

LA ESTRUCTURA DE LA OBLIGACIÓN

Tesis sustentada por el Doctor Freddy Escobar Rozas para optar el título de Abogado, ante el jurado conformado por los doctores Hugo Forno Flórez, Mario Castillo Freyre y Juan Rivadeneyra Sánchez, con mención de Muy Bien.

El instituto de la Obligación es seguramente –junto con el contrato, la propiedad y la responsabilidad civil– uno de los instrumentos a partir de los cuales se organiza todo el sistema del Derecho privado. Más aún, es evidente que en la actualidad otras áreas del Derecho como la tributaria y la administrativa (para mencionar sólo dos de ellas) han tomado prestado el fenómeno obligatorio para poder estructurar su propio ordenamiento. No puede parecer extraño, por tanto, que la preocupación acerca de la forma de ser y la manera de actuar de la obligación haya sido materia de singulares planteamientos e intensos debates, al punto que puede afirmarse que la evolución de la obligación ha sido una manifestación emblemática de la evolución del pensamiento jurídico.

Lamentablemente, no existe en nuestro país literatura que se haya preocupado por dar cuenta del interesante itinerario experimentado por la evolución de la obligación, y que a la vez haya tenido aportes relevantes en la evolución del concepto. Este vacío viene a ser colmado por el trabajo emprendido por Freddy Escobar, quien se ha empeñado en realizar un investigación histórico-evolutiva muy concienzuda, sirviéndose para ello de un abundante material bibliográfico que en muchos casos le ha entregado los planteamientos de la doctrina directamente de su

autor, evitando así, cuando ello ha sido posible, el recurso a intermediarios o a traductores que no pocas veces transmiten infielmente el pensamiento ajeno.

Por otro lado, creo que el autor de esta magnífica tesis ha tenido la virtud de darse cuenta de que la obligación es parte armónica de una maquinaria compleja que constituye el Derecho privado, y de que, por lo tanto, su estudio y análisis no pueden estar al margen de aquellos aspectos más generales sobre la base de los cuales está conformado. El autor no ha caído en el error de perspectiva de tantos autores de observar los institutos jurídicos como compartimientos estancos, desconectados de aquellos conceptos más generales de los que finalmente se nutren.

Todo este trabajo se ha desarrollado teniendo como escenario el dato normativo, a partir de las propias concepciones inmanentes a nuestro ordenamiento jurídico en general y a nuestro Código Civil en particular, de manera tal que se observa en todo momento un coitejo de las ideas y los planteamientos del autor, con los enfoques proporcionados por la ley vigente.

En su travesía hacia la definición de la estructura de la obligación, Freddy Escobar se plantea la problemática de la esencia del derecho subjetivo, y después de comentar las teorías negadoras y de esbozar sus apreciaciones críticas, así como aquellas que le merecen las distintas teorías que explican el derecho subjetivo, nos indica que éste se configura como una facultad de obrar (*facultas agendi*) para obtener la realización de un interés propio. Conviene destacar, que el autor hace un análisis impecable acerca de la distinción entre derechos subjetivos absolutos y relativos y demuestra con particular perspicacia la falsedad de la misma.

Este punto de partida no es im-pertinente si se considera que el derecho de crédito es un típico derecho subjetivo y por lo tanto debe existir una relación armónica entre estos dos conceptos.

A continuación, el autor se preocupa del análisis del deber jurídico en tanto que la situación de deuda es un típico deber, y concluye explicando que el deber jurídico se configura como una necesidad de obrar (*necitas agendi*) para la realización de un interés ajeno.

Posteriormente, en atención a que la obligación se configura ciertamente como una relación jurídica, aborda la problemática de ésta estudiando las distintas teorías que la han explicado, para concluir que se trata de la correlación o coordinación entre dos situaciones jurídicas subjetivas, de ventaja la una, de desventaja la otra.

Es indispensable entonces afrontar también el estudio de la situación jurídica subjetiva, proponiendo una sistematización lógico racional de los distintos tipos de situación jurídica, habida cuenta de que la relación obligatoria se estructura sobre la base de la correlación de dos de estos fenómenos. Entonces, el autor enseña cómo es que existen situaciones jurídicas de ventaja, cuáles son aquellas que pueden considerarse típicas y cuáles de éstas son activas y cuáles inactivas. A su turno hace lo propio respecto de las situaciones jurídicas subjetivas de desventaja. Aún cuando no se trata del principal propósito del trabajo, demuestra el autor cómo es que la posibilidad de enajenar no constituye una facultad del derecho subjetivo de propiedad sino que se configura como un poder externo a este derecho y que obra sobre él así como sobre otros tipos de situaciones jurídicas de ventaja. Adicionalmente, confirma aquella tesis según la cual los mecanismos de tutela son exter-

nos al derecho y se presentan como situaciones jurídicas de ventaja que surgen en los casos en que se produce la lesión de un interés jurídicamente relevante. Este planteamiento volverá a ser retomado al momento del análisis de la relación obligatoria en particular.

Premunido de los instrumentos generales hasta ahora detallados, el autor se encuentra en aptitud de enfrentar el estudio de la estructura de la relación obligatoria, de modo que le es fácil no sólo pasar revista a los distintos enfoques que ha recibido este instituto desde el punto de vista de la teoría personalista y los más numerosos aún que se han ensayado desde el punto de vista llamado patrimonialista (teorías patrimonialistas); así, la teoría realista, la teoría de la carga, la teoría del débito y la responsabilidad y la teoría del bien debido son expuestas y enjuiciadas críticamente con particularidad perspicacia. Tampoco han escapado de la investigación de Freddy Escobar la teoría de la tolerancia, la teoría neosubjetiva y la teoría de la integración.

Entonces, el autor presenta su propia perspectiva de la estructura de la obligación como una relación jurídica de estructura simple en donde el contenido patrimonial viene impuesto como una consideración de política legislativa y cuyo contenido está dado por la situación de crédito con particulares características, como también la situación de débito con las suyas, explicando el fenómeno fisiológico y también el patológico de la relación obligatoria y cómo es que, en este último caso, es fuente de nuevas situaciones jurídicas consideradas como mecanismos de tutela.

El trabajo que se ha reseñado de manera ciertamente lacónica es fruto de un largo y serio estudio que el autor ha realizado sobre la base de un compromiso que asu-

mió consigo mismo y cuyo objetivo era la búsqueda de la excelencia. Con ese norte fielmente seguido Freddy Escobar ha logrado un libro sumamente valioso y debería constituir una fuente de consulta indispensable para quien quiera adentrarse seriamente en el estudio de este instituto. Un enjuiciamiento sereno y ponderado de esta tesis la calificaría de modo inexorable como sobresaliente, aunque inexplicablemente sólo haya recibido formalmente la mención de muy buena.

Hugo Forno

LA NULIDAD DEL DESPIDO LESIVO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Tesis sustentada por el señor Elmer Arce Ortiz para optar el título de Abogado, ante el jurado conformado por los doctores Mario Pasco Cosmópolis, Javier Neves Mujica y Carlos Blancas, con mención muy bien.

Nuestra legislación ha exhibido en materia de estabilidad laboral, desde 1991 en adelante, la tendencia creciente a sustituir el régimen de estabilidad absoluta, en el que se reconoce al trabajador injustificadamente despedido el derecho a su reposición en el empleo, por la estabilidad relativa, en el que el afectado sólo tiene derecho al pago de una indemnización. Sin embargo, se reservó un campo en el que esa sustitución de mecanismos reparatorios no operó: el despido nulo. En este caso, cuando no sólo hubiera ausencia de fundamento para la extinción del vínculo laboral, sino que ésta derivara además de la vulneración de determinados valores constitucionalmente relevantes, el trabajador tendría derecho a ser readmitido en su puesto.

Lamentablemente, ese campo de excepción fue concebido de mane-

ra estrecha y cerrada: sólo ante la violación de determinados derechos, sustantivos -referidos a ciertos motivos discriminatorios- o instrumentales -algunos aspectos de la tutela jurisdiccional efectiva-, y con severas limitaciones probatorias. De allí deriva que, en estos años, la utilización de la nulidad del despido por nuestra jurisprudencia, por demás reticente a lecturas progresivas de los textos, haya sido realmente pobre.

En este contexto, Elmer Arce emprendió la investigación que ha culminado en esta tesis. En una primera etapa, el autor ha revisado los mejores materiales doctrinarios y jurisprudenciales, nacionales y extranjeros, sobre la materia. Un análisis cuidadoso de toda esa información, le ha permitido luego detectar los principales problemas, así como organizar adecuadamente sus planteamientos sobre la cuestión. Por último, ha redactado su trabajo con la mayor precisión. Éste es el itinerario de una brillante tesis, como la que nos ofrece el autor.

La tesis contiene primero un recuento de la evolución de nuestra legislación en lo que respecta a la regulación del despido. Los vaivenes de un subibaja de protección, que se detuvo por ahora muy cerca del suelo. Después, se presenta con rigor cada uno de los conceptos centrales referidos al despido lesivo de derechos constitucionales. Se detiene en la delicada cuestión de la tensión surgida entre la libertad de empresa, de un lado, y los derechos fundamentales de la persona -y, por tanto, también del trabajador- cuando se ejercen en el marco de una relación laboral. La preocupación en este punto es hallar el equilibrio entre uno y otro valor constitucionalmente tutelado, a través de la doctrina del balanceo. Asimismo, se ocupa del despido como acto lesivo de derechos constitucionales, indagando sobre el

momento en que puede operar la lesión (en la motivación o en la realización del despido), la tutela restitutoria apropiada (que no puede ser otra que la reposición del trabajador en el empleo) y la atenuación de la carga de la prueba, para favorecer a la víctima de la lesión.

Luego, Elmer Arce entra a la crítica de la regulación del despido nulo por nuestro ordenamiento, tanto en el plano sustantivo como en el procesal. En este caso, no ha escapado al juicio del autor ningún aspecto importante del tema. En mi concepto, hay dos asuntos aquí de especial relevancia, derivados de lo que Elmer Arce denomina la adopción de la opción restringida por nuestro ordenamiento: la limitación de la protección a sólo ciertos derechos y la focalización en el despido individual.

En el primer caso, quedan fuera de la tutela todos los derechos constitucionales no mencionados expresamente en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Por ejemplo, los motivos de discriminación que no integran la lista regulada, como la edad, u otros atentados contra la tutela jurisdiccional efectiva, distintos a la represalia por la presentación de una queja por el trabajador, como las deficiencias de forma en el despido que revistan gravedad. En el segundo caso, se excluye una forma de extinción que al margen de que el ordenamiento la califique o no de despido, puede ser portadora de conductas del empleador lesivas de derechos constitucionales: el despido por causas objetivas. Aquí puede haber una transgresión, por ejemplo, al determinar la nómina de trabajadores comprendidos en una reducción de personal.

El dilema que se plantea frente a estas omisiones es el de si podría extenderse la cobertura de la tu-

tela por vía de interpretación jurisdiccional o si haría falta una reforma normativa. De descartarse lo primero y en tanto sucede lo último, habría dos cauces para accionar: la nulidad del despido, cuando estemos en los estrechos supuestos de la norma, o el amparo, cuando la vulneración recaiga sobre otros derechos constitucionales. En este caso, los magistrados no podrían excluir la vía extraordinaria de protección, ya que la ordinaria no comprende esos derechos. La reparación sería, en ambos casos, la readmisión del trabajador en su empleo.

Afortunadamente, el conjunto de problemas descritos ya cuentan en nuestro medio con un excelente estudio, que será de consulta imprescindible para cualquiera que se ocupe de esta materia. Si la recomendación unánime del jurado en el sentido de que la tesis se publique llega a materializarse, este destacado aporte a la doctrina peruana podrá llegar a los operadores jurídicos.

Permítaseme, por último, expresar mi satisfacción por el hecho de que esta tesis sobresaliente se haya producido en un área seriamente afectada por una reforma legislativa, que tras la máscara de flexibilización ampara el descontrolado ejercicio del poder patronal, y que sus planteamientos vayan en el sentido de garantizar la vigencia efectiva de los bienes constitucionalmente proclamados y, por tanto, de limitar razonablemente ese poder; así como que su autor sea ya uno de los más jóvenes y promisorios docentes del Departamento Académico de Derecho de nuestra Universidad, de cuya tremenda integridad personal y habilidad académica me he beneficiado antes, cuando fue asistente de mi curso, y ahora, como interlocutor privilegiado de sus reflexiones.

Javier Neves Mujica

EL FIDEICOMISO COMO RELACIÓN JURÍDICA PATRIMONIAL

Tesis sustentada por el Señor Juan Antonio Castro Molina para optar el Título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, ante el jurado conformado por los doctores Mario Castillo Freyre, Carlos Cárdenas y Luis Pizarro, con mención sobresaliente.

Me cupo la satisfacción de ser profesor informante y miembro del jurado que evaluó la sustentación de la tesis que para optar el título de abogado sustentó en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad el señor Juan Antonio Castro Molina, acto en el que fue aprobado por unanimidad con el calificativo de sobresaliente. Dicha tesis se denominó "*El Fideicomiso como relación jurídica patrimonial*".

No sin antes agradecer a THĒMIS - Revista de Derecho, por la deferencia que me hace al encargarme estas palabras, en primer término, deseo resaltar el hecho —de por sí valioso— de que un exalumno opte el título de abogado a través de la elaboración y sustentación de una tesis, situación que ya constituye un valioso elemento distintivo, por el enorme esfuerzo y tiempo que quien emprende una labor así debe destinar para lograr sus objetivos.

Adicionalmente, pienso que la tesis, a diferencia de los expe-

dientes, brinda al graduado la oportunidad de dejar un aporte significativo a su Universidad, el mismo que implica una alta dedicación.

Pero el caso de la tesis del señor Juan Antonio Castro Molina es uno de aquellos en los cuales un profesor siente especial satisfacción al leer un trabajo tan notable respecto al tema escogido; y al integrar el jurado pude apreciar lo bien que el referido exalumno había preparado el respectivo estudio y su impecable sustentación oral y debate con los miembros de dicho jurado.

El señor Castro Molina hace un exhaustivo análisis del tema del fideicomiso, ofreciendo su trabajo características singulares.

Es de resaltar el estudio que efectúa en el Capítulo Primero de su tesis acerca de los antecedentes históricos del contrato, en los derechos en que tuvo nacimiento esta figura. Así, analiza sus antecedentes en Roma y en Inglaterra.

Dentro del Capítulo Segundo, relativo a la naturaleza jurídica del fideicomiso, resultan de sumo interés las diferencias y similitudes del fideicomiso con otras figuras, ya que ante la relativa novedad de este contrato en el Perú, me atrevería a decir que en nuestro modelo reina confusión y sobre todo ignorancia al respecto.

En el Capítulo Tercero de la tesis, el señor Castro Molina estudia

los elementos del contrato de fideicomiso, en general y respecto a la legislación peruana en particular.

Es ilustrativo el tema del Capítulo Cuarto, cuando analiza el fideicomiso en las legislaciones de otros países tales como Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Venezuela, Colombia y México —pues sobre todo en estas dos últimas naciones se ha escrito y debatido mucho al respecto.

Uno de los temas que distinguen a la tesis del señor Castro Molina es el tratamiento de los aspectos tributarios del fideicomiso en el Perú, sobre todo al vincular el tema con las experiencias mexicana y colombiana (Capítulo Cuarto) y las pautas para modificar la legislación peruana en materia de fideicomiso, en lo que respecta al ordenamiento tributario (Capítulo Octavo).

Adquiere similar importancia el esfuerzo desplegado por el señor Castro al establecer ideas destinadas a modificar la legislación peruana en materia de fideicomiso.

Por todo ello, estimo que el esfuerzo del señor Juan Antonio Castro Molina tuvo un merecido resultado al obtener el calificativo a que hice referencia al comenzar con esta breve reseña de su tesis de abogado.

Mario Castillo Freyre