

Gobierno de Fujimori: La Tensa Relación entre la Economía Liberal y los Derechos Laborales

Javier Neves Mujica

Abogado. Profesor Asociado de la PUC.

Intentaré hacer en estas páginas un balance de la política laboral seguida por el gobierno actual en sus ocho meses de gestión, como correlato del programa económico liberal adoptado desde sus inicios y después radicalizado. Para efecto de situar la reflexión, expondré primero algunas cuestiones previas y dividiré luego el campo de análisis en un área de relaciones individuales y otro de relaciones colectivas de trabajo, culminando finalmente con un comentario de conjunto.

Tres cuestiones previas

Primera.- Rige en el Perú desde 1980 una Constitución que proclama al trabajo como fuente principal de la riqueza y reconoce los derechos de los trabajadores como fundamentales de toda persona. Esta Constitución, de inspiración democrática y social, es la cabeza de un cuerpo normativo que en lo laboral revela un signo contrario: sofocante intervencionismo en las relaciones colectivas y cierta sobreprotección en las relaciones individuales de trabajo.

Segunda.- Era necesaria una reforma del ordenamiento laboral para adecuarlo a la orientación constitucional. Los dos primeros regímenes democráticos establecidos bajo el imperio de la Constitución, no la hicieron. Belaúnde y García utilizaron la legislación laboral heredada de la segunda fase del gobierno militar, impregnada de las características señaladas. Quizá la única excepción sea la dación de una nueva ley de estabilidad laboral por iniciativa del gobierno de García y la elaboración de varios proyectos legislativos, entre los que destaca el de la Ley General de Trabajo, también durante el régimen pasado.

El actual gobierno conducido por Fujimori sí ha llevado a cabo una reforma bastante amplia - todavía no integral- del sistema de relaciones laborales pre e infraconstitucional. Pero, ¿está la transformación normativa efectuada, ajustada a la Constitución en forma y fondo?.

En lo que toca a la forma, creo que la casi totalidad de los laboristas convendrá en la existencia de una manifiesta transgresión de las reglas constitucionales. El Poder Ejecutivo, ha utilizado indebidamente -con muy pocas excepciones- dos vías normativas. La primera es la de los decretos de urgencia, limitados por la Constitución para materias económicas y financieras, ámbito que según la práctica normativa de estos meses -en verdad, estos años- comprende sin embargo todos los derechos laborales. El caso extremo es el de la dación por decreto de urgencia de un nuevo régimen de compensación por tiempo de servicios. La segunda vía es la de los reglamentos de ejecución, irregularmente empleada también para normar derechos, como la huelga por ejemplo, mediante la modificación de antiguos decretos supremos, pre-existentes a la Constitución, pese a que ésta establece una clara reserva legal.

No atribuyo en este punto toda la responsabilidad al Poder Ejecutivo. Pienso que sus excesos son posibles gracias a la expresa o tácita complicidad de los otros poderes llamados a controlarlo. El Poder Legislativo no ha definido aún los alcances de los decretos de urgencia. Y el Poder Judicial considera increíblemente válidas todas las normas expedidas por el gobierno al amparo del art. 211 inc. 20 de la Constitución¹.

1. En el Nº 17 de "Thémis", de un lado, Yuri Godoy analiza comparativamente los diversos proyectos de ley que duermen en el Congreso, alguno de los cuales debería estar ya regulando el uso correcto de las medidas extraordinarias por el Poder Ejecutivo. De otro lado, Alejandro Falla presenta un exhaustivo estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia, arribando a una estremecedora conclusión, lamentablemente confirmada por los hechos: basta que un decreto del gobierno se apoye en el art. 211 inc.20 de la Constitución, para que la Corte Suprema considere automáticamente presentes sus aspectos esenciales (urgente y extraordinaria necesidad, materia económica y financiera, y carácter temporal).

Tercera.- ¿En lo que se refiere al fondo, hay compatibilidad entre las reformas laborales de este gobierno y la Constitución? Aquí la respuesta es más difícil, por cuanto la Constitución cuando proclama un derecho no impone un único concepto sobre el mismo, sino que brinda un margen de posibilidades entre las cuales deberá optar el legislador, pero sin salirse del contenido esencial de aquél. Así, el Congreso podría tal vez definir la huelga como cesación colectiva y concertada de labores o como cualquier perturbación en la forma habitual de prestación de los servicios, sin transgredir en ningún caso el marco constitucional. Pero, ¿tendrá también el Poder Ejecutivo esa libertad? Pienso que definitivamente no, ya que éste se encuentra severamente enmarcado por la ley. Y las reformas de estos meses las ha hecho el gobierno. Una cuestión de forma puede volverse, pues, de fondo.

En mi opinión -y esto lo veremos desagregadamente en el punto siguiente- los cambios normativos efectuados se hallan ubicados muy cerca o tal vez más allá del límite derecho del texto constitucional. Esta situación no debe sorprender, aunque sí preocupar, en tanto la política económica liberal asumida por el gobierno, condiciona naturalmente las políticas sociales, entre ellas la laboral. Y esa política económica, ortodoxamente liberal, que busca el imperio absoluto del mercado, colisiona con una Constitución que prefiere una economía social de mercado, en el marco de un Estado social y democrático de derecho. La nítida opción del preámbulo por una economía que esté al servicio del hombre y no un hombre que esté al servicio de la economía, parece no dejar lugar a confusiones.

¿Hay coherencia en el diseño de esta política? Pienso que en términos generales sí, en muy apreciable nivel. El conjunto de las reformas va en una sola dirección. Quizá las únicas -graves- contradicciones provengan del intervencionismo subsistente y hasta reforzado en materia de negociación colectiva y huelga. El cuadro es, descontada esta salvedad, claramente flexibilizador. Problema distinto es que muchos pensemos que esta flexibilización, cuya justificación podría encontrarse en algunos aspectos de las relaciones individuales de trabajo, debería ir acompañada -mejor aún, precedida- de una legislación promocional de los derechos sindicales en el ámbito de las relaciones colectivas. Se pasaría así, como en los modelos que el gobierno ha copiado, de un garantismo estatal a otro colectivo, sin dejar indefensos a los trabajadores. La realidad de estos meses está muy distante de este propósito: el Estado desprotege en lo individual y no favorece la autoprotección en lo colectivo.

Las relaciones individuales

El eje de las relaciones individuales de trabajo en nuestro país es la estabilidad laboral. Ante la preca-

riedad de los derechos sindicales, que son el eje de las relaciones colectivas y deberían serlo de todo el sistema, la estabilidad laboral ha asumido su función, cobrando así una inusitada importancia. En este sentido de la palabra, es en el Perú de hoy la mejor garantía jurídica para el ejercicio de todos los derechos laborales.

El derecho a la estabilidad laboral comprende una regla "de entrada" y otra "de salida". La primera consiste en permitir la contratación temporal de trabajadores sólo para la cobertura de labores de naturaleza eventual. La segunda se traduce en una prohibición de los despidos injustificados de los trabajadores. Una y otra manifestación del derecho se encuentran consagradas, en mi concepto, en el art. 48 de la Constitución, aunque sólo la segunda lo esté explícitamente. La interpretación de las normas que confieren derechos debe ser extensiva y no restrictiva, razón por la cual no veo fundamento alguno para desconocer la recepción por el citado precepto constitucional de la preferencia por la contratación de duración indeterminada, reconocida por la mejor doctrina como elemento central de la estabilidad laboral.

Ambos momentos de la estabilidad laboral han sido regulados en estos meses en la perspectiva de favorecer la autonomía de la voluntad del empleador, ya sea para contratar o para despedir. En el primer caso, se ha facilitado la contratación temporal. El Decreto Supremo 077-90-TR, en vía de reglamentación del Decreto Ley 18138, ha introducido tres tipos y siete sub-tipos de contratos de duración determinada. Asimismo, recogiendo la Resolución Ministerial 430-90-TR, ha simplificado el trámite de aprobación de dichos contratos, concediéndola con la mera presentación de las solicitudes respectivas. Si bien de este lado se abandona una importante tarea fiscalizadora que por ley corresponde al Ministerio de Trabajo -impracticada en verdad desde hace mucho-, de otro lado el decreto comentado fija un plazo máximo de duración a la mayoría de dichos contratos y recoge importantes criterios doctrinarios y jurisprudenciales, mecanismos todos destinados a evitar el abuso de esta figura como forma de elusión de la estabilidad laboral. Hubiera sido deseable una mejor precisión en la regulación de algunos de los sub-tipos de contratos temporales, pero el decreto supremo encuadra adecuadamente en el marco legal, por cuanto trata a la contratación de duración determinada como excepción a la regla de la contratación de duración indefinida. El camino es muy distinto al del PROEM, seguido por el gobierno anterior -e inexplicablemente convalidado por la Corte Suprema, en una deplorable sentencia- que infringía abiertamente el principio, al permitir la contratación temporal para labores permanentes.

En lo que considero sí ha habido un desbordamiento de los límites constitucionales, es en la creación de dos modalidades contractuales denominadas

formación laboral juvenil y pre-profesional, que han sido indebidamente sustraídas no sólo de la estabilidad laboral -pese a no haber justificación para la contratación temporal en la naturaleza misma de la labor sino en el propósito de fomento del empleo, de indudable valor, pero que no es causa apropiada para aquélla- sino también de la propia condición laboral. Hay intercambio de prestación subordinada de actividad por remuneración (llamada en el Decreto Supremo 064-90-TR subvención) y, sin embargo, no hay contrato de trabajo. La irregularidad no puede ser más notoria. En aplicación del principio de la primacía de la realidad, el Poder Judicial debería reconocer en estos casos verdaderas relaciones laborales.

En lo que respecta al despido, el cuadro flexibilizador se ha completado con la reciente modificación del reglamento de la ley de estabilidad laboral. Primero, por Decreto Supremo 069-90-TR, se reguló el despido por causas económicas, normalmente colectivo, a través de la supeditación de las reducciones o liquidaciones de personal a la previa solicitud de suspensión total o parcial de labores, permitiendo al empleador la formulación de propuestas alternativas a las primeras medidas en cualquier estado del procedimiento, en clara transgresión de la Ley 24514, que las admite sólo respecto de condiciones de trabajo y después de recibido el dictamen correspondiente. Luego, se declaró en emergencia varias empresas del Estado por períodos de 60 días, a veces renovados, autorizando las reducciones de personal con la sola presentación de la solicitud, e incluso, en algún caso, la revisión de convenios colectivos celebrados. La procedencia del despido sólo por causa justa debidamente comprobada y la fuerza de ley de los convenios colectivos, garantizadas en los arts. 48 y 54 de la Constitución respectivamente, fueron evidentemente olvidadas.

El controvertido Decreto Supremo 016-91-TR, reformatorio del reglamento de la Ley 24514, se ocupa, más bien, del despido por causas disciplinarias, comúnmente individual, que era el único espacio aún no tocado. El decreto supremo está dirigido a recortar los derechos del trabajador, ampliando correlativamente los del empleador, a través de una sistemática interpretación restrictiva de la Ley 24514, a veces apoyada en una línea jurisprudencial empobrecedora del derecho a la estabilidad laboral. Las notorias vulneraciones al ordenamiento laboral que contiene, se extienden en mi concepto, a la Constitución misma, cuando se tipifica nuevas faltas graves pese al principio de legalidad que rige esta materia, o se afecta los principios de igualdad de trato e irrenunciabilidad de derechos (en los arts. 7, 17 y 18 del decreto supremo comentado, respectivamente).

De otro lado, ha sido modificada sustancialmente la compensación por tiempo de servicios. Es cierto que tal como estaba normada resultaba muy onerosa para los empleadores, no brindaba seguridades ni de cobro efectivo ni de mantenimiento de nivel adquisitivo a los trabajadores y recargaba las labores judiciales. El Decreto Supremo 015-91-TR ha solucionado el problema judicial y los del empleador, pero no los del trabajador: se deposita sólo la remuneración básica y no el íntegro, y se gana apenas los intereses legales, los que además no pueden ser retirados mientras esté vigente la relación laboral. Sólo se ha atendido eficazmente el problema de la garantía de cobro.

En síntesis, en el terreno de las relaciones individuales, la orientación de los cambios no parece ofrecer dudas.

Relaciones colectivas

Los tres derechos fundamentales que conforman el núcleo de las relaciones colectivas: la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, han sido afectados por este gobierno, aunque no siempre en la misma dirección. En materia de libertad sindical, el Decreto Supremo 076-90-TR produjo una reforma de orientación próxima a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: se introdujo la pluralidad sindical a nivel de base, acabando con el régimen de unicidad anterior, tantas veces objetado por ese organismo, se simplificó el registro otorgándolo con la sola presentación de la solicitud y se reconoció la personalidad jurídica a las organizaciones sindicales. Los cambios, sin embargo, no se extendieron a la capital área de la protección de la actividad sindical, donde nuestra legislación sigue reconociendo paradójicamente las medidas marginales, como la licencia o las cuotas, pero no las centrales².

El signo de la regulación de la negociación colectiva y la huelga, por el contrario, sí ha sido más bien controlista. La negociación colectiva está virtualmente intervenida por el gobierno desde agosto del año pasado. Primero fue suspendido el derecho a celebrar nuevos pactos o a ejecutar los celebrados en el caso de las empresas del Estado (Decreto Supremo 057-90-TR). Simultáneamente, en cambio, en el ámbito privado no estatal, se dejaba librada la negociación colectiva al mercado, señalándose que si el Estado resolvía los conflictos, lo haría sobre la base de un informe económico conocido por las partes y sin pautas fijas para los reajustes salariales (Decreto Supremo 058-90-TR). Esta primavera liberal me parecía objetable, no en su finalidad sino en su oportunidad, por cuanto no se había equilibrado antes

2. En su tesis sobre "La protección de la libertad sindical en el Perú", calificada de sobresaliente. David Lovatón llama la atención sobre la absurda situación configurada en nuestro ordenamiento laboral en materia de libertad sindical, en el que gozan de tutela efectiva los aspectos complementarios como las facilidades o prerrogativas, mientras el núcleo esencial carece de amparo: las medidas perjudiciales contra cualquier trabajador, adoptadas desde la constitución de la relación laboral en adelante, consistentes en discriminaciones en el empleo o actos de injerencia.

a ambas fuerzas para arribar a soluciones justas, ni se había reformado el procedimiento para promover la negociación directa y el arbitraje voluntario. El mismo gobierno, por razones distintas - férreo control de la política salarial como importante componente de su política económica basada en la pérdida de la capacidad adquisitiva de las remuneraciones -prefirió volver al invierno intervencionista, estableciendo la solución conjunta (y centralizada en Lima) de todas las negociaciones colectivas sujetas a su decisión (Decreto Supremo 071-90-TR y otros) y la resurrección de las pautas para los reajustes (Decreto Supremo 067-90-TR).

En el caso de la huelga, fue expedido el Decreto Supremo 070-90-TR, dirigido a imponer severas restricciones a su ejercicio en un amplio y abierto sector de servicios considerados esenciales. Es cierto que ha habido graves abusos en el ejercicio del derecho en algunos servicios esenciales -que, sin embargo, andan presupuestalmente abandonados por el gobierno-, pero un listado demasiado extenso de los mismos, al cual además cualquier ministro puede añadir nuevas empresas, sin la contemplación de ninguna medida compensatoria no es la mejor manera de regular un derecho fundamental.

En definitiva, ha habido un avance en materia de autoorganización, pero varios retrocesos en auto regulación y autotutela, que son los tres componentes de la autonomía colectiva consagrada por la Constitución.

Comentario final

El Perú es un país en el que casi nadie puede vivir dignamente de su trabajo honrado. Seguramente que la situación de la población asalariada es menos grave que la de la población independiente en su mayoría y desempleada. De todos modos, los niveles remunerativos actuales no cubren las necesidades más elementales. Es, en consecuencia, razonable que la prioridad en la política social no esté en los asalariados. Lo que no es razonable es que no haya prácticamente política social y que a los asalariados la política económica los empobrezca deliberadamente. Lo menos que una democracia debe ofrecer a este sector, es el respeto a sus organizaciones y a la actividad comercial y de presión ejercidas por éstas. Imperio del mercado para regular todos los precios, menos el de la mano de obra, oficialmente subvaluado, es una grave y dramática contradicción.

La Flexibilización del Derecho Laboral Peruano

Víctor Ferro Delgado

Abogado. Profesor Auxiliar de la PUC.

En los últimos meses hemos asistido a una verdadera flexibilización del Derecho del Trabajo peruano que podría estar pasando inadvertida o no apreciada en su verdadera dimensión. En efecto, se han promulgado un conjunto de dispositivos que han tocado áreas sensibles y conflictivas, no obstante que parecían constituir piezas inamovibles de nuestro ordenamiento laboral. En rigor, dichas reformas no resultan casuales o episódicas sino que constituirían el corrolato que en el campo laboral corresponde a la corriente liberalizadora que ha asumido nuestra economía, y que resulta la constante tanto en América Latina como -mutatis mutandi- en Europa del Este. En nuestro caso el sustrato de esta corriente implica, de una parte, el alejamiento de las fantasías económicas con su secuela de aislamiento internacional, inflación descontrolada e intervencionismo estatal proclive a las prebendas, y de otra, el reconocimiento a la inviabilidad del populismo político. Así, si se pretende revalorar el rol del mercado y la transparencia de su funcionamiento en base a la exigencia de competitividad y eficiencia al empresario, como requisito para su supervivencia, ello no puede dejar de extenderse al campo laboral. En tal sentido deviene en un imperativo el manejo de las relaciones laborales desde una perspectiva más flexible, a fin de adecuarlas a este nuevo esquema. Un repaso de las normas laborales recientemente emitidas apuntarían a corroborar lo afirmado:

a) En materia de Derecho Individual del Trabajo.-

- a.1) Contratos de Trabajo a plazo fijo. (Decreto Supremo N° 077-90-TR).-

Se ha previsto una amplia gama de contratos temporales, cuyo común denominador consiste en vincular la contratación con la real necesidad del puesto de trabajo en la empresa. Con ello se modifica el rígido esquema que prevalecía en nuestro ordenamiento y que por falta de una clara norma-

tividad inhibía la contratación de personal temporal, no obstante que el supuesto de la contratación era esencialmente eventual. Han quedado así tipificados supuestos diversos, tales como el inicio de nuevas actividades, el incremento de actividad empresarial, la reconversión tecnológica, las necesidades coyunturales del mercado, los servicios accidentales u ocasionales, el reemplazo, la emergencia, los contratos para servicios específicos y los intermitentes. En síntesis, la norma aspira al encuentro de la oferta con la demanda de trabajo evitando que sean considerados estables puestos de trabajo caracterizados por la eventualidad. Ello favorecerá la generación de puestos de trabajo que sin ser permanentes no incurrir en la fragilidad de un régimen como el ya fenecido Programa Ocupacional de Emergencia -PROEM- cuya constitucionalidad resultaba cuestionable. Paralelamente, se ha simplificado la aprobación de estos contratos obviando la intervención del Ministerio de Trabajo, en base a la presunción de veracidad sobre la temporalidad en la que se fundamenta el contrato. Ello no significa, empero, que no sea requisito fundamental el carácter accidental del contrato, ya que si se comprobaba en litigio su inexactitud, pasaría a ser considerado uno de carácter indefinido.

- a.2) Contratos de Formación Laboral Juvenil y Contratos de Formación Pre-Profesional. (Decreto Supremo N° 064-90-TR).-

Su objeto es la capacitación y el ingreso al mundo laboral de aquellos sectores en los cuales el desempleo afecta con mayor intensidad. Sin embargo, no es el objeto de estos contratos -como se les ha criticado- tratar de disfrazar prestaciones de real na-

turalidad laboral y por ende amparados por la estabilidad laboral u otros derechos laborales ordinarios. Por el contrario, el supuesto del contrato de formación laboral juvenil es el entrenamiento en centros de trabajo de jóvenes entre dieciséis y veintiún años que, probablemente tienen su primer contacto con el quehacer laboral. Su duración está limitada a un máximo de dieciocho meses y su contratación sujeta a un límite del 15% del total del personal de la empresa.

Los contratos de formación pre-profesional están destinados a quienes deben realizar prácticas pre-profesionales, esto es, estudiantes de cualquier edad de universidades e institutos superiores y entidades públicas o privadas que brinden formación especializada superior. Para ambos tipos de contrato no resulta aplicable la legislación laboral común, habida cuenta del carácter no dependiente de estos servicios, pero se ha previsto una subvención económica no menor a la remuneración mínima vital, salvo el caso de la práctica en consultorios profesionales, asociados o individuales, en que dicha subvención se reduce al 50%. Por cierto, resulta previsible que de estos contratos podrán surgir relaciones laborales futuras, en la medida que, indirectamente, permiten una mayor apreciación por el empleador de las calidades personales del contratado. Por cierto ello no podría ser estimado una extensión indebida del período de prueba, ya que, como queda dicho; el objeto de estos contratos no es la prestación subordinada de servicios sino la capacitación. Por el contrario, si se acreditase que tal entrenamiento no ha sido brindado y que en buena cuenta el contrato ha servido para el encubrimiento de una verdadera relación laboral será esta situación la que deberá prevalecer. Así las cosas, la empresa tendría que estar en aptitud de demostrar el entrenamiento que ha ofrecido mediante planes de capacitación que impliquen estadios, secuencias y evaluaciones específicas.

a.3) Nuevo Reglamento de Estabilidad Laboral. (Decreto Supremo N° 016-91-TR).-

Se ha flexibilizado a través de esta norma el derecho más controversial y polémico que contiene nuestra legislación laboral. Así, por ejemplo, han quedado tipificados como incumplimiento injustificado de obligaciones de trabajo aspectos fundamentales de la relación laboral que venían perdiendo significación en las relaciones entre empresarios y trabajadores, rescatándose

valores tales como la lealtad, la fidelidad y diligencia al establecerse que incumplimientos a estos supuestos constituyen causal de separación, siempre que revistan gravedad. El concepto de fidelidad y lealtad laborales tienen una connotación particular en el campo del derecho individual del trabajo, distinguiéndose de la simple buena fe contractual en razón de las características propias del vínculo laboral. En efecto, mediante el contrato de trabajo, empleador y trabajador quedan asociados por un interés común ligado al bienestar de la empresa y de ahí que resulte una obligación exigible velar por dicho bienestar. El deber de fidelidad se orienta a que el trabajador atienda con exactitud el cumplimiento de sus obligaciones de trabajo. Por ejemplo, cuando su deber consiste en procesar la materia prima que se le ha proporcionado. Se falta al deber de lealtad cuando ese mismo trabajador deja de advertir al empleador que la materia prima presenta irregularidades que van a afectar la máquina o la calidad del producto. Dicho en otros términos, el trabajador que labora fielmente se limita a cumplir con sus obligaciones, es decir con fidelidad, pero puede hacerlo deslealmente cuando no advierte el perjuicio que puede ocasionarse a la empresa ante determinadas circunstancias.

Se ha precisado igualmente que el paro intempestivo corresponde a la falta grave de incumplimiento injustificado de obligaciones, con lo cual se busca rescatar a la productividad como un bien jurídicamente tutelado en nuestro ordenamiento, habida cuenta que medidas de tal naturaleza no constituyen ejercicio legítimo del derecho de huelga y por ende carecen de amparo legal. El reglamento aclara igualmente que la apropiación ilícita fallida corresponde a la misma causal de falta grave, descartando así algún fallo del Tribunal de Trabajo que consideró lo contrario, hasta que una Directiva Jurisdiccional precisó las cosas. En ese sentido, la norma reglamentaria está simplemente recogiendo aquello que ya había quedado definido por la referida Directiva.

De otro lado, se ha establecido que el cómputo del porcentaje limitativo de personal de confianza se efectúa sobre el total de trabajadores de la empresa cuando existe multiplicidad de centros de trabajo. Así por ejemplo, si una empresa tiene un asentamiento minero con un total de cuatrocientos trabajadores de los cuales seis son funcionarios de confianza, pero en su

oficina administrativa cuenta con ochenta empleados de los cuales cuarenta son trabajadores de confianza, podrá tipificar como tales tanto a los seis del centro minero como a los cuarenta de su oficina central porque el porcentaje podrá calcularlo sobre el total de trabajadores de la empresa. Anteriormente, el cómputo debía efectuarse sobre el centro de trabajo, obviando considerar que la empresa es una unidad con prescindencia del número de centros de trabajo que cuente, y que el personal directivo usualmente está concentrado en un solo local.

En materia de reducción de personal se ha innovado al establecerse que el acuerdo societario para la liquidación de la empresa resulta motivo válido y suficiente para llevar a cabo la liquidación del personal, no resultando así necesario el informe del Ministerio del Sector o de CONASEV para estos efectos, sin perjuicio del pronunciamiento que el Ministerio de Trabajo deba emitir autorizando la medida.

a.4) **Nuevo Régimen de Compensación por Tiempo de Servicios.** (Decretos Supremos N°s 015-91-TR y 022-91-TR).-

Se ha modificado sustancialmente todo el régimen de compensación por tiempo de servicios que ha regido en el Perú, introduciendo el concepto del efecto cancelatorio de la liquidación abonada al depositario que el trabajador designe, sea éste una institución bancaria, financiera o análoga, o el propio empleador, de mediar convenio individual entre las partes. De esta forma la idea de liquidar los beneficios sociales aplicando la última remuneración vigente multiplicada por la totalidad de los años de servicios, queda sustituida por liquidaciones parciales en base a la remuneración vigente en la oportunidad de cada pago. Simplificando al máximo la idea, el empleador queda obligado a abonar adicionalmente dos remuneraciones al año, una en cancelación de un año de servicios -el más remoto de la reserva acumulada al 31 de diciembre 1990- y otra que corresponderá al año en curso de la relación laboral, siendo que este último debe abonarse a razón del 50% en cada semestre. El efecto cancelatorio implica, pues, que los años así liquidados se tienen por cancelados en forma definitiva, por lo que no son materia de recálculo alguno ni inciden en ellos los incrementos remuneratorios que el trabajador pueda gozar en el futuro. Desde la perspectiva del empleador, ésta es una ventaja innegable, ya que le representaba

una pesada carga el efecto multiplicador que cada incremento remuneratorio tenía respecto de la reserva indemnizatoria, en particular sobre los empleados de cierta antigüedad. Dicho sistema había llegado a representar un verdadero freno a las mejoras salariales, y paralelamente había dado lugar a una frondosa y enrevesada legislación que creaba subterfugios para otorgar incrementos remuneratorios sin carácter indemnizatorio. A ello se agregaba la incertidumbre de amplios sectores laborales sobre la suerte de sus beneficios sociales, los cuales sólo se encontraban garantizados en el caso de empresas de cierta magnitud, siendo que un porcentaje significativo debía acudir a los Tribunales para exigir su pago. El nuevo régimen permite que los trabajadores tengan la certeza que el empleador está observando esta obligación, por lo que podrán accionar desde un inicio en caso de incumplimiento, no teniendo así que esperar al término de la relación laboral. Paralelamente, se han previsto causas para retiros parciales y anticipados del fondo acumulado, por motivos tales como la financiación de la casa única, el fallecimiento de familiares directos o el matrimonio. De la misma forma se admite el retiro de un 20% anual con libre disposición, siempre que haya transcurrido no menos de dos años de realizado el primer depósito.

Por parte del fisco el nuevo régimen permitirá mayores ingresos en atención a que al eliminarse el efecto multiplicador de la última remuneración sobre el total de la reserva acumulada, se reducirá el monto que el empleador podía deducir como gasto, resultando así un mayor ingreso afecto a impuesto a la renta. Desde una perspectiva económica, existirán mayores recursos en el sistema financiero que facilitarán los créditos que requiere la reactivación económica, y adicionalmente, como quiera que existiría preferencia de los trabajadores porque sus depósitos se efectúen en moneda extranjera, es probable que ello ocasiona mayor presión sobre el dólar que facilite su elevación, contribuyendo a devolverle su valor real y de esa forma estimular las exportaciones.

b) **En materia de derecho colectivo.**-

b.1) **Huelga en servicios públicos esenciales.** (Decreto Supremo N° 070-90-TR).-

Ha quedado determinado que el derecho de huelga no puede ser ejercido en detrimento de los derechos básicos de la perso-

na, en cuanto éstos gozan también de garantía constitucional para su ejercicio. Si bien la huelga es un derecho constitucional y constituye un elemento básico para la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores, no puede subordinar el ejercicio de otros derechos constitucionales que gozan de mayor jerarquía y reconocimiento. Así por ejemplo, el derecho a la vida, a la salud, al saneamiento público, al aprovisionamiento de agua, de energía eléctrica, de combustibles, al transporte público y a las comunicaciones, a la administración de justicia -entre otros que pudieran merecer expresa calificación- constituyen derechos elementales de la persona a los cuales el derecho de huelga debe subordinarse. En tal sentido, debe garantizarse la continuidad en la prestación de estos servicios a los que por estas consideraciones se les denomina esenciales. Ello no significa que en tales actividades no se reconozca la validez de la huelga, pero ésta sólo puede efectuarse en la medida en que el servicio esencial que brindan a la colectividad pueda mantenerse en lo fundamental, aunque alterado respecto a la prestación normal del servicio. Por cierto, si se prohibiera la huelga en estas áreas se estaría restringiendo a un importante sector de trabajadores del ejercicio de un derecho fundamental que nuestro ordenamiento constitucional cautela. Por el contrario si se le permitiera con la misma intensidad con la que opera en cualquier otra actividad no considerada esencial, se estaría lesionando el derecho fundamental de la persona a recibir los indicados servicios elementales. De ahí, pues, que la norma plantee un justo medio entre ambos derechos constitucionales. En este orden de ideas, la huelga en los servicios esenciales puede efectuarse pero solamente cuando esté asegurada su continuidad mediante un contingente de trabajadores que atienda -aunque parcialmente pero sí en lo fundamental- la prestación de estos servicios durante la paralización.

Se ha criticado que este dispositivo reserve al Ministerio del sector la posibilidad de declarar lo que en determinadas circunstancias pueda considerarse servicio público esencial, ya que se estima que ello confiere un margen muy amplio de discrecionalidad. Este aspecto fue uno de los que objetara el Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. en anteriores proyectos de regulación del derecho de huelga, y es previsible que vuelva a producirse análoga observación. Sin embargo, otras legislaciones,

como la italiana por ejemplo, contienen una amplísima enumeración de lo que se considera como servicio público esencial, entre los que incluye prácticamente todos los vinculados a derechos fundamentales de la persona recogidos en su ordenamiento constitucional, y que en nuestro caso están regulados en nada menos que setenta y siete artículos de nuestra Constitución.

b.2) Pluralidad Sindical. (Decreto Supremo N° 076-90-TR).-

Se ha establecido la posibilidad que al interior de un mismo centro de trabajo coexista más de un sindicato de la misma categoría profesional (obreros o empleados), siempre que cuente con un mínimo de veinte trabajadores. De la misma forma se ha previsto que dos sindicatos formen una federación y que dos federaciones formen una confederación. Ello puede implicar que en una misma empresa coexistan no solamente varios sindicatos sino incluso federaciones y confederaciones.

El sustento de esta disposición habría tenido su origen en una antigua y reiterada observación del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. al régimen de sindicación que regía en el Perú, conforme a la cual sólo podía existir un único sindicato por categoría (empleados u obreros) conformado por la mayoría de trabajadores. Dicho régimen podía coactar la libertad sindical de las minorías, es decir, de aquellos trabajadores que no se sentían representados por una directiva sindical por la que no habían votado o que incluso podía ser renuente a proteger efectivamente en materia sindical a quienes estimaban alejados de sus convicciones ideológicas. Así, el nuevo dispositivo admite la formación de tantos sindicatos como grupos de veinte trabajadores puedan existir. Empero, para efectos de la negociación colectiva se reconoce la personería gremial, es decir el derecho de representar al conjunto de trabajadores a aquél que cuente con el mayor número de afiliados.

Algunos sectores critican la norma porque estiman que favorece la atomización sindical en beneficio del empleador quien en lugar de enfrentar a un movimiento sindical sólido y unido podría orientar su estrategia hacia la desunión de manera de incrementar su propia capacidad negocial. Agregan que el sistema permitiría incluso alentar la formación de sindicatos promovidos por el propio empleador, de manera de neutrali-

zar la combatividad de ciertos sectores. Sin embargo, no puede dejarse de reconocer que los trabajadores deben gozar de la salvaguarda de su autonomía colectiva, y ser ellos quienes determinen la forma cómo desean organizarse colectivamente y quiénes deben ser sus representantes. Por lo demás desde la dación del dispositivo a fines de 1990 no se han producido ejemplos significativos de atomización sindical, lo que significaría que los propios trabajadores gozan de la independencia de criterio suficiente para asumir el derecho, mas no la obligación, de acogerse o no a la pluralidad sindical.

b.3) Solución conjunta de pliego de reclamos. (Diversas Normas).-

El sistema ha consistido en que el Ministerio de Trabajo ha emitido resoluciones de talla única para resolver pliegos de reclamos en los cuales no había mediado acuerdo de partes. El régimen resulta cuestionable porque pretende una solución conjunta a realidades muy diversas: en algunos casos los aumentos han resultado de un nivel difícil de manejar, por la precaria situación económica en la que se encontraba la empresa; en otros casos ha

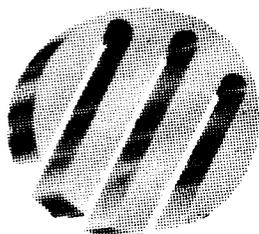
implicado aumentos ostensiblemente menores a las ofertas ya planteadas en la negociación directa entre las partes e insignificantes para el nivel de remuneraciones vigentes en determinados centros de trabajo. Usualmente, la solución precaria no es solución porque obliga a efectuar reajustes adicionales, o en su defecto es causa de intranquilidad en el centro de trabajo, lo que impide la paz laboral que persigue el convenio colectivo. En tal sentido, es de desear que esta forma de atender la negociación colectiva no continúe y se rescate el derecho y la obligación de empleadores y trabajadores de llegar a una solución directa en sus diferendos.

Por último el Ejecutivo ha planteado un proyecto de Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, a fin de regular integralmente la negociación colectiva, la sindicación y la huelga.

Este rápido recuento de los dispositivos emitidos implican, pues, importantes pasos en estos afanes renovadores del Derecho Laboral peruano en los que se constata un común denominador de dotar a las relaciones laborales de una orientación más flexible y acorde con un manejo más realista de la economía nacional.

Ahora, BANCA MAGISTRAL.

Un servicio exclusivo para
colegios que incluye
el seguro más completo
para los alumnos
y sus padres: **MAGISTER**



MAGISTER ✓

Seguro Educativo y de Accidentes Personales.

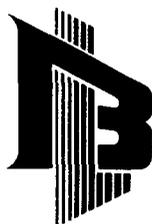
Esto es Magister: Un seguro para el alumno (contra accidentes) y un seguro para el padre de familia (cubre la educación total de los hijos por fallecimiento del padre o tutor).

Afiliarse. El Banco Latino con su exclusiva Banca Magistral (sólo para colegios) le brinda un servicio personalizado y, sin costo bancario adicional, más de 18 beneficios diseñados especialmente para su plantel.

Solicite la visita de un Representante.

Llámenos hoy mismo al teléfono 42-3722 en Lima; en Provincias acercarse al Banco Latino.

Respaldo por las compañías de seguros El Sol, La Nacional y Atlas.



Banco Latino

Donde usted exige.

Daño a la estética de la persona*

Roberto Vázquez Ferreyra.

Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Rosario y en la Facultad Católica de Derecho de Rosario.

1) Introducción

Al daño estético se lo ha definido como "una alteración que se traduce en una mengua o deterioro de esa armonía corporal, propiedad de los cuerpos que los hace agradables a los ojos de los demás"¹.

Esta definición, si bien es acertada, resulta insuficiente para comprender todos los problemas que giran en torno al concepto. Así por ejemplo es muy común que en las demandas por daños y perjuicios se reclame la indemnización del daño estético como rubro independiente, esto es, como un tercer género entre el daño moral y el patrimonial.

Por otra parte y como sucede en todo supuesto de daños en los que no se puede equiparar el perjuicio monetariamente, la indemnización queda librada a la discrecionalidad del Tribunal. Esta circunstancia -nos dice de Angel Yaguez- "es motivo de notable inseguridad y causa de otro tipo de fenómenos como es el de la gran litigiosidad, porque las partes no cuentan de ordinario con criterios que les muevan a llegar a acuerdo en materia de indemnizaciones"².

Pensamos por ello necesario realizar algunas profundizaciones en el tema para encontrar la verdadera naturaleza de la cuestión, a efectos de que volcadas esas ideas a la práctica tribunalicia, permitan obtener soluciones más acordes con el ordenamiento y a su vez más justas.

2) El concepto del daño jurídico

A) Importancia del tema

Se suele definir al daño como toda lesión, perjuicio o menoscabo que se irroga a un bien. Esta definición, si bien correcta desde un punto de vista naturalístico, resulta insuficiente para caracterizar al daño jurídico, es decir al daño resarcible³.

Por ello se hace necesario elaborar un concepto de daño jurídico, lo que como bien dice Zavala de González "no constituye una cuestión puramente teórica o especulativa, sino el hilo necesario para componer la trama hacia las soluciones"⁴.

B) El bien dañado

Como primer paso y atendiendo al concepto naturalístico, veamos cuál es el bien que resulta lesionado en el caso del daño estético.

En el derecho italiano se habla de daño biológico haciéndose referencia al perjuicio que afecta la normalidad y plenitud de la existencia de un sujeto. También se lo denomina en forma más amplia daño a la salud y se lo caracteriza como la alteración de la integridad y de la eficiencia psicofísica del sujeto que le impide gozar en la misma medida en la cual era posible antes de la ocurrencia del hecho lesivo⁵. Como recuerda Zavala de González, en Italia, al daño

* Ponencia presentada en las Jornadas en homenaje al Dr. Jorge Bustamante Alsina.

1. Lemega, Miguel Gregorio "El daño estético en la legislación, doctrina y jurisprudencia", L.L. 1977-D-1028.

2. Ricardo de Angel Yaguez "Evaluación del perjuicio corporal en derecho común de la responsabilidad. Los terceros pagadores" en Rev. Española de Seguros 1989, pág. 102.

3. Bueres, Alberto J. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en Derecho de Daños, Bs. As. 1989, pág. 165.

4. Zavala de González, Matilde "Daños a las personas", Vol. 2a Bs.As. 1990, pág. 17.

5. Gallone, Giorgio "Orientamenti della giurisprudenza toscana sul danno biológico". Estrato dalla Giurisprudenza Italiana, 1986 Disp. 3a part I Sez. 2ª Torino pág.22.

biológico se lo considera como un perjuicio autónomo que será siempre resarcible⁶.

En este sentido el Tribunal de Pisa en sentencia del 16-1-85 ha dicho: "Il danno alla salute, inteso quale alterazione dell'integrità ed efficienza fisiopsichica del soggetto che gli impedisca di godere la vita nella stessa misura in cui era possibile prima dell'insorgenza del fatto lesivo, va considerato in modo assolutamente autónomo sia rispetto al lucro cesante da invalidità sia rispetto al lucro cesante in quanto sia pure in misura diversa e sempre presente, va sempre risarcito".

Por nuestra parte creemos que una lesión a la integridad psicofísica del sujeto no constituye un rubro resarcitorio autónomo tal como lo exponemos; sin perjuicio de su consideración específica como configurante de un daño patrimonial o moral.

Dentro de las lesiones a la integridad psicofísica del sujeto encuadra el daño estético. Ahora bien, cuál es la naturaleza del bien que sufre la lesión.

Creemos que ninguna duda cabe respecto a que esta lesión afecta el "derecho a la integridad física o corporal", el que constituye uno de los más preciados derechos de la personalidad⁷.

Configurado el derecho a la integridad física como un derecho de la personalidad, goza de todas las características comunes a estos. Se trata por ello de un derecho esencial, innato, extrapatrimonial, etc.⁸.

Respecto a la extrapatrimonialidad, ello no obsta para que puedan de un modo u otro incidir en la esfera patrimonial, y desde luego para que su transgresión pueda originar derechos de contenido económico⁹. En este último sentido- y adelantándonos a nuestras conclusiones- recordamos que hace ya muchos años Colombo escribía: "se percibe claramente

que las heridas que atentan contra las condiciones estéticas de las personas gravitan sobre éstas de dos maneras diferentes: produciéndoles un menoscabo espiritual y psicológico innegable por la pérdida parcial de la belleza o presentación corporal, y originándoles derivaciones pecuniarias de mayor o menor intensidad según los casos"¹⁰.

En consecuencia ya tenemos en claro cual es el bien sobre el cual recae materialmente la lesión, esto es el daño en sentido físico.

C) El daño jurídico

Respecto al concepto jurídico del daño existen en nuestra doctrina tres orientaciones, las que inciden notablemente al momento de diferenciar el daño moral del daño patrimonial.

Según un primer criterio -sostenido por la autoridad de Brebbia¹¹- el acento se pone sobre la naturaleza del derecho o bien jurídico lesionado; según este primer criterio, cuando la lesión se irroga a un derecho de contenido patrimonial, el daño reviste la misma naturaleza. Por el contrario, cuando el bien es extrapatrimonial -caso de los derechos de la personalidad- el daño es siempre moral. El problema se presenta cuando por ejemplo una lesión en el rostro impide a la modelo trabajar. Así nace la noción de daño patrimonial indirecto. Por nuestra parte no compartimos las conclusiones de esta tesis.

Un segundo criterio, defendido en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil por juristas de la talla de Mosset Iturraspe, Pizarro y Zavala de Gonzáles apunta a la existencia y naturaleza del resultado de la violación del derecho o del interés ligado al bien protegido. Para estos autores el daño patrimonial es el que repercute disvaliosamente en el patrimonio, menoscabándolo, y el daño moral reside en las consecuencias espirituales o inmateriales de la lesión¹².

6. Zavala de González, Matilde "Daños a las personas" op.cit. pág. 79.

7. Están de acuerdo en considerar a la integridad física como un derecho de la personalidad, entre otros juristas: De Cupis, Adriano en "I diritti della personalità" Milano 1950-Gangi "Persone fisiche e persone giuridiche" Milano 1946, pág. 158 y sgtes.- Castan Tobeñas, José "Los derechos de la personalidad" Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia julio/agosto de 1952- Cifuentes, Santos "Tutela integral de los derechos personalísimos" L.L. diario del 2-4-90- Rivera, Julio César "Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos" L.L. 1983-D-846- De Anguel Yaguez, Ricardo "La protección de la personalidad en el Derecho Privado" en Rev. de D. Notarial enero/marzo de 1974 Madrid pág. 8 y sgtes. - Beltrán de Heredia y Castaño, José "Construcción jurídica de los derechos de la personalidad" Madrid 1976, Real academia de Jurisprudencia y Legislación.

8. Rogel Vide, Carlos "Bienes de la personalidad, derechos fundamentales, y libertades públicas" Publicaciones del Real Código de España. Bolonia 1985, pág. 44 y sgtes.

9. Desde ya rechazamos la tesis expuesta por Ricardo David Rabinovich según la cual "el daño causado al derecho personalísimo propiamente dicho es siempre un daño moral y nunca patrimonial". Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Daños en materia Civil y Laboral Bs. As. mayo de 1990.

10. Colombo, Leonardo "Las lesiones que atentan contra la estética personal de la víctima, consideradas como daños materiales y morales" L.L. 29-778. En igual sentido Alberto G. Spota en "La lesión a las condiciones estéticas de la víctima de un acto ilícito" en L.L. 26-654.

11. Brebbia, Roberto "El daño moral" 2ª edic. Rosario, 1967.

12. Pizarro Ramón, Daniel "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación" J.A. 1986-III-899-Zavala de González, Matilde "El concepto de daño moral" J.A. 1985-I-726 y "Daños a las personas" op. cit., pág. 22 y sgtes.

Para esta corriente determinar la sustancia del daño resarcible exige atender a las consecuencias o repercusiones de la lesión. Estas ideas llegan a iguales resultados que el criterio que a continuación exponemos debido a que existe homogeneidad entre el interés y sus repercusiones¹³.

Por último corresponde mencionar el criterio que tiene en cuenta el interés afectado por el hecho, con prescindencia de la naturaleza del bien lesionado. Esta tesis es defendida por dos grandes maestros: Bueres y Zannoni¹⁴. Para su comprensión es necesario desarrollar las siguientes nociones. Según De Cupis "el objeto de la tutela jurídica es siempre un interés humano", por ello el objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un interés humano jurídicamente tutelado¹⁵. El catedrático italiano parte de la distinción entre bien e interés. Por bien entiende todo lo que pueda satisfacer una necesidad. Por ende todo bien reporta una utilidad humana en cuanto deviene idóneo para satisfacer una necesidad del hombre. Esto determina que la tutela jurídica no considere a los bienes en sí mismos sino en cuanto cubren una necesidad humana. Esa necesidad humana es precisamente el interés. Como señala Bueres "el derecho no protege los bienes en abstracto, sino los bienes en cuanto satisfacen necesidades humanas (intereses)"¹⁶.

Según De Cupis "es propiamente el interés así entendido el que se considera como objeto de la tutela jurídica y del daño en sentido jurídico"¹⁷. El interés es el núcleo de la tutela jurídica. Los derechos subjetivos, los bienes jurídicos en general se regulan en vista de la satisfacción de intereses humanos.

Resumiendo: "el bien es el objeto, la entidad capaz de satisfacer una necesidad, mientras que el interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien"¹⁸. De ahí que el daño jurídico es el que afecta un interés, y será la naturaleza de este último el que determine si se trata de un daño moral o patrimonial.

Por lo expuesto el daño puede definirse como la lesión a un interés jurídico patrimonial o espiritual.

Adviértase que para este criterio, al que adherimos, la lesión a un mismo bien puede afectar intereses patrimoniales y espirituales. Por eso un mismo

hecho puede generar daños morales y patrimoniales. En este sentido afirma Zannoni que "aunque el interés jurídico está referido a un poder de actuar hacia el objeto de satisfacción, sucede que a través de bienes patrimoniales el sujeto puede satisfacer también un interés no patrimonial, o sea, un poder de actuar hacia bienes no patrimoniales, y viceversa, a través de bienes no patrimoniales el sujeto puede satisfacer además un interés patrimonial, es decir un poder de actuar hacia bienes patrimoniales. La salud de alguien, por ejemplo, permite trabajar, obtener ingresos económicos"¹⁹.

En esta corriente que venimos relatando, resultan valiosísimas las precisiones de José Beltrán de Heredia y Castaño en su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España del 29-3-76. En determinado pasaje del discurso dice: "en los derechos de la personalidad se tienen en cuenta unos bienes inmateriales, ideales, carentes de valoración económica, que, forzoso es decir una vez más, son tan estimables como los materiales. Sin que haya razón para considerar que no pueden incluirse tampoco dentro de aquellos -a los fines jurídicos- por el hecho de que carezcan de existencia objetiva distinta de la persona, por la circunstancia de que afecten al ser y no al tener de la misma. Si el concepto de bien debe ponerse en relación con la utilidad que algo representa para el sujeto, en cuanto sirve para satisfacer el deseo o estímulo de una necesidad, no se comprende que pueda haber bienes más deseados que los conectados con la propia persona, como la vida, la integridad física o moral, la intimidad, el honor, la libertad. Pero cual sucede en todo derecho subjetivo, el bien en sí no es protegido; lo es sólo en cuanto representa un interés"²⁰.

En conclusión, enrolados en la tesis del interés, definimos al daño como toda lesión a un interés jurídico. Conforme este punto de vista el daño patrimonial reside en la frustración de un interés económico y el daño moral en el menoscabo de un interés extrapatrimonial.

3) El daño estético

Comenzamos este trabajo con una definición del daño estético. Este daño, desde el punto de vista

13. Bueres, Alberto J. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" op. cit., pág. 175.

14. Bueres, Alberto J. "El daño injusto y la licitud..." op. cit., pág. 170 y sgtes. - Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil" 2ª edic. Bs. AS., pág. 24 y sgtes.

15. De Cupis, Adriano "El daño" Barcelona 1975, pág. 108.

16. Bueres, Alberto J. "El daño injusto..." op. cit., pág. 166.

17. De Cupis, Adriano "El daño" op. cit., pág. 111.

18. Bueres, Alberto J. "El daño injusto..." op. cit., pág. 170.

19. Zannoni, Eduardo "El daño..." op. cit., pág. 27.

20. El discurso de Beltrán de Heredia y Castaño se encuentra publicado. El párrafo transcrito corresponde a la pág. 72 y 73. A los efectos de este punto ver pág. 65 y sgtes.

naturalístico se manifiesta como toda especie de desfiguración, afeamiento, deformación o mutilación en el cuerpo de la víctima. Así por ejemplo una cicatriz, la pérdida de un ojo o una oreja, el caminar defectuoso, la amputación de un miembro, lesiones en el cuero cabelludo, etc. Dice Zannoni que es imposible enumerar el elenco de lesiones estéticas que pueden dañar a las personas, ya que cualquier parte de su cuerpo puede verse afectada de modo de provocar secuelas en la integridad corporal a través de ese tipo de lesiones²¹.

Ahora bien, la lesión para ser objeto de indemnización, no necesariamente debe tener consecuencias sumamente desagradables en la imagen del sujeto. Por ello no debe limitarse el daño estético a una imagen horrorífica, repulsiva o extremadamente deforme. Tampoco resulta atendible la limitación del daño estético a determinadas personas o de determinado sexo. Ello sin perjuicio claro está, de la determinación o cuantificación del daño en cada caso concreto²².

Como dice Zavala de González, hoy en día "se computa como perjuicio estético toda modificación exterior de la figura precedente o alteración del esquema corporal aunque no sea desagradable ni repulsiva. El disvalor ínsito al daño estético no es únicamente lo feo, deformante, repugnante o ridículo, sí, además, lo extraño, raro, anormal e, inclusive, lo distinto con relación a la presentación física anterior al hecho"²³.

A esta altura el lector habrá apreciado que no consideramos al daño estético como un tercer género sino que lo ubicamos ya sea dentro del daño moral o del daño patrimonial, únicos tipos de daños conocidos en nuestro sistema jurídico. Esto lo decimos porque hay quienes consideran a la lesión estética como un rubro indemnizatorio autónomo²⁴.

Por ello consideramos acertado el fallo de la Cámara Penal de Rosario Sala 3ª del 18-6-82 según el cual: "el daño estético consiste en cualquier desfiguración producida por las lesiones, sea o no subsanable quirúrgicamente. La lesión estética puede traducirse en un daño patrimonial cuando incide en las posibilidades económicas del lesionado. Sin perjuicio de ello, dicha lesión puede también originar un agravio moral, por los sufrimientos y mortificaciones pro-

vocados a la víctima. Tal agravio es susceptible de reparación, no habiendo objeción respecto de que el damnificado acumule la indemnización del daño patrimonial y la reparación del agravio moral que se ha originado en la lesión estética"²⁵.

Es ésta también la tesis sostenida en Italia por De Giorgi para quien las secuelas estéticas determinan el resarcimiento de un daño patrimonial en lo que atañe a la pérdida de ventajas económicas conexas a la actividad laborativa y la vida de relación, y un daño moral en tanto la disminución repercute en la esfera síquica del sujeto²⁶.

La tesis contraria -que en nuestro país es minoría- que considera al daño estético como un perjuicio autónomo indemnizable per-se, a la par del daño moral y patrimonial, implica en los hechos indemnizar dos veces un mismo daño.

Si quedó bien en claro que el daño estético no es indemnizable en forma autónoma sino en la medida que afecte un interés patrimonial o espiritual del sujeto que lo padece, la pregunta que se impone es cuál es su importancia.

La respuesta es la siguiente: Así como para fijar el daño patrimonial (emergente y lucro cesante) se tienen en cuenta entre otros rubros los gastos de curación, honorarios médicos, días sin trabajar, incapacidad laboral sobreviniente, etc., también debe considerarse como rubro de importancia el daño estético. Tanto como configurador de un daño patrimonial como moral.

Se trata de descomponer tanto el daño patrimonial como el moral en los distintos rubros que los configuran para llegar a una valuación lo más precisa. Esto es muy importante sobre todo con relación al daño moral. En esta materia los jueces ni están obligados ni acostumbran a distinguir en sus condenas de indemnización los diversos capítulos o conceptos que la integran, siendo lo más frecuente que las sentencias impongan indemnizaciones globales, no detalladas. Sobre esta cuestión Zavala de González dice "si bien es cierto que el daño moral de la víctima es uno solo, también lo es que la justa estimación de su mayor o menor gravedad supone la descomposición o análisis de todos los factores que influyen en su existencia y magnitud"²⁷.

21. Zannoni, Eduardo "El daño..." pág. 161.

22. Mosset Iturraspe, Jorge "El valor de la vida humana" Santa Fe, pág. 68 y sgtes.

23. Zavala de González, Matilde "Daños a las personas" op. cit. pág. 141.

24. Ver fallos de la Cám. Civil y Com. de Morón sala 2ª en J.A. 1985-I-552 y en E.D. 117-478.

25. ZEUT T 28-R-29.

26. De Giorgi, María Vita "Danno alla persona" en Riv. di diritto civile 1982 n° 4, pág. 4542.

27. Zavala de González, Matilde "Daño a las personas" op. cit., pág. 167 y 168.

El problema va mucho más allá y se relaciona con la dificultad propia de la valoración en dinero del daño moral. Pero si bien resulta imposible una equiparación entre daños e indemnización en esta clase de perjuicio, no es menos cierto que puede lograrse que la decisión judicial sea lo más acertada posible pues si bien queda librada a la libre discreción judicial ello no quiere decir que pueda ser arbitraria.

Esta inquietud no es propia y exclusiva de nuestro país. En otros países esta cuestión ha dado lugar a abundante bibliografía²⁸. Sobre todo se ha investigado en la búsqueda de los rubros, que a más del dolor, sufrimiento, angustia, etc. comportan daño moral.

Así Chartier menciona los siguientes rubros: a) el perjuicio del placer o privación de satisfacciones diversas de orden social mundano y deportivo de las que debería beneficiarse normalmente un hombre de la edad y cultura de la víctima, b) el perjuicio sexual, c) el perjuicio estético, d) el perjuicio juvenil o reducción de la potencialidad física y síquica²⁹.

En los EEUU en concepto de daños extrapatrimoniales se suele reclamar indemnizaciones por la pérdida de compañía, por la pérdida de libido, por reducción de las posibilidades de contraer matrimonio³⁰, por la pérdida de la posibilidad de ser padres y por la pérdida de la posibilidad de disfrutar de la vida³¹.

4) Lesión estética y daño patrimonial

De todo lo que venimos diciendo se deduce que una lesión estética puede afectar un interés patrimonial dando lugar a un daño de esa naturaleza.

El art. 1086 C.C. en este aspecto es meramente indicativo y no limitativo de otros daños patrimoniales que pueda sufrir la víctima. En una sociedad en la que la belleza física se valora notablemente, en la que la presentación personal abre las puertas de ingreso a diversas actividades, no puede perderse de vista el perjuicio económico que puede presentar la lesión estética. Ya sea como lucro cesante o bien más hipotéticamente como pérdida de chances laborales.

En este sentido la jurisprudencia ha señalado que la lesión estética es susceptible de causar un daño

patrimonial en la órbita laboral desde que genera una desventaja en el desempeño de determinadas tareas y en la elección que para ocupar un cargo se lleva a cabo³².

De más está decir que para fijar la cuantía de la indemnización el Tribunal debe valorar las circunstancias del caso concreto conforme el principio de individualización del daño. A tal efecto ya no resulta indiferente la edad, sexo, profesión, estado civil, belleza anterior de la víctima, etc.

No es lo mismo la lesión en el rostro de la bella modelo publicitaria que en el del obrero industrial.

5) Lesión estética y daño moral

Toda lesión estética en su origen importa un dolor o sufrimiento, que debe ser indemnizado. Pero también la lesión estética como tal debe ser indemnizada en cuanto importa una incorrección orgánica del sujeto que lo torna en situación desventajosa anímicamente respecto al estado anterior.

Es éste también uno de los supuestos donde más se aprecia la desconexión entre daño patrimonial y moral por cuanto una terrible deformación del rostro puede no acarrear perjuicio económico alguno a quien explota un campo mientras que el daño moral sea tal vez en ese caso inconmensurable.

Así como puede ser que la lesión estética no origine daño patrimonial, ella siempre apareja un daño moral por cuanto sobre los derechos de la personalidad siempre existen intereses extrapatrimoniales pues son consustanciales con la misma dignidad humana y el desarrollo pleno de la personalidad.

6) El daño estético en los infortunios laborales

Sabido es que cuando el trabajador reclama indemnización por accidente del trabajo, enfermedad accidente o enfermedad profesional en el marco de la ley 9688 (con sus respectivas modificaciones), la suma a percibir se encuentra tarifada en la misma norma. Dicha indemnización tarifada cubre todo el daño sufrido y no puede por ende pretender apartarse de la tarificación aunque demuestre que el perjuicio sea mayor.

28. Entre otros: Brousseau y Rousseau "La réparation du domge corporel. Methodologie en droit comun" Paris 1982 -Le Roy "L'evaluation du prejudice corporel" Paris 1983- Toulemon y Moore "Le prejudice corporel et moral en droit comun" 3a edic. Paris 1968- Paradiso "Il danno alla persona" Milán 1981 -Bargagna y Busnelli "La volutazione del danno alla salute" Padua 1986- Kemp y Kemp "The quantum of damages" Londres 4ª ed. 1975.

29. Chartier "La réparation du prejudice dans la responsabilité civile" Paris 1983, pág. 221 y sgtes.

30. Sobre la pérdida de la chance matrimonial producida por daño estético ver fallo de la C. Nac. Especial Sala V del 21-8-81 en L.L. 1982-D-9 con nota de Marcelo Urbano Salerno.

31. Sobre la cuestión da cuenta Michael Hanssen en "El sistema legal en EEUU, en relación con la responsabilidad civil de productos elaborados importados" en "Seguridad y responsabilidad de productos", Madrid 1986 pág. 36. En España ver "La Responsabilidad Civil" de Ricardo de Angel Yaguez, Universidad de Deusto, pág. 235 1988.

32. Cam. Nac. Espec., Sala 6ª, 20-2-84 E.D. 111-315.

Distinta es la solución cuando se ejerce la opción por el derecho común conforme lo contempla el art. 17 de la ley 9688. En este caso el trabajador puede reclamar la llamada reparación integral que debe cubrir todo el daño sufrido en la medida de la responsabilidad del empleador. Esta indemnización cubre no solo el daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) sino también el daño moral.

Ahora bien, es muy común que en los juicios laborales por accidentes del trabajo (me refiero a todos los infortunios contemplados en el ordenamiento) al momento de detallarse los rubros cuya indemnización se reclama, no se precisen todos los perjuicios efectivamente sufridos por el trabajador.

Así es que generalmente en las demandas y luego en las sentencias sólo se contemple el daño emergente y lucro cesante en su único rubro correspondiente a incapacidad sobreviniente. En cuanto al daño moral, éste se fija en una proporción del anterior y comúnmente sin mayor fundamentación. Reflejo de esto último es que en las pericias médicas, los expertos se limitan a fijar el grado de incapacidad y en base a ese dictamen se establece la indemnización. En la práctica esto significa también una indemnización tarifada con la única diferencia que en este caso la tarificación o limitación es meramente subjetiva pues tan solo depende del criterio que tenga fijado el tribunal respecto al valor que le otorgue a una incapacidad absoluta.

Creemos que las consideraciones vertidas a lo largo de este trabajo pueden ser tenidas en cuenta en los juicios por accidentes del trabajo. Un trabajador accidentado puede -y es frecuente que suceda- experimentar lesiones estéticas. Es muy común por ejem-

plo la pérdida de un miembro o de los dedos de la mano, etc. Esta lesión, a la par de la incapacidad laboral que signifique, acarrea un daño estético que puede incidir notablemente en la fijación de la indemnización, en la medida en que tenga consecuencias o afecte intereses patrimoniales y extrapatrimoniales.

Por ello, creemos conveniente la alegación de tal perjuicio para que sea tenido en cuenta por el tribunal a la hora de sentenciar. Asimismo resulta importante la prueba al respecto, la que no debe limitarse a una pericial médica. En este caso muestras fotográficas de las lesiones, agregadas al expediente son sumamente útiles.

Ya hemos ejemplificado el caso de un trabajador que reciba una herida cortante en el rostro. Esta herida tal vez no signifique incapacidad laboral alguna, pero el daño moral producido por la cicatriz sin duda será importante y debe ser tenido en cuenta junto con los dolores y sufrimientos propios causados por el accidente.

Conclusiones

I- La lesión estética no configura un perjuicio autónomo sino que como tal puede ser causa de daños patrimoniales o morales.

II- La distinción entre daños morales y patrimoniales radica en la distinta naturaleza del interés jurídico lesionado y no se refiere al derecho conculcado.

III- El daño estético debe ser juzgado con un criterio amplio. Sin perjuicio de individualizar cada caso concreto en orden a las características personales de la víctima.

Rosario, junio de 1990.

El Fundamento de la Responsabilidad Civil Deportiva

Gastón Fernández Cruz
Abogado. Profesor de la PUC.

I. APUNTES PRELIMINARES.-

1. Con miras a afrontar las eliminatorias del mundial de fútbol de 1970, a celebrarse en México, Waldir Pereira "Didí", se hizo cargo del puesto de entrenador del seleccionado peruano; cargo que ocupaba en el equipo de primera división "Sporting Cristal" hasta ese entonces, tomando la alineación titular de esta escuadra, como base del seleccionado. Es así que, en un inicio, la defensa del seleccionado quedó integrada con los zagueros Eloy "Doctor" Campos; Orlando "Chito" La Torre; Fernando "El Cóndor" Mellán; y Fernando "Tito" Elías, aun cuando después sólo quedarán los jugadores Campos y La Torre en el seleccionado de fútbol. Aquella defensa del "Sporting Cristal", hizo historia aplicando en canchas peruanas el viejo dicho deportivo "o el hombre o la pelota", lo que les valió precisamente el sobrenombre antes detallado a cada uno de ellos; especialmente, a Eloy Campos, a quien apodaron "Doctor", por la forma como "operaba" en el campo de juego a los contrincantes. En épocas más recientes, en la década del ochenta y antes del decaimiento del fútbol peruano, se hizo también famoso un jugador del "Universitario de Deportes" como "heredero" de Eloy Campos: Samuel Eugenio quien, en un encuentro jugado en 1984 contra el "Sport Boys" del Callao, lesionó seriamente al jugador Gutti de este último equipo, quien no pudo volver nunca a la práctica activa del deporte; sin embargo, el árbitro de aquel encuentro no sancionó como falta la intervención de Eugenio.

En el año de 1985, jugando en Buenos Aires, Argentina, la selección peruana de fútbol con la selección argentina, el pase definitivo al mundial de fútbol de México-1986, el jugador argentino Julián Camino cometió una artera infracción contra el delantero peruano Franco Navarro, quien tuvo que salir en camilla del terreno de juego. En aquel encuentro, Perú empató dos a dos con la selección argentina, quedando eliminado del mundial de fútbol. En esa ocasión, el árbitro mostró solamente tarjeta amarilla al jugador argentino por su desleal jugada.

2. Más allá de lo anecdótico que resulta el recordar los acontecimientos deportivos antes detallados, la pregunta que cabe realizar siempre en torno a ellos, es la siguiente: ¿los daños sufridos por jugadores en un evento deportivo deben ser indemnizados? -Si a esta pregunta, le agregamos algunas variables, tales como las indicadas a continuación, el panorama de la problemática indemnizatoria se complica:

- a) Ante la jugada artera de un jugador del equipo "A" contra otro jugador del equipo "B" y la pasividad del juez principal de campo, los hinchas de este último equipo reaccionan violentamente causando daños a las instalaciones del Estadio donde se juega el partido de fútbol y a los jugadores del equipo contrario, al arrojarles objetos contundentes. ¿Hay aquí responsabilidad civil?; ¿Quiénes son los sujetos activo y pasivo de la prestación indemnizatoria?.
- b) Ante la actuación inconforme de su equipo, hinchas del mismo que integran la "barra brava", causan serios daños a propiedades en las afueras del Estadio en donde se llevó a cabo el partido de fútbol. ¿Quiénes son responsables?; ¿Abarca la responsabilidad civil a los participantes en el evento deportivo o a las instituciones deportivas de las cuales son hinchas los causantes de los daños?.
- c) Durante el desarrollo de un espectáculo deportivo, una de las tribunas del Estadio, desde donde se especta el encuentro cede, produciendo la muerte y lesiones a varios espectadores e inclusive a jugadores, dentro de la cancha ¿Quién responde?; una vez más cabría preguntarnos: ¿Quiénes son los sujetos activo y pasivo de la prestación indemnizatoria?.

3. Como puede apreciarse de las varias hipótesis antes indicadas, los eventos deportivos pueden dar lugar a diversas esferas de aplicación de la responsa-

bilidad civil; la que obviamente se presenta -en la etapa de incumplimiento y cuando haya daño- no solamente en deportes colectivos tales como el fútbol o baloncesto, sino en otros aparentemente más peligrosos como el fútbol americano, hockey sobre hielo, boxeo, esgrima, lucha grecorromana; o individuales, tales como el automovilismo y el esquí sobre nieve. Dichas esferas de aplicación de la responsabilidad civil pueden abarcar:

- La responsabilidad de un jugador frente a otro.
- La responsabilidad del equipo al que pertenece un jugador, frente al equipo de otro jugador; o frente al jugador mismo del otro equipo.
- La responsabilidad del equipo frente a su jugador.
- La responsabilidad del jugador frente a terceros.
- La responsabilidad del dueño de las instalaciones deportivas frente a los espectadores y jugadores.
- La responsabilidad del organizador del evento deportivo frente a los espectadores y jugadores.
- La responsabilidad de los espectadores frente al dueño de las instalaciones deportivas u organizador del evento deportivo (responsabilidad colectiva).
- La responsabilidad de las instituciones deportivas por los hechos imputables a sus seguidores deportivos.

4. Dada la naturaleza del presente artículo y la necesaria y extrema limitación de espacio destinado a su publicación, nos hemos de ocupar solamente del fundamento de la responsabilidad civil deportiva y su aplicación en la esfera de la responsabilidad de un jugador frente a otro; no sin antes advertir que haremos de las citas bibliográficas una tarea de excepción, por cuanto creemos como DYKE¹ que tal recurso, en artículos de índole general como el presente, no es sino una muestra de erudición, entendida como "piratería redimida con notas a pie de página".

II. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEPORTIVA.-

5. Dentro de la teoría clásica de la responsabilidad civil en general, preguntarse en torno al fundamento de la misma no era sino la búsqueda y el encuentro de la culpa y del daño como nociones correspectivas que explicaban los sistemas de responsabilidad: verificado un daño y la especialidad del mismo (identidad de la víctima), había que buscar al autor material de aquél para "sancionar" su conducta.

Con arreglo a las tendencias imperantes en el

campo de la moderna teoría de la responsabilidad civil, iniciada a partir de la teoría del Débito y la Responsabilidad (Schuld - Haftung), el fundamento de la responsabilidad civil en general no puede encontrarse sino en la propia noción de obligación, respecto a la cual el concepto de responsabilidad, no es sino una noción complementaria², siendo al respecto indiferente el sistema de responsabilidad del cual se trate. Así, en la responsabilidad contractual, implicando la noción de responsabilidad civil, afectación patrimonial o susceptibilidad de afectación, existirá responsabilidad tanto en la etapa del cumplimiento obligacional como en la del incumplimiento; activándose en el primer supuesto a través de las funciones satisfactoria y de equivalencia de la responsabilidad; en tanto que en el segundo supuesto, se adicionará la función punitiva o penal de la responsabilidad que, contra lo que opinaba la teoría clásica, no perseguirá "sancionar" al causante, de acuerdo a su mayor o menor grado de culpa; sino, ser el justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño, con lo cual esta función sólo se activa en la hipótesis de incumplimiento y siempre y cuando exista daño.

En lo que respecta a la denominada responsabilidad extracontractual, en nada se altera el esquema antes planteado, en tanto si bien en el cumplimiento de deberes jurídicos desprovistos de contenido patrimonial no se activa ningún concepto de responsabilidad (afectación patrimonial), sí se activa en el incumplimiento de dichos deberes³, produciéndose una afectación en el patrimonio del causante a través de la realización de la prestación indemnizatoria objeto de la obligación de indemnizar.

En tal sentido, encontrar el fundamento de la responsabilidad civil en la culpa y el daño como nociones correspectivas, no sólo resulta erróneo sino que mutila el concepto mismo de responsabilidad civil, en tanto este concepto no es sinónimo de derecho de daños. En rigor, dicha noción implica el conjunto de consecuencias jurídicas patrimoniales a los que queda sometido un sujeto en cuanto ha asumido una obligación⁴. Así, la responsabilidad civil -modernamente concebida- encuentra su fundamento en la noción misma de relación jurídico-obligatoria como relación jurídica patrimonial y en la teoría del Débito y la Responsabilidad.

Sin embargo, con el único propósito de seguir adelante con la discusión iniciada por la teoría clásica en el ámbito de la responsabilidad civil deportiva y sin que ello signifique aceptar la terminología empleada,

1. DYKE, C. "Filosofía de la Economía". Editorial Paidós. SAICF. 1ra. Edición. Buenos Aires. Argentina. 1983. Pág. 1.
2. CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Tomo II. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata. Argentina. 1984. Pág. 561.
3. Recordemos que la responsabilidad extracontractual implica necesariamente la violación de un deber jurídico de carácter general de "no causar daño a otro".
4. Concepto que permite hacer extensiva la responsabilidad civil al patrimonio del acreedor y no sólo al del deudor en tanto aquél también tiene "cargas" que cumplir.

analizaremos bajo el indicado nombre la problemática de los factores atributivos de responsabilidad en el ámbito de los accidentes deportivos y la naturaleza contractual o extracontractual de la indemnización en este campo.

6. MAZEAUD y TUNC⁵ dentro de la Doctrina Intermedia en materia de responsabilidad, encuentran el fundamento de la responsabilidad civil proveniente de accidentes deportivos en la culpa y, aún cuando no toman partido expreso en este sentido, a través de críticas a las posiciones de SAVATIER y SAVIGNAC, parecieran inclinarse por la naturaleza extracontractual de esta responsabilidad. Así, admiten la responsabilidad de un jugador cuando, a través de su juego, infringe los reglamentos que norman la disciplina deportiva; pero, más aún, admiten la posibilidad de que un juez falle la responsabilidad civil de un jugador cuando, respetando los reglamentos que norman la disciplina deportiva, ha causado un daño a otro; sea por resultar dichos reglamentos insuficientes o, por no haber sido sancionada su conducta dañosa como falta durante el juego.

También dentro de la Doctrina Intermedia en materia de responsabilidad civil, desde otro punto de vista, MESSINEO⁶ encuentra el fundamento de la responsabilidad civil deportiva en el factor atributivo riesgo (actividad peligrosa), siendo la naturaleza de esta responsabilidad contractual, proveniente de la violación del contrato innominado de competición deportiva.

Finalmente, dentro de la Doctrina Latinoamericana y, particularmente, argentina, el conflicto conceptual no es menos arduo: De un lado, LLAMBIAS y BOFFI BOGGERO⁷ se pronuncian por la naturaleza contractual de esta responsabilidad, admitiendo el último autor citado al riesgo como factor atributivo de responsabilidad; mientras que el primero de los nombrados a la culpa como fundamento de dicha responsabilidad. En cambio, autores como MORELLO y BREBBIA⁸, adoptan la naturaleza extracontractual de

esta responsabilidad; y autores como BORDA y BUSTAMANTE ALSINA⁹ prefieren distinguir según se trate de competencias deportivas entre profesionales o aficionados, para discernir si enfrentamos una naturaleza contractual o extracontractual, en materia de indemnización. Al respecto, BORDA¹⁰ señala lo siguiente: "...Si se trata de una competencia deportiva entre aficionados, no cabe duda de que estamos en presencia de una responsabilidad extracontractual, porque quienes se ponen de acuerdo para jugar un partido, no celebran un contrato, desde que ese acto carece de un fin jurídico...".

7. Dentro de todo este espectro contradictorio de posiciones doctrinarias, debemos encontrar nosotros una aparente justificación que nos lleve a fundamentar una opción, tanto a nivel doctrinario como legislativo. Así, cabría preguntarnos en este apartado: ¿es la actividad deportiva una actividad peligrosa, generadora de riesgos?; o, por el contrario, ¿es sólo una actividad lícita y tutelada por el Orden Positivo que sólo genera daños cuando dentro de ellas se realizan comportamientos imprudentes o negligentes?

8. En términos de ESSER¹¹, la responsabilidad por riesgo implica responder por el peligro puesto por sí mismo; esto es, que cierta actividad en su realización presenta riesgos específicos inherentes que deben ser controlados. Sin embargo, la actividad riesgosa implica siempre, cuando menos, un cierto grado de peligro adicional al simple riesgo de vivir en común, con lo que habría que admitir que, para calificar a toda actividad deportiva como actividad riesgosa, el ejercicio del deporte lleva en sí un peligro ínsito a su naturaleza que debe ser regulado por los participantes en el evento deportivo y los organizadores del mismo.

¿Es esta afirmación cierta?; ¿toda actividad deportiva es en sí misma peligrosa? -Personalmente, no creemos posible la generalización conceptual antes señalada. No es que todo deporte sea en sí mismo peligroso; son determinadas disciplinas deportivas las

5. MAZEAUD, Henri y León; TUNC, Andre. "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1977. Tomo I. Volumen II. Numeral 523-2. Págs. 207 y siguientes.
6. MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1979. Tomo VI. Números 162, acápites 13 al 15, y 169, acápite 37. Págs. 205, 206 y 545.
7. En: BOFFI BOGGERO, Luis María. "Tratado de las Obligaciones". Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1985. Tomo VI. Números 2326 y siguientes. Págs. 388 en adelante.
8. En: BOFFI BOGGERO, Luis María. Ob. Cit. Pág. 391.
9. BORDA, Guillermo. "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones". Tomo II. Cuarta Edición actualizada y ampliada. Editorial Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1976. Números 1662 y siguientes. Págs. 495 al 501, inclusive; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Teoría General de la Responsabilidad Civil". Quinta Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1987. Números 1510 al 1527. Págs. 486 al 490, inclusive.
10. BORDA, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 498.
11. ESSER en: SANTOS BRIZ, Jaime. "La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal". Cuarta Edición actualizada y revisada. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. España. 1986. Pág. 483.

que presentan riesgos específicos inherentes a su ejercicio que adicionan un riesgo al presente en toda actividad humana. Así, tendríamos como ejemplo el fútbol, el baloncesto, tiro al blanco, esgrima, boxeo y otros en donde el riesgo, concebido en la forma antes mencionada, está siempre presente. Pero repárese que, otras disciplinas deportivas, particularmente violentas en su ejercicio, podrían llegar a calificarse de ultrarriesgosas, dependiendo del criterio que se adopte para la evaluación del ultrarriesgo, en torno a si para dicha calificación es necesario considerar a la actividad particularmente valiosa o no para la comunidad. De esta manera, disciplinas deportivas como el automovilismo, lucha grecorromana, hockey sobre hielo y fútbol americano, podrían llegar a calificar como actividades ultrarriesgosas, eliminando la aplicación de los supuestos de ruptura del nexo causal.

La objetividad del factor atributivo de responsabilidad en los supuestos antes detallados resulta evidente. Pero, como indicáramos líneas arriba, no podemos llegar al absurdo de plantear una generalización de dicho factor atributivo como inherente a toda disciplina deportiva. Al respecto, ALTAVILLA¹², quien analiza la problemática de la responsabilidad civil en los eventos deportivos desde la óptica de la culpa, refiere cifras estadísticas europeas recogidas por NICEFORO Y VAMPA y en donde se grafica que el coeficiente de lesiones surgidas en competiciones deportivas pasa por el fútbol, seguido por el alpinismo, los deportes invernales, dando el tenis cifras casi nulas. ¿Podría entonces considerarse al tenis -que es sin duda alguna una actividad deportiva- un deporte peligroso?; pregunta que podríamos extender hacia otras disciplinas deportivas de competición tales como el voleibol y el ping-pong.

Creemos que la respuesta es evidente e inmediata: un rotundo no. El deporte en sí, no es necesariamente peligroso; dependerá de la forma en que haya sido concebida la realización de determinadas disciplinas deportivas para calificarlas o no como actividades riesgosas, calificación que debiera depender de una adecuada labor jurisprudencial.

9. En todos aquellos campos del deporte, en donde por su ejercicio no fuera posible calificarlos como riesgosos, resultaría sin duda alguna de aplicación el factor subjetivo de atribución de responsabilidad: la culpa. Todo ello, sin negar que, dada la complejidad de relaciones que se presentan en los eventos deportivos, pueda resultar de aplicación también en algunos casos el factor atributivo de responsabilidad refleja de carácter objetivo, como es la garantía.

El juez, para calificar una actividad deportiva como riesgosa o culposa, debe valerse de ciertos

parámetros de análisis, sin que ello signifique que quede obligado y recortado por dichos parámetros. Así, por ejemplo, deberá evaluar los reglamentos y ordenanzas que regulan una actividad deportiva para ver el grado de riesgo que permite la propia realización de la disciplina deportiva; guiándose también por el hecho que el deporte analizado sea o no de competición y que permita o no el contacto físico entre jugadores, pues a nadie escapa la circunstancia de que al presentarse una competición entre equipos o individuos separados por alguna valla (voleibol, tenis), los riesgos de accidentes se minimizan o desaparecen.

10. En lo que respecta a la naturaleza jurídica de la indemnización proveniente de los accidentes deportivos y si la misma es contractual o extracontractual, dicha discusión -en el ámbito de la doctrina moderna- debe considerarse superada, a la luz del régimen de unificación de la responsabilidad civil.

Sin embargo, desde un punto de vista legislativo, la discusión sigue estando presente; al menos, en el Código Civil peruano de 1984.

Como indicáramos en la primera parte de este artículo, los alcances de la problemática de la responsabilidad civil deportiva son tan amplios, como complejos son las diversas relaciones jurídicas que surgen o pueden surgir de un evento deportivo, por lo que mal puede reducirse dicho problema -en nuestro concepto- al simple análisis de si media o no un contrato en la base de dichas relaciones. Por ello, no compartimos el razonamiento de todos aquellos juristas que se empeñan en ver, dentro de los distintos campos de actuación de la responsabilidad civil deportiva, la aplicación de la responsabilidad civil contractual (cuando media un contrato deportivo) o extracontractual (en ausencia de contrato deportivo. Verbigracia: responsabilidad del jugador frente a terceros). No creemos en dicha diferenciación, por cuanto no entendemos la existencia de diferencias entre el alcance o extensión de la responsabilidad civil, sea derivada de incumplimiento contractual o proveniente de hechos ilícitos. Por ello, no creemos que pueda hablarse que la responsabilidad civil deportiva es de naturaleza contractual o extracontractual, pues aquella escapa a la posibilidad de poder ser limitada dentro de estos parámetros.

Lo que sucede, es que existen antecedentes doctrinarios y legislativos que sí han tendido a realizar dicho encuadramiento, entre los cuales se encuentra la doctrina francesa al comentar el artículo 1966° del Código Civil francés que, dentro del contrato de juego y apuesta, hace referencia a "los juegos que contribuyan a ejercitarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de

12. ALTAVILLA, Enrico. "La Culpa". Traducción del italiano por José Ortega Torres. 2da. Edición en Castellano. Librería Editorial Temis Ltda. Bogotá. Colombia. 1971. Pág. 520.

pelota y otros juegos de igual naturaleza que tiendan a la destreza y al ejercicio del cuerpo.”; derrotero que ha seguido también gran parte de la doctrina argentina, en nuestro continente.

11. Lamentablemente, como en repetidas ocasiones hemos indicado, el Código Civil peruano de 1984 no significó ningún avance hacia la unificación de los sistemas de responsabilidad civil, por lo que a la luz de dicho cuerpo legal, que distingue entre la responsabilidad proveniente de inejecución de obligaciones y la extracontractual, habría que seguir discutiendo en forma “segmentada” la naturaleza jurídica de cada tipo de responsabilidad deportiva, según se trate de la responsabilidad de un jugador frente a otro: responsabilidad del jugador frente a terceros; responsabilidad del organizador del evento deportivo frente a espectadores y jugadores; y demás esferas de aplicación de la responsabilidad deportiva. En tal sentido, habría que seguir discutiendo -en cuanto a la responsabilidad de un jugador frente a otro- si entre ellos media o no un contrato y si éste es típico o atípico, nominado o innominado (juego y apuesta; competición deportiva; espectáculo deportivo; etc.), para así aplicar los artículos 1942º y siguientes; 1353º; 1341º y siguientes; o, por el contrario; 1969º y siguientes del Código Civil.

No creemos, al respecto, podernos permitir expresar opinión, por cuanto no pensamos que así pueda y deba enfocarse la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil deportiva. Dicha naturaleza jurídica, no puede ser distinta a aquella reconocida a la responsabilidad civil en general, que se explica en la noción misma de relación jurídico-obligatoria y, particularmente, en uno de sus elementos: el vínculo jurídico: siendo absolutamente irrelevante (o debiendo serlo) el origen voluntario o legal de dicha relación jurídica patrimonial.

III CONCLUSIONES.-

12. A manera de conclusiones de este trabajo, el cual sólo ha tenido como aspiración plantear de manera muy general las nuevas bases sobre las cuales se inicia la discusión de la responsabilidad civil deportiva en la doctrina moderna, diametralmente opuestas a aquéllas que sirvieron de basamento a la teoría clásica de la responsabilidad en esta materia, podemos señalar las siguientes:

- a) La problemática de la responsabilidad civil deportiva involucra un vasto campo de relaciones jurídicas complejas, que dan lugar a distintas y diversas esferas de aplicación de esta responsabilidad; razón por la cual consideramos un error tratar de reducir la explicación de su naturaleza jurídica al ámbito contractual o extracontractual, debiéndose encontrar la explicación -tanto del fundamento como de la naturaleza jurídica de esta responsabilidad- allí donde se explica la responsabilidad civil toda: en el concepto de obligación y, particularmente, en el elemento “vínculo jurídico”.
- b) En lo que respecta a accidentes deportivos, no creemos que exista al respecto un único y excluyente factor atributivo de responsabilidad que explique el desplazamiento del costo económico del daño de la víctima al causante. Vista la forma de desarrollo de cada concreta disciplina deportiva, se estará en aptitud de discernir sobre el factor atributivo de responsabilidad aplicable, entrando al campo de la responsabilidad subjetiva u objetiva y sin que necesariamente ambos tipos de responsabilidad sean excluyentes.

ACELERAR SU DESARROLLO ECONOMICO ES CUESTION DE VIDA O MUERTE PARA EL PERU

Alberto Arca Parró
Senador de la República

En el curso de los últimos 4 años, con insistencia por algunos incomprendida, me he referido al "crecimiento explosivo" de la población peruana y a sus efectos en la tendencia de algunos de los problemas sociales que ese fenómeno determina. Sin embargo, ha sido menester que organismos internacionales y expertos extranjeros analizaran sus expresiones cuantitativas para admitir la necesidad de estudiar seriamente sus repercusiones en la vida nacional.

Hoy, en todos los sectores intelectuales y políticos se sabe que el crecimiento demográfico del Perú, con una tasa de incremento vegetativo del orden del 3% por año, es uno de los más altos del mundo. Así mismo se admite que sobre una población estimada para 1959 en diez millones, son aproximadamente 300,000 peruanos más los que, anualmente, gravitan sobre el consumo de la Nación. Por último que, tal vez, antes de 25 años de mantenerse las mismas tendencias demográficas, la población podría doblar su número y que, entretanto, en el curso de las próximos diez años, un millón de hombres y mujeres - promedialmente cien mil por año- estarán en aptitud biológica de trabajar, esto es, que se incorporarán al sector de la población económicamente activa. Este dato, por sí solo, plantea una grave interrogante: ¿en qué forma y condiciones ese millón de personas, fuera de las que actualmente están trabajando, habrán de encontrar y tener ocupaciones debidamente remuneradas?

La respuesta a tan inquietante pregunta solamente puede ser dada por la resolución del Perú, de acelerar su desarrollo económico, conforme a un plan sistemáticamente elaborado. De lo contrario, el dilema es fatal. El simple aumento de la población del País, no sólo no resolverá sus problemas sino los agravará, toda vez que los niveles de vida de su población, lejos de mejorar, habrán de descender o, por lo menos, estabilizarse lo que, socialmente equivale al pauperismo y a la decadencia. Estos y otros conceptos análogos, fueron esbozados a fines de 1956, en la oportunidad que me correspondió fundamentar ante el Senado de la República, el proyecto de ley que creó el Fondo Nacional de Desarrollo Económico. Sostuve, entonces que era menester que el índice del desarrollo económico de la Nación superara, necesaria y ostensiblemente al del crecimiento de la población. No pretendía, por cierto, como no pretendo ahora, considerar que sea posible alcanzar dicho objetivo con sólo los recursos que aquel Fondo por muy acertada que sea la aplicación de sus programas departamentales de obras públicas. Estos responden, apenas, a una parte de la promoción del desarrollo económico general, en función de la descentralización.

La cuestión es mucho más compleja de lo que pudiera parecer. Acelerar el proceso de desarrollo económico es empresa de contenido y alcances nacionales. Para ponerla en marcha se requiere la movilización general del País, prescindiendo de diferencias políticas y sin escatimar ni recursos ni esfuerzos. En puridad de verdad el Perú, como otros países en crecimiento impropriadamente llamados subdesarrollados, está frente a una emergencia nacional tan grave y de tan imprevisibles consecuencias, que, para afrontarla, debería empeñarse a fondo con la misma resolución de vencer con que lo haría en caso de un conflicto bélico.

Como toda movilización, la que el Perú tiene que emprender para acelerar su desarrollo económico y social, requiere de un plan, de una estrategia y de una táctica. A su vez, plan, estrategia y táctica necesitan de comando conjunto para su preparación y ejecución. Unidad de comando que, en el caso en cuestión, será posible alcanzar sólo en base a una entidad estatal llamada a estudiar el proceso de desarrollo económico y tomar las previsiones técnicas para su futura orientación y ritmo de desenvolvimiento de la población y otros factores concomitantes. Es pues, urgente, crear como se pensó al proyectar la Ley del Fondo Nacional de Desarrollo Económico, el Instituto de Investigación y Planeamiento Económico. Como será igualmente necesario establecer una Corporación Nacional para promover el desarrollo económico y social de la Nación, mediante un programa de diversificación ocupacional concordante con los objetivos de la Ley de Promoción Industrial elaborada por el Congreso libre y democráticamente elegido en 1956.

Lima, Diciembre de 1960.

- Texto publicado en la revista "Desarrollo Económico", órgano del Fondo Nacional de Desarrollo Económico, Lima-Perú, 1960.

Las Políticas sobre Población en el Perú

Roger Guerra García

Doctor en Medicina.

Rector de la U.P. Cayetano Heredia.

I. Antecedentes

Hay acuerdo entre quienes han estudiado la población del Perú, que la preocupación de los gobernantes hasta la mitad de este siglo fue de incrementar su número, y "mejorar la calidad". Se consideraba al país como vasto y despoblado; y dotado de riquezas naturales cuya explotación daría bienestar a muchos más peruanos. Nadie predijo, ni soñó siquiera, las consecuencias que traería para el Perú el acelerado crecimiento de su población. Alberto Arca Parró, ese gran peruano tan olvidado, escribió el artículo que se publica en recuadro, y que revela su preocupación por el explosivo crecimiento demográfico del Perú.

Ese mismo año, la firma de asesores Arthur D. Little, decía en su informe al Gobierno del Perú "pecaríamos de deshonestos si diéramos a entender que creemos que puede haber una solución a largo plazo para el problema económico del Perú, sin una reducción en la tasa de aumento de la población. Un país con una geografía hostil como lo es el Perú no puede duplicar su población cada veinte años con la esperanza siquiera de mantener un bajo nivel de vida para su pueblo".

Sin embargo, el Instituto Nacional de Planificación creado en 1962 no tuvo en cuenta la variable poblacional, ni recomendó disminuir su tasa de crecimiento; basta revisar los sucesivos planes de desarrollo (que de otro lado, poco se aplicaron). Recién en 1976 el I.N.P. elaboró unos Lineamientos de Política de Población, sin aplicación por el Gobierno Militar, pero que fueron útiles a partir del año 1980.

Rol de las Universidades

Se debe destacar el interés en el estudio de los problemas poblacionales de dos universidades peruanas, la Pontificia Universidad Católica y la Universidad Peruana Cayetano Heredia.

Desde 1965, realizaron investigaciones sobre aspectos socio-demográficos y biomédicos de la población peruana y su acelerado crecimiento y las negativas implicancias que ello conlleva.

Durante el Gobierno Militar, y particularmente en la primera fase (1968-1975) se prohibió toda acción dirigida a planificación familiar en los hospitales del Estado, llegándose inclusive a prohibir acciones educativas para las mujeres y varones que allí se atendían. En esta situación adversa, la UPCH desarrolló programas piloto de planificación familiar en dos hospitales docentes de Lima, el Arzobispo Loayza y el Cayetano Heredia; luego se publicaron las observaciones y difundieron los resultados favorables, tanto para la salud materna, cuanto para los hijos.

En ambas Universidades se ofreció adiestramiento de post grado a los médicos y sociólogos interesados; esta actividad debe presentarse como un hermoso ejemplo de autonomía universitaria, pues fue realizada en épocas de animadversión oficial y también de los partidos de izquierda por cualquier actividad dirigida a moderar el absurdo crecimiento poblacional del Perú.

AMIDEP

También debe ser comentada la actividad desarrollada por la Asociación Multidisciplinaria de Investigación y Docencia en Población, AMIDEP, fundada en 1977 por un grupo de destacados investigadores en los campos social y biomédico, tanto de Lima, cuanto del interior. AMIDEP realizó numerosas actividades de docencia, investigación, discusión y difusión de los problemas poblacionales. Así en 1979, llevó a cabo en Tarma la primera Reunión sobre Población que congregó a un centenar de intelectuales y líderes de diferentes partidos políticos; lo allí tratado se publicó en un libro que fue agotado y planteó por primera vez la gravedad del problema poblacional; su Boletín

se publicó regularmente entre 1979 y 1989 y llegó a 2000 peruanos líderes en opinión.

El Segundo Gobierno Constitucional de Belaúnde, creó el Consejo Nacional de Población e inició las tareas de coordinación de esfuerzos en los sectores de salud y educación, con resultados evidentes: importantes disminuciones de la fecundidad y de la mortalidad infantil, que se analiza luego.

A fines del mandato, el 5 de julio de 1985 se publicó la Ley de Política de Población, esfuerzo multipartidario en el cual colaboré como representante del Sector Educación; esta Ley fue duramente criticada, antes de ser pública, por algunos diarios de la capital. Cuando fue conocida, mereció la felicitación de los Obispos del Perú, y el actual gobierno se dispone a aplicarla.

La Iglesia

En la Semana Social de la Iglesia, 1989, J.J. Wicht presentó el tema "La Población y la Calidad de Vida: Presente y Futuro" que tuve el honor de comentar y calificar de documentada, clara y valiente. Señala este autor "de todos los problemas graves e importantes del Perú, ninguno es más grave e importante que el de su población y su calidad de vida: a este tema central se subordinan todos los demás. Hay **problema poblacional** cuando existe una desproporción estructural entre las generaciones de una población o de ésta con su territorio y recursos disponibles. Más allá de las cifras y coeficientes que miden los demógrafos, lo importante es analizar y comprender las **causas** de esas distorsiones en la pirámide de edades de un pueblo y sus **efectos** sociales y económicos en la vida de las familias y en el desarrollo del país. Los errores e injusticias sociales se reflejan en lo demográfico; y lo demográfico, a su vez, influye en la conducta de las personas y en toda la vida social".

Luego de abordar la doctrina social de la Iglesia sobre la población, Wicht señala en cuanto al Perú lo siguiente: "El Episcopado Peruano desde hace veinte años ha tenido un rol destacado en la promoción de la justicia social y en la defensa de los derechos humanos; pero en lo poblacional, tanto los Obispos como los grupos más representativos de la Iglesia en el Perú han adoptado una posición que puede calificarse de distante y conservadora. Más aún, en los últimos años han publicado varias Declaraciones en las que han criticado duramente algunos abusos atribuidos a organismos laicos que trabajan en programas de planificación familiar. En la última década no han elaborado ningún documento que analice la creciente gravedad objetiva, familiar y poblacional en el país y dé las orientaciones positivas y concretas para superar esta situación real".

Para los interesados en ahondar el tema, recientemente se ha publicado el libro "La situación pobla-

cional peruana" cuyo capítulo 3 trata en extenso sobre el crecimiento poblacional y contexto político (A. Varillas y P. Mostajo, INANDEP, 1990).

II. La evolución demográfica

La puesta en marcha en el país durante la década de los años treinta de programas de salud pública y saneamiento ambiental, dio como resultado pocos años más tarde una disminución de la mortalidad, que devino hacia 1940 en un aumento de la tasa de crecimiento de la población.

Desde el punto de vista de la evolución demográfica, el período 1940-1981, abarca dos etapas claramente diferenciadas, la primera de 1940 a 1961 caracterizada por un crecimiento moderado de la población; y la segunda de 1961 a 1981, en la que este crecimiento se aceleró notablemente. El rápido ritmo de aumento de población se mantiene hasta el presente aún cuando la tasa de crecimiento viene declinando en los últimos años.

Se estima que en las décadas anteriores a 1940 la población peruana crecía a tasas bajas y oscilantes (menos de 1.5% al año) debido a los frecuentes aumentos del nivel de la mortalidad relacionadas con las guerras, epidemias y cataclismos entre otros factores. Hacia 1940 la tasa de crecimiento subió en 2%. En esa fecha el Perú tenía 6.5 millones de habitantes.

En 1950 el Gobierno del general Odría no creyó necesario un censo y por ello, no hay cifras para la década.

El censo de 1961 da cuenta que en este año la población nacional sobrepasaba ya los 10 millones de habitantes y creciendo a una tasa anual media de 2.2% había aumentado en dos decenios (40-61) casi la misma cantidad (3.1 millones) que en los seis decenios anteriores, cuando la población peruana aumentó en 3.5 millones de personas.

El censo de 1972 reporta una población nacional de 14 millones de habitantes (es decir 3.7 millones más que en 1961) que venía creciendo al ritmo más elevado de todos los tiempos (2.95% al año, con un incremento absoluto de 339 mil personas por año) por lo tanto el período intercensal 1961-1972 resulta crucial en el crecimiento demográfico del país.

El último censo reveló que la población del país en 1981 ascendió a 17.8 millones, es decir 3.8 millones más que en 1972. La cifras permiten apreciar que en los 9 años del período 72-81 el incremento absoluto por año de la población (417 mil personas) fue mayor que en el período intercensal precedente a pesar de que la tasa de crecimiento observó una leve declinación a 2.7 por ciento al año.

A junio de 1991 se estima una población de 22.7 millones de personas que se está incrementando a 2.6 por año.

Los componentes del crecimiento demográfico:

La migración internacional no juega un papel importante en la dinámica demográfica peruana; en consecuencia, el crecimiento de la población nacional es el resultado del balance entre los nacimientos y las muertes que ocurren anualmente en el territorio. En ausencia de un sistema de registros de hechos vitales confiable y oportuno que reporte el número de nacimientos y defunciones que ocurre cada año en el país, el comportamiento de la fecundidad y mortalidad se conoce sólo a partir de los datos de censos y encuestas.

a) Fecundidad:

En el período 1940-1981, el nivel de la fecundidad atravesó por tres momentos: aumentó entre 1940 y 1950, permaneció constante entre 1950 y 1965 y declinó de esta última en adelante.

La información disponible muestra que la fecundidad nacional permaneció más o menos constante en torno a un valor ligeramente inferior de la mortalidad pocos años antes de 1940; aumentó después de esa fecha, llegando la tasa global de fecundidad a un valor de 6.85 hijos por mujer en 1950.

Esta cifra al parecer se mantuvo invariable durante 15 años (hasta 1965). En la segunda mitad de la década de los años 60, comenzó el descenso sostenido del nivel de fecundidad, primero lentamente y luego a un ritmo moderado hasta llegar el número promedio de hijos por mujer a un valor de 5.2 en 1981. De acuerdo a los datos recién obtenidos por la Encuesta Nacional de Demografía y Salud, ENDES en 1987 las mujeres tienen al culminar su período reproductivo, en promedio 4.2 - 4.4 de hijos nacidos vivos cada una.

Debe anotarse que el descenso de la fecundidad se inició en las áreas urbanas y entre las mujeres de mayor nivel educativo; de allí se va extendiendo al resto del país y paulatinamente va abarcando a las demás mujeres. Debe reconocerse también que en las áreas urbanas, particularmente en Lima y Callao, la ampliación del sistema educativo, la mayor exposición de las mujeres a medios de comunicación masiva y las mejores oportunidades de empleo femenino han producido cambios en los patrones culturales (nupcialidad entre otros); a la vez que la extensión de las prácticas contraceptivas han modificado los patrones reproductivos limitando la procreación y consiguientemente, reduciendo el número de hijos por mujer.

b) Mortalidad:

El comportamiento de la mortalidad durante el

período 1940-1981 fue de un descenso sostenido con etapas de caída más rápida y otros más lenta.

La información demográfica disponible muestra que, a diferencia del nivel de la fecundidad cuyo descenso se inició tardíamente (1968), el nivel de la mortalidad comenzó su declinación en los años previos a 1940, aunque el ritmo de descenso sostenido no fue homogéneo en todo el período.

La etapa de disminución más marcada está comprendida entre los quinquenios 1965-1970 y 1970-1975, en la que la duración de la vida humana llegó a incrementarse en casi un año por cada año calendario. Esta mayor disminución se debió a un mayor impulso del Estado que emprendió campañas de salud pública orientadas a los grupos más vulnerables como los niños y las gestantes.

La disminución total de la mortalidad, representada por un incremento de la esperanza de vida al nacer, entre 1940 y 1981 fue del 30% al subir de 40.5 años en 1940 a 58.2 años en 1981. Por su parte la tasa bruta de mortalidad disminuyó entre las mismas fechas de 23.2 por mil a 11.3 por mil y la tasa de mortalidad infantil lo hizo de 175 por mil a 105.6 por mil.

La encuesta ENDES revela que entre 1981 y 1986, la mortalidad infantil ha disminuído en forma importante, de 105 a 80 por mil, resultado de la mejor atención de la salud, y de la mayor educación y urbanización de los habitantes. Se estima que un peruano que nace en 1987 espera vivir en promedio 61.4 años; que cada año se producen en el país 9.4 defunciones por cada mil personas y que de cada mil nacidos vivos, 80 no alcanzan a cumplir un año de vida.

Cabe indicar que la disminución de la mortalidad del país se logró gracias a una mejora importante de las condiciones de vida de la población y se debió a la introducción y aplicación en el país de nueva tecnología en materia de quimioterapia, vacunación e insecticidas. Puede decirse que en el descenso de la mortalidad del país actuaron simultáneamente la información de tecnología médica y de fármacos (como sulfas y antibióticos, penicilina principalmente) y el rol dinámico que asumió el Estado en campañas de medicina preventiva y de saneamiento ambiental, iniciado con la creación del Ministerio de Salud en 1936 y que se intensificara posteriormente durante sucesivos y diferentes gobiernos que ampliaron la cobertura de las campañas destinadas a erradicar las enfermedades epidémicas como la malaria, la fiebre amarilla, el tifus, la peste bubónica entre otros, que en esos años ocasionaban gran número de muertes.

c) Migración Interna:

En el crecimiento de la población departamental

juegan un rol muy importante las migraciones internas. Como se sabe hay departamentos que durante los dos últimos periodos intercensales fueron expulsores de población y no hay evidencia de que esa tendencia haya cambiado. En el presente, entre esos se encuentran: Cajamarca, Apurímac, Ancash, Ayacucho y Puno entre otros. En el otro extremo existen departamentos caracterizados por ser receptores de población, en particular Lima y Callao; además de estos figuran los departamentos de selva y frontera.

Perspectivas de crecimiento demográfico

Para estimar el número de habitantes que el Perú tendrá hacia fines de siglo es necesario entender cómo evolucionarán los componentes del crecimiento demográfico: la fecundidad y la mortalidad.

a) Proyecciones de la mortalidad:

El nivel de la mortalidad, no obstante la declinación que ha experimentado en las últimas décadas, es todavía elevado. Las perspectivas de la evolución económica y social del país inducen a considerar que su descenso se acentuará en los próximos años.

La hipótesis adoptada por el Instituto Nacional de Estadística para la proyección refleja un descenso sostenido de la mortalidad que se traduce en un incremento de la esperanza de vida al nacer y en una disminución de la tasa bruta de mortalidad y de la mortalidad infantil.

De acuerdo con ello, la duración de la vida humana en el país que en promedio es ahora de 61.4 años, aumentará a 68 años en el año 2000. La frecuencia de muertes por cada mil personas de 9.4 bajaría a 6.4 hacia fines de siglo y los valores de la tasa de mortalidad infantil serían de 80 y 62 por mil, respectivamente.

La tendencia supuesta de la mortalidad departamental considera un comportamiento similar al del país; es decir, declinante pero con diferente intensidad. Al considerarse la esperanza de vida al nacer, se observa que, durante los años que median entre 1985-1990 y 1995-2000, aumentaría en todos los departamentos, destacando Huancavelica, Apurímac, Cusco, Ayacucho y Puno que actualmente tienen los niveles más elevados de mortalidad. No obstante, dichos departamentos continuarán con los valores más bajos de la esperanza de vida al nacer en el quinquenio 1995-2000.

El resto de los departamentos se estima que tendrán una ganancia media anual menos que el promedio nacional.

b) Proyecciones de la Fecundidad:

Las proyecciones oficiales del Instituto Nacional

de Estadística en 1983, contemplan cuatro hipótesis de fecundidad: alta, media, baja y constante que representan los extremos de la escala que enmarca el posible comportamiento de las variables demográficas.

Las hipótesis media y baja son las más probables. La primera fue recomendada por el I.N.E. por considerarse más plausible, supone un ritmo igual al observado en Lima Metropolitana en las dos décadas anteriores a 1980. Según esta hipótesis el número promedio de hijos por mujer TGF disminuirá de 5.2 en 1980 a 3.2 en el año 2000, totalizando un descenso porcentual de 36%.

La hipótesis baja expresa una disminución más acentuada de la fecundidad (46% entre 1980 y el año 2000), con un TGF de 2.8 hijos por mujer hacia el año 2000.

A nivel de departamentos también se supone un descenso sostenido de la fecundidad. En el quinquenio 1995-2000 Callao, Lima y Tacna tendrían las tasas de fecundidad más bajas del país, con menos de tres hijos por mujer. En el otro extremo, Huancavelica, Moquegua y Apurímac tendrían las tasas más elevadas.

Resultado de las Proyecciones

Si la hipótesis de descenso de la mortalidad se cumpliera y si la fecundidad descendiera como lo propone la hipótesis media, la población del Perú sería de 28 millones de habitantes en el año 2000. Si el descenso de la fecundidad fuese más acelerado, la población nacional llegaría al finalizar el presente siglo a 27 millones de habitantes.

Por otro lado, si se cumplen los supuestos de mortalidad, fecundidad y migración considerados en la elaboración de las proyecciones departamentales, el crecimiento observado en el periodo 1940-1981 continuará con una leve acentuación hasta 1990.

Hacia el año 2000 la mitad de la población nacional residiría según los estimados en cinco departamentos: tres del litoral (Lima, Piura y La Libertad) y dos andinos (Cajamarca y Junín). En el otro extremo, Madre de Dios con una población de 90 mil habitantes seguiría siendo (como hasta hoy) el departamento menos poblado en el país. Cabe destacar también que el número de departamentos con más de un millón de habitantes se duplicaría en el 2000 al pasar de cinco a diez. En esa categoría estarían en orden descendente: Lima, Piura, La Libertad, Cajamarca, Junín, Cusco, Puno, Ancash, Arequipa y Lambayeque.

III. Reflexión Final

Se deduce de esta exposición que gracias a los

avances de la medicina y la tecnología, el Perú ha experimentado en las últimas décadas un acelerado crecimiento de su población, y que ésta ha de continuar aumentando en cifras absolutas hasta avanzado el siglo XXI.

Lo anterior dificulta enormemente la aspiración de mejorar el nivel de vida de los peruanos, incluida una oportunidad de trabajo debidamente remunerado. Por ello, creo acertada la decisión del actual gobierno de poner en práctica una política de población, que entre otros objetivos, busca disminuir la tasa de crecimiento de nuestra población.

Esta decisión respaldada en el consenso de la población, como lo evidencian recientes encuestas que revelan apoyo del 90% de la población*, ha de encontrar la desafortunada y tradicional oposición de los sectores ultraconservadores, y quizás de la extrema izquierda. Al respecto, es pertinente recordar que

la Constitución del Perú ampara la paternidad responsable, y que por definición, toda política de población conlleva la decisión de afectar su tamaño, composición y distribución a fin de adecuarlos a los objetivos de la política de desarrollo.

Chile decidió disminuir la velocidad de crecimiento de su población hace 25 años; México lo acordó hace ya 15 años. Parece que por fin nuestro país se dispone a hacerlo, y ello requiere de la comprensión y participación de todos los peruanos.

Es significativo que una Ley de Política de Población elaborada y promulgada por un régimen constitucional 1980-1985 entre en plena aplicación por el actual, en cabal expresión de que las decisiones de esta magnitud trasciendan el corto período de un mandato presidencial, y debe estar por encima de discrepancias político-ideológicas.

* Encuesta Bits & Bytes, Feb 1991.



LA VITALICIA

COMPañIA DE SEGUROS S.A.

NOTARIO PUBLICO

J. ANTONIO DEL POZO V.

ABOGADO

Horario de Atención

Invierno: 9 am. – 1 pm.
2 pm. – 5.30 pm.
Verano : 8.30 am. – 12.30 pm.
1.30 pm. – 4.30 pm.

Las Begonias 656 Of. 29 "A" S. Isidro Telf: 422120, 408128, 420181 Fax 427232

Contratación Temporal por Aumento en la Producción

Guillermo Boza Pró

Abogado. Profesor de la P.U.C.

Expte. No 009-90-CD

Señores
Gutierrez Ballón
Chumpitaz
Anchante

Lima, 22 de Marzo de 1990

ALEJANDRO VICENTE LAZARO CON VOLVO DEL PERU S.A.

1. ANTECEDENTES

Alejandro Vicente Lázaro (demandante) ingresó al servicio de la empresa VOLVO DEL PERU S.A. (demandada) el 23 de noviembre de 1987, laborando efectivamente en la misma hasta el 27 de julio de 1988 (8 meses y 4 días), impidiéndosele el ingreso al centro de trabajo el 1° de agosto del mismo año. El accionante fue contratado a plazo fijo, al amparo del D.L. 18138, suscribiendo un contrato vigente en el período comprendido entre el 23 de noviembre de 1987 y el 31 de julio de 1988. La empresa justificó la necesidad de contratar personal eventual (a plazo fijo) debido a un incremento extraordinario en su producción: debía ensamblar 250 unidades, adicionales a las que había planificado para dicho año.

El litigio se reducía entonces a determinar si la naturaleza de la labor que realizaba el accionante era permanente, o eventual como sostenía la empresa. De ser lo primero, el contrato a plazo fijo que suscribiera con la empresa, aún con la aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo, sería ilegal ya que a labores de naturaleza permanente corresponde contratos de duración indeterminada, y por consiguiente, se encuentra amparado por el derecho de estabilidad laboral¹.

Los fundamentos de la empresa que, justificaban, según ella, la contratación temporal, eran básicamente dos:

VISTOS en Audiencia Pública del 12 de marzo de 1990; por sus fundamentos y CONSIDERANDO además; que el autor ha prestado servicios a la demandada, en conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 18138 mediante contrato que ha sido aprobado por la Autoridad de Trabajo, como aparece a fs. 38 a 38 vta; que el actor al suscribir el único contrato a fs. 38 se sometió a las condiciones pactadas, de acuerdo al principio de la buena fe y común intención de las partes; que al haber cesado el demandante al vencimiento de dicho contrato, como él mismo lo reconoce en su demanda a fs. 17, no tiene derecho a solicitar la calificación de despido al que se refiere la Ley 24514, que no lo ampara; que en lo demás el fallo se ha expedido de acuerdo al mérito del proceso y de la ley sin que el demandante en su recurso de apelación ni posteriormente haya desvirtuado sus fundamentos; CONFIRMARON la sentencia a fs. 107 a 108, que declara infundada la demanda, en los seguidos por don Alejandro Vicente Lázaro contra Volvo del Perú S.A.; y los devolvieron al Décimo Octavo Juzgado de Trabajo de Lima.

GUTIERREZ BALLON-CHUMPITAZ-ANCHANTE
Adriana Serpa Relatora del Tercer Tribunal

1. Entendemos que tanto la estabilidad de entrada (preferencia por los contratos a plazo indeterminado) como la estabilidad de salida (protección contra el despido arbitrario), están recogidas por el artículo 48° de la Constitución Peruana. Ambas exigencias resultan indesligables y constituyen a la vez requisitos esenciales del derecho de estabilidad en el trabajo, a tal punto que la indefensión de cualquiera de ellos, haría vulnerable el derecho constitucional. En otras palabras, de nada sirve que el despido sólo proceda cuando medie una causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada, si el empleador tiene la posibilidad de contratar indiscriminadamente a plazo fijo, aún tratándose de labores permanentes. Sin embargo, es preciso señalar que ésto ha quedado desvirtuado por los ilegales e inconstitucionales Decretos Supremos que establecieron el Programa Ocupacional de Emergencia.

- a. Se invoca un aumento excepcional en la producción, en el período para el que se contrató al trabajador.
- b. El contrato de trabajo a plazo fijo fue aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

2. CONTRATACION TEMPORAL POR AUMENTO DE LA PRODUCCION

2.1. Una de las modalidades de trabajo temporal o propiamente eventual que las legislaciones y la doctrina suelen considerar, es precisamente el incremento transitorio de las labores ordinarias de la empresa. Sin embargo, dicha eventualidad, que justificaría la contratación de personal a plazo fijo, tiene que cumplir determinados requisitos, de forma tal que no se oculten una relación de trabajo distinta (permanente), en abierto fraude a la normativa laboral. MARTINEZ EMPERADOR señala que dichos requisitos son dos²:

a) Excepcionalidad o eventualidad propiamente dicha:

Supone la **naturaleza extraordinaria de la necesidad a atender**, por tanto, el incremento no es susceptible de repetirse periódicamente, **mucho menos en forma continua y permanente**, ya que en este caso, la situación dejaría de ser extraordinaria o excepcional para tornarse ordinaria y permanente, lo que ya no justificaría un contrato a plazo fijo.

b) Temporalidad o transitoriedad:

Es decir, que el incremento se restrinja a un determinado período, razón por la cual se exige que se asigne al contrato un plazo máximo de duración.

En consecuencia, como señala el propio tratadista, se requiere de circunstancias extraordinarias o excepcionales que justifiquen este tipo de contratación "ya que, de otro modo, la eventualidad perdería la causa objetiva que la caracteriza"³.

2.2. Consideramos que este planteamiento doctrinal tiene sede legal y jurisprudencial en nuestro medio:

2. MARTINEZ EMPERADOR, Rafael. Estabilidad Laboral en el Empleo y Contratación temporal. IELSS, Madrid, 1983, pág. 175.
3. Idem. pág. 178.
4. El reciente Reglamento del Decreto Ley 18138 (D.S. No 077-90-TR del 21-12-90), que fue promulgado en fecha posterior a la solución del presente caso, establece el contrato por necesidades del mercado como una modalidad del contrato de naturaleza temporal. Dicha norma señala en su Art. 6° que el contrato por necesidades de mercado "es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender situaciones coyunturales de mercado, promovidas en función de éste o por carácter estacional". Asimismo, se considera parte de esta modalidad "las actividades feriales, así como los incrementos regulares o periódicos del nivel de la actividad normal de la empresa o explotación, producto de un aumento sustancial de la demanda durante determinado período del año o de explotación de actividades continuas pero permanentes durante todo el año". De otro lado, en el Art. 14° se establece que el contrato a plazo fijo se considerará como de duración indeterminada si "se comprobara que la labor desempeñada por el trabajador no corresponde a la modalidad bajo la cual fue contratado conforme a las presente normas".
5. R.T.T. de 25.06.1975, en De la Torre Ugarte, Carlos. Jurisprudencia del Trabajo. T. III, Lima, 1980. pág. 220.
6. R.T.T. de 27.10.1976, en Angulo, Jorge. La Jurisprudencia del Derecho Laboral en el Perú. T. VI. Trujillo, 1976, pág. 33.

En efecto, el Decreto Ley 18138 señala expresamente que los contratos individuales a plazo fijo "sólo podrán celebrarse en los casos en que así lo exija la naturaleza eventual o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a efectuar" (Art. 1). Esto quiere decir que, fuera de estos supuestos excepcionales, resulta improcedente e ilegal todo contrato a plazo fijo⁴.

El Fuero de Trabajo por su parte, ha asumido esta misma posición, al insistir, en reiteradas ejecutorias, en el respeto de los supuestos recogidos por el citado dispositivo legal. Dos ejemplos:

"El contrato de trabajo a plazo fijo sólo procede cuando se trata de las labores que no son las ordinarias y continuas"⁵.

"Aún cuando el contrato haya sido celebrado a plazo fijo, el contrato en un centro minero en funcionamiento es de carácter permanente y en consecuencia debe considerársele de duración indeterminada"⁶.

2.3. Algunos hechos que demostrarían la naturaleza permanente de la labor:

No se niega la posibilidad de la empresa de contratar temporalmente cuando hay un excepcional crecimiento en la producción; pero para ello tienen que cumplirse los supuestos contemplados por la doctrina, nuestra legislación y jurisprudencia, lo que no sucedió en el presente caso. Tres razones lo demuestran:

a) Labor desempeñada por el actor: Se constató - con la visita inspectiva- que el accionante realizaba labores de naturaleza permanente: se desempeñaba como obrero operario de ensamblaje, en la sección de preensamblaje de ejes; sección que pese a haber sido despedido el trabajador sigue operando, lo cual demostraría el carácter permanente de dicha función.

b) Sucesivas prórrogas de contratos a plazo fijo: Es interesante resaltar los mecanismos utilizados por la empresa para disfrazar verdaderos contratos a plazo indefinido, no gozando en consecuencia de estabilidad laboral.

Así, la demandada contrató a muchos trabajadores que encontrándose en idéntico supuesto del actor (contrato a plazo fijo por mayor incremento en la producción de la empresa), vieron renovados sucesivas veces sus respectivos contratos de trabajo. También se dieron los casos, en los que se cesó a trabajadores contratados a plazo fijo, para luego admitir a otros para desempeñar la misma labor de aquellos.

Es evidente que la finalidad de estas modalidades de contratación en abierto fraude de ley⁷, es facilitar el cese del trabajador y evadir así, las normas sobre estabilidad en el empleo. De ser esto así como señalan reiteradas ejecutorias del Fuero de Trabajo⁸, por desnaturalizarse los contratos a plazo fijo, el cese deviene en injustificado y procederá la reposición⁹.

c) Incremento en la producción: Sobre este punto, hay que señalar en primer lugar, que quedó demostrado que los trabajadores a plazo fijo llegaron a ser en 1988 un número mucho mayor (157) que los trabajadores estables (112), lo que significa que la producción "excepcional" de la empresa era mucho mayor que la habitual y permanente.

En segundo término, el supuesto incremento excepcional de la producción no duró 3 meses, 6 meses ó 1 año, períodos razonables, y que suelen considerar las legislaciones comparadas¹⁰, sino por lo menos 5 años (1985-1989). Habría que preguntarse si puede hablarse de un crecimiento "excepcional" o "extraordinario" por un período tan largo.

Finalmente, hay que destacar que -la empresa- no ofreció como prueba, de su parte, un sólo documento que acreditara que tenía una demanda excepcional de 550 unidades como sostenía. Resulta inverosímil que una empresa se embarque en una producción de

550 unidades adicionales (buses y camiones), sin que medie contrato alguno.

3. APROBACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO

Uno de los argumentos principales de la demandada y que fuera recogido por ambas sentencias para declarar infundada la demanda, consiste en la aprobación por la Autoridad de Trabajo, del contrato a plazo fijo. Se sostiene que no corresponde a las partes calificar la naturaleza eventual o accidental de las labores. Dicha calificación corresponde a la Autoridad Administrativa de Trabajo, a través de un procedimiento especial, quien además ya se pronunció en el presente caso por la "legalidad de la contratación". Considero que estas apreciaciones no son del todo exactas.

Es cierto que existe un procedimiento de aprobación de los contratos a plazo fijo por la Autoridad Administrativa de Trabajo, establecido en el Decreto Ley 18138. Sin embargo, esto no significa de ninguna manera que dicha aprobación convalide o no la ilegalidad de un contrato.

Significa sí lo contrario, es decir, que los contratos a plazo fijo que no cuenten con la aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo, serán nulos, por no haberse guardado las formalidades que la ley exige para su validez: se trata de una formalidad "ad solemnitatem". La jurisprudencia es unánime a este respecto. Pero, de ningún modo, puede decirse que ya se dió un pronunciamiento definitivo acerca de la "legalidad" del contrato; sencillamente porque no es competencia suya interpretar o discernir sobre la validez de fuentes normativas o no normativas. Dicha facultad discrecional recae en el Poder Judicial.

7. Para IRIZUBIETA FERNANDEZ, en el fraude de ley se superponen dos figuras jurídicas: "Una, la simulada, que aparece como formalmente única, es la que permite la aplicación de una norma legal distinta de la eludida, lo que produce habitualmente, resultados más beneficiosos para el defraudador. Otra, la disimulada, que no aparece formalmente enunciada, y que, de emerger al exterior, daría lugar a la aplicación de la norma defraudada" (El Abuso del Derecho y el Fraude de Ley en el Derecho del Trabajo, Editorial Colex S.A., Madrid, 1989, p. 64). De otro lado, FERNANDEZ GIANOTTI sostiene que los negocios "in fraudem", tienen como finalidad "conseguir un resultado prohibido; para no acatar, cuando se trata de la parte empleadora, el resultado de la vigencia de la ley imperativa laboral o de otra fuente, de la cual resultan derechos en favor del trabajador". Por ello concluye más adelante que "constituye conducta reprochable la utilización de diversos procedimientos para que la relación no aparezca con sus caracteres normales de continuidad e indeterminación en el plazo, a fin de eludir la aplicación en su plenitud de las normas tutelares del trabajador por despido arbitrario, o, en su caso, de la garantía de mantenimiento o estabilidad en su ocupación" (Fraude de Derechos Laborables: "Fraus omnia corrumpit", Lima, CIAT, 1989, pp. 5 y 19).
8. R.T.T. de 29.09.1980, Exp. No 3097-79 (En Actualidad Laboral, Lima, Mayo de 1981, pág. 42); R.T.T. de 02.04.1982, Exp. No 3109-81 (En De la Torre Ugarte, Carlos. Jurisprudencia del Trabajo. T. II. Lima, 1983, pág. 242); R.T.T. de 05.08.1987, Exp. No 175-87 (En Manual de Jurisprudencia Laboral H. y M. Ediciones, Lima, 1988, pág. 379). En la última ejecutoria señala p.e. que "Las sucesivas renovaciones de los contratos de trabajo a plazo fijo, al desvirtuar su temporalidad, convierten en injustificado el cese y procede la reposición".
9. Sostiene Alonso Olea, analizando la jurisprudencia española, que este tipo de pacto temporales, en los que el trabajo obedece a necesidades permanentes de la empresa, resulta ineficaz, ya que no tiene otra finalidad que la de poner fin al contrato, cuando el empresario lo estime conveniente. Por ello, señala igualmente, en estas situaciones, "la presunción está a favor de que el cese ha sido abusivo" (Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad Complutense. Madrid, 1983, pág. 209 y 210).
10. Por ejemplo, en Francia la Ordenanza Núm. 82-130 del 5-feb-1982, establece como plazo no más de seis meses. En España la Ley 8/1980 del 10-mar-1980 (Estatuto de los Trabajadores), fija un plazo de seis meses dentro de un período de doce meses.

En caso contrario, se estaría sustrayendo al Poder Judicial la competencia de discernir sobre la validez de normas y contratos, para otorgársela al Ministerio de Trabajo. Habría que preguntarse en todo caso si el Fuero de Trabajo no puede pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los contratos de trabajo. ¿Es suficiente decir que se cumplió con las formalidades para quitarle al juzgador la facultad de atacar el fondo del asunto?, es decir, en el presente caso, constatar si realmente la labor desempeñada por el actor es de naturaleza temporal, o por el contrario permanente y en consecuencia no se justifica un contrato a plazo fijo.

De otro lado, se le está otorgando a la resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, que aprueba los contratos de trabajo a plazo fijo, un valor de intocable que obviamente no tiene. El cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley sería suficiente para que sea totalmente válido. Debe recordarse, sin embargo, que nuestro ordenamiento jurídico, contempla la posibilidad de impugnarlos.

En efecto, el art. 29° del D.S. 03-83-TR, que regula la función inspectiva del Ministerio de Trabajo, establece que las actas elaboradas por los inspectores "constituyen instrumento público que merecen fe, mientras no se pruebe lo contrario".

Así mismo, el Código de Procedimientos Civiles (art. 406° y ss) y el D.S. 03-80-TR (art. 40°) sobre el valor probatorio de los instrumentos públicos, prevén que éstos pueden ser objeto de tacha o impugnación. El último dispositivo mencionado contempla, por ejemplo, que las partes pueden impugnar cualquier documento por considerar su contenido como no verdadero.

El caso analizado, partía del supuesto de considerar que la eventualidad de labores en la que se basa la suscripción del contrato a plazo fijo, no es tal, situación que no se convalida con la simple aprobación por la Autoridad de Trabajo¹¹.

Finalmente debe (debió) tenerse en cuenta la línea jurisprudencial sentada por el Fuero de Trabajo, en el sentido que aún contando con la aprobación de la Autoridad Administrativa del Trabajo, el contrato a tiempo determinado no surtirá efectos, si el cargo o puesto desempeñado por el trabajador es permanente¹².

Lo último tiene su fundamento, entre otras cosas, en el llamado principio de primacía de la realidad, como principio protector del ordenamiento jurídico laboral, unánimemente aceptado por la doctrina y jurisprudencia. Esto es, que poco interesa el mundo de las formalidades, lo que aparece en los textos o señalen los documentos; lo que debe importar entonces es lo que sucede en la realidad, por lo que hay que indagar más allá de las simples apariencias, primando lo que los hechos demuestran¹³.

4. LA POSICION DEL FUERO DE TRABAJO

4.1. La sentencia de primera instancia (18° Juzgado de Trabajo) declaró infundada la demanda y tomó como único argumento previamente el hecho de haber sido aprobado el contrato a plazo fijo por la Autoridad Administrativa de Trabajo, dejando de lado -como se ha expuesto-, importantes argumentos que demuestran la invalidez de dicha aprobación.

No se pronunció sobre la labor que desempeñaba el actor; no dijo nada acerca del incremento excepcional en la producción o sobre las prórrogas sucesivas de contratos de otros trabajadores de la empresa. Tampoco se refirió a la aplicación del principio de primacía de la realidad. Todo esto es algo que el juzgador prefirió no hacer.

En otras palabras, no se entró a analizar el fondo del asunto: la naturaleza de la labor realizada por el accionante.

4.2 La sentencia del Tercer Tribunal de Trabajo confirmó la de primera instancia. Tampoco entró a

11. La Resolución Ministerial No 430-90-TR ha introducido cambios sustanciales en el procedimiento de aprobación de los contratos a plazo fijo. Dicho dispositivo legal establece que: "...el contrato a plazo fijo o para obra determinada, se considerará aprobado a la presentación de la solicitud...", para lo cual será suficiente que a dicha solicitud se acompañe una declaración jurada del empleador, en la que indique que la labor que efectuará el trabajador es accidental o temporal. Posteriormente la Autoridad Administrativa de Trabajo "podrá" realizar una visita de inspección.

Como se sabe, la inspección que lleva a cabo el Ministerio de Trabajo para verificar la eventualidad de la labor, que justificaría un contrato por tiempo determinado, no ha sido garantía eficaz para evitar el uso abusivo y fraudulento de la contratación temporal. El camino era entonces dar mayores garantías para la defensa del derecho de estabilidad laboral, mejorar los mecanismos existentes (ver Convenio No 158 y Resolución No 166 de la OIT), pero no, al amparo de la pretendida simplificación administrativa (en la que se ampara la Resolución Ministerial en cuestión), afectarlos o suprimirlos, dejando sin protección derechos fundamentales de los trabajadores. Creemos que esta situación hace indiscutible, la calificación de los contratos de trabajo a plazo fijo de parte del Poder Judicial.

12. R.T.T. de 09.11.1975: "No surte efecto el contrato a tiempo determinado aunque esté aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo si el cargo o puesto es permanente" (en Angulo, Jorge. Ob. cit. pág. 48).

13. PLA RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 252. De la misma opinión son De la Cueva, Deveali, Caldera, todos ellos citados por el autor.

analizar sobre el fondo del asunto. Recogió en esencia los mismos argumentos de la recurrida. Sin embargo, añadió un fundamento adicional realmente inverosímil.

En efecto, en el segundo considerando de la comentada resolución se señala que:

"... el actor al suscribir el único contrato a fs. 38 se sometió a las condiciones pactadas, de acuerdo al principio de la buena fe y común intención de las partes..."

Como puede apreciarse, el Tribunal utiliza un fundamento civilista para declarar infundada la demanda. Señala que el demandante queda sometido a las condiciones pactadas, de conformidad con el principio de la buena fe: principio propio del Derecho Civil, y que en todo caso hace una determinada y distinta manifestación en el ordenamiento jurídico laboral.

4.3. Al parecer, para el Tribunal, la relación laboral queda determinada por el contrato de trabajo, debiendo ejecutarse según lo pactado. Supongamos -sólo como hipótesis- que el trabajador pactó con su empleador que su remuneración mensual sería inferior al ingreso mínimo legal, que no gozaría de descanso semanal, que no tendría derecho al pago de horas extras por el trabajo realizado más allá de la jornada máxima de trabajo, o que no se le abonaría la compensación por tiempo de servicios una vez terminada la relación laboral, ¿habría perdido el trabajador el derecho a dichos beneficios?.

Una respuesta afirmativa, le daría un valor preponderante -que no tiene- a la autonomía de la voluntad, frente a normas de origen estatal o convencional. Recordemos que precisamente, el ordenamiento jurídico-laboral se caracteriza por limitar drásti-

camente la autonomía de la voluntad de los sujetos contratantes. En consecuencia, éstos no pueden pactar libremente lo que quieran¹⁴. Por ello, sostiene con razón GARCIA-PERROTE que el contrato de trabajo prácticamente ha quedado vaciado de contenido, ya que éste viene prefijado por las fuentes legales y convencionales, cuya finalidad fue desde el origen mismo del Derecho del Trabajo, el servir "como un contrapeso dirigido a compensar y equilibrar la desigualdad de poder que es inherente a la relación individual de trabajo, abandonándose la hipótesis de igualdad entre los sujetos de la relación contractual, y de ésta como efecto de un encuentro de voluntades libres e iguales"¹⁵.

De otro lado, una respuesta afirmativa -como la que sugiere la sentencia del Tribunal- nos llevaría a negar el principio de irrenunciabilidad de derechos, consagrado expresamente por nuestra Carta Fundamental (art. 57°)¹⁶, así como del ya tratado principio de la primacía de la realidad.

En el primer caso, porque el trabajador se estaría privando -aún voluntariamente- de determinados beneficios concedidos a su favor por la normativa¹⁷, y que, como se sabe, se trata de un acto prohibido por nuestro ordenamiento¹⁸, sancionado con la nulidad.

En el segundo caso porque se estaría dando mayor importancia a lo que figura en el texto que a lo que sucede en la realidad, no cumpliendo, en consecuencia, función alguna en el Derecho del Trabajo este principio.

4.4. El Tribunal confunde también el principio de buena fe. Este principio no significa de modo alguno que las partes queden sometidas a lo estipulado por ellas en su respectivo contrato de trabajo. Su aplicación no se encuentra en la constitución de la relación laboral, sino en la ejecución de la misma, por tratarse

14. Por eso señala DE LA VILLA que una de las manifestaciones más importantes del Derecho del Trabajo, es que las normas laborales de origen estatal se configuran como derecho necesario porque "sus mandatos se imponen a la autonomía de la voluntad, de modo que ésta no puede alterar las soluciones legales ya sea en sentido alguno (normas de derecho necesario absoluto, máximas y mínimas para las partes), ya sea para modificar in peius su contenido (normas de derecho relativo, únicamente mínimas para las partes).
15. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. Ley y Autonomía. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1987. pág. 16.
16. Artículo 57°, primer párrafo: "Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo".
17. PLA RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Obra citada, págs. 67 y 68.
18. Este principio protector del Derecho del Trabajo, que opera en fases distintas (precontractual, Constitución, desarrollo y extinción de la relación laboral, postcontractual) tiene un doble fundamento: El primero lo encontramos en el espíritu tuitivo del Derecho del Trabajo, que tiende a proteger al trabajador como la parte más débil de la relación de trabajo y que en tal condición, se presume un estado de necesidad por el que podría pactar contra las disposiciones laborales, con la finalidad de acceder o mantener determinado puesto de trabajo. El segundo fundamento sería el que señala que el ordenamiento jurídico contiene mecanismos de garantía interna que permite lograr su plena eficacia. En tal medida, las normas laborales consideradas de "orden público" no permiten ser desvirtuadas por los sujetos de la relación laboral. Ver Prado de Reyes, Francisco. "Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores", en Revista de Política Social No 127, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1980.

el contrato de trabajo de uno de ejecución continuada, y que genera una relación duradera entre las partes¹⁹.

Como el objeto del contrato de trabajo es el trabajo como "actividad de carácter personal en la que queda implicada de una manera muy directa la persona del trabajador"²⁰, se dice que el trabajador - también el empleador- debe cumplir su contrato de buena fe, por lo que se le exige "poner el empeño normal en el cumplimiento de la tarea encomendada"²¹.

Se trata en definitiva de una conducta que se le impone al trabajador durante el desarrollo de la relación laboral, y que le genera específicas obligaciones²²:

- Deber de secreto: obligación que tiene el trabajador de mantener en reserva los secretos relativos a la explotación y negocios de su empleador (p.e. secretos de fabricación, secretos comerciales), no sólo mientras dure la relación laboral, sino también después de extinguirse ésta. Se busca proteger al empleador de sus competidores.

- Deber de no realizar trabajos para terceros durante la jornada de trabajo (o fuera de ella): puede

tratarse tanto de la "prohibición de concurrencia desleal" (no realizar actividades análogas o idénticas a las de su empleador) como de un "pacto de no competencia" (obligación del trabajador de prestar sus servicios en forma exclusiva para un solo empleador, quedando vedadas la ejecución de actividades - lícitas- para otros empresarios, durante la vigencia del contrato de trabajo).

- Prohibición de aceptar beneficios ofrecidos por terceros (p.e. comisiones), cuando el trabajador mediara en negocios por cuenta de su empleador, y en perjuicio de éste.

Como se aprecia, el llamado deber de "buena fe" supone en el ordenamiento jurídico laboral la obligación que asume el trabajador de "abstenerse de todo acto que pueda perjudicar al empleador y de cumplir aquéllos que tiendan a la protección de los intereses de éste"²³, pero de ninguna manera la realización de actos que signifiquen el menoscabo de derechos que le han sido reconocidos o concedidos por la normativa laboral (constitucionalmente inclusive), como lo sería en el caso analizado, el desconocimiento del derecho de estabilidad en el trabajo, bajo la figura fraudulenta de un contrato a plazo fijo.

19. SALA FRANCO, Tomás (Director). Derecho del Trabajo. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 522.

20. Idem. pág. 522.

21. PLA RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del derecho del trabajo. Obra citada. pág. 306. Por esa razón, sostiene el citado autor, que hay quienes vinculan -TISEMBAUM p.e.- al principio de buena fe con el de "reconocimiento".

22. Ver: MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1986. págs. 302 y ss.

23. DURAND, Paul. Traité de droit du travail, citado por PLA RODRIGUEZ, Américo. Obra citada. pág. 314.

Todos aquellos interesados en colaborar con *Thémis* mediante sugerencias, comentarios, o la publicación de artículos y/o investigaciones podrán comunicarse directamente con cualquiera de los miembros de la revista, acercarse a su oficina en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarlos a la casilla postal 110711, Lima 11. Los trabajos no deberán exceder de 12 carillas formato A-4, a doble espacio y se deberá entregar dos ejemplares.

Thémis agradece todo envío, no comprometiéndose a su publicación.

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Carlota Lombardi de Zavala, Paulo Guerra García, Armando Lazarte, Filiberto Tarazona, Silvia Granda, Marina Pacheco, Wally Jolly, María Ysimura, Fiorella Alvarado, Renata Alvarado, Gloria Quincot, Paula Calderón, Ana María Asmat, Fernando Salaverri, Miguel Castillejo, Carlos Cárdenas Quiroz, Francisco Navarro, Carlos Bazán.

