los *spammers*.

Este es el motivo por el cual los estudios sobre la problemática del *spamming* son normalmente precedidos por consideraciones acerca de la diferencia que existe entre los costos de la publicidad impresa y la publicidad a través del correo electrónico. Y se señala unánimemente, al respecto, que los costos del *spamming* son prácticamente nulos para quien recurre a él²⁷. Así pues, los beneficios para los *spammers* comportan costos externos, o “externalidades”, que son asumidos por los usuarios y proveedores del correo electrónico, y, más en general, por los Internet Service Providers (ISPs)²⁸.

Aquí hay quien recuerda, con atinada ironía, que “lo que para uno es basura, para otro es oro”²⁹.

Las bases conceptuales que acabo de señalar han guiado, aunque sea sólo de manera nominal, ciertamente, la concepción de la Ley 28493.

En el Proyecto de Ley 11424/2004-CR, presentado el 13 de septiembre de 2004³⁰, uno de los que sirvió para dar forma a la norma definitiva, se realizaba una desordenada enumeración de derechos a proteger,

²³ ATELLI, Maximiliano. “Il diritto alla tranquillità individuale nella rete”. En: NIVARRA, Luca y Vincenzo RICCIUTTO. “Internet e il diritto dei privati – Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche”. Turín: Giappichelli. 2002.p. 46. En un trabajo precedente, ATELLI. “Dal diritto di essere lasciati soli al diritto di essere lasciati in pace: la prospettiva del danno da petulanza”. En: Rivista critica del diritto privato. Año XV. 1997. p. 623 y siguientes; extrema su posición sobre la tranquilidad individual, y afirma, consecuente con su perspectiva, que incluso la práctica de actos de mendicidad “agresivos” constituyen atentados contra este derecho.

Me pregunto, tras esta lectura, qué sentido tiene legislar, inconscientemente, sobre la tranquilidad individual *online* en un país como el nuestro, donde un derecho como el individualizado por el autor citado es inexistente. ¿O admitiría alguien que el envío de *spam* fuese asimilado a la conducta de la persona que, sin ningún “consentimiento” del destinatario, limpia un parabrisas, o de la que ofrece algún producto puerta a puerta, o de la que sube a una “combi” a ofertar golosinas, o a pedir dinero tras entonar una canción?

Y sin embargo, el razonamiento que sustenta el rechazo del *spamming* es el mismo que impone condenar conductas como las que se acaban de señalar, en tanto violatorias de la tranquilidad.

²⁴ RODOTÁ, Stefano. “Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione”. En: Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato. Actas del Congreso de la Associazione Italiana di Diritto Comparato, celebrado en Pisa, del 22 al 24 de mayo de 2003, al cuidado de COMANDÉ, Giovanni y Giulio PONZANELLI. Turín: Giappichelli. 2004.p. 407.

²⁵ Según observa MASSIMI, Michela. “Il trattamento dei dati personali nell’ambito dei servizi di comunicazione elettronica”. En: Il diritto alla protezione dei dati personali, al cuidado de ACCIAI, Ricardo. Maggioli-Rimini. 2004. pp. 776-777: “las técnicas utilizadas para fines publicitarios pueden resultar incluso agresivas, y determinar fuertes interferencias en la vida privada de los usuarios, los cuales, a menudo, son literalmente ‘bombardeados’ por el envío masivo de mensajes de correo electrónico con contenido publicitario, que ellos no han solicitado, con la consiguiente violación de su *privacy* y, en particular, de su derecho a la tranquilidad individual”.

²⁶ Este fenómeno lleva a FISHER, Michael A. Op. Cit. p. 372, a observar, certeramente, por un lado, que los servicios postales han perdido su función de medio para la transmisión de información primaria, y han pasado a desarrollar una labor adjunta a la de los productores de los correos masivos, y por otro lado, que la mayor parte del correo de todas las personas está, hoy por hoy, compuesto por comunicaciones de desconocidos.

²⁷ Lo señalan, por ejemplo, D’AMBROSIO, Joseph. “Should ‘Junk’ E-mail be Legally Protected?”. En: Santa Clara Computer and Hight Technology Law Journal 17. 2001. p. 231; y SMITH, Reagan.Op. Cit.p. 414, *et passim*, quien informa que el costo del envío de treinta y cinco millones de este tipo de mensajes no representa un gasto mayor que cien dólares para el *spammer*.

²⁸ El tema de las externalidades producidas por el *spamming* es tratado en síntesis por AMADITZ, Kenneth C. “Canning ‘Spam’ in Virginia: Model Legislation to Control Junk-E-mail”. En: Virginia Journal of Law and Technology. <http://www.vjolt.net/archives.php>. Volumen 4. Número 4. 1999. pp. 3, 19, 70.

²⁹ D’AMBROSIO, Joseph. Op. Cit. p. 247: “one man’s ‘junk’ is another man’s ‘gold’ ”.

³⁰ Tanto este proyecto, presentado por el congresista Walter Alejos Calderón, y que tenía como mérito, por lo menos, el de contar con un título más adecuado: “Ley que protege de los correos electrónicos no solicitados”, como los demás, pueden ser consultados en el *website* del Congreso de la República: <http://www.congreso.gob.pe>

los cuales se tomaban, con vanos propósitos de fundamentación, incluso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual, como debería saberse, no tiene ningún valor efectivo en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino, a lo sumo, en las relaciones interestatales³¹, sino es que, tal es la verdad, ninguno.

Se llamaba en causa, así mismo, el artículo 2, numeral 6 de la Constitución, donde se establece que toda persona tiene derecho “a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

Esta es una norma programática, copiada de la Constitución española de 1978, pero que, como es fácil advertir, no tiene absolutamente nada que ver con el problema del *spamming*, el cual afecta –como ya se ha anotado– el control de las informaciones “entrantes”, y no el de las informaciones “salientes”.

El tercer fundamento normativo que se cita en el Proyecto es el artículo 65 de la Constitución, según el cual “el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado”.

Respecto de este enunciado, bien se podría omitir mayor comentario. Si en los dos primeros fundamentos era dado, por lo menos, estirar el discurso para tentar una argumentación en términos de derechos de la personalidad “constitucionalizados”, en el tercer caso se confronta una pura declaración aislada, sin punto de conexión con la temática tratada.

En el Proyecto citado se anotaba confusamente, sin embargo, que “el uso del correo electrónico para enviar mensajes electrónicos no solicitados ni autorizados por el usuario-destinatario implica la invasión hacia esferas protegidas de la persona, por tratarse de derechos fundamentales”.

A estas alturas, sin embargo, no se ha descubierto nada nuevo. Este es el modo de trabajar que singulariza al Congreso peruano.

Hasta este punto no se ha hecho otra cosa que centrar la discusión en torno del usuario del correo electrónico. Pero ¿es acaso su posición la única a tomar en cuenta al momento de decidir utilizar normas jurídicas para disuadir a los *spammers*?

La jurisprudencia de Estados Unidos, país que, como es harto conocido, ocupa el primer lugar en la producción mundial de *spam*, es una fuente de conocimiento de la que no se puede prescindir en estas reflexiones.

La causa a la cual es obligatorio hacer referencia es *Washington v. Hecke*³². Este proceso enfrentó al Estado de Washington y Jason Hecke, un ciudadano de Oregon que, actuando en representación de su empresa “Natural Instincts”, había enviado entre cien mil y un millón de mensajes con publicidad a direcciones de correo electrónico que había obtenido utilizando el programa “Extractor Pro”.

En dichos mensajes, Hecke ofertaba una obra de su autoría, “How to Profit from the Internet”, que podía ser adquirida en línea al precio de treinta y nueve dólares con noventa y cinco centavos.

A Hecke se le imputó la infracción de la entonces reciente legislación anti-*spam* de Washington, en vigor desde 1999. Según esta última, se considera ilícito el envío de mensajes en los que se utilizan direcciones que ocultan la identidad del remitente, así como aquellos que contienen información falsa o engañosa en el encabezado³³.

Éste, precisamente, había sido el *modus operandi* de Hecke, quien refirió haber realizado entre treinta y cincuenta ventas mensuales de su producto³⁴.

La Supreme Court of Washington fue llamada a pronunciarse porque Hecke alegó en su defensa, y

³¹ Lo hacía notar, hace cuatro décadas, PUGLIESE, Giovanni. “Il diritto alla ‘riservatezza’ nel quadro dei diritti della personalità”. En: Rivista di diritto civile. Año IX. Parte I. 1963. p. 619. a quienes creían que a partir de tal Declaración era posible deducir la existencia concreta, en un país firmante del documento, del “derecho al respeto de la vida privada y familiar”.

³² *Washington v. Hecke*. 24 P. 3d 404 (2001). Aquí sigo, además del texto de la sentencia que suministra “Lexis-Nexis”, <http://www.lexis.com>, la reseña crítica publicada en Harvard Law Review 115. 2002. p. 931 y siguientes.

³³ Nótese la coincidencia con lo señalado en el artículo 6 de la Ley 28493, subtítulo “Correo electrónico comercial no solicitado considerado ilegal”: “El correo electrónico comercial no solicitado será considerado ilegal en los siguientes casos: [Cuando] b) Contenga nombre falso o información falsa que se oriente a no identificar a la persona natural o jurídica que transmite el mensaje. c) Contenga información falsa o engañosa en el campo del ‘asunto’ (o subject), que no coincida con el contenido del mensaje”.

A esta redacción hay que reprocharle el defecto de aplicar el adjetivo “ilegal” al correo en sí, cuando lo ilegal es el “envío” del correo que tiene ciertas características, así como la impertinente referencia a las personas naturales y jurídicas. ¿O acaso no puede enviar ilícitamente correo comercial una entidad no inscrita? Lo mejor hubiera sido utilizar sólo la palabra “remitente”.

³⁴ Lo cual no es de sorprender. Un importante porcentaje de los destinatarios de *spam* adquiere los productos ofertados, lo cual aumenta las posiciones de interés que se deben tomar en cuenta en la planificación de un régimen jurídico represivo del correo electrónico comercial no solicitado.

con éxito en primera instancia, que la legislación de dicho Estado en materia de correo electrónico comercial no solicitado, al prohibir el envío de publicidad con esas características a los ciudadanos de Washington o desde una computadora ubicada en Washington, no respetaba la llamada dormant Commerce Clause de la Constitución estadounidense (artículo 1, sección 8, literal c), según la cual es facultad del Congreso la reglamentación del comercio entre los diferentes Estados de la Federación³⁵.

El fallo de la Supreme Court of Washington es importante porque, más allá de reconocer la constitucionalidad de la normativa cuestionada, identifica ejemplarmente los intereses en juego en la problemática estudiada, en lugar de concentrarse de manera exclusiva, como ha hecho nuestro legislador, en la esfera de los usuarios del servicio de correo electrónico.

La juez Susan Owens opinó, en efecto, que los intereses conculcados eran, en primer lugar, los de los ISPs³⁶; en segundo lugar, el de los titulares de *domain names*; y por último, el de los usuarios. Los ISPs, porque ven incrementados sus costos, al tener que invertir, por ejemplo, en la detección de las cuentas desde las cuales se envía el *spam*, en personal que atienda los reclamos de los usuarios, y en equipos adecuados para administrar el tráfico excesivo; los titulares de *domain names*, porque es común que los *spammers* usen identificaciones ajenas, a las cuales los destinatarios terminan enviando, equivocadamente, sus masivas quejas³⁷; y los usuarios, por el enfado que la situación genera y por la imposibilidad de aprovechar eficientemente el servicio de correo electrónico, es decir, por la pérdida de tiempo y de dinero, sobre todo en el caso de los que utilizan el servicio de pago por minuto de conexión³⁸.

El caso fue devuelto a la instancia inferior, para nuevo juicio. En el 2002, Heckel fue condenado al pago de

penalties por un total de noventa y ocho mil dólares, por la infracción cometida y por las costas del proceso, incluidos los honorarios de los abogados que intervinieron en éste.

Como venía anotando, es un error que una norma como la aquí analizada haya sido concebida teniendo como única base los intereses de los usuarios del correo electrónico. La experiencia estadounidense, que debería ser mejor conocida, es de enorme valor en este ámbito, pero no tanto por las sanciones que se vienen aplicando, y que cada cierto tiempo ocupan los titulares de los medios de comunicación, sino porque enseña que los primeros interesados en la represión del *spamming* son los proveedores del servicio de correo electrónico y, de ser el caso, los ISPs. Tanto es así que las duras sanciones económicas que los tribunales de Estados Unidos están imponiendo a los *spammers* se han obtenido, casi en su totalidad, por iniciativas de ISPs, como la ya mencionada AOL.

Más aún, en la doctrina estadounidense no se duda a la hora de señalar que la posición de un usuario es demasiado ínfima como para ser tomada en cuenta a la hora de reprimir a los *spammers*. Esta es la razón por la que se ha sugerido seguir, en todo caso, el camino de las *class actions*.

Los “verdaderos” daños, si así cabe considerarlos, los pueden demostrar, en sede judicial, los ISPs, que gastan considerables sumas para combatir el *spamming*, como señalaba bien la juez Owens, y que incluso pierden clientes por dicha causa.

Desde este punto de vista, resulta superfluo que en el artículo 4 de la Ley 28493, cuyos artífices, según parece, no solamente ignoran los intereses conculcados por el *spamming*, sino que carecen también de los más elementales conocimientos sobre el mundo de la correspondencia electrónica, “obliguen” a los proveedores de este servicio a disponer de “sistemas o programas de bloqueo y/o filtro para la recepción o la

³⁵ Esta dormant Commerce Clause se deduce implícitamente, y en sentido negativo, de la citada disposición de la Constitución estadounidense. La interpretación jurisprudencial que rige es que la Constitución es contraria a la intromisión singular de los Estados en la regulación del comercio interestatal, al reconocer la potestad federal en dicho ámbito.

Con particular referencia a la Internet, GOLDSMITH, Jack L. y Alan O. SYKES, “The Internet and the Dormant Commerce Clause”. En: Yale Law Journal 110. 2001. p. 786; recuerdan que la “dormant Commerce Clause is a judge-made doctrine that prohibits states from regulating in ways that unduly burden interstate commerce”.

³⁶ La juez Owens cita, respecto de los daños causados a los ISPs, lo decidido por la *United States District Court for the Southern District of Ohio* en: *CompuServe Inc. v. Cyber Promotions Inc.* 962 F. Supp. 1015 (1997). Este es otro de los *leading cases* en materia de *spamming*.

³⁷ En el caso específico, el titular del *domain name* “localhost.com”, refirió que su sistema de cómputo había colapsado, luego de recibir 7,000 mensajes de usuarios que lo habían identificado como el remitente del *spam* enviado, en realidad, por Heckel.

³⁸ Un realce del mismo tenor ha sido efectuado, en la doctrina italiana, por TOSI, Emilio. “Tutela dei dati personali online”. En: Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento. 2. Tomo II. Turín: Utet. 2003. p. 1282. “La molestia que deriva de esta práctica ilícita, desde diversos aspectos –disciplinario, civil y penal–, consiste, esencialmente, en que vuelve lentas las funciones del sistema informático utilizado por el destinatario de los mensajes no deseados, con el agravio consiguiente en lo relativo a los costos del acceso”.

transmisión que se efectúe a través de su servidor, de los correos no solicitados por el usuario”³⁹.

Para nadie es desconocido que Hotmail, Yahoo! y las demás entidades “sin rostro” que proveen, gratuitamente además, el servicio de correo electrónico ya han adoptado medidas al respecto, lo cual es otro claro indicio de la importante posición que se tiene que reconocer a los proveedores en la represión del *spamming* a nivel global.

Otro tanto cabe decir de las instituciones públicas, como las universidades, y de las grandes empresas que proveen de cuentas de correo electrónico a las personas a ellas vinculadas. En la mayoría de tales casos, también se pueden constatar libres iniciativas de los “proveedores” para mantener al reparo del *spam* a sus allegados, a través de sistemas de “filtrado”. Al hacerlo, ellos piensan, ciertamente, en los usuarios del servicio, pero quizás más en los intereses institucionales en mantener sistemas de cómputo que operen eficientemente.

No se olvide, por otro lado, y aunque no se la pueda considerar generalizada, aquella peculiar forma de “autotutela” de los usuarios de correo electrónico que consiste en procurarse de programas de filtrado, muchos de los cuales se pueden descargar gratuitamente a través de la Internet⁴⁰.

3. LA PENA PRIVADA CONTEMPLADA EN LA LEY 28493: EL “DERECHO A COMPENSACIÓN PECUNIARIA” DE LOS RECEPTORES DE SPAM. ESQUEMA DE LAS SANCIONES JURÍDICAS: RESTITUTORIAS, RESARCITORIAS, SANCIONATORIAS. LA FUNCIÓN DE DETERRENCE DE LAS PENAS PRIVADAS. DESLINDE ENTRE PENAS PRIVADA Y RESARCIMIENTO. LA LEY 28493 NO PERJUDICA NI LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD AQUILIANA NI LA PROTECCIÓN RESARCITORIA DE LOS PROVEEDORES DEL SERVICIO DE CORREO ELECTRÓNICO.

El desconocimiento de los intereses que deben considerarse en la planificación de la represión del *spamming*, por parte del legislador peruano, se hace aun más evidente en lo que atañe a la protección resarcitoria.

Ésta, como era previsible, dado el mal planteamiento, no se ha concedido a los proveedores del servicio de correo electrónico ni a los titulares de *domain names*, sino únicamente a los “receptores” de “correos electrónicos ilegales”.

En efecto, lo que se dispone en la Ley 28493 (artículo 7, subtítulo “responsabilidad”) es que el receptor de “correo electrónico comercial no solicitado considerado ilegal” –de acuerdo con la alambicada expresión del legislador– será “compensado”, sea por “toda persona que envíe correos electrónicos no solicitados conteniendo publicidad comercial”, sea por “las empresas o personas beneficiarias de manera directa con la publicidad difundida”, sea por los “intermediarios de correos electrónicos no solicitados, tales como los proveedores de servicios de correos electrónicos”. El carácter paternalista de la norma no podía tener mejor demostración.

Ratificando su carencia de sentido común, el legislador ha hecho de cargo de los propios proveedores del servicio de correo electrónico, es decir de agentes que son también víctimas del *spamming*, los costos generados por éste.

Así, al mismo tiempo, se ha hecho posible concebir que un estudiante o profesor universitario podrá considerar “responsable” del *spam* que recibe al centro de estudios que le ha asignado una cuenta de correo electrónico por el sólo hecho de pertenecer a la institución.

Esta ilógica situación ha dejado de ser improbable, en efecto, por la inexistencia en la Ley 28493 de una definición de “usuario”, y por la inserción, en cambio, de una definición legislativa de “proveedor” tan vaga como la siguiente: “toda persona natural o jurídica que provea el servicio de correo electrónico y que actúa como intermediario en el envío o recepción del

³⁹ Esta norma se concuerda con el artículo 3, literal c, del mismo texto legal, donde se reconoce el derecho del usuario “a que su proveedor de servicio de correo electrónico cuente con sistemas o programas que filtren los correos electrónicos no solicitados”.

⁴⁰ En este punto, TOSI, Emilio. Op. Cit. p. 1282, habla de “legítima autotutela informática” de los usuarios de correo electrónico, y efectúa un atinado paralelo con lo que sucede en la defensa contra el registro de *cookies*, que es igualmente susceptible de ser prevenido y neutralizado por los propios usuarios. Recuerda, así mismo, la técnica, desde cierto punto de vista vindicativa, del *flaming*, la cual consiste en el envío a la cuenta del remitente del correo indeseable de numerosos mensajes de protesta y que, de ser realizada por un gran número de agentes, puede crear efectos molestos (por saturación o paralización) a los *spammers*.

Sólo que, como se entiende, el *flaming* sería un adecuado modo de reaccionar si los productores del *spam* utilizaran direcciones verdaderas, y no engañosas, como hoy se ha hecho costumbre.

mismo". No existe ninguna referencia de esta normativa que permita entender con certeza que en ella se está tratando de "usuarios" y "proveedores" ligados por una relación de consumo.

Es curioso verificar que aquí, como muchas otras ocasiones, los errores en el sentido de la elaboración de las normas habrían podido evitarse si la copia del referido Anteproyecto argentino hubiese sido íntegra.

Porque en la prudente propuesta del legislador del vecino país se señala, distintamente, que "toda persona que transmita o ayude en la transmisión de correo electrónico en violación a la presente ley es responsable y deberá indemnizar al receptor y al proveedor de servicios de correo electrónico" (artículo 9); que "el proveedor de servicio de correo electrónico y el receptor de un correo electrónico comercial no solicitado ilegal podrán, *independientemente*, iniciar acción judicial por los daños y perjuicios contra la persona que transmita o ayude en la transmisión del mensaje de correo electrónico ilegal" (artículo 10); y más aún, que "el receptor damnificado *no tendrá derecho a iniciar una acción contra el proveedor de servicios de correo electrónico* que simplemente transmita la publicidad no solicitada enviada por correo electrónico a través de su red informática" (artículo 12).

Pero la mala regulación, por parte del legislador peruano, no se limita a lo indicado hasta el momento.

A renglón seguido de la disposición sobre "responsabilidad", en el artículo 8 de la Ley 28493, subtítulo "derecho a compensación pecuniaria", se establece que "el receptor de correo electrónico ilegal *podrá accionar por la vía del proceso sumarísimo* contra la persona que lo haya enviado, a fin de obtener una *compensación pecuniaria*, la cual será equivalente al uno por ciento (1%) de la Unidad Impositiva Tributaria por cada uno de los mensajes de correo electrónico transmitidos en contravención de la presente Ley, con un máximo de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias".

Aquí se confirma algo que indicaba en el acápite precedente, en relación con la dimensión económicamente insignificante de los daños sufridos

por los destinatarios, individualmente considerados, del *spam*.

Como es obvio, quien pretenda hacer valer este "derecho a compensación pecuniaria" que la norma concede tendrá que ser alguien afectado en tal medida por los *spammers* como para ambicionar, con seguras expectativas, la obtención de una "compensación" superior a los costos que implique la puesta en práctica de la acción ahora reconocida. Naturalmente, es de esperar que esto sucederá sólo en muy raros casos, si no es que en ninguno.

Y no debe llevar a equívoco, por otro lado, el hecho de que en la Ley 28493 se utilice el término "responsabilidad", si por éste se entiende, simplemente, el tener que asumir una obligación de resarcimiento.

Es indudable que lo previsto por nuestro legislador es, verdaderamente, una pena privada, es decir, una sanción civil de carácter dinerario para un comportamiento que se pretende reprimir.

La doctrina⁴¹ enseña que existen sanciones jurídicas "restitutorias", las cuales persiguen la restauración exacta de la situación precedente a la comisión del hecho que desencadena la consecuencia jurídica de su aplicación; sanciones "resarcitorias", cuyo propósito es también el restablecimiento del status quo ante, pero a través de un "equivalente" en dinero; y sanciones "punitivas", cuyo objetivo real es la prevención. Y esta prevención es, a la vez, "general", en tanto apunta a disuadir a la colectividad de incurrir en la conducta sancionada, y "especial", porque con ella se espera impedir que el específico sujeto infractor no sea reincidente.

La pena privada no debe confundirse, entonces, con el resarcimiento. La pena privada está orientada – como es dado interpretar, precisamente, en las prescripciones de la Ley 28493 – hacia objetivos de desincentivación o *deterrence*, como se estila señalar en los países del *common law*, y, por lo tanto, de represión sancionatoria.

Es esta carga desincentivadora-sancionadora lo que distingue la pena privada del resarcimiento que

⁴¹ PONZANELLI, Giulio. "Pena privada". En: Enciclopedia giuridica Treccani. Volumen XXII Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1990. p. 1 (de la separata), quien hace ver, de igual forma, que "el renovado interés frente a la pena privada constituye uno de los momentos más interesantes del proceso, de mayor amplitud, de la alternativa 'civilística' en la protección de bienes que no se consideran adecuadamente protegidos por las normas de otras áreas (y en particular, [por el] sistema de normas penales)".

Sobre la pena privada, y sobre la identificación con ésta de los montos que se conceden, en la vía judicial, por concepto de "daño moral", véase: LEÓN, Leyser L. "Equivocos doctrinales sobre el daño moral. A propósito de un reciente artículo". En: "La responsabilidad civil – Líneas fundamentales y nuevas perspectivas". Trujillo: Normas Legales. 2004. p. 268 y siguientes.

cumple, más bien, un haz de funciones, entre las que cabe destacar, como he anotado, la de reparación de los daños “por equivalente”.

Mientras que la pena privada no guarda ninguna relación directa con el daño causado, el resarcimiento se deduce únicamente sobre la base de éste. Ello explica por qué la pena privada puede concretizarse en montos que jamás son coincidentes con los daños sufridos, y por qué el resarcimiento, en cambio, tiene por lo menos la aspiración funcional de llegar a cubrir “íntegramente” –como se acostumbra afirmar– tales detrimentos.

Que la Ley 28493 contempla una pena privada y no un resarcimiento está fuera de dudas, desde este último punto de vista, porque la suma a recibir por el “receptor de correo electrónico ilegal” no corresponderá ni siquiera a un monto estimado de los daños que él haya experimentado, sino que será fijada de acuerdo con pautas de cuantificación predeterminadas en la norma.

Llevando hasta el límite el análisis, es dado especular que un beneficiario de la “compensación pecuniaria” que reconoce la Ley 28493 bien podría ser alguien que, en realidad, no haya sufrido daño alguno.

En lo que se dispone, en efecto, la obligación de compensar pecuniariamente al receptor del correo electrónico publicitario no solicitado deriva de la pura infracción de la ley en la cual figura la sanción, y no de la comisión de un daño, lo cual constituye un argumento más para descartar que una “compensación” semejante pueda tener la calidad de “resarcimiento”.

Más allá de estas importantes precisiones –que, como puede apreciarse, no tienen un valor puramente conceptual–, la decisión de introducir una pena privada en el marco de la legislación especial tiene sentido, porque la agresión del *spammer* incide, como antes se ha expuesto, en la esfera personal del usuario de correo electrónico (intimidad, consentimiento al tratamiento de datos personales, tranquilidad individual).

Un jurista que ha contribuido egregiamente al estudio de las penas privadas enseña que éstas representan un instrumento verdaderamente eficaz “cuando el autor potencial del daño no encuentra en la obligación

resarcitoria una razón suficiente para abstenerse de su comportamiento, porque la medida previsible del resarcimiento, al estar ligada al límite del daño, es inferior al beneficio de su iniciativa ilícita”⁴².

Sólo aplicando esta valiosa observación resulta comprensible la previsión de una pena privada contra los *spammers*, porque, como es notorio, los daños a los derechos de la personalidad suelen quedar sin ser resarcidos.

Las razones de la virtual desprotección de los derechos de la personalidad, en lo que atañe al resarcimiento, son diversas. Aunque ésta no sea la sede oportuna para efectuar un análisis cabal del asunto, haré referencia a algunos de aquellos motivos en el siguiente acápite. Por el momento, basta anotar que la improbable imposición de una obligación resarcitoria a un *spammer*, por la vía normal de la demanda de daños y perjuicios, y con el solo soporte de la violación de derechos “fundamentales”, no es suficiente –siguiendo la explicación del autor citado– para inhibir al dañador de la realización de su conducta lesiva; en ello, precisamente, radica el sentido de la previsión, por parte del legislador, de una pena privada, y más aún, el sentido de toda la normativa contra el *spam*, dado que, ante un vacío legal, los *spammers* no tendrían ningún “incentivo” para abstenerse de sus actividades, y sí muchos incentivos para persistir en éstas⁴³.

Por todo lo anterior, merece destacarse que en la Ley 28493 ni siquiera se haga mención de los “daños ocasionados” ni del “resarcimiento” de éstos. En su lugar, se habla de “infracción de la ley” y de “compensación pecuniaria”.

Esta terminología, que seguramente ha sido empleada de forma inconsciente por nuestro legislador, permite establecer, de todas maneras, un seguro deslinde entre el régimen establecido en la normativa aquí estudiada y el régimen “ordinario” –lo llamaré así– de responsabilidad civil.

En consecuencia, no podrá sostenerse que por el hecho de que la Ley 28493 contemple un “derecho a compensación pecuniaria” el receptor del *spam* no pueda tener derecho al “resarcimiento” –esta vez sí– del daño ulterior, sobre la base de los artículos 1969 y siguientes del Código Civil.

⁴² MOSCATI, Enrico. “Pena (diritto privato)”. En: Enciclopedia del diritto. Volumen XXXII. Milán: Giuffrè. 1982. p. 781.

⁴³ SMITH, Reagan. Op. Cit. pp. 417-418, subraya este punto para explicar por qué la solución al problema del *spam* no puede realizarse a través de la autorreglamentación, porque el beneficio económico vuelve improbable que los *spammers* estén dispuestos a detenerse.

Y no podrá afirmarse, con mayor razón, que por lo restrictivamente dispuesto en esta ley, no puedan acceder a la plena protección resarcitoria, contra los *spammers*, tanto los proveedores del servicio de correo electrónico cuanto los titulares de *domain names* que fueran ilegítimamente utilizados por los remitentes de *spam*.

Estas falsas impresiones podrían suscitarse atendiendo a la circunstancia de que la letra de nuestra ley contra el correo electrónico comercial no solicitado sólo deja “sin perjuicio” la aplicación de la normativa sobre publicidad y protección al consumidor.

Desde luego que una previsión legal explícita de “dejar a salvo” el derecho de los destinatarios del *spam* al resarcimiento del daño efectivamente sufrido, o de “dejar a salvo” la aplicación de lo dispuesto en el Código Civil, en lugar de establecer, con muy limitado ámbito visual, que sólo queda sin perjuicio la “aplicación de las disposiciones vigentes en materia comercial sobre publicidad y protección al consumidor” (como se lee en el artículo 1 de la Ley 28493)⁴⁴, no tiene por qué juzgarse imprescindible. Sólo que en la elaboración de las normas que regirán en nuestro país –como nadie debería ignorar– es contraproducente omitir tomar en cuenta la acostumbrada sujeción de los aplicadores del Derecho a la letra de las normas⁴⁵.

Es de lamentar que esta última acotación sea válida, no sólo respecto de la administración de justicia ordinaria, sino también del Tribunal Constitucional. Todo lo contrario viene ocurriendo en el campo de acción de entidades como el INDECOPI, que, en honor a la verdad, ha dado algunas pruebas válidas de estar en capacidad de “interpretar”, en el correcto sentido de la palabra, con el sustento de fuentes esenciales para el desarrollo del Derecho de las nuevas tecnologías, como la doctrina –a pesar de la preeminencia, perezosamente concedida, de los no siempre atendibles autores españoles– y la comparación jurídica.

4. CÓDIGO CIVIL Y PROTECCIÓN RESARCITORIA FRENTE AL SPAMMING. REAFIRMACIÓN DE LA CONVENIENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DEL SECTOR. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE HOY COMO RESPONSABILIDAD SEGÚN STATUS. CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES ESPECIALES VINCULADAS CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL. RÉGIMEN ORDINARIO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y DAÑOS RESARCIBLES POR LOS SPAMMERS. LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS COMO PROBLEMA. LOS RIESGOS DE OVERCOMPENSATION.

La plena protección resarcitoria de los damnificados por los *spammers*, a la cual he hecho referencia en el acápite anterior, es la que tendría que conceder, en teoría, el tantas veces subestimado Código Civil, al que ahora toca prestar atención.

Pero hay que dejar en claro, antes de proseguir, que no debe creerse que el Código Civil, aquí considerado en su articulado relativo a la responsabilidad aquiliana, represente una solución eficaz para todos los problemas, mucho menos para aquellos teñidos de la novedad de las nuevas tecnologías.

A mí me parece, por el contrario, y como corolario de lo que he escrito hasta este punto, que se tiene que reconocer la conveniencia de la legislación especial para la regulación de temas como el que es materia del presente estudio. Y me refiero a una legislación “del sector”, en la cual la responsabilidad civil debería representar sólo un componente.

Tienen razón, en tal sentido, un agudo civilista que subraya, desde una óptica límpida, cabal y bien formada del sistema jurídico, que el Derecho de la responsabilidad civil se ha convertido en un derecho

⁴⁴ El artículo 1 de la Ley 28493 también es transcripción del Anteproyecto argentino, donde se dice: “la presente ley regirá las comunicaciones comerciales publicitarias realizadas por medio de correo electrónico, *sin perjuicio de la aplicación, en los casos que corresponda, de la normativa vigente en materia comercial sobre publicidad y protección al consumidor*”.

⁴⁵ Alguna carga persuasiva podría tener, en este punto, el conocer que incluso el legislador estadounidense, en la *CAN-Spam Act*, ha tenido el cuidado de “dejar a salvo”, ni más ni menos, la posibilidad de los distintos Estados para interponer acciones civiles, a través de su *general attorney, official or agency*, en representación de los directos afectados por los *spammers*. En tal sentido, se dispone (sección 7.f.1.b) que el monto de los *damages* será igual a la cantidad que sea mayor entre la real pérdida económica sufrida o la suma resultante de multiplicar el número de infracciones cometidas por 250 dólares, hasta el límite de 2'000,000.00 de dólares.

En el citado Anteproyecto de la Secretaría Argentina de Comunicaciones, en cambio, se incluye, peculiarmente, una norma dedicada a la indemnización a la que tiene derecho el proveedor de servicio de correo electrónico: “Artículo 13. Indemnización a favor del proveedor de servicios.- El proveedor de servicio de correo electrónico cuya política de servicios prohíba o restrinja el uso de su servicio o equipo para iniciar el envío de publicidad no solicitada por correo electrónico podrá, independientemente de cualquier otra acción que pueda iniciar en virtud de la ley, reclamar una indemnización monetaria por los daños y perjuicios sufridos debido a dicha violación, o una indemnización de cincuenta pesos (\$50) por cada mensaje de correo electrónico enviado o distribuido hasta un máximo de veinte mil pesos (\$20.000) diarios. En toda acción instaurada conforme este artículo, el proveedor de correo electrónico deberá acreditar el hecho de que con anterioridad a la alegada violación se haya notificado fehacientemente al demandado respecto de su política de publicidad”.

de *status*⁴⁶, es decir, en un conjunto de reglas que se conciben, no pensando en el ciudadano común y corriente, sino con el propósito de reglamentar conductas de un sector definido de los miembros de la sociedad o –para quien así lo prefiera– de los agentes del mercado. Y la vía a través de la cual se plasma esta responsabilidad civil según *status* es, justamente, la legislación especial.

Nuestro ordenamiento jurídico no ha estado al margen de estos importantes desarrollos, a pesar de que su realce haya sido efectuado por juristas europeos, a la luz de sus singulares experiencias⁴⁷.

Son de recordar, como ejemplos de leyes especiales peruanas que contienen sanciones resarcitorias y sancionatorias de naturaleza civil aquellas que regulan la responsabilidad de los profesionales, técnicos y auxiliares del sector salud (Ley 26842, “Ley General de Salud”, del 15 de julio de 1997, artículo 36), la responsabilidad del conductor o propietario de automóviles, o del prestador de servicio de transporte terrestre (Ley 27181, “Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre”, del 7 de octubre de 1999, artículo 29); la responsabilidad por manipulación de residuos sólidos (Ley 27314, “Ley General de Residuos Sólidos”, del 21 de julio de 2000, artículo 23), la responsabilidad del propietario o poseedor de canes (Ley 27596, “Ley que regula el régimen jurídico de canes” del 14 de diciembre de 2001, artículo 14).

Las leyes especiales pueden intervenir, básicamente, de cuatro maneras:

- 1) Efectuando un reenvío a los artículos del Código Civil, con la precisión, por ejemplo, que el supuesto legislado se somete a la cláusula normativa general de la responsabilidad objetiva relativa (artículo 1970) y no al de la cláusula normativa general de responsabilidad por dolo o culpa, o subjetiva (artículo 1969), como ocurre en la citada legislación sobre salud, donde se enfatiza el carácter subjetivo de la responsabilidad⁴⁸ (aunque ésta, por tener lugar en el ámbito de una relación nacida de contrato o de “contacto social”, tendrá siempre carácter contractual), o en la normativa en materia de transporte y de residuos sólidos, en las cuales se encuentra implícita, por el contrario, la consideración de la conducción de vehículos o de manipulación de residuos como “actividad riesgosa o peligrosa”⁴⁹.
- 2) Suministrando pautas para la aplicación de las reglas ordinarias de responsabilidad extracontractual del Código Civil, como ocurre en la normativa sobre el transporte, en la parte donde se hace del conductor y del propietario del vehículo responsables “solidarios”⁵⁰.
- 3) Creando un régimen especial y autónomo de responsabilidad, con o sin los elementos que suministra el Código Civil.
- 4) Instaurando un régimen de penas privadas, como en el caso de la normativa sobre canes⁵¹ y en el de la ley “que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado”.

⁴⁶ Esta constatación, que es reforzada por la evolución del ordenamiento jurídico alemán, se debe a CASTRONOVO, Carlo. “Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali”. En: “Europa e diritto privato”. 1998. pp. 676-677: “también la responsabilidad civil ha devenido un régimen de *status*, y, desde este punto de vista, no puede maravillar el hecho de que el legislador alemán, mucho más cuando una regulación nueva tienda a configurarse como *Gefährdungshaftung* [“responsabilidad por exposición al peligro”], continúe extendiéndola fuera del BGB [el Código Civil alemán], en leyes especiales, las cuales denotan tal expansión, en primer lugar”.

⁴⁷ En Europa continental, donde prima el Derecho civil codificado, esta responsabilidad civil según *status* se puede identificar por la instauración, mediante leyes especiales, de reglas que norman la institución con arreglo a criterios de imputación objetivos, y que representan, por lo tanto, una excepción a la regla de la culpa, que sigue primando en el texto de los códigos.

Al respecto, véase el comentario al artículo 1970 del Código Civil que he escrito en coautoría con el profesor Gastón Fernández Cruz a publicarse en “El Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas”. Lima: Gaceta Jurídica. 2005.

⁴⁸ Ley General de Salud: “Artículo 26.- Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio *negligente, imprudente e imperito* de sus actividades”.

⁴⁹ Ley General de Residuos Sólidos: “Artículo 23. Responsabilidad por residuos sólidos peligrosos frente a daños. 23.1. El que causa un daño durante el manejo de residuos sólidos peligrosos, está obligado a repararlo, de conformidad con el artículo 1970 del Código Civil”.

Hay que señalar, empero, que, a renglón seguido, en el tercer párrafo de este mismo artículo se establece: “23.3. El generador [de residuos sólidos] será considerado responsable cuando se demuestre que su negligencia o dolo contribuyó a la generación del daño”. Con ello, como es evidente, se vuelve a hacer entrar en escena a la responsabilidad subjetiva, aunque respecto, no ya del manipulador de los residuos, sino de su generador.

⁵⁰ Ley general de transporte y tránsito terrestre: “Artículo 29. *De la responsabilidad civil*. La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados”.

⁵¹ Ley que regula el régimen jurídico de canes: “Artículo 14. *De la responsabilidad de propietarios o poseedores de canes*.- Independientemente de las sanciones administrativas a las que haya lugar: (a) Si un can ocasiona lesiones graves a una persona, el dueño estará obligado a cubrir el costo total de la hospitalización, medicamentos y cirugía reconstructiva necesaria, hasta su recuperación total, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar. Esta disposición no es de aplicación cuando se actúa en defensa propia, de terceros o de la propiedad privada. (b) Si el can ocasiona lesiones graves a otro animal, el dueño estará obligado a cubrir el costo que demande su restablecimiento. En caso de que el animal atacado muriese, el propietario o poseedor del agresor deberá pagar a favor del perjudicado una indemnización equivalente a 1 UIT. Esta disposición no es de aplicación cuando se actúa en defensa propia, de terceros o de la propiedad privada”.

Sobre esta normativa, véase: LEÓN, Leysser L. Op. Cit. p. 601 y siguientes.

En ninguno de los supuestos que acabo de identificar, ciertamente, el artífice de la legislación especial puede prescindir de tomar en cuenta lo señalado en el Código Civil.

Lo anterior es cierto, incluso en la hipótesis en la que se decidiera introducir un régimen autónomo, porque una decisión semejante involucraría, como es natural, un juicio sobre lo inadecuado de las reglas ordinarias para la óptima administración jurídica de un determinado problema.

Propongo imaginar, sin perjuicio de lo anterior, que únicamente se dispusiera de las normas del Código Civil para hacer frente a un caso de daños por *spamming*. Para ilustrar este supuesto, voy a reseñar un reciente caso, proveniente de la experiencia italiana⁵².

El señor Angelo Pisani, abogado de profesión, recibió en su cuenta personal de correo electrónico un mensaje de la empresa Nencini Sport S.R.L. En él, la remitente, dedicada a la venta de artículos deportivos, ofertaba una gama de productos.

A Pisani no ha de haberle caído nada bien aquella propuesta, porque interpuso acción de daños y perjuicios contra Nencini Sport S.R.L. En su demanda, Pisani pedía que la remitente del mensaje fuera obligada al resarcimiento de los “daños materiales y morales” por responsabilidad extracontractual derivada de hecho ilícito. Tales daños eran catalogados por el actor como daños “a la vida de relación” y “existenciales”, por un monto de 1,032.91 euros (más de cuatro mil nuevos soles), teniendo en consideración, así mismo, el ilícito tratamiento que se había hecho de sus datos personales.

Pisani pedía también, a parte de los intereses legales y de la condena de la demandada al pago de las costas del proceso, que ésta cancelara de sus registros su dirección de correo electrónico, y que publicara, asumiendo los costos, la eventual sentencia

condenatoria, en cinco periódicos y en dos semanarios de interés nacional.

Llamado a resolver el pleito, al cual, es obligatorio anotarlo, jamás se apersonó la demandada, el Juzgado de Paz de Nápoles dio la razón a Pisani, e impuso a Nencini Sport S.R.L. un resarcimiento de 1.000.00 euros, o sea, prácticamente la suma que era objeto del petitorio.

El fundamento de la resolución fue el siguiente: el Código Civil italiano contiene una cláusula normativa general en materia de responsabilidad extracontractual (o de “responsabilidad derivada de hecho ilícito”, como se dice en la terminología jurídica itálica), a saber, el artículo 2043, según el cual “todo hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”. Esta cláusula, que, como se aprecia, coincide con la primera parte del artículo 1969 del Código Civil peruano (salvo en la adjetivación del daño como “injusto”) hace que el régimen de responsabilidad aquiliana vigente en Italia posea carácter “atípico” y abierto⁵³. Ello quiere decir que la protección resarcitoria puede concederse, si así lo interpreta el juez, frente a supuestos de daño y formas de lesión de situaciones, bienes e intereses, que, de un tiempo a esta parte, no hacen otra cosa que diversificarse.

Bajo esta premisa, el juez considera que el sistema integrado por los artículos 2043 y siguientes del Código Civil italiano “no prefigura *a priori* precisas y cerradas categorías de ilícitos”, ni “ofrece criterios circunscritos de aplicación de la cláusula normativa general de la injusticia del daño”. Así pues, nada obsta para establecer que “el envío de correo electrónico no deseado, en el caso planteado, es ilegítimo desde dos puntos de vista: por un lado, por la reprochabilidad e ilicitud del tratamiento de los datos personales del actor por parte de la demandada, y por otro lado, porque provoca una ilegítima intrusión e invasión en la esfera de su intimidad”.

⁵² Se trata de la sentencia del Giudice di Pace di Napoli, del 10 de junio de 2004, publicada en “Responsabilità civile e previdenza”. Año LXIX. 2004. p. 1144 y siguientes; con comentario de SANNA, Paolo, “Responsabilità civile per danno da spamming: al cattivo esordio da prendere sul serio”. p. 1146 y siguientes; y en: “Danno e responsabilità”. 2005. Numeral 6. p. 659 y siguientes; con comentario de POLICELLA, Eulalia Olimpia. “Il danno da spamming”. p. 660 y siguientes.

⁵³ En Italia, el eje de la interpretación es, de acuerdo con el texto del citado artículo 2043 del Código Civil, que el daño sea “injusto”. En cambio, en el Código Civil peruano, las cláusulas normativas generales (artículos 1969 y 1970) hacen referencia sólo al “daño”. Desde este punto de vista, la redacción de nuestro Código Civil habilita a un aprovechamiento que sería similar, más bien, al verificado en la experiencia francesa, en lo concerniente a la aplicación del artículo 1382 del Code Napoléon, que también menciona el “daño” sin adosarle calificativos. El aprovechamiento señalado es impensable, desde luego, en un ordenamiento donde el Poder Judicial no da muestras de ser hábil en la aplicación de la interpretación. Este es uno de los motivos por los cuales reafirmo mi opinión sobre la inconveniencia de la legislación por cláusulas normativas generales en el Perú. Véase: LEÓN, Leysser L. “La reforma del Código Civil vista en serio”. 2003. En: “El sentido de la codificación civil – Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano”. Lima: Palestra. 2004. p. 295 y siguientes; y más recientemente, en relación con la responsabilidad civil. : LEÓN, Leysser L. “La responsabilidad extracontractual y la reforma del Código Civil”. En: “Jurídica”, suplemento del Diario Oficial “El Peruano”. Lima. 31 de mayo de 2005. pp. 1-2.

Lo que se dictamina, entonces, es que la demandada “es responsable por hecho ilícito, ex artículo 2043 del Código Civil, al ser claro y definido el nexo de causalidad entre el evento y el daño injusto sufrido por el actor. Teniendo en cuenta el hecho de que el actor ha aportado la prueba del daño material y moral que se han derivado, para él, del ilícito tratamiento de sus datos, así como del envío ilegítimo, por parte de la empresa demandada, el día 3 de septiembre de 2003, de un mensaje publicitario, de grandes caracteres, donde se ofertaban numerosos artículos deportivos, a su cuenta de correo electrónico, utilizada para fines personales y profesionales de su actividad de abogado; teniendo en cuenta el daño a la vida de relación y el daño existencial consiguiente a la lesión y a la perturbación de la calidad de vida del actor; y teniendo en cuenta la documentación exhibida y los resultados de la investigación, la empresa demandada, Nencini Sport S.R.L. es sentenciada al resarcimiento de los daños materiales y morales por un monto de 1000 euros, determinado según equidad, tanto por el daño patrimonial cuanto por el daño moral, y atendiendo a los gastos generales y pérdida de tiempo sufridos, y derivados del ilícito envío de correspondencia electrónica con fines publicitarios no efectuado sobre la base del consentimiento preventivo e informado del actor, además de los intereses legales a partir de la demanda”⁵⁴.

Nencini Sport S.R.L. fue condenada, además, al pago de otros 750 euros por las costas del proceso, y a proveer a la publicación de la sentencia, como había requerido el demandante, en periódicos y semanarios del país. Todo, como se ve, por un simple mensaje de correo electrónico publicitario.

La doctrina italiana más atendible ha desbaratado, impecablemente, los pilares conceptuales de la sentencia⁵⁵. Se ha subrayado la incoherencia de los argumentos del juez, que ponen el acento en la función de *deterrence* de la responsabilidad aquiliana, pero sin el cuidado de dotar a la decisión de fundamentos lógicos y adecuados; se ha hecho notar que el envío de un solo mensaje de correo electrónico publicitario, a pesar de ser ilegítimo, carece de potencialidad lesiva, como para autorizar a asumir, sin mayor análisis, que ocasiona consecuencias económicas apreciables para su receptor; y se ha vuelto a poner en evidencia los graves riesgos de *overcompensation* que implica el reconocimiento del llamado “daño existencial”.

Acerca de este último punto, que ya he tenido oportunidad de analizar con mayor amplitud en otras ocasiones⁵⁶, me limitaré a reafirmar mi parecer.

Sostener que tiene carácter resarcible un daño “invisible” como éste, que afecta el perfil “existencial” de todo individuo, es inaceptable y, especialmente entre nosotros, hasta imprudente. Con la admisión de dicha categoría, se lleva más allá de los límites de lo razonable el principio de la íntegra reparación de los daños, y la institución de la responsabilidad civil termina, contradictoriamente, generando desigualdades entre los miembros de la sociedad.

Que esta opinión sea digna de seguir se comprueba cuando se leen sentencias como la citada, donde el juez asocia automáticamente la violación de los

⁵⁴ Algo que no está de más destacar en el fallo citado, es el uso que realiza el juez de la legislación italiana en materia de protección frente a la manipulación de datos personales. En la época en que se presentó el caso, se encontraba vigente la Ley 675 del 31 de diciembre de 1996, sobre “protección de las personas y demás sujetos respecto del tratamiento de los datos personales”. Ahora rige el Código en materia de protección de los datos personales, también conocido como “Código de la *privacy*”, Decreto legislativo 196 del 30 de junio de 2003, que contiene un artículo específico relativo al *spam*: “130. *Comunicaciones no deseadas*. 1. El uso de sistemas automatizados de llamada, sin la intervención de un operador, para el envío de material publicitario o de venta directa, o para el cumplimiento de investigaciones de mercado o de comunicación comercial es permitido sólo con el consentimiento del interesado. 2. La disposición del párrafo 1 se aplica también a las comunicaciones electrónicas, realizadas para las finalidades allí indicadas, mediante correo electrónico, telefax, mensajes del tipo Mms (*Multimedia Messaging Service*) o Sms (*Short Message Service*) o de otro tipo. [...] 4. Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo 1, si el titular del tratamiento utiliza, para fines de venta directa de sus propios productos o servicios las coordenadas de correo electrónico provistas por el interesado en el contexto de la venta de un producto o servicio, puede no requerir el consentimiento del interesado, siempre que se trate de servicios análogos a aquellos que han sido objeto de venta, y que el interesado, adecuadamente informado, no rechace dicho uso, desde el inicio o en alguna comunicación sucesiva. El interesado, al momento de la recogida y en ocasión del envío de toda comunicación realizada para las finalidades señaladas en el presente párrafo, será informado de la posibilidad de oponerse, en todo momento, al tratamiento, de manera fácil y gratuitamente. 5. Está prohibido, en todos los casos, el envío de comunicaciones para las finalidades señaladas en el párrafo 1, o con fines promocionales de todo tipo, en las que se camufle o esconda la identidad del remitente, o no se indique una dirección idónea para el ejercicio [de los derechos del interesado]. 6. En caso de reiterada violación de las disposiciones del presente artículo, el Garante puede [...] prescribir que los proveedores de los servicios de comunicación electrónica adopten procedimientos de filtrado u otras medidas que se puedan practicar contra las coordenadas de correo electrónico desde las cuales son enviadas las comunicaciones”.

Hay dos puntos a destacar, para ratificar las carencias de la legislación peruana que nos ocupa. En el Código de la *privacy* italiano se extienden, coherentemente, estas prohibiciones a las comunicaciones efectuadas por medio del *Mms* o del *Sms*. Además, la aplicación de la técnica del filtrado no es obligatoria desde un inicio, sino que puede ser dispuesta mediante resolución de la Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali.

⁵⁵ Especialmente, SANNA, Paolo. Op. Cit. p. 1154 y siguientes. El muy inferior análisis de POLICELLA, Eulalia Olimpia. Op. Cit. p. 665 y siguientes. (especialmente) se concentra, en cambio, en la normativa que el juez ha utilizado o no, y es por ello que pierde de vista las importantes implicancias de la sentencia que se comenta desde la perspectiva de las funciones de la responsabilidad extracontractual y de la confirmación de la categoría del “daño existencial” como elemento que promueve fenómenos de *overcompensation*.

⁵⁶ Principalmente, en LEÓN, Leysser L. “El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?” En: Op. Cit. p. 101 y siguientes.

derechos de la personalidad del demandante con una lesión de su esfera existencial, haciendo un desarreglado uso, por lo demás, de las categorías del “daño moral” y del “daño a la vida de relación”.

Con jueces de paz como el autor de este fallo, lo que se puede prever, no sin temor, es una avalancha de demandas de personas interesadas en ver convertidas en dinero sus “agraviadas” esferas existenciales⁵⁷.

Ante decisiones como éstas, no se puede sino compartir la preocupación de quien se pregunta, con entendible perplejidad, incluso si la responsabilidad civil será en realidad un instrumento adecuado para enfrentar el problema del *spamming*⁵⁸.

Sin embargo, debe escapar de la mira de la crítica contra el “daño existencial” la protección resarcitoria de los derechos de la personalidad.

Piénsese, al respecto, en lo que ocurriría bajo el Código Civil peruano. ¿Habría algún juez dispuesto a amparar una demanda de daños y perjuicios nacida de la violación de un derecho fundamental?

Y sin embargo, la “generalidad” de las cláusulas normativas contenidas en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, con su sola referencia al “daño”, sin ninguna adjetivación adicional, podría servir también para que los jueces abandonaran su costumbre de otorgar protección a situaciones expresamente nominadas, y que sean, además, fáciles de convertir a valores monetarios.

Hace años que se advirtió que el problema de la cuantificación de los daños a los derechos de la personalidad, en especial de los que comenzaban a propagarse con el advenimiento de la era informática, era otro de los factores que movía a seguir, justamente, el camino de la legislación especial.

“De la utilización de los modernos instrumentos –se escribía, en relación con el empleo de las bases de datos personales– pueden derivar enormes ventajas para la colectividad, pero, por otro lado, la manipulación de bases de datos es una actividad que por su naturaleza presenta una particular predisposición para producir daños de naturaleza no económica, ligados a la lesión de derechos fundamentales de individuos y de grupos. La delicadeza del problema induce a considerar muy urgente la dación de una normativa *ad hoc*, que regule la materia, teniendo cuenta, como es debido, los riesgos e intereses a proteger. Así pues, se confirma la necesidad de prever idóneos instrumentos de protección preventiva de los daños, también en consideración de las objetivas dificultades de monetización de éstos. Y es desde este punto de vista, ni más ni menos, que se deduce la necesidad de identificar perfiles de prevención incluso en el ámbito de la responsabilidad civil”⁵⁹.

La legislación especial puede ser vista, por consiguiente, como una oportunidad para evitar las ambigüedades que se presentan en la interpretación del Código Civil, y también para superar el riesgo de dejar desprotegidas situaciones que, a pesar de lo propicio de las reglas codificadas, y por las razones antes señaladas, no gozarían, seguramente, de amparo en el nivel judicial.

La legislación especial podría establecer con claridad, por ejemplo, si en el supuesto normado procede o no tener en consideración el daño moral –en su vestidura, no ya de sufrimiento anímico o dolor, sino de lesión de los derechos inherentes a la persona–, y, si la elección es afirmativa⁶⁰, de acuerdo con qué criterio se determinará su monto⁶¹.

Pero ninguna intención de integrar las normas de nuestro ordenamiento jurídico, como sería conveniente, se puede advertir en la Ley 28493.

⁵⁷ Problema que difícilmente se presentará, dado que la tradición del Derecho civil repudia la idea del “precedente judicial de observancia obligatoria”, es decir, la idea de la jurisprudencia como “fuente de Derecho”, que los temerarios autores del Anteproyecto de reformas al Código Civil de 1984 pretenden consagrar en el, cada vez más venido a menos, título preliminar.

⁵⁸ SANNA, Paolo. Op. Cit. p. 1161.

⁵⁹ GIACOBBE, Giovanni. “La responsabilità civile per la gestione di banche dati”. En: Centro Di Iniziativa Giuridica “Piero Calamandrei”. *“Le banche dati in Italia – Realtà normativa e progetti di regolamentazione”*. Al cuidado de Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, Jovene. Nápoles. 1985. pp. 127-128.

⁶⁰ Lo cual parece inevitable, por dos razones que ya se han indicado: (i) porque los daños ocasionados por *spam*, respecto del usuario del servicio de correo electrónico, individualmente considerado, carecen de incidencia económica, o la tienen en minúsculo margen; y (ii) porque si hay algo que resulta innegablemente agredido con la actividad de los *spammers*, eso es la intimidad, el consentimiento a la manipulación de datos personales y la tranquilidad individual de los destinatarios de estos mensajes no solicitados.

⁶¹ En Italia, la tendencia jurisprudencial se orienta hacia la determinación con arreglo a la equidad –como en el fallo aquí citado– de monto a título de daño moral. A lo mejor en el Perú sería necesario que una norma estableciera, textualmente, una remisión de dicho tenor.

La Ley chilena 19.628, “sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal”, de 1999, contiene, por ejemplo, una norma que parece ser lo suficientemente clara como para propiciar soluciones eficaces en aquella ardua materia: “La persona natural o jurídica o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el *daño patrimonial y moral* que causare por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal. [...] El monto de la indemnización será establecido *prudencialmente* por el juez, *considerando las circunstancias del caso y los hechos*” (artículo 23, 1º. y 3º. párrafos).

5. CONCLUSIÓN: ¿UN JUNK STATUTE PARA LOS JUNK E-MAILS?

El juicio sobre la Ley 28493 no puede, entonces, ser positivo, sino en lo que se refiere al espíritu que la alienta, que inserta a nuestro país en el coro de los ordenamientos que están uniendo fuerzas para combatir jurídicamente al *spamming*.

Esta ley especial no tiene en cuenta los intereses afectados por los *spammers*, e incurre incluso en el contrasentido de hacer de víctimas del *spam*, como las empresas proveedoras del servicio de correo electrónico, las encargadas de asumir los costos de las compensaciones pecuniarias que podrían demandar los usuarios.

Es una normativa paternalista, que centra todo en la protección de los usuarios de correo electrónico, sin advertir que la sola posición de uno de ellos no basta, en los hechos, para admitir, de manera automática, la pretensión de obtener una sanción pecuniaria, como la que expresamente se concede.

Es, por último, una normativa que puede suscitar equívocos de tipo nominal respecto de la vigencia – plena, como aquí he procurado demostrar– del régimen ordinario de responsabilidad extracontractual frente a los daños por *spamming*. Sin embargo, en tanto ella no contempla el derecho al resarcimiento, sino una simple pena privada, y no se guía de la realización concreta de un daño, sino de la pura violación de las reglas que ella misma impone, es de todos modos factible delimitar los campos, ahora paralelos, de la

protección mediante “compensación pecuniaria”, ex artículo 8 de la Ley 28493, y de la verdadera protección resarcitoria, sustentada, si bien con difíciles posibilidades de aplicación, en el Código Civil.

Lo que probablemente ocurrirá es que los usuarios de correo electrónico, como los abogados que –según he recordado– recibimos a menudo aquella molesta publicidad de la base de datos de sentencias o el mediocre programa de trabajo de algún candidato al decanato de nuestro Colegio, o anuncios de cursos “a la carta” organizados por cierta empresa de “asesoramiento y análisis”, todos, provenientes de remitentes con tanta vocación por el “Derecho” que exteriorizan hábitos de *spammers*, continuaremos frunciendo el ceño por algún minuto, y apreciaremos el momento en el que hacemos “clic” sobre el botón *delete*, o en el que configuramos nuestro gratuito programa de filtrado con nuevos nombres y encabezados, como una forma de hacer justicia por nuestra propia mano.

Mientras tanto, de los usuarios de correo electrónico gratuito que actúen con racionalidad económica, como maximizadores de beneficios, es de esperar que, si el *spam* llega a representar un problema para ellos, simplemente abran otras cuentas, y abandonen las infestadas. Después de todo, las cuentas de correo electrónico no son, en modo alguno, recursos escasos.

Para el común de las personas, el *spam* seguirá siendo, simplemente, parte de la comunicación por Internet. Como se ha escrito, “every new technology spawns its own monsters, and electronic mail is no exception”⁶².

⁶² AMADITZ, Kenneth C. Op. Cit. p. 1.

LA TUTELA JURÍDICA DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA DE LOS BANCOS*

Juan Espinoza Espinoza**

Seleccionando casos frecuentes vinculados a la actividad bancaria –como son, el robo a un consumidor en una ventanilla o los consumos cargados a una tarjeta de crédito extraviada–, el autor realiza un análisis desde las perspectivas del Derecho administrativo y del Derecho civil, teniendo como substrato común la obligación de indemnizar. Para lograr el efecto deseado, el autor incluye diferentes extractos de resoluciones tanto del INDECOPI como del Poder Judicial. Aparte del interés natural del trabajo como comentario a jurisprudencia, el artículo interrelaciona principios de responsabilidad civil con la lógica de la protección al consumidor, que el autor bien conoce.

* A Germán Bidart Campos, *In Memoriam*.

** Profesor de Derecho Civil de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Lima. Ex Presidente de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI.

PREMISA

La tutela jurídica del consumidor frente a la actividad bancaria en el Perú se da en dos niveles, uno administrativo y otro judicial. Sin embargo, no tienen la calidad de preclusivos, vale decir, no se requiere agotar la vía administrativa para acudir al Poder Judicial. En materia administrativa, la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) es el órgano que tiene competencia primaria para conocer las infracciones a la Ley de Protección al Consumidor (según el artículo 39 del Decreto Legislativo 716, de fecha 7 de noviembre de 1991 cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo 039-2000-ITINCI de fecha 11 de diciembre de 2000¹).

El propósito de este trabajo es constatar la diversidad de soluciones que brindan los órganos administrativo y judicial frente a un caso sustancialmente similar, vale decir, el robo de dinero al consumidor dentro de una agencia bancaria y cómo se perfila una tutela administrativa frente a la asunción de riesgos por consumos fraudulentos de tarjetas de crédito perdidas o robadas.

1. RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS POR ROBO AL CONSUMIDOR REALIZADO EN LA VENTANILLA DE UNA AGENCIA: DOS REPUESTAS DISTINTAS FRENTE AL MISMO CASO

Un sacerdote abre una cuenta a plazo fijo en la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura por US\$ 16,303.64 el 2 de julio de 1996 y el 2 de junio de 1998 la cancela, retirando US\$ 12,000.00 para comprar materiales de construcción destinados a una obra social y –al mismo tiempo– abriendo una nueva cuenta con el saldo. Cuando el consumidor se encontraba en plena ventanilla, mientras la empleada se retiró para imprimir un nuevo certificado por el saldo restante, una persona lo distrae y otra cambia el sobre donde tenía el dinero por otro, en el cual –evidentemente– no había dinero. Ante la demanda interpuesta, el Tercer Juzgado Civil de Piura, con Resolución 18, del 3 de agosto de 2000, declara

infundada la pretensión de devolución del dinero, argumentando que:

“... tratándose de la reparación de daños y perjuicios demandada es necesario analizar que si bien es cierto, entre las partes existió una relación sustantiva a partir de un contrato de depósito de dinero, el hecho antijurídico y consecuente daño acontecido al interior del local institucional de la demandada no es atribuible a la responsabilidad extracontractual ni mucho menos contractual entre las partes, en tanto se trató de la perpetración de un delito cometido por terceros sin ninguna relación de dependencia o nexo con la demandada, la misma que por el contrario, para efectos de la seguridad debida en las operaciones que se efectúan al interior del local institucional cuenta con el personal de vigilancia en tanto se verifique la existencia de hechos que alteren el orden y seguridad de los clientes y bienes de estos y de la propia entidad al interior de la misma. Que dadas las características del delito de que fue víctima el demandante el que se efectuó sin mediar violencia alguna aprovechándose un descuido del demandante, no es posible imputar responsabilidad y consecuentemente obligatoriedad en el resarcimiento del daño a la institución demandada, por cuanto no existe relación causal directa entre el innegable daño patrimonial sufrido por el demandante y su o sus ejecutantes (sic); y que si bien podría tratarse de un daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, estando a que la Ley y entes reguladores del sector financiero peruano no determinan específicamente la cobertura obligatoria del hurto y/o daño ocasionado por terceros y demás naturaleza, límites y características, como señala el artículo 1988 del Código Civil para la determinación de los mismos; no resulta legalmente atendible el resarcimiento de daños y perjuicios por la entidad demandada, como se solicita acumulativamente con la demanda”.

La Segunda Sala Especializada en lo Civil de Piura, con Resolución 23, del 3 de octubre de 2000 confirmó la sentencia de primera instancia, afirmando que:

“... es una regla de responsabilidad civil soportar el daño en la medida que se haya causado, conforme lo señala el artículo 1972 del Código Civil, y no

¹ El cual establece que: “La Comisión de Protección al Consumidor es el único órgano administrativo competente para conocer de las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en la presente Ley, así como para imponer las sanciones administrativas y medidas correctivas establecidas en el presente Título. La competencia de la Comisión de Protección al Consumidor sólo podrá ser negada por norma expresa con rango de ley.

Las sanciones administrativas y medidas correctivas detalladas en el presente Título se aplicarán sin perjuicio de las indemnizaciones de carácter civil y la aplicación de las sanciones penales a que hubiera lugar” (este artículo fue modificado en estos términos por el artículo primero de la Ley 27311, del Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, que entró en vigencia el 19 de julio de 2000). Sobre este artículo, STUCCHI LÓPEZ-RAYGADA, Pierino. “La Competencia de la Comisión de Protección al Consumidor y su ejercicio de funciones del Poder Público, en Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Precedentes Jurisprudenciales. Normas Complementarias”. A cura de ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Lima: Rodhas. 2004. p. 341 y siguientes.

existiendo relación causal entre (el) comportamiento de la demandada y el daño, ésta no puede soportarlo, ya que el delito fue cometido por terceros que carecen de una relación de dependencia con la emplazada”.

Distinta solución tuvo un caso similar: el día 15 de setiembre de 2001 a las 13:00 horas aproximadamente, un consumidor se acercó al local de un banco, ubicado en el Centro Comercial Jockey Plaza, con la finalidad de abrir una cuenta de ahorros de fondos mutuos. Una vez que había recibido la información sobre la cuenta que pretendía abrir y luego de llenar los formularios correspondientes, se acercó a una de las ventanillas a efectuar un depósito de US\$ 1,000.00; poniendo el dinero a disposición de la cajera, la misma que al no saber si dicha operación se podía realizar, se retiró a efectuar las consultas del caso, y una vez que regresó le solicitó nuevamente la entrega del dinero, alegando que no se lo había entregado antes. El banco, en su descargo, ofreció como prueba un video en el que se puede apreciar, que personas inescrupulosas que no tienen vínculo alguno con su institución se apropiaron del dinero del denunciante. La Comisión de Protección del Consumidor, ante la denuncia del consumidor, con Resolución Final 883-2002-CPC, de fecha 13 de noviembre de 2002, precisó que:

“... un consumidor razonable que efectúa una operación de depósito en un Banco esperaría que éste le brinde una protección adecuada a sus ahorros de acuerdo a lo establecido por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. En este sentido, un consumidor razonable no podría esperar que el Banco se haga responsable de su dinero incluso antes de la entrega efectiva; sin embargo, el Banco sí se encuentra obligado por ley a adoptar determinadas medidas de seguridad preventivas, con la finalidad de evitar que se produzcan conductas que pudieran afectar la vida, la integridad física y el patrimonio de las personas que se encuentran al interior de sus establecimientos.

(...)

Sobre el particular, la Resolución Ministerial 0689-2000-IN/1701 establece la obligación de las entidades financieras de adoptar medidas mínimas de seguridad con la finalidad de proteger la vida y la integridad física de las personas, así como el patrimonio público y privado. En este orden de ideas, el artículo 8 de dicha norma establece la obligación de las entidades financieras de ordenar y dirigir el flujo de clientes hacia las ventanillas de atención, de modo que en cada una de ellas, sólo se encuentre el cliente a quien le corresponda la atención.

En consecuencia, la presencia de más de una persona en una ventanilla, constituirá una vulneración de las medidas de seguridad establecidas por esta norma.

En el presente caso, del video presentado por el Banco se desprende que el Banco no cumplió adecuadamente con la obligación establecida en la citada norma, toda vez que al momento en que se produjo el hurto del dinero del señor Gutiérrez, permitió que permanecieran hasta tres personas en la misma ventanilla, una de ellas era el señor Gutiérrez y las otras dos, las personas que perpetraron el hurto de su dinero.

Por lo anteriormente expuesto, la Comisión considera que en el presente caso, si bien ha quedado acreditado mediante el video que existieron diferentes conductas que pudieron facilitar que se produzca la conducta delictiva, es necesario analizar cuál de estas conductas es la causa adecuada. En primer lugar, existió una conducta poco diligente por parte del denunciante, quien en lugar de entregar el dinero a la cajera que lo estaba atendiendo, lo dejó a su disposición sobre el mostrador de la ventanilla; en segundo lugar, se debe tener en cuenta la conducta de la cajera que atendió al señor Gutiérrez, quien abandonó en dos oportunidades la ventanilla por espacios de 2 y 3 minutos; y, en tercer lugar, se debe tener en cuenta la conducta del propio Banco, que infringió su deber legal de adoptar condiciones mínimas de seguridad, al permitir que además del señor Gutiérrez, se acercaran dos personas a la ventanilla en la cual se le estaba atendiendo.

De lo señalado en el párrafo precedente, se desprende la existencia de tres conductas que habrían podido causar el hecho materia de denuncia; por ello, es necesario establecer cuál de éstas debe ser considerada como la causa que produjo el daño”. Subrayado agregado.

En atención a ello:

“En este sentido, correspondería analizar si todas las conductas señaladas anteriormente pudieron causar el hurto del dinero del señor Gutiérrez o, si por el contrario, alguna de ellas debe ser considerada como una condición y no como una causa. Así, es menester señalar que las conductas tanto del denunciante como de la cajera del Banco deben ser consideradas como condiciones y no como causas del efecto, en la medida que facilitaron el acto delictivo pero no lo causaron; mientras que la conducta del Banco sí debe ser considerada como la causa adecuada y directa, dado que al infringir el deber legal de adoptar determinadas medidas de seguridad, permitió que terceras personas tuvieran acceso a la zona de las ventanillas del Banco y que hurtaran el dinero del denunciante.

Por lo tanto, habiendo quedado acreditado que el Banco incumplió la obligación legal que tenía de adoptar determinadas medidas de seguridad, y en tanto ha quedado acreditado que dicho hecho posibilitó que terceras personas se apropiaran del

dinero del denunciante, la Comisión considera que el Banco no brindó un servicio idóneo al señor Gutiérrez, correspondiendo declarar fundado este extremo de la denuncia por infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor [2]". Subrayado agregado.

Del análisis comparativo de las resoluciones judiciales y la administrativa, podemos llegar a observar lo siguiente:

- a. Resulta evidente que un análisis causal superficial nos puede llevar a soluciones injustas o ineficientes. En efecto, si bien es cierto que en el caso del sacerdote, no hubo la condición adicional de un dependiente poco diligente (de lo cual debe responder objetivamente la institución financiera), hay identidad con el caso que resolvió la Comisión en el hecho que ambos bancos no cumplieron con ordenar y dirigir el flujo de clientes hacia las ventanillas de atención, de modo que en cada una de ellas, sólo se encontrase el cliente a quien le correspondía la atención. Hecho que justamente provocó (conjuntamente con la distracción del consumidor) el robo en la propia ventanilla.
- b. En mi opinión, en el caso del sacerdote, también debió responsabilizarse al banco. No se olvide que en todo local abierto al público, aunque no se esté dando en estricto una relación de consumo, existe el deber genérico de seguridad del proveedor³. Ello, no quiere decir que dentro del local el banco tenga que asumir los costos por cualquier daño que sufra el consumidor. Aquí se tienen que analizar no sólo los supuestos de ruptura del nexo causal (caso fortuito o fuerza mayor, hecho del tercero o del propio consumidor), sino quien está en mejor posición

para evitar los daños y asumir los costos de su prevención. En ambos casos, el banco estaba en una situación privilegiada para ello, ya que contaba (o debería contar) con personal de seguridad para este efecto. La distracción del consumidor, en este contexto, no pasa de ser una condición del daño, mas no la causa del mismo.

- c. El análisis causal de ambos casos (que son de responsabilidad contractual) nos hace pensar que, lejos de miopes dogmatismos, es posible emplear la teoría de la causalidad adecuada y no limitarse solamente a la aplicación la teoría de la causa próxima.

2. LOS FONDOS DE PROTECCIÓN PARA CUBRIR CONSUMOS FRAUDULENTOS POR ROBO DE TARJETAS DE CRÉDITO: ¿PUEDE SUSTRARSE DE ESTA OBLIGACIÓN EL BANCO DESPLAZÁNDOLA AL CONSUMIDOR?

Un problema particularmente sensible se presenta respecto a la determinación de la naturaleza jurídica del artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito, Resolución SBS 271-2000 modificada por la Resolución SBS 373-2000, el cual establece lo siguiente en materia de responsabilidad por consumos fraudulentos:

"A fin de evitar que se produzcan transacciones no autorizadas, la empresa deberá poner a disposición de los titulares y usuarios autorizados de las tarjetas de crédito, sistemas que permitan comunicar de inmediato su extravío o sustracción. Una vez recibida la comunicación, la empresa anulará la tarjeta y dará aviso de tal situación a los establecimientos afiliados. Las transacciones no autorizadas que se realicen con anterioridad a dicha comunicación, serán de responsabilidad de los titulares o usuarios.

² El cual prescribe lo siguiente: "Responsabilidad de los proveedores. Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde".

Este artículo ha sido interpretado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución 085-96-TDC, de fecha 13 de noviembre de 1996, que confirmó la Resolución en la cual la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L., a propósito de la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. En dicha Resolución, se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

"a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo". Sobre esto, FERRAND RUBINI, Enrique. "La idoneidad del producto o servicio, en Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Precedentes Jurisprudenciales. Normas Complementarias". Op. Cit. p. 107 y siguientes.

³ Sobre el particular, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Competencia de la Comisión de Protección al Consumidor y los alcances de la relación de consumo (... o sobre la necesidad de diferenciar ambos escenarios)". En: Actualidad Jurídica. Tomo 131. Lima: Gaceta Jurídica Editores. 2004. p. 16 y siguientes.

Los titulares y usuarios no asumirán responsabilidad por las transacciones no autorizadas que se hayan realizado con posterioridad a la referida comunicación.

Asimismo, las empresas podrán contratar pólizas de seguro, crear fondos de protección o contingencia, así como establecer otros mecanismos que les permitan cubrir las transacciones no autorizadas que se realicen antes o después de la comunicación del titular o usuario sobre la sustracción o extravío". Subrayado agregado.

En este numeral se encuentran delimitadas las obligaciones de los tarjeta habientes y los bancos o empresas frente a la pérdida o robo de una tarjeta de crédito, vale decir, el punto de quiebre lo determina la comunicación de tal hecho por parte del usuario al banco o empresa. Los consumos fraudulentos antes de la comunicación son de cargo del consumidor y los que se presentan después, los asume el banco. Sin embargo, es un tema de discusión si el banco puede desplazar su responsabilidad al cliente, vía un fondo de protección, a cargo de este último.

Los bancos redactan contratos de tarjeta de crédito en los cuales se establecen los términos del fondo de protección o contingencia administrado por éstos, los cuales transcribo a continuación:

"EL CLIENTE no asume responsabilidad por el uso irregular o fraudulento que pueda haberse hecho con las Tarjetas, si éste fue realizado con posterioridad a la comunicación cursada a EL BANCO, pues en tal caso se encontrará cubierto por el seguro y/o mecanismo de cobertura contra fraude implementado por EL BANCO, cuyo costo –que se cargará mensualmente en la Cuenta Tarjeta– y cobertura figuran en el Tarifario entregado a EL CLIENTE. Mientras no se curse dicha comunicación, EL CLIENTE asumirá total responsabilidad, aun por los consumos que superen su Línea de Crédito". Subrayado agregado.

La Comisión de Protección al Consumidor inició de oficio una serie de procedimientos a las entidades financieras que realizaban esta práctica. Cito la Resolución Final 175-2005/CPC, de fecha 15 de febrero de 2005, en la cual se decide:

"(i) Declarar fundada la denuncia por infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, por las siguientes consideraciones:

- Ha quedado acreditado que el contrato de tarjeta de crédito de la denunciada contempla un fondo

de protección o contingencia a cargo de los consumidores, cuya finalidad es cubrir los consumos no autorizados posteriores al bloqueo.

- Que, de acuerdo al artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito, los consumidores no son responsables por las transacciones fraudulentas efectuadas después del bloqueo de la tarjeta de crédito, siendo este supuesto de carácter imperativo, por lo que no puede ser sustituido ni alterado por la voluntad de los particulares. Sin embargo, en virtud del contrato anteriormente señalado, los consumidores se verían en la obligación de asumir un fondo cuya finalidad es cubrir el costo de los consumos posteriores al bloqueo.
- Que, si bien los consumidores han suscrito el citado contrato, no se puede entender ese acto como una aceptación de todas sus condiciones y términos, en la medida que, la cláusula referida al fondo de protección o contingencia implicaría una afectación a los derechos de los consumidores. En efecto, dicha cláusula pretende desnaturalizar el derecho reconocido legislativamente a los consumidores de no asumir responsabilidad alguna por los consumos posteriores al bloqueo.
- Que, si bien el artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito faculta al Banco a crear fondos de protección o contingencia, dicha norma no lo autoriza a decidir que un fondo a cargo de los consumidores sólo cubrirá los consumos posteriores al bloqueo.
- Que, la experiencia extranjera ha demostrado que el uso de mecanismos que brinden cobertura a los consumos no autorizados anteriores al bloqueo, no necesariamente genera la aparición o proliferación de autofraudes, si es que ello, va acompañado de sistemas adecuados de seguridad.
- Que, si bien el Banco se encuentra en la libertad de trasladar sus costos a los consumidores; ello, debe realizarse de una manera adecuada y transparente, de modo que no genere confusión. Sin embargo, en este caso, la Comisión considera que no se puede considerar el cobro del fondo de protección o contingencia como el traslado de un costo, teniendo en cuenta que el monto cobrado no es proporcional al costo que representa para el Banco hacerse responsable por los consumos posteriores al bloqueo, sino que por el contrario ha quedado demostrado en el procedimiento el ánimo de lucro del Banco al cobrar dicho fondo.

(ii) declarar fundada la denuncia por infracción a

los artículos 5 inciso b)[⁴] y 15[⁵] de la Ley de Protección al Consumidor. Ha quedado acreditado que el Banco indujo a error a los consumidores al presentar el fondo de protección o contingencia como un servicio en beneficio de éstos.

(iii) Ordenar al Banco, como medida correctiva de oficio, que a partir de la fecha de notificación de la presente resolución cumpla con:

1. Abstenerse de seguir cobrando el fondo de protección o contingencia a los consumidores, o cualquier otro concepto que tenga por finalidad cubrir su responsabilidad por los consumos posteriores al bloqueo; salvo en los casos que el traslado de dicho costo se realice de manera transparente, mediante el incremento de la tasa de interés o de una forma que no cause confusión a los consumidores.
2. Devolver a los titulares de tarjeta de crédito el monto cobrado a partir del 1 de julio de 2000 por concepto de fondo de protección o contingencia a la fecha. Dicha devolución deberá sujetarse a las siguientes consideraciones:
 - a. En el caso de los consumidores que aún mantienen vigente su contrato de tarjeta de crédito con el Banco, éste deberá efectuar el abono en cuenta del monto correspondiente.
 - b. En el caso de los consumidores que ya no mantengan vigente el referido contrato, y se les haya efectuado el cobro por concepto del fondo a partir de la fecha antes indicada, el Banco deberá efectuar el pago correspondiente, cuando aquellos así lo soliciten”.

Esta decisión contó con un voto discordante, el cual se basó en la siguiente argumentación:

“Discrepo de la resolución emitida por la Comisión en el presente caso, toda vez que considero que los hechos calificados por este órgano como infracciones a la Ley de Protección al Consumidor por parte del Banco, no resultarían ser tales.

En mi opinión, esta institución financiera pone a disposición de los consumidores información suficiente sobre la naturaleza y alcances del mecanismo de protección frente a consumos fraudulentos efectuados con posterioridad al aviso de pérdida o extravío de su tarjeta de crédito.

De otro lado, considero que no existe en la legislación vigente limitación que impida que el Banco pueda trasladar válidamente a los consumidores el costo del mecanismo de protección que el Reglamento de Tarjetas de Crédito le faculta a establecer para cubrir las transacciones no autorizadas que se realicen antes o después de la comunicación del titular o usuario sobre la sustracción o extravío de su tarjeta de crédito. En este orden de ideas, es opinión de quien suscribe el presente voto discordante que, al no existir una inducción a error a los consumidores respecto a la naturaleza y alcance del mecanismo de protección establecido expresamente para cubrir consumos posteriores al bloqueo; y, al no estar restringida la facultad del Banco de trasladar este o cualquier otro costo en que incurra para la prestación de sus servicios al cliente, la Comisión debe declarar infundado el procedimiento por infracción a los artículos 5 inciso b), 8 y 15 de la Ley de Protección al Consumidor”.

⁴ El cual regula que “en los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...) b) derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios...”. Sobre este inciso, FERRAND RUBINI, Enrique. “Los derechos de los consumidores”. En: Ley de Protección al Consumidor. Op. Cit. pp. 64-65.

⁵ Que precisa lo siguiente: “El Proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes.

Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos”.

La Resolución 288-2000/TDC-INDECOPI del 16 de abril de 1997, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de abril de 1997, confirmó la resolución emitida por la Comisión que declaró fundada la denuncia presentada por la señora Liliana Carbonel Caverio en contra de Finantour S.R.L. En dicha resolución se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“1. Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria. Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se considerará que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales éstos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable.

2. La prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual. De esta manera, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a las normalmente previsibles dadas las circunstancias, la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquél –es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles. Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él –es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podían esperar”.

Sobre este artículo, ESPINOZA ESPINOZA, Juan y María Elvira GONZALES BARBADILLO. “Deber de información del proveedor”. En: Ley de Protección al Consumidor. Op. Cit. p. 149 y siguientes.

La discusión se centra en determinar si, al quedar establecido por ley que el banco asume los costos de los consumos fraudulentos después de la comunicación del cliente ¿qué es lo que esperaría un consumidor razonable? ¿Qué el fondo de protección que él paga cubra los consumos que le corresponden a éste o al banco? Y aun en el caso que se establezca este acuerdo mediante los contratos redactados por el proveedor ¿no se estaría infringiendo una norma imperativa? Así, a propósito del último párrafo del artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito, la Comisión sostiene que:

“En opinión de la Comisión, esta norma faculta a las empresas del sistema financiero a: (i) contratar pólizas de seguros con terceros autorizados para brindar este tipo de servicios, (ii) crear fondos de protección o contingencia en sus propias instituciones, o (iii) establecer algún otro mecanismo similar. Tal como se puede observar, la finalidad de la norma es crear mecanismos que permitan afrontar las contingencias ocasionadas por los consumos fraudulentos.

Sin embargo, a diferencia de la interpretación efectuada por el Banco, la Comisión no considera que esta norma otorgue la posibilidad a las empresas financieras de decidir si la póliza contratada o el fondo creado cubre sólo los consumos anteriores o sólo los consumos posteriores, o ambos; sino que, éstos deben cubrir necesariamente todos los consumos fraudulentos. Esta conclusión se sustenta, justamente en la interpretación pro-consumidor que debe darse a la norma, y la creación de fondos o la contratación de seguros a cargo de los consumidores que cubran únicamente los consumos posteriores al bloqueo desnaturalizarían los párrafos anteriores de la misma norma. En todo caso, la elección la podrá hacer el Banco cuando el mecanismo de protección sea asumido por su institución y no por los consumidores.

A mayor abundamiento, es preciso señalar que el hecho que la norma utilice una disyunción en su redacción, no necesariamente hace alusión a la posibilidad de elegir entre una y otra, sino que ésta se refiere a que los consumos se podrían realizar antes o después del bloqueo, pero que de igual manera deberían ser cubiertos. Es preciso recordar, que la disyunción ‘o’ no necesariamente implica que la ocurrencia de una de las alternativas niegue la ocurrencia de la otra; en efecto, cuando existe una disyunción implica que se pueden dar cualquiera de las alternativas o ambas a la vez.

En este caso, el supuesto de la norma es cubrir los consumos fraudulentos; siendo que, en cada caso particular podría producirse que sólo se den consumos

posteriores o sólo anteriores al bloqueo, o de ambos tipos.

En consecuencia, la Comisión considera que esta norma no faculta a las entidades del sistema financiero a crear fondos de protección o contingencia a cargo de los consumidores que cubran únicamente los consumos fraudulentos posteriores al bloqueo”.

En caso que en el contrato se estipulase que el consumidor asuma, vía fondo de protección, los costos de los consumos fraudulentos *post* comunicación, la posición de la Comisión ha sido la de interpretar la regla de distribución de asunción de costos contenida en el artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito como una de carácter imperativo, vale decir, que prevalece aun en contra de lo acordado entre el proveedor y el consumidor. Refuerza este criterio el mandato legislativo de interpretar las normas en un sentido favorable al consumidor. Así, la *ratio decidendi* es la siguiente:

“... así como el artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito establece la obligación que tienen los consumidores de asumir la responsabilidad por los consumos fraudulentos que se puedan producir con sus tarjetas antes del aviso al Banco sobre la pérdida o extravío. De la misma forma, ese artículo reconoce un derecho a los titulares de tarjetas de crédito, según el cual éstos no asumirán responsabilidad alguna por las transacciones no autorizadas posteriores al bloqueo.

Ello, no debe ser considerado como una decisión legislativa al azar, sino que encuentra plena justificación en la posición de control que ejerce cada una de las partes del contrato, es decir el consumidor y el Banco, respecto de la tarjeta. En efecto, el consumidor es responsable por la custodia de su tarjeta y por el uso que le da, por lo tanto responderá por todos los consumos que se realicen con ésta; es así, que cuando se produce el robo o pérdida de la tarjeta, el consumidor también responderá por los consumos fraudulentos, en la medida que ha asumido la obligación de dar aviso inmediato al Banco y la demora evidencia una falta de diligencia. Sin embargo, una vez producido el aviso, es el Banco quien se encuentra en una posición inmejorable para monitorear y evitar que se realicen transacciones fraudulentas. En efecto, este último tiene la posibilidad de bloquear la tarjeta y de esta manera impedir nuevos consumos, de no hacerlo o de existir defectos en el sistema que permitan la realización de nuevos consumos, ya no podrá trasladarse esa responsabilidad al consumidor, pues se trata de problemas operativos que los Bancos deben corregir e invertir en crear sistemas adecuados y más seguros.

El artículo 65 de la Constitución Política del Perú establece la obligación del Estado de proteger el interés de los consumidores y usuarios, en este caso, es la Comisión la llamada a defender los derechos de aquellos consumidores que han accedido a una tarjeta de crédito, para lo cual han suscrito un contrato, que entre otras condiciones, establece la obligación de asumir el costo de un fondo de protección que cubre los consumos posteriores al bloqueo.

Asimismo, debe tomarse en consideración que el supuesto indicado en el segundo párrafo del artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito es uno de carácter imperativo, en el cual al liberar de responsabilidad a los consumidores respecto de las transacciones no autorizadas que se realicen con posterioridad al bloqueo, establece un derecho de éstos que no puede ser sustituido ni alterado por la voluntad de los particulares.

En este caso, el contrato de tarjeta de crédito de la denunciada establece que el consumidor no será responsable de los consumos posteriores al bloqueo, pero ello no porque así sea determinado legalmente, sino porque según el Banco el consumidor se encuentra cubierto por un mecanismo de protección frente a un fraude. Lo cual en opinión de la Comisión carece totalmente de validez, el consumidor nunca será responsable de esos consumos, pero no por el hecho que cuente con un seguro o con un fondo de protección o contingencia o como quiera denominarlo el Banco, sino porque la ley así lo ha establecido.

A decir de la Comisión, lo que el Banco pretende hacer es desnaturalizar el derecho que se ha reconocido legislativamente a los consumidores de no asumir los consumos no autorizados posteriores al bloqueo; es decir, que mediante un contrato de adhesión en el cual se encuentran relativizadas la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, se ha pretendido vaciar de contenido a una disposición legal de carácter imperativo.

Por lo anteriormente expuesto, la Comisión considera que la cláusula décima sexta del contrato de tarjeta de crédito del Banco pretende imputar al consumidor una obligación que la ley ha señalado que no le corresponde y sobre la cual no se puede aceptar un pacto en contrario, obligándolo a asumir el costo de un fondo de protección cuya finalidad no sería la protección del titular de la tarjeta de crédito, sino cubrir el riesgo que por disposición legal debe asumir la entidad financiera".

Sin embargo, la Comisión ha advertido que esta práctica de los bancos, más allá del traslado de un costo, se ha convertido en una operación ampliamente rentable para las instituciones financieras, así:

"... la Comisión considera que el traslado de costos es una operación usual que se ejecuta válidamente en el sistema financiero, un ejemplo de ello son los montos cobrados por concepto de portes, comisiones, gastos de cobranza extrajudicial, gastos de cobranza judicial, entre otros. No obstante, se debe diferenciar entre un traslado de costos, que estaría definido como el cobro a los consumidores de aquellos montos que el Banco paga por determinados servicios, y una ganancia o utilidad encubierta.

Lo expuesto, hace necesario un análisis de la naturaleza del monto cobrado por concepto de fondo de protección o contingencia; es decir, determinar si se trata de un costo que se ha trasladado al consumidor o, en su defecto, si se trata de una utilidad del Banco que ha sido presentada a los consumidores de una manera diferente, y si la información brindada a los consumidores era adecuada o podía inducirlos a error respecto a los alcances, finalidad y naturaleza del monto pagado.

En opinión de la Comisión, el cargo realizado a los consumidores por concepto del fondo materia del procedimiento, no puede ser considerado como el traslado de un costo, en la medida que por costo debe considerarse el gasto que demanda la producción o suministro de servicio; siendo que, el aumento de un plus o adicional a este precio se convertiría en una ganancia para la empresa que lo cobra.

De los medios probatorios que obran en el expediente no se desprende que el Banco haya trasladado al consumidor el precio de mantener un fondo de protección o contingencia que cubra los consumos posteriores al bloqueo, por el contrario, es evidente que lo cobrado representa una ganancia para la institución financiera".

En las Resoluciones Finales 175, 176, 177, 179, 180 y 181-2005/CPC, de fecha 15 de febrero de 2005, se elaboró un cuadro comparativo de las operaciones que realizaron 6 instituciones financieras bajo este procedimiento iniciado de oficio⁶. El siguiente cuadro refleja el porcentaje de los consumos atendidos con cargo al fondo con respecto al monto total recaudado, según el período correspondiente.

⁶ En la Resolución Final 178-2005/CPC, del 15 de febrero de 2005, no se hizo el cuadro porque, si bien se estableció contractualmente el fondo de protección, nunca se llegó a activar.

Banco	Período	Porcentaje de los consumos atendidos con cargo al fondo con respecto al monto total recaudado
1	Marzo 2002-junio 2004	8,75%
2	Noviembre 2000-junio 2004	2,5%
3	Mayo 2001-mayo 2004	1,10%
4	Julio 1994-junio 2004	8,8%
5	Febrero 1998-junio 2004	7,3%
6	Julio 1996-junio 2004	38,1%

En resumidas cuentas, dado el carácter imperativo del mandato de la asunción de responsabilidad por parte de la institución financiera de los consumos fraudulentos después de la comunicación de la pérdida o robo de la tarjeta por parte del titular, carácter imperativo resultado de la interpretación de la normatividad en un sentido favorable para el consumidor⁷, no serían oponibles las cláusulas que dispongan que el fondo de protección a estos efectos sea asumido por éste. Ello sería perfectamente aplicable a los consumos fraudulentos desde la pérdida o robo de la tarjeta hasta la comunicación de este hecho. El fondo de protección, tal como ha sido concebido por las instituciones financieras sometidas a estos procedimientos de oficio, no sólo ha constituido un desplazamiento de responsabilidad establecida por un mandato imperativo, sino una operación económica, cuanto menos rentable, para estos proveedores.

En reiteradas resoluciones se precisa que, siendo el INDECOPI un árbitro que supervisa las relaciones que se desarrollan entre los consumidores y proveedores en el mercado, su accionar se justifica sólo en aquellos casos en los cuales los mecanismos de solución de conflictos propios del mercado resulten ineficientes para corregir las faltas que se suscitan en él, entre otros motivos, la existencia de información asimétrica entre consumidores y proveedores, así como el alto costo que significaría para los consumidores obtener información relevante. Creo que esta afirmación resulta plenamente aplicable al caso bajo comentario, en el cual, la capacidad de negociación de los consumidores es mínima frente a estipulaciones que los proveedores hacen, incluso, contraviniendo normas imperativas.

Esta decisión fue confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia, mediante Resolución 0701-2005/

TDC-INDECOPI, del 24 de junio de 2005 modificando los extremos relativos a las medidas correctivas y a la multa. Sin embargo, se observa que su fundamentación –totalmente apartada de la de la Comisión– es contradictoria y termina desprotegiendo al consumidor. Así, se sostiene que, en lo que respecta a la delimitación de responsabilidad establecida en el artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito:

“En este extremo el Reglamento es plenamente normativo, es decir, establece un comportamiento obligatorio para la relación jurídica que queda sometida a su ámbito de aplicación. Lo dispuesto en este extremo por el Reglamento es de obligatorio e irresistible cumplimiento por la entidad financiera y los clientes
(...)”

La Sala entiende que una distribución de responsabilidad en este sentido, se sustenta en el hecho de que, por su posición en el mercado y los recursos con los que cuentan, las empresas bancarias tienen a su disposición una infraestructura y mecanismos de seguridad que les permiten, tan pronto toman conocimiento de la sustracción o extravío de una tarjeta de crédito, proceder a su inmediato bloqueo. De esta manera, sus sistemas impedirán que se realicen transacciones por cajeros automáticos o en establecimientos interconectados a la red de la empresa que gestiona las tarjetas –sean Visa, MasterCard, American Express u otras. Igualmente, están en la posibilidad de informar a los establecimientos que soliciten autorización telefónica, que determinada tarjeta ha sido anulada y que deben proceder a su retención.

Considerando la asignación de responsabilidad que realiza el Reglamento, y los recursos con los que cuentan las empresas bancarias para reducir al mínimo la posibilidad de que se produzcan consumos

⁷ En efecto, el artículo 2 de la Ley de Protección al Consumidor, modificado por la Ley 27251, publicada el 7 de enero de 2000, establece que “La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico del la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor”. Sobre este artículo, REILEY NIÑO, Diana Milagros. “Interpretación pro consumidor”. En: Ley de Protección al Consumidor. Op. Cit. p. 23 y siguientes.

fraudulentos, mal puede afirmarse que la responsabilidad o el riesgo por consumos no autorizados realizados a partir de la comunicación de sustracción o extravío corresponde al titular de la tarjeta. Ello, porque una vez que el cliente ha cumplido con informar que ésta ya no se encuentra en su poder, y salvo que existan evidencias de que se ha verificado un caso de autofraude, no habrá forma de que el emisor exija al titular de la tarjeta el pago de los consumos fraudulentos realizados a partir de ese momento”.

En buena cuenta, se admite la naturaleza imperativa de esta disposición. No obstante, se agrega que:

“La atribución de responsabilidades no es materia de este procedimiento y la Comisión equivoca su argumentación cuando vincula este tema con la identificación de la parte que debe asumir el costo del seguro destinado a cubrir la pérdida. Una situación es la identificación de quién asume la pérdida cuando se produce el fraude y otra cosa distinta es quién financia la cobertura del seguro destinado a resarcir la pérdida sufrida como consecuencia del fraude”.

¡Plop! Como en las tiras cómicas. La Sala distingue entre quién debe asumir la responsabilidad después de la denuncia del tarjeta habiente y quién puede asumir los costos para cubrir dicha pérdida: han creado el Fondo de Protección financiado por el Usuario para beneficio del Banco (quien, por ley imperativa, está obligado a asumir tal responsabilidad ¡y la misma Sala lo reconoce!). Realmente cuesta entender la secuencia lógica en el razonamiento de los Vocales de la Sala: si, por un lado, se reconoce el carácter imperativo de la asunción de responsabilidad, por otro, se admite que “se le saque la vuelta” a esta disposición haciendo que el consumidor cubra los costos que se derivan de esa asunción de responsabilidad (¿?). En este desorden de ideas, agregan que:

“El legislador ha dejado en libertad a las partes para establecer las condiciones de reparto del gasto que pudiera derivarse de la cobertura del riesgo en la forma que quisieran establecerlo. Es decir, las partes decidirán qué riesgo cubren, con qué extensión, y quién asumirá el costo por dicha cobertura. (...)

En consecuencia, no existe prohibición legal expresa para que las empresas del sistema bancario, decidan

que sus clientes, pese a que no son responsables por los consumos realizados con posterioridad al bloqueo de la tarjeta, sean los encargados del pago de las primas del seguro antifraudes o de costear el fondo de protección o contingencia que finalmente cubrirán aquellas transacciones fraudulentas cuyo importe no pueda ser recuperado por el banco emisor”.

Sin embargo, a criterio de la Sala, la infracción que ha cometido el banco proveedor es la de no informar esta distribución de costos de una manera precisa. Así:

“... debe tenerse en cuenta –ahora con pleno carácter normativo– que el Reglamento, en concordancia con los principios que inspiran la Ley de Protección al Consumidor, exige que las entidades financieras señalen expresamente en los contratos de tarjeta de crédito, a través de un lenguaje claro y comprensible por los consumidores, la forma en la que los mecanismos de cobertura vienen siendo implementados”.

Con ello, se deduce que si el banco informase claramente al consumidor que éste va a cubrir los riesgos que por ley imperativa le corresponden al banco, ello sería perfectamente admisible. Decisiones como ésta constituyen una muy mala señal en lo que a tutela efectiva de los derechos de los consumidores se refiere. Si el contrato de afiliación al sistema de tarjetas de crédito es uno de adhesión, la posibilidad de negociar la asunción del riesgo es nula. Es por ello que existe una norma imperativa que establece quién es el responsable. La información precisa a la cual hace referencia la Sala no es más que aquella que se da en el contrato de adhesión cuando se indica claramente la flagrante violación de la norma bajo comentario, la cual, por su propia naturaleza es “de obligatorio e irresistible cumplimiento” (como lo admite la misma Sala). El subterfugio de distinguir la asunción de responsabilidad de la asunción de los costos para cubrir esa responsabilidad es una interpretación que colisiona abiertamente con el principio pro consumidor: todo un ejemplo a no seguir. Con esta decisión el consumidor ha quedado totalmente desprotegido y ahora –con la inminente reforma en la redacción de los contratos de tarjeta de crédito– va a tener que asumir costos que por ley no le deberían corresponder.

“LA CONTROVERSIA POLÍTICA ES PARTE DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO”*

Entrevista a Duncan Kennedy**

Formado por un conjunto enormemente heterogéneo de autores que utilizan soportes teóricos y metodologías muy diversas, que se ocupan de una serie variadísima de problemas pertenecientes a múltiples campos de estudio, y que ofrecen soluciones dispares y muchas veces contradictorias entre sí, el movimiento Critical Legal Studies es una crítica de izquierda a la doctrina jurídica liberal que incorpora continuamente disciplinas consideradas distintas al Derecho, las cuales ponen al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas. Esta diversidad atacada por sus críticos es, sin embargo, celebrada por los propios integrantes del movimiento como un logro, ya que busca desarrollarse en la diversidad sin proponer una teoría o un método “correcto”.

Aprovechando nuestra visita a la Universidad de Harvard, THEMIS-Revista de Derecho no podía dejar pasar la oportunidad de conversar con el fundador y portavoz del movimiento sobre temas vinculados a la educación legal y la ideología jurídica.

* La presente entrevista fue realizada –sobre la base de las preguntas preparadas por Jimena Aliaga Gamarra, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS– por Fernando de la Flor Koechlin, miembro de la Comisión de Financiamiento, e Iván Blume Moore, miembro de la Comisión de Contenido, quien tuvo a cargo la traducción.

** Profesor *Carter* de Filosofía del Derecho, Harvard Law School. Fundador del Movimiento Critical Legal Studies.

1. ¿Qué son los Critical Legal Studies?

Critical Legal Studies es un término que tiene, por lo menos, tres o cuatro significados diferentes. Primero, Critical Legal Studies fue un movimiento compuesto por profesores y estudiantes de Derecho desde finales de los setenta hasta comienzo de los noventa. El movimiento tenía dos objetivos: el primero era desarrollar una crítica de izquierda al funcionamiento de la legalidad en los Estados Unidos, incluyendo una crítica a la ideología jurídica; el segundo objetivo era reformar la educación legal. El movimiento se desintegró o desmoronó a principio de los noventa. Esto significa que fue uno de los movimientos académicos de izquierda más efectivo y duradero de los que surgieron en los sesenta.

Critical Legal Studies también alude a una escuela de pensamiento distinta del movimiento en sí. La escuela de pensamiento se plasma en artículos y actividades académicas de profesores de Derecho. Si bien ésta se inicia durante el período del movimiento, continúa hasta la fecha. Es una escuela de pensamiento minoritaria: el número de personas que actualmente se identifica con los Critical Legal Studies en los Estados Unidos asciende, quizás, a cincuenta, siendo la mayoría profesores de distintas facultades de Derecho. Aunque el número es pequeño, su influencia es mayor de la que se cree. Muchas ideas asociadas con el movimiento han sido adaptadas, en forma desradicalizada, por la corriente académica dominante o convencional; y en áreas como la del Derecho Internacional, Derecho Laboral y Derecho Comparado la escuela es activa y bastante influyente.

Uno puede entender a los Critical Legal Studies como un intento por combinar el pensamiento del realismo jurídico norteamericano con la teoría crítica europea, incluyendo al legado marxista, pero también al del estructuralismo y pos-estructuralismo. Es común que en los Estados Unidos se interprete a la escuela sólo como realismo jurídico o como Marxismo. En realidad, ha sido producto de un intento por lograr una nueva síntesis entre ideas pos-marxistas y pos-realistas con ideas estructuralistas y pos-estructuralistas.

Algunos de los temas fundamentales son los siguientes:

Primero, un fuerte énfasis en las lagunas, conflictos y ambigüedades en el ordenamiento jurídico positivo, elementos que hacen inevitable la libertad de interpretación extensiva. Así que aquí afirmaré que es

una radicalización de ideas tanto europeas como norteamericanas acerca de la inevitabilidad de las lagunas y conflictos, insistiendo en que existe mucho más indeterminación en el ordenamiento jurídico positivo de lo que reconoce la corriente dominante de pensadores del Derecho. Sin embargo, no se afirma que no exista algo como un resultado jurídicamente requerido. La insistencia es más bien que la existencia o inexistencia de una compulsión legal, se comprende mejor “fenomenológicamente”. La experiencia de una compulsión o libertad interpretativa es una función de estrategia interpretativa así como del contexto jurídico (esto es, los materiales legales), en vez de una característica “objetiva” de la pregunta en cuestión. Intérpretes distintos experimentan libertad o restricción frente a las mismas preguntas dependiendo de qué tanto tiempo y habilidad le hayan dedicado a la pregunta, y también según sus propias predisposiciones. La experiencia de la restricción es tan real como la experiencia de libertad interpretativa, pero ninguna de ellas puede ser atribuida definitivamente a los materiales en sí ni por sí mismos. Ésta es una nueva, interesante y difícil posición en la teoría del Derecho. Si les interesa, pueden encontrar mucho más acerca de ella en el artículo que su revista gentilmente me tradujera y publicara diez años atrás¹.

La segunda de las ideas básicas es que las reglas positivas del Derecho Privado tienen un efecto distributivo significativo en el bienestar de los grupos en conflicto de la sociedad. En el Contexto del Derecho Civil, esto se entiende mejor como un ataque al entendimiento del ordenamiento jurídico como aquel en el cual existe un trasfondo de Derecho Privado neutral, y luego una capa de Derecho Público diseñada para lograr objetivos distributivos u objetivos relacionados con la justicia social. En este modelo tradicional, el Derecho Privado es un trasfondo neutral y después está el Derecho Público, el cual es una intervención en orden a cambiar resultados en una dirección socialmente deseable.

Una idea muy importante de los Critical Legal Studies es que las áreas del ordenamiento jurídico (el Derecho Privado de Contratos, Propiedad, Daños, Familia y Sucesiones) que generalmente se entienden, dentro de la cultura jurídica, como la expresión de principios generales incontrovertibles, en realidad implican decisiones políticas. Por ejemplo: el principio de libertad no explica muy bien el Derecho de Contratos, como tampoco el principio de culpa explica mucho del Derecho de responsabilidad civil. Debido a la indeterminación de los principios, el contenido de las

¹ Nota del traductor: Ver, KENNEDY, Duncan. “Notas sobre la historia de los Critical Legal Studies en los Estados Unidos”. En: THEMIS-Revista de Derecho 25. 1993. p. 103.

reglas del Derecho Privado debe ser entendido como una serie de opciones o decisiones socialmente cuestionables. Esto sugiere que las reglas del Derecho Privado se entienden mejor como análogas a la intervención del Derecho Público, y que sus políticas pueden ser estudiadas incluyendo tanto sus efectos en la distribución de las cosas deseadas por los individuos, como la formación de identidades.

Una tercera idea importante es que los jueces y profesores de Derecho involucrados en la interpretación jurídica tienen la tendencia, primero, a encubrir o negar el grado de elección que existe en su práctica interpretativa y, segundo, a ignorar o negar las consecuencias distributivas o políticas de la elección entre las posibles interpretaciones. La práctica de los juristas, ya sean jueces o también académicos, produce un discurso de necesidad¹¹. Esto significa que el intérprete presenta su posición como necesaria dentro del contexto de las ciencias jurídicas, o quizás si fuera un modernista osado, dentro del contexto del *policy analysis*¹². Esto involucra una negación tanto del grado de elección como del significado político de la elección. Así, el discurso jurídico no es transparente, es en realidad un discurso de elección e intención política presentado como un discurso de necesidad interpretativa. Además, observamos que las elecciones interpretativas y la dirección del trabajo interpretativo de los juristas, particularmente en lo que concierne al Derecho Privado, tiende a ser “centrista” ya que apoya el *status quo* en contra de cualquier esfuerzo serio por la justicia social.

Un cuarto punto se ocupa de la lucha contemporánea sobre la viabilidad del Derecho Social. Éste era una rebelión en contra de la ciencia jurídica clásica del siglo XIX. Inicialmente fue metodológicamente anti-formalista y al mismo tiempo estaba comprometido con reformas legales sustantivas en Derecho Laboral, Derecho de Daños, Derecho de Propiedad, Derecho de Familia, Derecho Internacional, etc. El Derecho Social afirmaba la protección de las partes débiles y la transformación de la sociedad en dirección a la justicia social. Como tal, podía ser tanto de derecha –en un modo autoritario, normalmente católico– o de izquierda –en un modo social demócrata pero anti-marxista.

Hoy en día el Derecho Social se encuentra expuesto a una severa crítica debido a que fracasó en incorporar un sofisticado análisis económico de las formas en

que las protecciones sociales pueden ayudar o hacer daño a las personas que pretende proteger. El discurso del Derecho Social ha sido desigual al momento de enfrentar la pregunta de cuándo puede funcionar y cuándo no. A nivel mundial, los neoliberales han explotado esta debilidad y han desarrollado un argumento de derecha que plantea que las protecciones sociales son siempre y *a priori* dañinas tanto para los supuestos beneficiarios, como para la meta de lograr un crecimiento económico. Ésta ha sido la posición típica de la derecha libertaria que actualmente controla al gobierno de los Estados Unidos y las instituciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio. En el ámbito académico norteamericano, esta postura es afirmada por el análisis económico del Derecho de derecha, un elemento influyente dentro de la corriente dominante.

Los autores asociados a los Critical Legal Studies han atacado la posición neoliberal argumentando que el Derecho Social es, con frecuencia, muy efectivo protegiendo partes débiles y que no es ineficiente ni perjudicial para el crecimiento económico *a priori*. En lo referente a esto, hemos tratado de desarrollar un tipo de defensa analítica fuerte –frecuentemente apoyándonos en el análisis económico– que los defensores tradicionales del Derecho Social nunca lograron llevar a cabo. Aquí se puede interpretar nuestra actividad como un intento por apartarnos de la defensa indiscriminada del régimen del Derecho Social hacia un análisis más riguroso, que a la vez conlleva un ataque agudo sobre el sesgo y los errores de la crítica neoliberal sobre lo social.

2. George Priest, el profesor de Yale, visitó Lima el año pasado. Durante su visita THEMIS-Revista de Derecho tuvo la oportunidad de entrevistarle sobre diferentes aspectos vinculados al análisis económico del Derecho. En aquella oportunidad, ante la pregunta sobre las principales críticas formuladas a esa corriente, nos respondió: “... una crítica de izquierda fue planteada por un grupo denominado Critical Legal Studies (...) pero este movimiento fracasó porque no progresaron en la comprensión del sistema legal”¹³. ¿Cuál es su opinión acerca de la afirmación del profesor Priest?

¹¹ Nota del Traductor: Kennedy se refiere a como se pretende hacer pensar que la adopción de reglas en el Derecho, brotan del razonamiento jurídico más que de la política y de la economía.

¹² Nota del Traductor: Justificaciones de carácter económico, social, y a veces incluso político o moral. Los docentes e investigadores americanos acentúan la necesidad de buscar, por detrás de las reglas impresas, los problemas subyacentes de política social y de administración práctica. De este modo, se aprende el Derecho como un instrumento que esta continuamente remodelando la sociedad y la economía americana.

¹³ PRIEST, George. Entrevista. “Cuanto más Globalización tengamos más importante será el análisis económico del Derecho”. En: THEMIS-Revista de Derecho 49. 2004. p. 287.

Precisamente, George Priest es uno de los juristas del ala de derecha del análisis económico del Derecho que ha atacado al Derecho Social, y en su caso particular a la ley de protección al consumidor. Por supuesto, es absolutamente justo que un miembro de una escuela sostenga que los miembros de otra no contribuyeron al entendimiento del Derecho, pero hay algo interesante en su respuesta. Ustedes le preguntaron sobre las críticas realizadas al análisis económico del Derecho y es verdad que hay una serie de críticas de los Critical Legal Studies a la corriente dominante de análisis económico del Derecho en los Estados Unidos. Mas él no señaló que éstas no hubieran tenido éxito; lo que dijo fue que el movimiento fracasó. En ese sentido, debo señalar que las críticas más efectivas al análisis económico del Derecho han sido, de hecho, las críticas desarrolladas por los autores de los Critical Legal Studies durante los últimos veinte años. Ésa es una bibliografía extensa y, considero, muy apabullante.

La idea básica de nuestra crítica es que el objetivo de la eficiencia o “maximización de la riqueza”, como se encuentra definido particularmente por Kaldor-Hicks, es un criterio que no tiene sentido para la creación de normas. Es realmente inconcebible que un legislador o juez racional escoja qué normas promulgar o cómo interpretarlas en base al criterio de eficiencia, sin tener en cuenta las consecuencias en la distribución o en la identidad social o para los derechos. No obstante, ésa es su propuesta.

Segundo, la corriente dominante del análisis económico del Derecho opera con una concepción de eficiencia completamente estática. Por eso nunca, en toda su historia, lograron hacer una conexión plausible entre sus propuestas desregulatorias y el desarrollo económico. Ellos afirman estar profundamente interesados en el bienestar social agregado. Pero sus propuestas para eliminar las protecciones sociales, aun así fueran eficientes, que no lo son, en el mejor de los casos tendrían un impacto estático único en el bienestar, y podrían tener repercusiones dinámicas desastrosas a largo plazo. Lo que sus propuestas logran principalmente es agravar la desigualdad de ingreso, y no existe razón empírica o teórica alguna para creer que una mayor desigualdad aumente el crecimiento –de hecho, la experiencia de los tigres asiáticos prueba lo contrario. Esta crítica a la corriente dominante del análisis económico del Derecho en los Estados Unidos es, por el momento, más evidente en países del Tercer Mundo y Europa Occidental, que en los Estados

Unidos. Pueden encontrar estas críticas en mi página web en la Internet^{IV}. Escribí un artículo en el New Palgrave Dictionary of Law and Economics que contiene una elaborada bibliografía de críticas como estas. El análisis económico del Derecho tiene muy poca influencia fuera de los Estados Unidos, con la excepción de que es parte de las políticas de ajustes estructurales neoliberales promovidas por instituciones financieras internacionales para imponer estructuras económicas específicas en países del Tercer Mundo.

Entonces, ¿los Critical Legal Studies fracasaron? El movimiento en sí se desmoronó. Decir que ha fracasado es cierto en un sentido. Si uno es parte de un movimiento quiere que dure eternamente y crezca más y más y nunca muera. La mayoría de las personas que participaron del movimiento dirían algo como: “fue bueno mientras duró pero fue imposible que durara para siempre dadas sus divisiones políticas internas y los maltratos de la corriente dominante”. ¿Hemos contribuido a la teoría del Derecho o a su entendimiento? En realidad, pienso que los puntos que mencioné hace unos momentos como: la radicalización de la crítica a la indeterminación; el enfocar nuevamente la discusión hacia las consecuencias distributivas y la identidad en la interpretación jurídica; el desarrollo de una teoría sobre la manera en que la política influye en el Derecho sin reducir el Derecho a la política; reconocer la autonomía relativa y el contenido ideológico del Derecho como un fenómeno, en lugar de solamente tratarlo como una súper estructura, pero rechazando la pretensión liberal de su neutralidad. Estas ideas son las contribuciones básicas. Luego, el intento por crear una versión más efectiva del Derecho Social frente a la crítica de derecha... No deseo sonar como si estuviera a la defensiva, está en ustedes establecer, al revisar nuestro material, si es que en realidad hemos contribuido o no al Derecho.

3. En “Legal education as training for hierarchy”² usted afirma que el estudio del Derecho tiene un significado social que no es otro que el éxito. ¿Usted considera que los ideales sociales, progresistas que puedan haber tenido los alumnos en alguna etapa de sus vidas se pierden al encontrarse con un ambiente extremadamente competitivo?

En el contexto norteamericano, la educación legal funciona como medio, tanto para la formación de una

^{IV} Nota del traductor: Ver: <http://duncankennedy.net>.

² “Educación legal como preparación para la jerarquía”.

élite, como para la movilidad social. No son lo mismo. Existen muchos alumnos de Derecho que vienen de estratos modestos para los que la educación legal es un paso a la clase media, y existe otro sector del sistema de educación legal de élite que forma una élite profesional corporativa del Estado que se encuentra muy cerca a la riqueza y el poder. Estas son, en realidad, las diversas formas en que funciona el sistema. Una experiencia básica de la facultad de Derecho de ambos sectores es que el estudio del Derecho es desmoralizador para los alumnos que tienen aspiraciones y creencias progresivas sociales de izquierda.

Existen dos razones distintas para esto. Una es que la ideología de la profesión y el sistema altamente competitivo han sido diseñados para erradicar la política del sistema educativo. Aunque usted fuera un alumno muy comprometido con la política y piense que el Derecho está atado a la misma, al ingresar a la facultad descubrirá que pasará toda su vida estudiando cosas que el profesor le dice que no tienen mayor significado político, con excepción del curso de Derecho Constitucional, el cual todos saben que es muy político. La política se encuentra reclusa en un rincón mientras la gran mayoría del Derecho es planteado como meramente técnico y la atmósfera es una de intensa competencia y ansiedad. De ahí que no haya tiempo o autonomía para pensar políticamente en el tema.

La segunda razón es que en los Estados Unidos existe un número muy limitado de trabajos que permiten a alumnos progresistas llevar a cabo sus ideas progresistas^V del Derecho. Muchos estudiantes al ingresar a la facultad de Derecho piensan que van a ser instrumentos de la justicia social y descubren que tienen que tomar un trabajo que no tiene contenido social alguno. Tanto el sistema educativo como la experiencia del mercado de trabajo ejercen una influencia pacificadora y desmoralizadora sobre los estudiantes progresistas. Estos elementos crean fuertes motivos para reinterpretar sus planes de vida, para que se conviertan en simples abogados convencionales y eviten, así, el dolor y la desilusión de luchar contra el sistema.

4. ¿Cómo se pueden hacer clases políticamente activas sin adoctrinar al mismo tiempo a los alumnos?

Esta es una pregunta a la cual le he dedicado mucha atención en mi carrera como profesor de Derecho. La forma en que intento cumplir la meta de enseñar mi forma de ver al Derecho sin adoctrinar a mis alumnos es la siguiente: lo que trato de enseñarles es que la controversia política es parte del razonamiento jurídico. Lo que trato de hacer en mis clases es ayudar a los alumnos a que se den cuenta cómo elementos de razonamiento jurídico, aparentemente técnicos, son de izquierda, derecha o de centro. No les enseño que los argumentos de izquierda son los correctos y que los argumentos de derecha están equivocados. Es suficiente para mí lograr que los alumnos reconozcan que lo que aparece ante ellos como mera actividad profesional, tiene un contenido político implícito oculto, lo cual es controversial. Así, no estoy tratando de enseñarles que el razonamiento jurídico es intrínsecamente de derecha.

Lo que yo creo es que el razonamiento jurídico contiene argumentos de derecha y de izquierda, que son negados, ocultados o disfrazados. Evidentemente, ésta es también una posición política en sí misma. Sin embargo, creo que los estudiantes son perfectamente capaces de decidir por sí mismos lo que piensan al respecto. Es lo opuesto a lo que la mayoría de sus profesores les están enseñando, por lo que no temo que se sientan presionados o adoctrinados a aceptarla.

5. Robert Nozick², el reconocido filósofo de Harvard, esboza una tesis sociológica acerca de la razón por la cual los intelectuales tienden hacia la izquierda política y cuestionan el capitalismo. Él propone que el sistema educativo los acostumbra a recibir mayores recompensas, y les enseña que son los individuos más valiosos. Ello, los lleva a desarrollar un resentimiento hacia la sociedad, que distribuye recompensas y valora a los individuos de acuerdo a las preferencias del mercado. ¿Está usted de acuerdo con esta posición?

^V Nota del traductor: Kennedy se está refiriendo a alternativas como el despacho individual, el trabajo *pro bono*, abogados de asociaciones sin fines de lucro que defienden causas políticas o de interés público, abogados dedicados a prestar servicios gratuitos, abogados laboristas y de sindicatos, etcétera.

² NOZICK, Robert. "¿Por qué los intelectuales se oponen al capitalismo?". En: THEMIS-Revista de Derecho 45. 2002. p.181.

No creo que sea posible brindar una explicación puramente sociológica al hecho que muchos intelectuales sean de izquierda, aunque también considero que existe un pequeño elemento de verdad en la posición de Nozick. Mi primera impresión es que los intelectuales en los Estados Unidos y otros países han sido de izquierda en el transcurso de los siglos XIX y XX, aun durante el período en el que el sistema universitario altamente meritocrático descrito por Nozick no existía. Esto parece ser un problema empírico para su idea.

Un segundo problema es que dentro de la intelectualidad, los científicos no son particularmente de izquierda. Son los intelectuales preocupados por

la política, la sociedad y la cultura los que se orientan en esa dirección. Yo veo esto como el proceso de reproducción de una tradición cultural crítica que se encuentra preocupada en ver al total de la gente, incluyendo al más pobre y al más oprimido, en vez del enfoque normal de la gente de clase media, que se preocupa sólo por ellos y sus vecinos. Esta tradición es más débil en los Estados Unidos que en muchos otros países y de hecho existen muchos intelectuales conservadores en los Estados Unidos. En mi opinión, cuando los intelectuales logran suficiente autonomía respecto de los negocios y del Estado como para poder expresar sus opiniones, ellos tienden a expresar opiniones de izquierda ya que creen, correctamente, que los sistemas son injustos.

“LA CORTE PENAL INTERNACIONAL FUE UNA MALA IDEA”*

Entrevista a David W. Kennedy**

Se dice usualmente que debemos tener una actitud crítica al analizar toda idea que escuchemos, así como al analizar todo suceso que se presente. En ese sentido, la entrevista que sigue a continuación nos da una lección ejemplar de cómo ser críticos respecto de lo que se suele pensar sobre los acontecimientos internacionales y las relaciones que se dan entre los Estados.

David Kennedy es una persona profundamente preocupada por la búsqueda de una mejor existencia de los seres humanos, pero para ello no se deja seducir por un discurso clásico que no cuestione la vigencia de los derechos humanos, sino que asume sus fortalezas y debilidades con la finalidad de reestructurar nuestra forma de pensar y replantear la política internacional. Uno de los aspectos más interesantes de la presente entrevista se da justamente porque este análisis no se limita a ser una crítica jurídica, sino que se ve fortalecido con un análisis histórico y sociológico de los diferentes acontecimientos, lo cual refuerza los argumentos esgrimidos.

Se advierte al lector que quedarse en lo que el reconocido internacionalista nos enseña sería no entender que el fondo del asunto es justamente el cuestionamiento y la crítica, sólo ello puede fortalecer nuestras ideas para entender mejor los acontecimientos mundiales y plantearnos mejoras viables, tanto internamente como en nuestras relaciones internacionales. Y es que como señalara Rousseau, es preferible ser hombres de paradojas que de prejuicios.

* La presente entrevista fue realizada por Iván Blume Moore, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, sobre la base de las preguntas preparadas por Milagros de Pomar Saettone, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, quien tuvo a su cargo la traducción de la entrevista.

** Profesor de Derecho Manley O. Hudson en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Director del Centro Europeo de Investigaciones.

1. **En el campo de las relaciones internacionales, usted ha realizado trabajo académico y trabajo práctico en importantes instituciones, tales como la Comisión de la Unión Europea de las Naciones Unidas y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); habiéndose dedicado también a la práctica privada del Derecho. ¿Cómo surgió su interés por el Derecho, y por qué es que su trabajo ha incluido tanto perspectivas sociológicas como históricas?**

Estuve interesado en las relaciones internacionales desde muy joven. Siempre tuve la inquietud de hacer algo por el desarrollo económico mundial. El Derecho parecía ofrecer el ángulo intelectualmente más interesante para entender el gobierno, para poder cambiar cómo nos gobiernan, y para poder tratar temas de pobreza y conflicto internacional, temas que yo encuentro sumamente apremiantes. Considero que la Economía, el Derecho, y las Ciencias Políticas son las tres herramientas principales que uno puede utilizar para analizar cuestiones globales relativas a la justicia social y económica. No hay nada de malo en saber un poco sobre las tres, pero para mí, el Derecho se amolda, intelectualmente, más a mi personalidad.

En cuanto a mi interés por el estudio sociológico e histórico, estoy convencido que la situación actual en política internacional sólo cobra sentido si es vista históricamente. Para tener alguna idea de cuándo estamos ante un evento coyuntural y cuándo ante un cambio permanente—saber distinguir un problema de este año de un problema de fondo—se necesita estudiar la forma en que las sociedades se han desarrollado en un largo período de tiempo. Miramos de tal forma el mundo que es extraño que demos tantas cosas por sentado. Para darles sentido de alguna manera, me he sentido siempre atraído a la gran tradición sociológica, a Weber, a Freud, a Durkheim, a William James, pero también a los pensadores más populares de mi época universitaria—Marcuse, Gramsci, Foucault, Levi-Strauss, Adorno, Barthes, Derrida. Es una larga lista, que sigue a una enorme tradición, pero no creo que importe mucho con cuál de ellos se empezó, o, al final, a quién se lee. Uno bien puede comenzar con Jim Morrison o Musil o Mann. Lo que necesitamos es la práctica del aislamiento, observación, interpretación y escepticismo. Necesitamos una mejor idea de qué está sucediendo en la sociedad, de cómo nos gobiernan. Es asombroso lo poco que entendemos los poderes que influyen nuestras vidas. Es muy fácil verse enredado en pequeñas cuestiones técnicas. Para contestar las grandes preguntas necesitamos desarrollar teorías sociológicas, históricas, psicológicas y antropológicas que provean de una visión mucho más amplia.

2. **El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Más de cincuenta años después de su proclamación, ¿considera que se ha realizado algún progreso en este sentido?**

Las muchas declaraciones de los derechos humanos nos recuerdan lo que debería ser verdad, lo que debería hacerse verdad en un lugar determinado, en un momento determinado. Pero la dignidad, la libertad, la justicia y la paz deben recrearse en cada momento y lugar. Para mí, no se trata de un progreso, de un movimiento de la oscuridad a la luz, hacia un lugar cuyo nombre sepamos. Durante los últimos cincuenta años—así como en los cincuenta años anteriores e incluso aún antes—se viene dando una lucha humana por la dignidad, la libertad y la justicia que resulta siendo sumamente motivadora e inspiradora. Aplaudo el trabajo de la tradición de los derechos humanos en aquellos aspectos en que haya logrado estimular esta lucha. Por supuesto es demasiado pronto para afirmarlo, pero yo esperaré que en cincuenta o cien años desde ahora la práctica y el lenguaje que identifica la libertad y la justicia con “derechos inalienables” será una fase ya pasada, con verdaderas virtudes, y también verdaderas limitaciones.

3. **Hablar de derechos humanos nos hace pensar en una lista única de derechos con carácter universal. ¿Es realmente posible hablar de derechos humanos universales?**

Hay pocas cosas de las que uno no puede hablar. Hablar sobre derechos humanos universales tiene su propia historia, es un planteamiento de un tipo específico, con una audiencia propia de un lugar. Yo no creo que ayude mucho pensar en si “existen” derechos, si los derechos “son” humanos o si “son” universales. Estas son formas de hablar, exhortaciones, denuncias, expresiones éticas. Ciertamente uno puede intentar promulgar, o llevar a cabo la voz de lo universal de muchas maneras. No obstante, a mí, el discurso de “lo universal” no me atrae mucho. Prefiero hablar por mí, y discutir con otros, combatirlos, oponerme a ellos, aliarme con ellos, apoyarlos. Prefiero no representar a nadie, menos aún al todo universal.

Sin embargo, entiendo que esto no es lo que usted preguntaba. En otro sentido, la pregunta “¿existen derechos universales?” engloba otras dos preguntas muy significativas: “¿cómo debemos relacionar las

diferencias culturales con nuestro creciente mundo político y económico?”, y, “¿cómo podemos encajar el desencantamiento moderno –un desencantamiento simbolizado no solamente por el secularismo, sino también por la experiencia que se tiene en relación con las diferencias culturales, una experiencia que llamamos ‘relativismo’– con demandas éticas universales?”. Estas preguntas son ciertamente difíciles de responder.

Respecto de la primera, mi tendencia es la de colocarme entre el mundo de la “cultura” y los mundos de la “política” y “la economía”, entre las diferencias técnicas y culturales. Yo sí desearía un sistema político global descentralizado y diverso, y preferiría un orden mundial que motive la formación de diversos experimentos políticos, económicos y culturales. Sin embargo, no pienso que la “cultura” tenga alguna legitimidad especial. No veo razón alguna para tratar a la etiqueta de “cultura” como una señal para que quienes están políticamente involucrados se mantengan al margen, ni debemos sobre-estimar las diferencias entre las culturas –las diferencias dentro de cada cultura son a menudo más significativas, así como, desde una perspectiva global, todas las clases de culturas que aparentemente son diversas pueden expresar de la misma forma un corte cultural.

Respecto de la segunda pregunta, creo que el tema ya ha sido planteado. Desde mi punto de vista, la experiencia del desencantamiento, que puede ser a menudo provocado por el “relativismo cultural”, es simplemente una de las experiencias humanas disponibles con las que tenemos que aprender a vivir –somos afortunados de poder hacerlo– y que necesitamos enlazar con nuestros sistemas políticos y sociales. Evidentemente la experiencia del desencantamiento no está siempre con nosotros –lo cultural parece a menudo sólido, lo universal parece conocido. Sin embargo, es demasiado tarde para nosotros como para no saber que estas experiencias de convicción absoluta están expuestas algunas veces al fracaso.

4. En su artículo “El movimiento internacional de los derechos humanos: ¿parte del problema?”¹ usted advierte que la preocupación y la discusión sobre derechos humanos puede darse tanto a través de demandas y declaraciones de derechos como a través del trabajo en pro de estos derechos; por ejemplo, la preocupación mundial por problemas ambientales puede centrarse más en exigir un ambiente limpio que en difundir

el deber de todos de trabajar por un medioambiente limpio. En este sentido, ¿usted preferiría hablar de “deberes humanos” antes que de “derechos humanos”?

Buscaba una manera de hablar sobre idolatría –la adoración de la expresión sobre el espíritu, o, en términos más pragmáticos, la adoración de las herramientas en vez del problema en sí, de los medios en vez del fin–, sobre la lealtad que se tiene a la institución sin medir sus consecuencias en el mundo. Esto sucede en el mundo humanitario internacional de diferentes maneras. Sin embargo, no considero que exista una solución mágica; el término “deberes” podría, en un lugar determinado, cambiar la atención de las palabras a los hechos, pero es fácil imaginar también una idolatría a los deberes. Por otra parte, el debate entre “derechos” versus “deberes” es usualmente una fase de muchos otros conflictos –entre individualismo y colectivismo, formalidad estatal e informalidad consuetudinaria, “modernidad” y “tradición”. Tengo mis preferencias, pero no veo en ninguna de estas discusiones un claro alejamiento de la idolatría.

Debo decir también que se han hecho muchos esfuerzos dentro de la comunidad de los derechos humanos por corregir los problemas que precisé en ese artículo. El centrarse en los deberes es una solución propuesta –pensando más en colaboraciones institucionales y esfuerzos de la comunidad por promover la justicia social por encima del ejercicio de derechos humanos individuales. Reconozco estos esfuerzos en muchos contextos, pero, por supuesto, enfocarse sólo en deberes sociales puede también ser una manera de eludir responsabilidad por parte del gobierno –una manera de culpar a las víctimas y a sus vecinos cercanos por no poder acercar la justicia a ellos.

Cada estrategia tiene que ser evaluada en su contexto, a veces el camino correcto a seguir es declarar un derecho, otras veces lo correcto es dejar de lado los derechos y centrarse en los deberes, y otras veces la mejor opción suele ser algo totalmente diferente. Por ejemplo, en algunos lugares lo correcto puede ser formar un sindicato, preguntarse si ello está referido a derechos o deberes es menos importante que equilibrar los poderes entre trabajador y empleador. Lo importante aquí es encontrar la estrategia de emancipación que funcione para cada contexto; a veces derechos, a veces deberes y a veces algo diferente.

David W. Kennedy

¹ Artículo publicado en THEMIS-Revista de Derecho 48. 2004. pp. 149-165.

5. ¿Considera usted que existe un real compromiso por parte de los Estados de cumplir los tratados de derechos humanos que suscriben?

Bueno, creo que otra vez me encuentro en aprietos para responder pues hablar de hablar de “Estados” teniendo algún “compromiso” resulta ser muy antropomórfico. Encuentro bastante difícil imaginar el “estado mental” de un criminal para determinar su “imprudencia” o “premeditación” o lo que sea, como para adivinar la “mente” de un Estado. Finalmente, quienes nos gobiernan son personas. Las personas que trabajan en la maquinaria de relaciones exteriores de los Estados seguramente tienen todo tipo de motivaciones, conocidas y desconocidas. Tienen diversos motivos –afiliación, desafiliación, poder, sumisión, y más. Seguramente proponen suscribir algunas cosas, y las suscriben efectivamente, por todo tipo de razones. Sabiendo lo que sabemos sobre las personas es muy difícil de imaginar que los “Estados” suscriban “tratados” porque los hayan leído, porque encuentren que sus términos comprenden articulaciones de verdad o justicia y desean “comprometerse” a caminar por la senda de la verdad.

Déjenme formular una pregunta diferente, ¿qué podemos esperar que hagan las personas que tienen acceso al poder del Estado cuando personas que “representan al Estado” firman un tratado de derechos humanos? Podemos esperar que reevalúen sus prácticas rutinarias de conformidad a éste, podemos esperar que sientan que todo lo que no esté claramente prohibido por el tratado sea *más* legítimo de lo que era antes –validado por la opinión universal. Podemos esperar algunas críticas de las acciones que claramente parezcan ser incompatibles con sus requerimientos, pero para exigir tales críticas, éstas han de buscar tener un efecto mayor. Y así sucesivamente, debemos entender que la firma de un tratado tiene un impacto sobre quienes lo deben cumplir.

Otro análisis podría ser el de preguntarnos ¿qué queremos decir, en el fondo, cuando en asuntos humanos hablamos de “compromiso”? Centrarnos en el “compromiso” puede conducirnos a sobrestimar los efectos de la articulación y la suscripción de un tratado, y a subestimar que la vida continúa, que cada momento de “implementación”, si se quiere, es un nuevo momento, determinado por las fuerzas sociales que arriban a su historia, pero tampoco forzadas por ellas. En esto, preferiría pensar que los seres humanos son más responsables y libres que comprometidos.

Su pregunta también suscita otro problema. Es fácil pensar que los derechos humanos, una vez articulados

o firmados, generan únicamente efectos positivos. Si algo malo sucede, lo atribuimos a un desgano malicioso de “implementarlo”, a falta de sinceridad, a carencia de compromiso. Pero los efectos de los actos discursivos son notoriamente inciertos. Suscribir la eliminación de la pena de muerte podría significar una mayor virtud en la imposición de castigos, fortaleciendo a aquellos que luchan por perdonar, por respetar incluso la humanidad del trasgresor más vil. Sin embargo, también podría recortar la lucha por reconocer la humanidad de los que nos dañan, legitimando un encarcelamiento deshumanizante. Es una pregunta empírica, que requiere una predicción, informada por la historia, la sociología, la psicología y la pura intuición.

6. La protección de los derechos humanos crea la necesidad de una regulación supranacional que pueda juzgar y sancionar a aquellos Estados que vulneren estos derechos, ya sea de manera interna o cuando trasciendan la esfera estatal. Este es el caso, por ejemplo, de la formación de una Corte Internacional de Justicia. ¿Qué importancia cree usted que tienen instituciones como ésta, y qué opinión le merece la sistemática negativa de los Estados Unidos de someterse a las instancias internacionales pero sí exigir a otros que se les apliquen esos estándares?

En primer lugar, pocas cosas crean algo *necesario* en asuntos humanos. No veo ninguna razón para pensar que la protección de los derechos humanos *requiera* alguna forma institucional particular, no más de lo que la justicia social *requiere* los derechos humanos. Las sociedades hacen justicia e injusticia a su propio modo cada vez y en cada generación.

Por supuesto, la reciprocidad puede ser un *argumento* poderoso. Podemos predecir que si la administración de Estados Unidos demanda a otros que hagan algo que ella no está dispuesta a hacer, dicha demanda será menos efectiva. Sin embargo, se trata sólo de un argumento, cuyo efecto podemos intentar predecir. No veo ninguna razón ética de carácter universal para que ello deba o tenga que ser así. Mi madre siempre me decía “has lo que te digo, no lo que yo hago” y eso no hacía de lo que ella decía algo menos útil. En realidad, incluso puede haber sido más útil. Es una lección, pero aquellos que la escuchan deben también *elegir*.

Si se miran los procesos internacionales en su totalidad, la jurisdicción internacional no es muy importante. En primer lugar, la jurisdicción no es tan importante como otros aspectos del proceso jurídico y político. Entre las judicaturas, los tribunales nacionales son de lejos más significativos, tanto en su jurisdicción extraterritorial

oficial como en la huella sociológica transnacional que dejan sus decisiones nacionales o locales. Entre las judicaturas internacionales, la maquinaria arbitral y comercial del orden mercantil y del orden comercial privado es mucho más importante que la Corte Internacional de Justicia. De modo que de todos los elementos del orden legal internacional, la institución menos significativa es la Corte Internacional de Justicia –menos aun lo sería una institución tan nueva y especializada como la Corte Penal Internacional. En ese sentido, no pienso que sea particularmente significativo que Estados Unidos participe o rechace participar en la Corte.

Simbólicamente, por supuesto, participar o no participar puede tener una gran importancia para algunas audiencias. Podemos hacer predicciones sobre el resultado –fuerzas que serán consolidadas y fuerzas que serán debilitadas. En términos políticos, mi intuición me dice que el balance entre las fuerzas consolidadas y debilitadas por la retirada simbólica de Estados Unidos de la Corte Internacional de Justicia se inclina en contra de mis propias preferencias políticas.

La Corte Penal Internacional es una materia bastante diferente. Como una persona comprometida con lo que siento son los objetivos humanitarios internacionales, soy muy escéptico respecto de la Corte Penal Internacional. De hecho, considero que la Corte Penal Internacional fue una mala idea, que hace más por evitar el compromiso local e internacional contra la injusticia que rectificarlo. Mi única preocupación es que la retirada americana pueda fortalecer esto. Pero, en general, veo las jurisdicciones internacionales como escenarios marginales.

7. ¿Qué efecto considera usted que ha tenido la Unión Europea en las relaciones internacionales? ¿Considera que se trata de una búsqueda de equilibrio de fuerzas globales?

Esta es una pregunta compleja para ser respondida en algunas líneas. Parece no haber duda en que la Unión Europea estuvo involucrada –como síntoma o causa– en la desmovilización de conflictos intraeuropeos durante las décadas que siguieron la Segunda Guerra Mundial. El levantamiento y la rivalidad entre poderes europeos generaron un siglo de guerras mundiales –y las herencias coloniales de esa época aún permanecen con nosotros. Esperemos que Asia encuentre una mejor manera. Sin embargo, la Unión Europea ha tenido dos terribles y significativas desventajas; ha liderado una forma de política tecnocrática y una vida económica que ha erosionado el sueño de la democracia –de compromiso político de sus ciudadanos en las

decisiones que afectan sus vidas. Esto ha servido como un límite legítimo a la imaginación política y al sentido de solidaridad social del pueblo europeo.

En términos geopolíticos, el problema que enfrenta Europa –y todo el mundo– no es el de “balancear” el poder de Estados Unidos. El imperio ya entró en declive. El problema es acomodar el levantamiento de Asia, y el creciente dualismo económico y social de nuestra sociedad global, y hacerlo pacíficamente. El problema es construir una nueva política democrática para la era post-nacional. La Unión Europea hace más porque todo ello parezca innecesario, al menos para los europeos, que para contribuir a un nuevo arreglo de fuerzas globales. Así, legitima la tendencia a aferrarse a un *status quo*, ensalzando un aislamiento continental pasivo y políticamente estéril como una virtud, y dejando a los americanos y a los asiáticos solos para perseguir sus cuantiosas agendas revolucionarias. Yo preferiría ver un mundo con Europa en él, que con una Europa “unida” por gobiernos tecnócratas.

8. Estados Unidos dedica una gran parte de su presupuesto a la defensa nacional. ¿Cuál cree usted que es el efecto de este sobre abastecimiento de armamento en las relaciones internacionales? ¿Cómo ve usted la vigencia del poder militar para garantizar los derechos humanos? ¿No evoca esto un contrasentido?

Es desafortunado que Estados Unidos haya guiado su poder social, jurídico y económico a la atrofia. Si usted es Presidente de los Estados Unidos y desea, por ejemplo, cambiar los regímenes desde Turquía hasta Pakistán, usted tiene sólo una palanca a tirar, la militar. En principio no tengo ninguna objeción a cambiar regímenes, depende del régimen cambiado y del régimen puesto en su lugar. Sin embargo, ¿no sería mejor hacerlo de la forma europea? La Unión Europea, finalmente, ha estado cambiando los regímenes de sus países vecinos por más de veinte años –Portugal, España, Grecia, los nuevos miembros de Europa del este y del centro. ¿Qué significaría para países como Marruecos, Jordania, Túnez, Palestina, Israel, Egipto, después del once de setiembre, un acuerdo ilimitado de membresía a la Unión Europea o al NAFTA, o una residencia en Estados Unidos? Serían regímenes cambiados a través del contrato, de la ley, de la pertenencia económica y cultural.

Nunca enviaríamos un ejército para reconstruir las escuelas en los centros urbanos americanos; la reconstrucción política y social es demasiado compleja, y los militares están lejos de ser un instrumento adecuado para ello. ¿Por qué entonces se ha confiado

a los militares la transformación de regímenes en Afganistán o Irak, sin ayuda para hacerlo?

Al mismo tiempo, no se puede negar la necesidad de una fuerte capacidad militar a nivel mundial –alguien tenía que conseguir aviones para transportarse a Indonesia, a Sri Lanka, a la India y a Tailandia las horas después del tsunami. Es fácil olvidarse de cuántos países dependen de Estados Unidos como respaldo de su capacidad de defensa, de compromiso, de proyección de fuerza. No me apresuraría a juzgar si sus fuerzas son excesivas. Preguntaría cómo se combina esta fuerza con otros poderes, cómo se atribuye la responsabilidad en su uso, así como en su mantenimiento.

En relación al uso de la fuerza para la protección de derechos humanos, por supuesto trae a colación el viejo lema de la época de la guerra de Vietnam: destruir la aldea para salvarla. Sin embargo, debemos ser cuidadosos. La justicia social necesita ser defendida. Por lo menos durante dos siglos, en occidente, hemos tratado la violencia como el recurso extremo de la política. Los humanistas han intentado mantener el lenguaje de los derechos humanos tan amigable como sea posible, infiltrando estratégicamente estándares de “proporcionalidad”, de “necesidad” y de “auto-defensa” al lenguaje militar. Ver a los derechos humanos como libres de violencia; no utilizar ésta para el cambio de un régimen puede ser éticamente tranquilizador, pero es también poco realista. Muchos soldados, experimentando remordimiento por la matanza que habían atestiguado y labrado, han sido aconsejados de volver a sus deberes por sus capitanes, sus jefes, sus padres –en lenguaje de derechos humanos– porque lo que hicieron era proporcional, necesario, defensivo.

9. Nicolás Maquiavelo señala en su libro “El Príncipe” que los asuntos del Estado son como las enfermedades “al principio su mal es difícil de conocer, pero fácil de curar, mientras que, con el transcurso del tiempo, al no haber sido conocido ni atajado, se vuelve fácil de conocer pero difícil de curar”. ¿Usted considera que la comunidad internacional ha fallado en diagnosticar y prescribir un tratamiento apropiado al terrorismo internacional?

Sí, pero no considero que el terrorismo internacional sea algo aislado, como la fuente más significativa de inestabilidad en la situación mundial. Probablemente el término de “desorden político” –ausencia de un orden político viable– se acerque más al problema. El reto no proviene de un grupo coherente de “terroristas”, ni siquiera de un modo común de psicosis o pensamiento ideológico –el terrorismo es un epíteto, una atribución, tanto como una estrategia o una técnica

identificable que puede ser aprendida. “Ellos no creen en nada, ellos se oponen a nuestra libertad, ellos son fanáticos, ellos son cobardes, ellos no pueden distinguir lo bueno de lo malo, son los nihilistas”. Ninguno de estos pensamientos comunes, producto de nuestras propias amarraduras éticas, parecen muy provechosos para entender las amenazas a las que hacemos frente. Puede ser que el matar personas cuando ni ellas ni quien mata están en uniforme sea una práctica que requiere una sensibilidad que pueda ser cultivada, y que se diferencie de esa sensibilidad necesaria para arrojar bombas o disparar misiles, pero no estoy seguro de que tengamos un buen entendimiento de cómo.

Los desafíos del orden político me parece que provienen de cambios sociales y económicos para los cuales no ha habido una adecuada reestructuración de nuestra vida política. Me parece que es en este sentido que mi amigo Philip Allot habla sobre nuestra vivencia en un “momento pre-revolucionario”. Digamos que los desafíos son dos. En primer lugar, el éxito económico en lugares tales como India y China, que ha sacado de la pobreza a decenas de millones de personas en los últimos años, ejerciendo presión sobre las formas de organización económica y política a lo largo del planeta. Para decirlo claramente, en veinte años, gran parte del mundo tendrá el régimen de trabajo, ambiental, o social que China tiene. En segundo lugar, el desafío presentado por decenas de millones de individuos que viven en lugares como Egipto y Pakistán –pero también en India y China–, que pueden ver el mundo moderno de la abundancia y el respeto, pero para quienes la entrada a éste parece requerir romper la pantalla.

Los actos que llamamos terrorismo se relacionan con estos problemas, pero no entendemos exactamente cómo. No se trata simplemente de un “síntoma” de una “enfermedad subyacente”, el terrorismo modifica la enfermedad, modifica su significado y su experiencia. ¿Hemos desarrollado por lo menos el programa más rudimentario para responder? No.

10. ¿Cuál es su perspectiva respecto de la guerra psicológica que se da entre los Estados a favor y en contra del terrorismo para influenciar y manipular la opinión nacional e internacional sobre el terrorismo? Considerando especialmente que los Estados en contra del terrorismo tienden a etiquetar cualquier movimiento como uno terrorista mientras que los que lo apoyan, por su parte, consideran que se trata de héroes luchando por su libertad.

No hay duda de que la comunidad internacional se ha basado por más de un siglo sobre un modelo de Estados territoriales irresponsables, es decir, aquellos que creen que pueden hacer lo que les venga en gana siempre y

cuando no se excedan de los límites de su territorio. No sorprende, entonces, que en tanto la violencia, la polución o la repulsión ética se esparcen más allá de los límites de un país, los gobiernos busquen culpar siempre a algún otro Estado. En términos legales internacionales, las doctrinas del “Estado responsable” se han vuelto centrales respecto de las conversaciones políticas globales.

Ciertamente a veces funciona; no hay duda que mover a Libia de ser un paria a un socio potencial en los últimos veinte años se logró gracias a la existencia de un entendimiento general sobre lo que es la “responsabilidad”, lo que llevó a apoyar una sustentada y coordinada campaña multilateral de sanciones y promesas. Sin embargo, desde mi punto de vista, el esfuerzo general para dividir el mundo entre Estados “que apoyan” y “que no apoyan” el terrorismo es un error. El problema más profundo es el creciente dualismo económico, social, político y ético de nuestro mundo; dualismo que está presente también dentro de los propios Estados. Dividir a los gobiernos del mundo en las categorías de responsables e irresponsables evita confrontar este dualismo. Lo que se necesita es que tales sociedades se unan, que exista una promesa de inclusión para aquellos que no lo logran aún y encontrar una forma de esparcir los beneficios de la globalización a las sociedades existentes y entre las mismas mucho más profundamente.

Es cierto que cada grupo que ha sido etiquetado como terrorista por algunos, viene a ser el héroe libertador de otros. Es muy posible que esto continúe siendo cierto y ni el mayor esfuerzo por la construcción de un consenso diplomático entre los poderes establecidos del gobierno logrará evitar este hecho. Creo que prefiero ver a los poderes establecidos buscando comprometer, incluir – adoptar, si lo desea – que satanizando el liderazgo social

de los intereses excluidos y marginales. Esto será difícil y no siempre dará buenos resultados. Sin embargo, como una regla general, al etiquetar al héroe libertador de otra persona se corre el riesgo de estigmatizar la población entera cuando en realidad sólo es una parte de la población la que crea la dificultad.

11. En un país como el Perú, en el que más del cincuenta por ciento de la población vive en la pobreza y donde las desigualdades económicas son enormes, es muy difícil que las personas vean más allá de la inmediata satisfacción de sus necesidades y entiendan cuán importantes son realmente los derechos humanos. Esto resulta siendo crítico pues demuestra un pobre entendimiento de la conciencia social que se ve alentada por políticas educacionales precarias, entre otras. ¿Cómo ve usted esta situación?

Estoy de acuerdo con que es una situación realmente significativa. Los problemas relacionados con la pobreza, la creciente desigualdad, la exclusión social y el dualismo dado entre sectores económicos líderes y otros muy pobres, no han sido tratados adecuadamente por el lenguaje de los derechos humanos. En general, estos son temas en los que los derechos humanos tienen muy poco que decir. Los derechos humanos centran su atención en las exigencias individuales de las personas al Estado y en la relación del individuo con el Estado y no en la maquinaria social y jurídica que refuerza las condiciones de pobreza que menciona. Como resultado tenemos que el desarrollo económico y las estrategias nacionales de distribución y compromiso social necesitarán de otra clase de herramientas.

David W. Kennedy

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL PERÚ Y SU VINCULACIÓN AL SISTEMA DE JUSTICIA: UN LEÑO MÁS AL DEBATE*

Jorge Avendaño V.**

Miembro del Comité Consultivo de THEMIS. Profesor Principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la misma universidad (1964-1970 y 1987-1993).

Fernando Cantuarias S.

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC.

Luis Pásara

Investigador Ramón y Cajal, Instituto Interuniversitario de Estudios de Iberoamérica y Portugal, Universidad de Salamanca, España.

* La presente Mesa Redonda estuvo principalmente a cargo de Javier de Belaunde de C., Director de Contenido de THEMIS; Iván Blume y Jimena Aliaga, miembros de la Comisión de Contenido de THEMIS.

** “En 1965, cuando el suscrito era joven Decano, un grupo de alumnos tuvo la iniciativa de publicar una revista de Derecho. Ellos eran Domingo García Belaunde, Lucho Arbulú, Baldo Kresalja y Jaime Thorne, entre otros. Por cierto el proyecto era absolutamente novedoso: entre nosotros no había antecedentes de que alumnos publicaran una revista. Tampoco creo que en otras Facultades de Derecho del país.

Personalmente la iniciativa me pareció valiosa porque es formativo que los alumnos investiguen y publiquen. Además, en las escuelas de Derecho de los Estados Unidos, el órgano oficial es publicado sólo por estudiantes, generalmente los mejores. Sin embargo, hubo profesores que reaccionaron negativamente: “una revista la sacan los profesores y no los alumnos”. De hecho, la única revista que se publicaba era la oficial, a cargo de profesores.

THEMIS apareció de octubre de 1965 a junio de 1969. En total siete números. A mediados de 1985 la Revista reapareció con un nuevo formato. Esto se debió al impulso de Pepe Amado, Fernando Arias-Stella y Jacqueline Chappuis, entre otros. Esta vez tuvieron la previsión de crear un sistema de “entrega de la posta” en la conducción de la Revista, de manera que no se viera afectada por el recambio estudiantil.

THEMIS es ya una publicación con historia y una institución en nuestra Facultad. Hay un estricto proceso de selección de los alumnos responsables de su edición. Pero THEMIS no sólo publica la Revista. También saca un boletín mensual y organiza eventos de difusión y ciclos de debate. Lo más importante: THEMIS es una escuela de formación para sus miembros. Estos no sólo investigan, escriben, evalúan y corrigen trabajos; tienen sobre todo la responsabilidad de conducir una pequeña empresa de estudio y difusión del Derecho, con todo lo que ello significa.

Como profesor que vio nacer la Revista y luego consolidarse, me toca felicitar a todos los que la han conducido durante estos largos años”.

“Lo importante es no dejar de hacerse preguntas”.

—Albert Einstein

Hace unos meses por encargo del doctor Baldo Kresalja, entonces Ministro de Justicia, se elaboró un interesante informe que estuvo a cargo del doctor Luis Pásara sobre la situación de la enseñanza del Derecho en el país¹. Luego de la presentación del mismo en agosto de 2004 –y a raíz de éste– se iniciaron una serie de debates tanto en ámbitos académicos como en los medios de comunicación sobre los alcances del Informe y la educación legal en general.

En THEMIS consideramos que justamente una de las principales virtudes del Informe reside en haber puesto nuevamente sobre la mesa una discusión que, por su importancia, nunca debería dejar de darse. Y es que, inevitablemente, lo que se haga a nivel de enseñanza del Derecho repercutirá luego en nuestro sistema de justicia –recordemos, en crisis. De esta forma, sea que se llame “ejercicio de la abogacía”, “determinación de políticas públicas” o “solución de conflictos”, la puesta en práctica estará necesariamente marcada por el paso por una Facultad.

Así, el rol de las facultades de Derecho en la *formación* de los futuros operadores del sistema es, a todas luces, clave. Lamentablemente, en la actualidad pocos parecerían darse cuenta de ello.

¿Qué enseñar? ¿Cómo hacerlo? ¿Por qué? ¿Para qué? Son preguntas básicas que hace mucho tiempo que no se venían formulando en el espacio académico de Derecho. Quizás el gran pecado de las facultades de Derecho del país pase justamente por no tener respuestas conscientes a las preguntas formuladas, o peor aun, por evitar formularlas.

A continuación, hemos reunido a tres abogados seriamente comprometidos y preocupados sobre los temas de enseñanza del Derecho. Consideramos que sus opiniones –la mayoría de veces, divergentes– pueden constituir un gran aporte a la práctica de examinar críticamente lo que se está haciendo en las facultades de Derecho, práctica que, repetimos, es sano que se dé en forma constante en los ámbitos académicos.

1. Ante el creciente nivel de descrédito del sistema de justicia peruano y la necesidad apremiante de realizar un proceso de reforma serio del mismo, ¿considera usted pertinente

abordar el tema de la formación profesional como parte del proceso? ¿Se podría afirmar que el problema de la justicia en el país comienza en las facultades de Derecho?

AVENDAÑO: El tema de la formación de los abogados debe ser parte del proceso de reforma del sistema de justicia. Es muy difícil tener un buen nivel de jueces si la mayoría de los abogados no tienen una adecuada preparación profesional en lo jurídico y ético. Los procesos de selección que viene haciendo el Consejo Nacional de la Magistratura son prueba de lo que se afirma. El nivel de los candidatos que se presentan a concurso es, en términos generales, discreto. Lo natural es entonces que sean pocos los nombrados, salvo que se reduzca la exigencia, lo cual ha ocurrido.

El problema de la justicia ciertamente comienza en las facultades de Derecho. Hace más de cuatro décadas, cuando me gradué de abogado, había 5 ó 6 facultades de Derecho en todo el país, dos de ellas en la capital. En Lima había 7 jueces en lo civil y otro tanto en lo penal. Hoy las facultades en Lima son aproximadamente 50 (¿incluye este número las filiales?) y los juzgados civiles son 66. La masificación ha perjudicado la calidad.

CANTUARIAS: La pregunta, planteada en los términos tan genéricos como se hace, obliga a contestar que sí. Sin embargo, todos sabemos que es un grave error el considerar que el problema de la justicia en nuestro país “comienza” en las facultades de Derecho, simplemente porque el sistema de administración de justicia (Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional, etc.) tiene problemas históricos y estructurales, cuyo vínculo con las facultades de Derecho se da de manera tangencial debido a que uno de los participantes en la justicia es el abogado.

Querer echarle la culpa a las facultades de Derecho como las responsables “iniciales” del descrédito de la administración de justicia es tan absurdo como pretender responsabilizar de nuestros pecados a Adán y Eva.

PÁSARA: El problema de la justicia, en cualquier país, empieza con los abogados y éstos, para bien o para mal, son producto de las facultades de Derecho y, no lo olvidemos, de todo el sistema educativo del que éstas forman parte. La razón de la centralidad del abogado es clara: aparte del policía, el abogado es quien primero atiende profesionalmente un problema

¹ PÁSARA, Luis. “La enseñanza del Derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia”. Lima: Ministerio de Justicia. 2004. 114 pp. Se puede encontrar una versión electrónica del Informe en: www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2004/informefinal.pdf; y una reseña por Javier de Belaunde L. de R. del mismo en: THEMIS-Revista de Derecho 49. 2004. p. 323.

o conflicto que busca solución en el sistema de justicia. De modo que no mirar, como parte del diagnóstico del problema, a aquello que ocurre en la preparación profesional de ese operador del sistema –y concentrarse sólo en jueces y fiscales para ver en ellos el único objeto que requiere tratamiento de reformas– es, cuando menos, una inconciencia y, cuando más, una coartada.

¿Cuál ha sido el rol de la enseñanza del Derecho en las reformas de justicia llevadas a cabo en Latinoamérica en los últimos tiempos²?

PÁSARA: Es lamentable constatar que, salvo el caso de algunas facultades de Derecho chilenas, el lugar ocupado por transformaciones de la enseñanza del Derecho dentro de procesos latinoamericanos de reforma del sistema de justicia ha sido mínimo. Cuando las entidades multilaterales y los países donantes –que impulsaron procesos de cambio en muchos países– han alentado la formulación de planes “integrales” de reforma de la justicia, se ha dejado de lado a la universidad, como si la preparación del abogado en ellas no fuera parte del problema y no tuviera que ser parte de la solución.

2. ¿Cuáles considera usted que son los problemas más serios de la educación legal en el país? ¿A quién le correspondería enfrentarlos?

AVENDAÑO: Hay facultades de Derecho en exceso y consecuentemente muchos estudiantes. Además, los recursos no son los adecuados. Me refiero a profesores, locales, bibliotecas, sistemas de proyección, etc. Como para algunas universidades la formación de abogados es un negocio lucrativo, la exigencia académica es prácticamente nula (la opinión es: “no nos conviene ser estrictos en la admisión ni ‘jalar’ en los exámenes porque tendremos menos alumnos”).

La responsabilidad por esta grave situación de la educación legal la comparten las universidades, los colegios de abogados y el Congreso de la República (a la Asamblea de Rectores ni la menciono porque su rol es prácticamente nulo). Las universidades deberían ser más serias. Si carecen de los medios indispensables para ofrecer una adecuada educación profesional, no deberían ofrecer Derecho o en todo caso deberían cerrar sus facultades de Derecho. Los colegios de abogados deberían aplicar un riguroso control de admisión, aunque la medida sea impopular. El Congreso debería aprobar por ley un sistema de acreditación de las facultades de Derecho. Con sentido realista, es muy difícil que hoy en el Perú estas tres

instituciones hagan algo como lo propuesto.

La reducción del número de estudiantes y graduados en Derecho, se justifica no sólo por razones de calidad. Es evidente que no hay demanda para tantos abogados. Por eso hay muchos sin trabajo.

CANTUARIAS: No hay duda que en el Perú hay retos muy serios, pendientes de ser enfrentados, en esta área. El principal, sin embargo, ha sido (y se quiere que vuelva a ser) la existencia de un sistema cerrado, que históricamente impidió el ingreso y desarrollo de la libre iniciativa privada en la educación, privilegiando en cambio una propuesta educativa estatista y corporativista que, luego de siglos de existencia, claramente comprobamos hoy sus pobrísimos resultados. Sin embargo, en vez de aceptar ese fracaso y buscar corregirlo impulsando una apertura del mercado educativo, algunos vienen apelando al argumento simplista y equivocado de que el principal responsable de estos problemas históricos son las universidades privadas recientemente creadas, las que, en el mejor de los casos, tienen apenas una década de funcionamiento.

El gran reto, pues, que enfrentamos hoy en día es el de profundizar nuestra apuesta por la modernidad, la competencia, el éxito y no volver más a ese pasado que tanto daño le ha causado al país.

PÁSARA: Quizás el problema más serio sea la falta de una comunidad académica sólida en Derecho, como la que se constituyó en los países desarrollados. En los nuestros, la mayoría de las facultades de Derecho son lugares de “enseñanza”, donde se va a recibir, sobre todo, conocimientos legales y, en menor medida, ciertas habilidades, para desempeñarse como abogado. No son, pues, espacios donde la tarea docente está vinculada al estudio de los problemas que el Derecho enfrenta, como ocurre inevitablemente en el caso de las facultades de medicina, en las que investigar es parte ineludible del trabajo académico. En Derecho “se dicta” un saber legalista o “práctico”, que permanece ajeno a necesidades y conflictos para los cuales el Derecho de un país que hace un esfuerzo por desarrollarse debiera encarar. Dada la carencia de esa comunidad académica, la mayor parte de los problemas fundamentales del Derecho en nuestros países –la “importación” de instituciones, la falta de vigencia de las normas, la ineficiencia del sistema de justicia– no recibe atención.

3. Una de las principales motivaciones para estudiar Derecho es el dinero y el poder. ¿Debe

² Pregunta formulada únicamente al doctor Pásara.

la enseñanza del Derecho cambiar esta mentalidad y crear conciencia social? ¿No existe una distorsión de los mismos abogados-maestros sobre lo que realmente significa el éxito profesional que luego es interiorizado por los alumnos?

AVENDAÑO: Yo no creo que una de las principales motivaciones para estudiar Derecho sea el poder. En cuanto al dinero tampoco creo que sea la motivación principal. Aquello de que los abogados en general perciben muy buenos ingresos, es una creencia equivocada y cada vez más gente lo sabe.

Estoy de acuerdo con crear en los estudiantes de Derecho la conciencia social. Por eso tenemos en la Católica el curso electivo del PROSODE³. Nuestros ex alumnos, por otra parte, trabajan en muchos casos al servicio del Estado o de ONG's que cumplen las más variadas tareas no lucrativas.

CANTUARIAS: La pregunta es absolutamente equívoca. ¿Qué es "conciencia social"? ¿Qué se pretende aludir con ese término? Uno estudia Derecho por múltiples razones. Si alguno lo hace por "dinero" o "poder", sus razones tendrá y nadie tiene derecho de descalificarlo moralmente *a priori*, mientras que en su ejercicio profesional se desempeña dentro de cánones éticos y estándares profesionales adecuados para la sociedad y, sobre todo, sus clientes.

Nuevamente, ¿de qué distorsión acerca del éxito profesional hablamos? Si para alguno el éxito se mide en dinero y poder, pues ése es su problema, aunque obviamente, en el largo plazo, le auguro infelicidad y frustración personal.

PÁSARA: La definición de "éxito profesional" no es formulada en el interior de las facultades universitarias. Es una construcción social. En el mundo de hoy, que gira en torno al consumo, tener éxito es ganar dinero para poder consumir. En consecuencia, el éxito del abogado está medido por el monto de su facturación anual. Esto se expresa y, probablemente, se reproduce –pero no se gesta– en las facultades de Derecho. Claro está, el valor de la fase de reproducción no es poco. Cuando los alumnos tienen a profesores guiados en su vida profesional por el "todo vale", reciben explícita o implícitamente un mensaje claro. Revertir ese proceso supone colocar como objetivo vital algo más que ganar

más dinero para consumir más. Las facultades de Derecho podrían poner a los alumnos en contacto con los sectores sociales más vulnerables y necesitados, para que descubran una realidad de la cual en Pando y Surco se recibe sólo noticias lejanas y borrosas, pero hay que ser concientes de que esos instrumentos de apoyo son limitados frente a una tendencia social aplastante.

4. Los cursos en los currículos de las facultades de Derecho, especialmente los de Derecho Civil, suelen estar divididos de acuerdo a la estructura presentada en las normas (por ejemplo, los libros del Código Civil). Esto tiene como resultado que cada curso sea visto como independiente, con una lógica propia y con situaciones distintas a los demás, lo que da al alumno la impresión de estar frente a materias totalmente diferentes que comparten poco en común. Así, hay quienes aconsejan que la enseñanza del Derecho sea realmente integral y no "lotizada", pues en la práctica los casos que verán los futuros abogados contendrán temas de cursos distintos que naturalmente se vinculan. ¿Cómo piensa usted que debería ser organizado el currículo de una facultad de Derecho para que se pueda lograr una enseñanza integral?

AVENDAÑO: Si bien acepto aquello de que la profesión no se ejerce en forma "lotizada", no es conveniente que todo el currículo esté orientado a una enseñanza integral. Cada materia tiene sus principios y reglas. Además el sistema legal está "lotizado". Pero hay que hacer esfuerzos por integrar. A esto responden los seminarios de integración que se ofrecen en la Católica en los últimos dos ciclos y el curso de Derecho Civil I, en el que el alumno recibe una visión de todo el Derecho Civil.

CANTUARIAS: Efectivamente, la enseñanza tradicional del Derecho se ha construido sobre la base de "compartimientos estancos" y, dónde más se nota este problema, es en la enseñanza del Derecho Civil. En varias facultades de Derecho se tiene la idea que a partir de la estructura del Código Civil (de por sí cuestionable) se puede (y debe) construir la estructura de una malla curricular o el sílabo de un curso. Ello supone un profundo desconocimiento de técnicas pedagógicas y de enseñanza legal.

³ Nota de los editores: Bajo el nombre de Proyección Social en Derecho-PROSODE, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú ofrece desde 1991 a sus alumnos un curso electivo orientado a que los estudiantes lleven a la práctica los conocimientos obtenidos y, al mismo tiempo, desarrollen ciertas habilidades teniendo un impacto positivo en nuestra sociedad. Actualmente, el PROSODE ejecuta tres programas: asesoría legal a personas de recursos económicos escasos; difusión de conocimientos legales entre estudiantes de colegios públicos y; consultoría legal a través de un programa de radio. Para mayor información acerca del PROSODE se puede revisar: www.pucp.edu.pe/unid/facul/derecho/prosode

El problema aquí es que el currículo se construye no sobre la base de una visión previa acerca de los conocimientos, habilidades y destrezas que se debe formar en el alumno, sino en simplemente transferirle información. Cuando uno tiene un currículo construido sólo a partir de información, lo que le da al alumno es claramente insuficiente. La mera información no sólo es inorgánica sino que, además, se desactualiza muy rápidamente. En cambio, cuando una facultad, como por ejemplo la que venimos forjando en la UPC, tiene una clara visión del perfil profesional que desea formar, entonces los cursos se convierten en componentes de diversas rutas críticas, a través de las que se forma a los alumnos de manera integral.

PÁSARA: Hace muchos años que no pienso en cómo organizar un plan de estudios de Derecho. Lo que sí he visto es que entre los abogados de relativo mejor nivel se ha generado una especialización que produce efectos similares a los que tiene la misma tendencia entre los médicos. Creo que la medicina china parte de una mejor visión que la occidental: no se trata un problema, sino a un paciente y, para eso, el médico tiene que ver todos los factores y cada uno de ellos en conjunto. Uno se encuentra con abogados especializados en Civil o Laboral que no se dan cuenta cuando se encuentran ante una figura delictiva. De modo que el clásico “parcelamiento” de la formación según libros de los códigos debería ser revisado, a favor de cursos y seminarios donde se ponga en juego el conocimiento integral del orden jurídico. Añado un argumento más, de mi experiencia personal, a favor de esta hipótesis: el curso en el que más aprendí de Derecho lo llevé en primer año y fue Derecho Romano, en el que precisamente se me ofreció una visión conjunta de un sistema jurídico.

5. Se ha hablado mucho acerca de las bondades del método activo⁴ y el rol protagónico que el alumno debe asumir bajo esta metodología; sin embargo, si bien se ha dejado de lado el anacrónico sistema tradicional, éste ha sido reemplazado por la “asistencia técnica del profesor” que no es otra cosa que la preponderancia de la interpretación legal del mismo. ¿Cómo evitar el dominio de esta falacia de autoridad e incentivar la creativa y libre interpretación legal de los alumnos?

AVENDAÑO: De cada profesor depende si él en su clase es un mero “asistente técnico”. Como siempre,

en el centro de la enseñanza del Derecho está el profesor. En la clase activa el profesor debe estimular y propiciar la participación creativa y jurídica de los estudiantes y no imponer su propia interpretación legal.

CANTUARIAS: Efectivamente, la enseñanza mediante clases magistrales y la preponderancia del argumento de autoridad determinan una enseñanza deficiente. El problema es considerar al método activo como la solución a estos problemas, cuando en realidad se trata de una pequeña –aunque importante– parte de la solución. Si simplemente nos limitamos a cambiar clases magistrales por método activo, no vamos a ver mayores avances.

Los métodos de enseñanza tradicional encasillan al alumno y lo limitan a ser un simple receptor de conocimientos. Hoy en día, en el escenario educativo mundial, es más que aceptado que las universidades no deben transmitir sólo conocimientos, sino fundamentalmente desarrollar competencias.

Para lograrlo, en la Facultad de Derecho de la UPC hemos identificado las siete competencias centrales que consideramos debe tener todo buen abogado: capacidad de investigación, de análisis y razonamiento jurídico, de trabajo interdisciplinario, de comunicación, visión empresarial, sentido ético y perspectiva local y global. Cada una de estas competencias tiene criterios de logro y se han creado mecanismos para desarrollarlas dentro de los distintos cursos y fuera de ellos. Finalmente, estamos creando instrumentos de medición del nivel logro de cada uno de los criterios de las competencias. Este ha sido un trabajo largo, en el que hemos sido asesorados por una especialista norteamericana contratada por la Fundación Fullbright.

De esta manera es que creemos que se debe escapar a la enseñanza tradicional del Derecho. El método activo es sólo una pequeña parte de la estrategia de una enseñanza moderna. Si no existe una identificación clara y explícita de las competencias a desarrollar, si no existen criterios y estrategias de logro de las mismas, si no se cruzan con la malla curricular y si no se generan instrumentos de medición de su desarrollo, de poco sirve el método activo. Como ustedes señalan, simplemente se cambia al profesor magistral por un asistente técnico.

PÁSARA: No conozco cómo funciona esa denominada “falacia de autoridad”. Tengo noticia de que forzar el

⁴ Nota de los editores: La metodología activa busca poner énfasis en la participación de los alumnos en el proceso de aprendizaje. Así, sus principales “insumos” son las lecturas previas, problemas y casos sugeridos que involucran investigación y discusión en clase. A través de este método se persigue lograr una inversión de iniciativas: que el papel protagónico pase del profesor al alumno. Esta metodología se implantó por primera vez de forma generalizada en la enseñanza del Derecho en el Perú, en la Facultad de Derecho de la Católica como parte de una serie de reformas llevadas a cabo hace más de 30 años. Al respecto, ver nota 6 *infra*.

uso de métodos activos por profesores que, en el fondo, lo que creen que saben (y deben) hacer es transmitir algunos conocimientos relativamente hilvanados, no da buenos resultados. El método activo requiere un profesor comprometido con la enseñanza, no sólo porque conoce su materia sino porque le fascina el proceso de descubrimiento que el alumno hace a través del curso. Desde ese punto de partida, la materia no “se dicta” ni “se imparte”. Se trata de dar al alumno los elementos necesarios para inducir un proceso de búsqueda y hallazgo, que el profesor facilita y orienta en la medida en que resulta necesario. Eso sí, esto requiere un profesor talentoso, no un mediocre, temeroso de que al proporcionar más elementos de conocimiento al alumno, un estudiante inteligente pueda superarlo en clase.

6. Algunos autores sostienen que se debería privilegiar una metodología de enseñanza del Derecho que fomente la cooperación entre los alumnos antes que la competencia. Bajo esta postura, así se dejaría de lado la cultura legal de conflicto y confrontación (que conlleva, por ejemplo, a un mayor número de litigios y el privilegio de estrategias alejadas a la solución de las controversias, como la dilación de los procesos). ¿Cuál es su opinión al respecto?

AVENDAÑO: En efecto, hay autores, de preferencia de los Estados Unidos, que consideran que en la metodología de la enseñanza debe estimularse la colaboración entre los alumnos. Las razones son que el modelo del abogado de litigio está cediendo ante el profesional que soluciona los conflictos recurriendo a formas alternativas y, por otra parte, el ejercicio solitario de la profesión es cada día más difícil. Hoy los abogados se asocian o trabajan en organizaciones. Deben acostumbrarse a ejercer en grupos.

Creo que efectivamente el trabajo en equipo promueve el diálogo, el cambio de opiniones, el respeto por el parecer del otro e incluso la negociación para arribar a acuerdos. Hay que destacar, sin embargo, que esto no excluye la metodología activa. Por el contrario, forma parte de ella y la complementa. Por ejemplo, la división de la clase en grupos de 8 ó 10 alumnos para el análisis colectivo de determinados problemas, es un modelo que combina la participación de los estudiantes y la colaboración entre ellos.

CANTUARIAS: ¿Qué tiene de malo la competencia? A nuestro modo de ver, es la competencia la que permite que se tengan resultados socialmente eficientes. El problema en mi opinión es otro: el problema de la enseñanza tradicional del Derecho en el Perú es que al alumno sólo se le da conocimientos para litigar; es decir, la enseñanza del Derecho sigue

teniendo en mente como único objetivo al abogado de toga de antaño, que pasaba su vida profesional dentro de las cuatro paredes de una Corte de Justicia.

En cambio, cuando el perfil profesional se amplía y el currículo refleja una apuesta por conocimientos, competencias y habilidades que buscan formar de manera integral al alumno, entonces ellos, como parte de su formación, internalizan la necesidad de solucionar los conflictos de la manera más eficiente posible, de dar soluciones óptimas, de interactuar y cooperar con otros agentes económicos (economistas, contadores, administradores, etc.) y, sobre todo, de actuar con ética.

PÁSARA: Derivar tal efecto del método de enseñanza sobre la forma de ejercicio profesional me parece que es intentar una conexión algo forzada. Personalmente, creo en la competencia, tanto en la facultad como en la vida profesional. Me parece que, en definitiva, tanto el aprendizaje como el desempeño profesional son procesos individuales y por eso se desarrollan mejor en competencia. Esto no significa alentar la confrontación y el desacuerdo como recurso formativo; por el contrario, parte de la mejor tradición del abogado es el saber llegar a acuerdos, que sirvan mejor los intereses del cliente.

7. Teniendo en cuenta el problema de información presente entre los consumidores de servicios legales –entre los cuales, en cierto sentido, se encuentra el Estado a través del Consejo Nacional de la Magistratura–, quienes muchas veces carecen de los medios necesarios para identificar adecuadamente el nivel de conocimiento del abogado y la calidad del servicio que pueden esperar, ¿sería recomendable establecer un sistema de acreditación de facultades de Derecho en el país? ¿En ese supuesto, cómo debería funcionar este sistema? ¿Qué otro mecanismo considera viable para solucionar este problema?

AVENDAÑO: Ya lo dije anteriormente: debería establecerse por ley un sistema de acreditación de las facultades de Derecho. Para este efecto debe crearse una suerte de consejo independiente de las universidades, integrado por gente intachable, experimentada y autónoma, que evalúe todas las facultades de Derecho del país y las ubique en un *ranking* según su calidad académica. El consejo mencionado tendría en cuenta, entre otros factores: local de la facultad, calidad de la biblioteca y hemeroteca, número de alumnos por profesor, sistemas de admisión de los estudiantes, sistemas de evaluación de los mismos, porcentaje de alumnos aprobados en cada ciclo, número de profesores a tiempo completo o

medio tiempo, evaluación de los profesores en razón de sus grados académicos, estructura del plan de estudios, metodología que se emplea, actividades no curriculares de los alumnos, tales como publicaciones, trabajos monográficos y concursos académicos. En general, todos aquellos datos que contribuyen a la evaluación académica de la institución.

CANTUARIAS: La pregunta parte de un presupuesto válido: los consumidores de los servicios legales suelen carecer de información suficiente. Por tanto, hay que desarrollar mecanismos que generen información valiosa y útil para que los agentes económicos tomen decisiones acertadas; información que, además, permitirá generar los incentivos correctos para la mejora en la educación. Sin embargo, lo único que vengo escuchando y leyendo de supuestos estudios sobre esta materia, es: prohibir, prohibir y prohibir; y, estatizar, estatizar y estatizar. Vaya forma de mejorar la educación en nuestro país.

Esto último calza perfectamente con la segunda parte de la pregunta: ¿es conveniente un sistema de acreditación? Claro, ¿pero cómo, ante quién y para qué? ¿Ante una entidad estatal o cuasi estatal que burocratizará el proceso y que, para efectos de acreditar a todas o la gran mayoría de las facultades de Derecho del país, tendrá que establecer (porque no le quedará otra) estándares mediocres?

A alguien también se le podría ocurrir que la acreditación se realice frente a instituciones privadas locales, replicando por ejemplo la experiencia estadounidense, donde las facultades de Derecho son acreditadas por la American Bar Association. En nuestro país, lamentablemente, el escenario institucional de los colegios de abogados es tan precario, que carecen de legitimidad.

¿Por qué no recordar mejor que el mundo de la educación también se está globalizando y que, en tal sentido, lo que tenemos que hacer es promover la acreditación internacional? En la UPC, apostamos por desarrollar mecanismos que incentiven a las universidades (y no sólo a las facultades de Derecho) a acreditarse internacionalmente.

PÁSARA: En todos los países desarrollados hay una especie de *ranking* de los estudios en cualquier especialidad. En Estados Unidos, como en España o Alemania, uno sabe qué “puesto” ocupa la facultad de Derecho –o la de medicina– de tal universidad, dentro del conjunto de facultades de esa especialidad existentes en el país. De modo que quien decide estudiar Derecho en Iowa, por razones económicas o las que fueren, sabe a qué atenerse. También lo sabrá el futuro empleador, cuando vea el diploma del candidato a ser uno de sus trabajadores. En el caso

estadounidense hay que agregar un elemento más de transparencia: en qué colegio de abogados aprobó esta persona dado su examen profesional. Es algo muy distinto haberlo aprobado en Nueva York que en Miami. Ahora está de moda hablar de acreditación –porque en el Perú funciona ya así para el caso de las facultades de medicina– pero no se trata sólo de que el sistema establezca que esta universidad está en condiciones aceptables para enseñar Derecho. Hay que establecer además una escala que nos diga –a estudiantes, a padres de familia, a clientes y a empleadores– en qué nivel puede formar abogados esta facultad dada.

¿Cómo se monta un sistema así, en las condiciones del Perú de hoy, donde casi todas las instituciones aparecen encanalladas y envilecidas? Es una pregunta que no atino a responder. La claudicación y el fracaso de la Asamblea Nacional de Rectores demuestra para lo que ha servido constituir una instancia de máximo nivel, que usa la autonomía universitaria como escudo y caparazón al mismo tiempo, albergando bajo ella cualquier cosa.

8. Actualmente existe un número bastante alto de abogados en ejercicio de la profesión. Un grupo pequeño, generalmente proveniente de facultades de Derecho de mayor prestigio, es el que realmente tiene una buena formación académica y que lleva casos de importancia. La gran mayoría restante son aquellos de formación mediocre o mala, que cobran por gestión que realizan y, consecuentemente, no les es relevante el resultado del caso que llevan. Se ha propuesto que, además de los cambios y fiscalización necesaria del currículo, exista un filtro que permita que una vez terminados los estudios universitarios, se exija un proceso más exhaustivo tanto para obtener el bachillerato como para titularse. ¿Es esta una posibilidad viable? Teniendo en cuenta que esto podría hacer que la salida del abogado al mercado laboral se demore más ¿cree conveniente una dilación de este tipo? ¿Qué medida alternativa ofrecería usted?

AVENDAÑO: El bachillerato automático, que inventó Fujimori, debería desaparecer. Deberíamos retornar al grado académico de bachiller obtenido con la elaboración y sustentación de una tesis.

Para la obtención del título profesional, el sistema que actualmente se utiliza, consistente en la sustentación y defensa de dos casos reales, es idóneo para una adecuada evaluación de los postulantes, pero siempre que las facultades de Derecho tengan un aceptable nivel de exigencia en la selección de los expedientes y en su sustentación.

La alternativa es que el examen para el título de abogado, es decir la prueba de admisión del postulante al seno de la profesión, se rinda ante el colegio de abogados correspondiente. Esto ocurre en otros países, como por ejemplo Estados Unidos y México. Pero esta práctica es contraria a nuestra tradición y por otra parte, hay que reconocer –aunque me duela– que algunos colegios de abogados en el país no son hoy garantía de que estas pruebas aseguren realmente la idoneidad del futuro abogado.

Finalmente, considero que con el sistema de acreditación antes mencionado puede mejorar el actual proceso de obtención del título de abogado en las Universidades.

CANTUARIAS: Nuevamente, nos enfrentamos a otra pregunta que mete de contrabando una premisa totalmente equivocada y peligrosa: “cambios y fiscalización necesaria del currículo”. ¿Cambios y fiscalización de qué, para qué, por quién? ¿Qué se pretende? ¿Que algún burócrata iluminado le ordene a las facultades de Derecho qué y cómo deben dictar sus clases? ¿Y luego qué: un currículo uniforme donde no exista la más mínima competencia, diferenciación e innovación y todos nos estandaricemos hacia la mediocridad?

Es más, en el Congreso se ha planteado la posibilidad de que no sea el Estado sino un consejo de los seis Decanos de las facultades de Derecho más antiguas, quien regule cómo se manejan el resto de facultades. No debemos dejarnos engañar por este tipo de propuestas simplistas. Esto es absurdo e inconstitucional. Absurdo porque significa darle el control de una institución a sus competidores. Imaginen qué sucedería si, por ser los medios de comunicación de “interés público”, se le entregue al diario oficial “El Peruano” la facultad de intervenir en la línea editorial de sus competidores. Lo mismo sucedería si a alguna universidad se le permite intervenir en cómo se enseña en el resto. Y es inconstitucional porque limitaría la libre competencia, la propiedad privada, la libre empresa y, sobre todo, el principio fundamental de la libertad de enseñanza. Incluso, esto sería, en términos del Derecho Internacional, un caso claro de expropiación indirecta.

La libertad es la mejor garantía de éxito. Esto es pues lo que tenemos que buscar. Si una universidad es exigente y entrega al mercado profesionales de calidad, hablar de mayores exigencias para ingresar al mercado laboral carece de sentido alguno. Es más, mucho se habla de la necesidad de volver a los requisitos del bachillerato tradicional. Entiendo este interés en aquellos profesionales que optan por la investigación o la academia como forma de vida, pero no me parece

razonable para los demás que, con el mismo derecho, desean desarrollar sus conocimientos y habilidades de otra manera.

PÁSARA: La idea de introducir un examen profesional que certifique la calidad profesional del egresado de cualquier facultad tiene, en efecto, un problema de viabilidad: ¿qué institución tendría la confiabilidad necesaria para tomar ese examen y garantizar que la aprobación no es producto de contactos o coimas? Para sustentar esta duda corrosiva me remito a mi respuesta anterior.

9. ¿Es conveniente que se permita –como nuestra legislación actualmente lo hace– que las universidades persigan una finalidad lucrativa? ¿Por qué? Al respecto, se sostiene que el ánimo de lucro debería ser un poderoso incentivo para que las universidades satisfagan las demandas de la sociedad. ¿Entonces, es justamente la demanda social la que no tiene un real interés en una educación de calidad? ¿En este caso, qué tan exacto es que el mercado las sancionaría negándoles las preferencias del mercado?

AVENDAÑO: Personalmente no comparto la idea de la universidad que persigue fines de lucro. Creo que hay ciertas actividades que no deben responder a una finalidad lucrativa. Pero no debemos generalizar. Así como hay universidades que por el lucro masifican la enseñanza y reducen el nivel de exigencia y la calidad de los locales y biblioteca, hay otras para las cuales el lucro puede ser un incentivo para ofrecer una mejor educación.

Me pregunto si como solución puede admitirse un control ejercido por el Estado. Respondo que no. El Estado no debe meter las manos en las universidades. Un adecuado sistema de acreditación puede ser la solución.

CANTUARIAS: ¿Acaso alguien en su sano juicio considera conveniente preguntarse si debe existir el mercado o que el Estado debe fijar todos los precios, decidir qué se produce, cómo se produce y para quién se produce? La pregunta parte de supuestos sumamente peligrosos y hace recordar la nefasta experiencia peruana y latinoamericana en general sufrida en décadas recientes. Es más, en materia educativa estatal, me permito recordar que el Perú está entre los últimos de la región.

Por otro lado, como todos sabemos, la razón por la que una empresa triunfa en el mercado es porque realiza su mejor esfuerzo para satisfacer a sus consumidores, que la premian con su preferencia. El ánimo de lucro, justamente, se convierte en un

poderoso incentivo para que las empresas satisfagan las necesidades de la sociedad. ¿Por qué esto sería distinto con una empresa que ofrezca servicios educativos? Más bien, es esperable que los empresarios que triunfan en este rubro sean los que ofrecen la educación de mejor calidad a sus alumnos. Con el tiempo, al mal empresario –quien lucra engañando a la gente o dando un servicio de baja calidad– el mismo mercado (debidamente informado) lo sancionará negándole las preferencias de los consumidores. Este es un simple y sencillo principio sobre el que se construye nuestro sistema económico. La educación universitaria no tiene por qué ser una excepción al régimen económico consagrado en la Constitución.

Hace unos meses, se publicó un debate entre Gary Becker –el famoso premio Nóbel de Economía– y Richard Posner –el destacado juez y académico norteamericano– acerca de cuál era la forma más eficiente de organizar una universidad⁵. Gary Becker indicaba que lo que ha hecho al sistema de educación superior norteamericano el más reconocido del mundo es precisamente la competencia. La competencia termina relegando a quienes brindan un mal servicio y no importa si los competidores son instituciones estatales, o privadas con o sin fin de lucro. Lo importante es la libre competencia sin intervención estatal. Posner, por su parte, adoptaba una posición incluso más favorable a lo que yo defiendo. Él señalaba que una universidad con fin de lucro tiene más probabilidades de brindar una buena educación. Sus razones eran que, por un lado, las universidades públicas sufren todos los problemas de la burocracia. Y, por otro lado, en las universidades sin fines de lucro, los estudiantes y los profesores suelen participar de las decisiones. En otras palabras, los actuales clientes y trabajadores de una institución participan en su dirección. Y estos contrapuestos intereses en juego la pueden llevar a adoptar decisiones que benefician a estos grupos en el corto plazo, pero que sean perjudiciales para la institución en el largo.

Es más, hay quienes falazmente argumentan que la educación es un “servicio” y no un negocio, por lo que no se debe lucrar con ella. En tal caso, en el campo de la medicina –que puede ser tan “servicio” como la educación– tampoco deberían permitirse las clínicas privadas. Les invito a pensar si les gustaría vivir en un Perú en el que si sufren de cáncer solamente pueden atenderse en un hospital estatal o en uno sin fines de lucro.

También hay quienes alegan que porque algunas universidades con fin de lucro dan un mal servicio, hay que eliminar a todas las universidades de este tipo.

Hay un ejemplo –tomado del informe del doctor Pásara– que está siendo muy utilizado por personas que no ven con claridad el tema. Es el de una facultad de Derecho que funcionaba en el garaje de una casa. Por la existencia de casos como este, se quiere terminar con todas las universidades con fin de lucro.

¿Acaso se nos ocurriría cerrar las principales clínicas privadas del país porque encontramos alguna clínica de última categoría que funciona en las más precarias condiciones? Evidentemente no. Aquí lo que corresponde es generar mecanismos de información para que las personas no sean engañadas, pero asociar lucro con engaño y aprovechamiento sólo es parte de un discurso desfasado, que no ha hecho más que traerle sufrimiento e injusticias al mundo.

PÁSARA: La pregunta no es, en abstracto, si deba haber o no propósito de lucro en la enseñanza universitaria del país sino cuáles son las consecuencias.

Aunque, en principio, lucro y calidad no son incompatibles, en el contexto específico del caso peruano hacer de la educación en Derecho un negocio está empobreciendo cada vez más el nivel del abogado y los servicios que presta. La educación en Derecho se ha convertido, simplemente, en un negocio como cualquier otro. La explicación de base está en un mercado altamente imperfecto en el que, en este ámbito, oferta y demanda se orientan, en buena medida, no por la calidad sino por la facilidad. Cuanto más sencillo sea obtener el título profesional, mayor será la atracción ejercida sobre un sector importante de población que, por diversas razones –geográficas, culturales, etc.– no puede acceder a las facultades de Derecho que son relativamente mejores.

En muchos países desarrollados, en los que rige a plenitud la economía de mercado, las mejores universidades no están orientadas al lucro, como permite un decreto legislativo del fujimorato. El mayor contraste que conozco es con Estados Unidos, donde las grandes universidades –trátese de Harvard, Yale o Stanford– son privadas pero no son entidades de lucro. En nuestro caso, el culto al mercado y el propósito de lucro dan como resultado una gran estafa, de la que es víctima no el alumno –que en muchos casos es conciente de la pobre formación que recibe pero busca el título profesional a cualquier precio–, sino el ciudadano que algún día consultará a un abogado creyendo que de verdad lo es. La solución está en un sistema que transparente el nivel de calidad de cada facultad de Derecho.

⁵ La discusión puede encontrarse en: <http://www.becker-posner-blog.com>

10. ¿Qué rol juegan/deberían jugar las prácticas pre profesionales en el proceso de enseñanza legal? Existen quienes señalan que éstas, en el Perú, lejos de complementar el proceso de formación lo menoscaban al obstaculizar lo que debiera ser el objetivo principal de los alumnos: estudiar. En ese sentido, ¿se deberían regular las prácticas pre profesionales en términos de contenido y dedicación de horas –como, por ejemplo, ocurre en Estados Unidos con la American Bar Association?

AVENDAÑO: Las prácticas pre profesionales tienen una larga tradición en el Perú. En otras partes del mundo, donde los estudiantes de Derecho lo son a tiempo completo, ellos hacen prácticas en los meses de verano. De modo que siempre es aconsejable una experiencia práctica fuera de la universidad, en contacto directo con el quehacer del abogado. Es semejante a lo que ocurre con el internado de los médicos. Lo que la facultad debe hacer es ejercer algún tipo de control o supervisión de esas prácticas. En la Católica se creó hace algunas décadas una oficina de colocaciones, una de cuyas funciones era este contacto entre la facultad y el medio profesional con diversos fines, entre éstos supervigilar las prácticas.

No creo que las prácticas afecten la dedicación del alumno para estudiar, que por cierto, debe ser su tarea fundamental. Un alumno interesado y disciplinado encuentra tiempo para ambas cosas. Por lo demás, allí está el sistema de créditos que permite dosificar los estudios de acuerdo a la real disposición de tiempo del estudiante.

CANTUARIAS: En esta materia, considero que toda experiencia foránea se debe considerar, pero no trasplantar. Considero que las prácticas pre profesionales son positivas, por ser un complemento a la educación legal, permite a los alumnos ir perfilando sus preferencias y los prepara para el ejercicio real de la profesión.

Aquí el problema es que, para muchas facultades de Derecho, el tema de las prácticas pre profesionales se reduce a un mero trámite administrativo (presentación de un papel

para informar acerca del inicio o supuesto inicio de una práctica) sin articulación alguna con la carrera.

En cambio, si las prácticas son debidamente supervisadas a lo largo de su ejercicio y, además, la institución se retroalimenta de información acerca de la *performance* de los alumnos a efectos de tomar decisiones sobre la mejora en su propuesta educativa, entonces los resultados son absolutamente positivos.

PÁSARA: Partamos por hacer explícito que la necesidad de prácticas no viene de asignar a la formación en la facultad una responsabilidad sobre la parte “teórica” y dejar los adiestramientos para otro lugar donde se hace “la práctica”. Así lo era en la Facultad de Derecho de la Católica, donde estudié en los años sesenta, que era un desastre. La reforma liderada por Jorge Avendaño buscó liquidar esa dicotomía absurda entre teoría y práctica, localizadas en instituciones distintas, mediante la introducción de los problemas reales en el contenido mismo de la enseñanza. Dicho eso, es de utilidad que el alumno realice prácticas, bajo tutoría académica, en una o más de aquellas instituciones en las que laboran los abogados. No sé si esas prácticas deban ser paralelas a los estudios –lo que pone al alumno bajo exigencias y tensiones que terminan haciéndolo descuidar uno de los factores– o, más bien, deban ser realizadas una vez terminados los estudios y ser previas a su titulación como abogado. Esto, claro está, supone alargar el periodo de formación, lo que –del mismo modo que proponer la supresión de esa corruptela denominada bachillerato automático– resulta altamente impopular entre los alumnos. Pero nunca he dejado de decir algo en lo que creo por temor a que sea impopular. Tengo demasiados años en esta misma dirección, que es la del principio “el que tenga oídos, que oiga”.

11. Luego de más treinta años de producida la reforma de la enseñanza del Derecho impulsada por los denominados “Wisconsin Boys”⁶, ¿considera usted que tuvo algún impacto en la enseñanza del Derecho en el Perú? ¿En qué medida esa experiencia podría ser útil en estos días?

AVENDAÑO: La reforma de la enseñanza del Derecho que se emprendió en la Católica hace décadas, tuvo

⁶ Nota de los editores: A finales de la década del sesenta y principios de la del setenta, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú –bajo el impulso de un grupo de profesores jóvenes, el apoyo de la Fundación Ford y el decanato de Jorge Avendaño V.– llevó a cabo uno de los pocos procesos serios de reforma de la enseñanza del Derecho desarrollados en el Perú. El principal objetivo de la Reforma fue renovar las condiciones académicas de la Facultad, lo que necesariamente pasaba por formar profesores con mayor dedicación académica y desarrollar las capacidades crítica, de análisis y aprendizaje de los alumnos. Como fruto de esos objetivos, se tomaron una serie de medidas que pasaron tanto por cambios curriculares y de metodología, como por la preparación de aproximadamente 15 profesores en el extranjero a través de un programa de cooperación con la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin; de ahí el apelativo de “Wisconsin Boys” para referirse a los protagonistas de la Reforma. Para mayor información al respecto revisar: AVENDAÑO V., Jorge; DE TRAZEGNIES, Fernando; y LORENZO ZOLEZZI. “Nuestra reforma de la enseñanza del Derecho”. En: Derecho 29. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1971. pp. 132-149; PÁSARA, Luis. “Derecho y sociedad en el Perú”. Lima: El Virrey. 1988. pp. 235-249; PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. “II Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el Desarrollo”. Lima: PUCP. 1975.

⁷ Pregunta formulada únicamente al doctor Avendaño.

un profundo impacto en la propia Universidad, y lo tiene hasta hoy. Lo que pasa es que hoy parece “natural” que los alumnos de Derecho publiquen varias revistas, que exista el PROSODE, que tengamos una Clínica Jurídica vinculada al interés público, que se aplique el sistema de créditos, que haya currículo flexible y más cursos electivos que obligatorios, que haya seminarios de integración, que haya materiales de enseñanza, que el análisis de casos forme parte del proceso de aprendizaje, que en muchos casos haya

evaluación permanente, etc. Nada de esto existía antes de la reforma. Esto no tuvo impacto, lamentablemente, en la educación legal en el Perú, a pesar de que en esos momentos tuvimos el propósito de extender sus efectos.

La experiencia de la Católica puede ser útil para otras facultades de Derecho que estén genuinamente interesadas. En Arequipa, por ejemplo, hay ese interés. Nuestra Facultad puede dar el paso.

¿SON LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA GOBERNABLES?

Un análisis sobre gobernabilidad y democracia en la Región*

Nelson Manrique

Sociólogo e historiador. Obtuvo una maestría en la Universidad Católica del Perú, y un doctorado en Historia y Civilizaciones en la École de Hautes Etudes en Sciences Sociales de París. Profesor del Departamento de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salomón Lerner Febres

Rector emérito de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Presidente de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. Doctor en Filosofía por la Universidad Católica de Lovaina y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Marcial Rubio Correa

Vicerrector académico y profesor Principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Carlos Alberto Montaner

Escritor y periodista cubano. Profesor universitario y conferencista en diversas instituciones de América Latina y Estados Unidos. Autor de una veintena de libros traducidos a varios idiomas. Semanalmente escribe una columna que recogen decenas de periódicos de España, América Latina y Estados Unidos.

* La presente Mesa Redonda estuvo principalmente a cargo de Milagros de Pomar, Isabel Lira y Oscar Súmar; miembros de la Comisión de Contenido de THEMIS.

Tanto el Perú como Latinoamérica están viviendo tiempos de violencia, convulsión social y transiciones políticas. Por este motivo, THEMIS ha considerado de vital importancia preocuparse y estudiar las causas que generan la violencia, las posibilidades para el reestablecimiento y consolidación de la democracia en los países de la región y la relación de estos fenómenos sociales con el Derecho.

El enfoque que merecía la presente Mesa Redonda es uno necesariamente interdisciplinario, por ello, hemos decidido contar con la participación de diversos especialistas que reúnen en sí profesiones como las de abogado, sociólogo, historiador, periodista y filósofo. Esperamos que esto contribuya a ampliar la perspectiva con la que abordaremos los temas. Adicionalmente, teniendo en cuenta la nacionalidad de nuestros invitados, el análisis propuesto se hará tanto a nivel interno, como internacional.

1. Si entendemos por anomia el divorcio entre las normas vigentes y las que efectivamente son respetadas por la sociedad, ¿cuáles considera usted que son las causas de la anomia en el Perú¹ y cuáles cree que podrían ser los mecanismos de solución de dicha situación?

MANRIQUE: Creo que las causas son varias y han sido frecuentemente señaladas: el debilitamiento de la moral pública, la privatización del poder en beneficio de pequeños grupos de interés, la falta de conciencia cívica, etc. Pero cada una de estas respuestas plantea nuevas interrogantes acerca de cómo se ha llegado a esta situación. Considerando los hechos históricos particulares –la crisis de los ochenta, la violencia política, el debilitamiento del tejido social, etc.– quisiera llamar la atención sobre una dimensión más general. Propongo que estamos, no sólo en una crisis política, sino ante una *crisis de la política* –algo mucho más profundo–, caracterizada porque los mecanismos de representación han entrado en una profunda crisis de credibilidad, de la que es difícil salir. Basta remitirse a las encuestas para constatar que las nueve décimas partes de los peruanos no se sienten representados ni por el Presidente, ni el Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, o los partidos o por la prensa. Peor aún, no se cree que las cosas vayan a cambiar con un cambio de personas, a través de nuevas elecciones. Esta situación nos remite a que se han producido profundos cambios

en la sociedad peruana para los cuales el diseño institucional del país es inadecuado.

Sin que esto se haya discutido en ninguna instancia, se están sentando las bases para la constitución de un orden social profundamente excluyente, con una pequeña minoría privilegiada insertada en los circuitos transnacionales de consumo, conectada en tiempo real a Internet, cultivando pautas culturales sintonizadas con Londres, New York o París, refugiada tras muros no sólo culturales, sino cada vez más materiales, mientras que la mayoría se ve relegada a la condición de espectadora de la prosperidad de los afortunados. Tal orden social no es sostenible en el largo plazo. Sus límites no son económicos, sino esencialmente políticos; es incompatible con la democracia, salvo que se crea que los perdedores votarán indefinidamente por un orden que los discrimina. En la medida que transitemos de un orden tradicional corporativo hacia uno meritocrático, moderno, la situación se hará cada vez más insostenible.

Considero que la crisis de credibilidad exige construir un nuevo pacto social. Se trata de ponerse de acuerdo en algunas ideas básicas acerca de hacia dónde queremos marchar los peruanos; cuál es el diseño de sociedad que nos permitiría constituirnos en una comunidad nacional y marchar en la misma dirección.

LERNER: En un sentido estricto, el concepto de anomia se refiere a la ausencia de normas que regulan la vida social; pero aceptando la tesis que encierra la pregunta cabría considerar una variante: existen normas, pero éstas son inadecuadas para la realidad que se desea regular. Sin embargo, pienso que habría que negar tal supuesto ya que el incumplimiento de las normas es un fenómeno recurrente que parece hablar una realidad muy crítica: más allá de la pertinencia o impertinencia de una norma, estamos ante una población que, por precariedad de su cultura cívica, no está dispuesta a respetarlas. Esta posibilidad deja entrever un severo déficit en educación, problema que el Estado no termina de asumir con seriedad. El ejemplo que dan los gobernantes, que se exhiben como sujetos por encima de toda norma u obligación, agrava el problema. Al mismo tiempo, tampoco se trabaja por fortalecer la calidad de los ciudadanos como sujetos de derechos y de obligaciones. Como resultado, el grueso de la población, en una especie de perversa correspondencia con la indiferencia del Estado hacia

ella, vuelve las espaldas a las exigencias normativas estatales. Si es cierto lo anterior, las tareas serían fortalecer la educación ciudadana; evidenciar el compromiso del Estado en la calidad de la vida de la población y alentar la participación en la gestión de normas, de manera que éstas sean percibidas como legítimas y no más bien como “impuestas” de manera unilateral por el poder.

RUBIO: Hace unos meses, cuando se jugó el partido de fútbol entre las selecciones de Perú y Brasil en Lima, el Ministerio del Interior tuvo, inclusive, que suspender los permisos médicos menores de los policías enfermos, por ejemplo de resfrío, para poder dar la seguridad necesaria a los alrededores del *stadium* en el que se jugó aquella tarde. En los meses previos, cuando en el descentralizado del Perú coincidieron un domingo a la misma hora un partido Alianza-U y otro Cristal-Boys, el Ministerio del Interior pidió que no fueran a la misma hora para poder cuidarlos debidamente.

¿Qué nos dicen estas dos anécdotas aparentemente des-conexas de la pregunta que intentamos responder? Que el Estado peruano no puede cuidar el orden público en un área relativamente concentrada (el *stadium* y, tal vez, seis kilómetros a la redonda) en un caso en el que son previsibles desórdenes, pero en el que la gente no se reúne a protestar.

Pero, sin embargo, en el país todos nos levantamos todas las mañanas a trabajar, conseguimos el sustento, nos seguimos casando, teniendo descendencia, estudiando, soñando y, en definitiva, buscando la felicidad. Todo esto me conduce a decir que el Perú es un país ordenado y no uno desordenado. Que es ordenado a pesar de la incapacidad del Estado de cuidar debidamente un par de partidos de fútbol populares a la misma hora.

No considero que haya anomia en el Perú. Creo que hay unas cuantas reglas de vida común establecidas desde la informalidad que no nos gustan mucho, entre otras razones, porque mucha gente ingresa a interactuar en la sociedad con concepciones de vida muy distintas a las nuestras. Pero eso es progreso porque significa incorporar a la vida social a millones de peruanos que, hasta hace cuarenta años o algo así, estaban completamente marginados de la vida social y que, aún hoy en día, no son considerados “iguales” a otros peruanos a pesar de que, en muchos casos, son una amplia mayoría del país.

En definitiva, creo que tenemos un orden en el país, un orden que no le gusta al sector dominante (y minoritario) y que haríamos muy bien en estudiar las

reglas sociales que realmente existen y tratar de depurarlas para aplicarlas en pos de una igualdad sustantiva de todos los peruanos. Falta un inmenso trecho, ni siquiera para la igualdad. Falta un inmenso trecho para que estemos dispuestos a pensar que la igualdad es posible en el Perú. Ése creo que es nuestro verdadero problema, no el de la existencia de unas y otras reglas.

MONTANER: La principal razón de esta anomia radica en que la mayor parte de los latinoamericanos no se ven reflejados en los Estados en los que viven. No creen que las instituciones existen para su beneficio y disfrute, no piensan que las leyes los protegen, y dan por sentado que los funcionarios, electos o designados, no son servidores públicos, sino personas que defienden sus propios intereses. En otras palabras: la mayor parte de los latinoamericanos no percibe al Estado como algo propio, natural y voluntariamente segregado por la sociedad, sino como una imposición brutal, arbitraria e ineficaz. La manera de corregir esta situación es mediante un prolongado periodo de políticas públicas acertadas, acompañadas por una administración buena y decente. Este fenómeno sólo ha ocurrido en Costa Rica y Chile (últimamente).

2. A lo largo de su historia, Latinoamérica se ha caracterizado por la presencia de gobiernos autoritarios, entre otros factores, porque se considera que la democracia es económicamente ineficiente e incapaz de mantener el orden. ¿Es posible distinguir entre la eficiencia (o ineficiencia) del sistema democrático y la ineficiencia de los gobiernos?

MANRIQUE: Considero que es posible y necesario establecer tal distinción. La democracia tiene límites dentro de los cuales puede funcionar y en general es ineficiente para mantener las desigualdades en el largo plazo, porque éstas niegan el supuesto básico que proclama aquella: el de una igualdad de partida entre aquellos que la escogen como el mejor sistema para resolver sus diferencias. No se trata de que todos sean iguales: la democracia existe precisamente para procesar pacíficamente las diferencias sociales existentes. Pero si la desigualdad social es extrema, y no hay una perspectiva de que ésta vaya a reducirse, es imposible pedir lealtad al sistema a aquellos que no reciben ningún beneficio, ni actual, ni previsible, de la persistencia de este estado de cosas.

LERNER: Es cierto que la democracia, como cualquier otro régimen político, es pasible de errores. Pero una diferencia esencial es que en democracia estos pueden ser señalados y, por tanto, corregidos. La lentitud de

la democracia, que algunos señalan como ineficiencia, tiene una razón de ser: las autoridades de todo nivel están obligadas a rendir cuentas de sus actos ante los ciudadanos y, por eso, deben cumplir procedimientos administrativos y políticos a veces engorrosos. En un régimen autoritario eso no ocurre porque el gobernante toma decisiones a solas y no rinde cuenta de sus actos. Cuando se equivoca o cuando obra dolosamente, no hay lugar a enmienda ni reclamo. En realidad, los riesgos de la democracia ponen de manifiesto, al mismo tiempo, sus ventajas y su superioridad frente a otros regímenes: son frutos de la libertad —esencia del sistema democrático— la posibilidad de equivocarse y el despliegue de los derechos individuales llevados al límite; es propio de la democracia la multiplicidad de instancias que hagan transparente nuestra convivencia. Así, no creo una opción razonable el dejar de lado la democracia y la libertad para aceptar regímenes autoritarios. Más bien, distinguiendo entre el sistema y los gobiernos que pretenden encarnarlo, se hace necesario acercar a estos últimos cada vez más al ejercicio democrático y ello se conseguirá con elecciones impecables, partidos políticos responsables, participación ciudadana y procedimientos que agilicen las decisiones de interés colectivo sin sacrificar la limpieza de la gestión pública.

RUBIO: El sistema político existente se viabiliza a través de una sucesión de gobiernos. Por eso, pensando en la gran ciudadanía, la de los más de quince millones de peruanos votantes que somos, la diferencia entre ambos conceptos es en la práctica inexistente. Sólo en ambientes académicos se puede diferenciar analíticamente lo que es una sola cosa en la realidad.

Y la democracia es de masas, no es de élites. Por eso, la preocupación debe ser, en mi criterio la siguiente: ¿cómo hacemos para que la población sienta en su bolsillo, en su libertad, en su nivel de vida, en su felicidad, que la democracia es mejor que la tiranía?

Pero en general nuestros gobernantes no tienen este tipo de preocupación. Miremos los afanes preelectorales de hoy: la preocupación es cómo llegar a la presidencia de la República o como mantener el sillón del congreso en que sentarse. Hay excepciones, desde luego, pero la regla es la que acabo de decir.

¿Cómo mejora la democracia? Yo creo que es un fenómeno social y político, no sólo político. Opino que mejora cuando todos en la sociedad empiezan a tener algo y creen, por consiguiente, que la sociedad es valiosa. La mejor forma de difundir la democracia es repartir, hacer crecer la economía, dar un sitio a cada peruano dentro del Perú. Gobernar así es la única manera. Y se puede. Hay que mirar ejemplos en el mundo y los hay de todos los tipos: desde la pobre

Suecia de principios del siglo XX hasta la miserable China de mediados del siglo XX. Hoy ambas son sociedades milagrosas en materia de desarrollo y muy distintas entre sí. Se trata de proponerse hacer un país distinto con democracia y empujar. En el Perú, creo que más empuja todavía por la democracia el pueblo, que los gobernantes. Pero la democracia llegará.

MONTANER: La democracia es sólo un método para tomar decisiones colectivas. Si el pueblo que toma las decisiones está mal informado, las decisiones serán erróneas. Los 25 países mejor organizados y más prósperos del mundo toman sus decisiones de manera democrática. No obstante, las democracias son menos ágiles que los gobiernos autoritarios, pero a largo plazo suelen equivocarse menos en las políticas públicas que promulgan.

3. ¿Por qué la violencia se vuelve un recurso, percibido como válido por muchos grupos anti-sistémicos, para hacer llegar demandas en los países de la región?

MANRIQUE: Tradicionalmente el recurso a la violencia solía asociarse con situaciones de exclusión política, como las generadas por los regímenes dictatoriales. Hoy diría que la razón fundamental es la exclusión social, que puede basarse en diversas causas, como la pobreza, la discriminación étnica, racial, etc. En la medida que el sistema se muestra incapaz de incorporar a todos los grupos sociales al juego democrático, los grupos que optan por la acción armada pueden encontrar una base social dispuesta a seguirlos. Otra situación sensible es la de grupos sociales que participan en actividades que pueden articularse con negocios ilegales, como sucede con los campesinos cultivadores de hoja de coca. En la medida que los Estados se muestran incapaces de ofrecerles salidas sostenibles el resultado suele ser colocarlos en una situación de aliados potenciales de los grupos que combaten contra el Estado.

LERNER: En la formulación de esta pregunta —la violencia como recurso “percibido como válido”— encuentro un juicio de certeza ética que creo importante resaltar: la violencia no es un recurso válido —en términos morales ni estratégicos— para plantear demandas. Si ella encuentra cabida, ello es por la falta de educación y de sensibilidad de las autoridades, así como por el déficit de instrucción ciudadana que ya he mencionado, el cual impide la búsqueda de medios para hacerse oír que tengan como eje la solidaridad, el respeto mutuo y el cultivo de cierta autoridad moral. Recuerdo con especial simpatía la movilización social —en especial juvenil y estudiantil— para acabar con la autocracia corrupta de Fujimori. Hay que considerar,

por lo demás, las dificultades de calificar de violenta la respuesta defensiva de una comunidad ante las agresiones de quien gobierna sin escuchar y atropellando elementales derechos. Allí a mi juicio, la violencia se convertiría en legítima defensa. Creo, por otro lado, que la violencia prospera donde se agota la política. Eso ha pasado en nuestro país: no hay ideologías definidas ni grupos políticos que prometan y se adhieran lealmente a una visión amplia del bien común. En ausencia de política, es decir, de lenguaje público, lo que quedan son ajustes de cuentas, confrontación sin límites. A eso hay que añadir lo siguiente: el Perú es una sociedad de posguerra, y la violencia endémica en pequeña escala es un síndrome de posguerra.

RUBIO: La peor violencia de la humanidad ocurrió en el país de Hegel, de Bach, de Beethoven, y fue reacción a un orden mundial (o cuando menos europeo) generado por el Tratado de Versalles que dio fin a la Primera Guerra Mundial y que perpetraron las potencias mundiales que hoy consideramos las más democráticas del Planeta. La suma de todos los tiranos latinoamericanos no hace un mes de la peor violencia de Hitler y su sistema político. Tampoco sumimos en la miseria a África, o a China o a India con el colonialismo. Nunca debemos olvidar eso. No debemos justificar a los tiranos miserables que hubo, hay y previsiblemente habrá aún en América Latina, pero no fuimos los peores de la historia y, de nuestra relativa bondad humana, todavía tienen mucho que aprender los pueblos del hemisferio norte, entre otras cosas, porque si son todo lo demócratas que dicen, deberían volver a aceptar espejos por oro, pero en viaje de regreso.

La violencia política organizada es expresión de la marginación social y existe en todos los países del mundo. Allí están los neonazis europeos. Si los hubiera aquí, ya nos hubieran rociado insecticidas. Lo que ocurre es que nuestros Estados son más débiles que los del Norte para poder controlar la violencia política y por eso resalta más. Pero no es peor, por lo menos en mi criterio.

Lo que tenemos que hacer es repensar nuestras sociedades y, con todos los límites que tenemos, debemos tratar de hacerlas incorporar los intereses

de la inmensa mayoría. Desde luego que siempre habrá sectores marginales violentos, pero eso también existe en las sociedades desarrolladas, como poderosos grupos de *mafia*, aunque no organizados políticamente.

MONTANER: Porque los Estados latinoamericanos, en general, son débiles para hacer cumplir la ley, y los enemigos de la democracia, unas veces desde el poder y otras desde la oposición, cuentan con la indiferencia o la simpatía del pueblo cuando se recurre a la violencia para cambiar el orden establecido. Esto se vio con toda claridad cuando el autogolpe de Fujimori en 1992 o en 1993 cuando el sub-comandante Marcos se alzó en armas.

4. Recientemente se han dado diversas manifestaciones de violencia en diferentes países de América Latina. Si bien cada manifestación tiene sus propias características no podemos desconocer la existencia de evidentes similitudes entre ellas. ¿Es posible sostener que dichas manifestaciones tienen un origen común? ¿Podríamos afirmar un acto de convulsión social en un determinado país de América Latina podría ocasionar el surgimiento de nuevos actos de violencia en otras ciudades del mismo país o incluso en los países vecinos?²

MANRIQUE: Esto me parece posible al interior de un mismo Estado, sobre todo cuando el deterioro de las condiciones de vida de las mayorías tiende a uniformizar el tiempo político, como ha sucedido con las movilizaciones sociales que han terminado con la destitución de varios presidentes en los países de la región. Me parece menos posible que suceda en cambio como “contagio” de un país a otro, aunque esta sea una preocupación a la que continuamente aluden los gobiernos. La verdad es que nuestras relaciones con los países vecinos son muy reducidas y no hay, que yo sepa, un nivel de articulación suficiente como para sustentar una coordinación política consistente, de la cual pudiera derivar una acción armada concertada. Pero la amenaza de tal acción armada, real o supuesta, puede, en cambio, ser muy útil para fundamentar una política intervencionista en la Región.

² Pregunta formulada únicamente a Nelson Manrique y Carlos Alberto Montaner. Adicionalmente, THEMIS-Revista de Derecho recurrió al reconocido periodista argentino **Andrés Oppenheimer**, quien nos dio la siguiente respuesta: “Creo que sería un poco simplista atribuir las varias manifestaciones de violencia a un origen común, como puede ser el obvio apoyo del Presidente venezolano Hugo Chávez a grupos anti-sistémicos en toda la región. Hay causas diferentes en cada país, como la exclusión de los indígenas de la vida política en Bolivia durante mucho tiempo, la falta de movilidad social y el ‘club de los delfines’ en Colombia, el narcotráfico en México, etc. El único común denominador, quizás, no sea la existencia de pobreza –que la hay en todo el mundo–, sino la crisis de expectativas insatisfechas: hoy día, con la explosión de las comunicaciones, todo el mundo puede ver de cerca como viven los ricos y famosos, y eso está produciendo un fenómeno de cada vez mayor frustración en sociedades que no ofrecen suficientes oportunidades de progreso a su gente”.

MONTANER: Por supuesto: existe el contagio político, independientemente de las causas que originan los conflictos. El fenómeno Chávez se dejará sentir en toda América, y muy especialmente en la zona andina.

5. Los conflictos sociales en la región Latinoamericana, en particular en Perú con el grupo “etnocacerista” y Bolivia con Evo Morales, parecen cobrar un matiz distinto a los sufridos en las décadas de los años ochenta y noventa. En efecto, el discurso parece haber cambiado de uno referente a las clases sociales (lucha de clases) a uno basado en lo racial (indigenismo) ¿en qué consiste este nuevo “discurso”? ¿Qué repercusiones tiene? Por otro lado, actualmente ¿cuál es la relación entre los Estados y los pueblos indígenas en la región?³

MANRIQUE: Los grupos indianistas rechazarían el cargo de que estén propiciando un discurso racializante, aunque es verdad que el discurso de los grupos más extremistas roza el racismo. Veo difícil, por otra parte, hablar de “un” discurso, puesto que hay fuertes diferencias entre las distintas propuestas.

Si buscamos un común denominador, diría que éste es el reclamo de una radical redefinición de la relación entre el Estado-nación y los pueblos indígenas. Tradicionalmente se asumía que la forma como los indios deberían integrarse a la nación era desindigenizándose; dejando de ser indios. La propuesta del mestizaje cristalizaba esta visión: los “aborígenes” podían alcanzar el estatuto de ciudadanos, con los derechos que esta condición supone, a condición de que dejaran de ser indios, “para ser como todos”. Los grupos indianistas no aceptan más esta situación y reclaman no simplemente reivindicaciones parciales, sino la plena incorporación en todos los mecanismos de poder del Estado. Hay grupos que simplemente no creen que una reforma de esta naturaleza sea posible dentro de los límites de los “Estados criollos”, levantando propuestas como la de Felipe Quispe, quien no cree que “esa cosa llamada Bolivia” (cito sus palabras) sea viable, proponiendo la formación de un Estado aymara autónomo. Si esto es un programa político realista o si se trata de una manera de presionar por sus demandas es algo que imagino que el tiempo resolverá.

En cuanto al etnocacerismo, más allá de sus proclamas incaístas, lo que me parece el eje de su ideario es el nacionalismo militar, fuertemente anclado en la visión territorial de la nación, y difícilmente proclive, por eso, a impulsar realmente proyectos supranacionales, como los que reclaman los movimientos indianistas.

LERNER: Los Estados de la región andina han mantenido históricamente una conducta de imposición, expoliación y marginación frente a los pueblos indígenas a pesar de haber nacido bajo el signo de un liberalismo igualitarista. Nuestros Estados tienen, pues, una vieja deuda con esos sectores de ciudadanos quechuas, aymaras o de los diversos pueblos amazónicos. Dicho esto, hay que señalar que es difícil hacer una apreciación global de los movimientos que se señalan. En primer lugar, no es fácil decir cuáles son *indígenas* y cuáles no. ¿Qué demandas definen a un movimiento como indígena? ¿Sólo las referidas a la defensa de tradiciones ancestrales o también las vinculadas con actividades económicas? ¿Basta una proclama folclórica –como en el etnocacerismo– para ser un movimiento indígena?

Más allá de eso, y reconociendo la plena legitimidad de una *causa indígena*, cabe decir que a veces se percibe en algunos de esos movimientos –pero no en todos– un uso político tradicional en el peor sentido del término; los medios que utilizan empobrecen la defensa legítima de sus derechos. Creo, por último, que al mismo tiempo que nos preguntamos sobre los riesgos de violencia o inestabilidad que hay aquí, hay que exigir a nuestras democracias que sepan asimilar esos reclamos y movimientos. Hay todavía una marcada insensibilidad frente a los problemas de la exclusión y la marginación, y los sistemas jurídicos, las políticas económicas y otras grandes políticas de Estado no terminan por incorporar como eje el pluralismo cultural y el respeto a las diferencias.

MONTANER: Hay elementos étnicos y hay elementos ideológicos. La mezcla de los dos es muy contradictoria. El marxismo, o el castrochavismo, son creaciones ideológicas que nada tienen que ver con el reivindicacionismo indigenista. En Bolivia, Felipe Quispe, el líder indigenista, suele acusar a Evo Morales de traidor. Felipe Quispe se afilia a la tradición comunista incaica. Evo Morales, en cambio, se cree parte del comunismo científico. Son dos charlatanes que van a llevar el país al despeñadero.

Las repúblicas no tienen muchas posibilidades de solucionar la paradoja de la presencia indígena. Si asimilan a los pueblos indígenas son acusadas de etnocidio. Si alientan su existencia y alimentan sus diferencias, perpetúan la marginalidad.

6. Finalmente, ¿qué tan importantes son las normas para determinar la realidad? ¿Puede el Derecho resolver los problemas de la sociedad? ¿Cuál debería ser el rol de éste en una sociedad como la peruana?⁴

MANRIQUE: Las relaciones entre Derecho y sociedad son complejas y sigue siendo materia de debate qué posibilidad tienen las normas legales de modelar la realidad. Personalmente creo que la dinámica social tiene primacía y en el largo plazo ninguna norma legal puede subsistir si no expresa realidades sociales existentes. Pero el Derecho puede ser un mecanismo fundamental para facilitar el cambio social o para bloquearlo. Aunque no lo genere, su papel en su desenvolvimiento es fundamental y desde ese punto de vista un Derecho que parta de una comprensión de lo que es la realidad de la sociedad en la cual está inserto puede jugar un papel fundamental. Creo que el Derecho debiera desarrollarse pues en una estrecha relación con las Ciencias Sociales. Quisiera ilustrar esta afirmación con un ejemplo: la crisis de la política a la que aludo líneas arriba tiene como una de sus causas fundamentales la ruptura de los consensos básicos sobre los cuales debería asentarse la coexistencia social. Nuevos consensos que expresen la nueva realidad, y las expectativas y demandas que ella plantea, debieran encontrar una formulación jurídica. La forma que ésta debiera adoptar es materia de debate. Personalmente creo que supone un nuevo texto constitucional, cuya fuerza debería ser directamente proporcional al grado de representatividad social de quienes lo redacten. ¿Cuál debiera ser el aporte de tal esfuerzo? Creo que permitir coordinar las fuerzas de la nación, de tal manera que los esfuerzos de los ciudadanos marchen en la misma dirección, ayudando a construir una sociedad mejor para todos, en lugar de neutralizarse mutuamente, como sucede cuando la búsqueda del interés individual entra en colisión con los esfuerzos de los demás.

LERNER: La dimensión jurídica de una sociedad tiene un papel fundamental en la estabilidad y también en la transformación de ésta, pero es un papel compartido con otras fuerzas. Por ejemplo, la seguridad ciudadana depende de que haya normas claras, pero también de cambios culturales. El desarrollo requiere leyes que racionalicen las

conductas de los agentes, pero también procesos productivos, financieros, mercantiles y sociales que anteceden a la ley. Desde ese punto de vista, es importante reconocer que varios de los más graves problemas del país –pobreza, corrupción, violencia, inseguridad, desconfianza generalizada, informalidad– son resultado “también” de una crisis de nuestra realidad jurídica.

Ahora bien, señalar la importancia de lo jurídico es totalmente distinto de recaer en la superstición legalista que durante tanto tiempo ha afectado a nuestros países. Históricamente hemos creído que cada pequeño problema reclamaba una ley específica y que un texto legal tenía la virtud mágica de cambiar la realidad. Eso nos llevó a una superabundancia de normas muchas veces impertinentes a nuestra realidad, y, por último, a la crisis de la concepción misma de la ley. En nuestro país, la práctica del Derecho se vuelve importante si ella enfatiza la aplicación razonable, pragmática y moralmente orientada de la ley en lugar de su producción desenfrenada. En esa óptica, puede llegar a ser un instrumento –siempre un instrumento, nunca un fin– de cambio, desarrollo, paz y consolidación de la democracia.

RUBIO: La vida siempre es una compleja integración de normas, aspiraciones, intereses y cosmovisiones. La nuestra ha sido de segregación y de mantenimiento de las diferencias. La igualdad es una de las condiciones esenciales del Estado contemporáneo que se basa en el ciudadano que no es otra cosa que el igual a los demás.

Cuando en el Perú los peruanos seamos unos iguales a los otros (más allá de nuestras diferencias naturales y sociales) porque cada uno tiene un número de ocho dígitos en su DNI y eso baste, entonces habremos sentado las bases de una democracia sustantiva. Creo que estamos camino a ello, al menos, si comparo el Perú de mi juventud con el de hoy (separados ambos en más o menos cuatro décadas). Creo que el Perú de hoy es mucho más democrático e igualitario que el de 1965 y eso es positivo. No le gusta mucho a la gente que preferiría la Lima de los vales de Chabuca Granda (que, dicho sea de paso, fue una peruana que creyó y luchó por la igualdad de los peruanos y de los latinoamericanos como lo dicen muchas de sus canciones). Pero es lo que tenemos que hacer: construir un país distinto apoyando la gran tendencia igualitaria de la historia. En eso, el Derecho puede ayudar mucho, pero, sin la voluntad de hacerlo, las leyes caerán en saco roto.

⁴ La presente pregunta no fue formulada a Carlos Alberto Montaner.

La comisión de Contenido a cargo de la presente edición de **THEMIS-Revista de Derecho** estuvo conformada por: Javier de Belaunde (Director), Milagros de Pomar, Oscar Súmar, Jimena Aliaga, Isabel Lira e Iván Blume.