



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho

“LA EFICACIA JURÍDICA DE LAS OBLIGACIONES
ADQUIRIDAS POR EL REPRESENTANTE LEGAL DE UN
MENOR DE EDAD EN EL FUTBOL PROFESIONAL”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autores:

Bach. Angel Eduardo Montenegro Guanilo
Bach. Alfredo Leopoldo Rosell Rodríguez

Asesor:

Lic. Carlos Alberto Miyasato Bazán

Cajamarca - Perú

2020

DEDICATORIA

A Dios por haberme regalado la dicha de existir; A mi Mamita Lilia por todas sus enseñanzas y amor incondicional; A mis padres Juan y Pilar por todo su esfuerzo, sacrificio y dedicación en mi formación personal y profesional; A mis hijas Fabiana y Arianna por ser el motor de vida y mi inspiración para superar todos los obstáculos que encuentre en el camino; A mi gran amor Viviana por todo el amor que a diario me regala, su apoyo, comprensión y paciencia a lo largo de mis proyectos.

Alfredo Rosell.

A Dios, por las enormes bendiciones diarias; A Faustina, que desde el cielo es motor de cada paso. A Clara y Eduardo, para ellos todos mis logros, motivación permanente en mi vida. A Mónica, Julianna, Fernando, Manuel, Guissel, Emilio, y Lucho, que con su amor diario hacen de mí una mejor persona. A Sandra y Alfredo, la familia que escogí.

Angel Montenegro.

AGRADECIMIENTO

Al doctor Carlos Alberto Miyasato Bazan, por aceptar ser nuestro guía, brindándonos total apoyo en el desarrollo del presente trabajo; a los doctores Luis Carlos Polo Chávarri, Edgar Alfredo Rebaza Vargas y Germán Leocadio Dávila Gabriel, mi agradecimiento eterno por motivarme siempre a perseguir mis sueños, por ser mi ejemplo constante para ser un mejor ser humano, por brindarme su amistad sincera y sin límites, por todas las enseñanzas y consejos impartidos a lo largo de mi vida universitaria y profesional.

Alfredo Rosell.

Al doctor Carlos Alberto Miyasato Bazan, por mostrar interés y aceptar guiarnos en este importante paso de nuestra vida profesional; a los doctores Luis Carlos Polo Chávarri y Edgar Alfredo Rebaza Vargas, el agradecimiento permanente por sus enseñanzas y apoyo en cada paso de mi formación profesional.

Angel Montenegro.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO.....	3
TABLA DE CONTENIDOS	4
RESUMEN	8
ABSTRACT	9
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	10
1.1. Realidad problemática.....	10
1.2. Formulación del problema.....	13
1.2.1. Pregunta principal	13
1.3. Objetivos.....	13
1.3.1. Objetivo general.....	13
1.3.2. Objetivos específicos.....	13
1.4. Hipótesis	14
1.4.1. Hipótesis general.....	14
1.5. Marco Teórico.....	14
1.5.1. Representación de menores en el Código Civil	14
1.5.1.1.Evolución histórica.....	14
1.5.1.1.1.Las fuentes de la representación.	14
1.5.1.1.2.Capacidad de ejercicio plena.....	15
1.5.1.1.3.Incapacidad absoluta.....	15
1.5.1.1.4.Capacidad de ejercicio restringida.....	17
1.5.2. Autonomía de la Voluntad.....	21
1.5.2.1.Teoría de la Autonomía de la Voluntad.....	21
1.5.2.2.Autonomía de la Voluntad en menores de edad.	22
1.5.3. El acto jurídico	24
1.5.3.1. Ineficacia del acto jurídico por exceso de facultades.....	26
1.5.3.2.Anulabilidad del acto jurídico por vicios de la voluntad.....	27
1.5.3.3.Anulabilidad de acto jurídico del representante consigo mismo.....	27
1.5.3.4. Ineficacia de acto jurídico gratuito u oneroso.....	27
1.5.3.5. Anulabilidad del acto jurídico por error en el motivo.....	27
1.5.3.6. ..Improcedencia de la anulabilidad por error rectificado.....	27

1.5.3.7...Nulidad del Acto Jurídico. El Código Civil indica en sus siguientes artículos.....	28
1.5.3.8... Acto y documento.....	30
1.5.3.9.Incapacidad en beneficio propio.....	30
1.5.4. Validez.....	30
1.5.5. Invalidez.....	31
1.5.6. Eficacia jurídica.....	31
1.5.7. Ineficacia jurídica.....	32
1.5.8. Eficacia de los contratos.....	33
1.5.9. Ineficacia de los contratos.....	33
1.5.10.Ineficacia estructural.....	34
1.5.10.1.Nulidad.....	35
1.5.10.2.Anulabilidad.....	35
1.5.11.Ineficacia funcional.....	36
1.5.11.1.Resolución.....	37
1.5.11.2... Rescisión.....	37
1.5.11.3.Revocación.	38
1.5.11.4... Inoponibilidad.....	38
1.5.12.Obligaciones en el Código Civil Peruano.....	39
1.5.13.Principios de libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad.....	53
1.5.13.1.Principio de libertad contractual.....	53
1.5.13.2.Libertad de contratación.....	56
1.5.13.3...Libertad contractual y libertad de contratación.	59
1.5.13.4.Autonomía de la voluntad.....	60
1.5.14.La Contratación de Menores en el fútbol profesional.....	61
1.5.15.Normatividad peruana sobre la contratación de futbolistas profesionales menores de edad.....	64
1.5.16.Federación Internacional de Fútbol Asociado – FIFA.....	68
1.5.17.La representación de menores de edad en la suscripción de contratos.	74
1.5.18.Código del Niño y Adolescente	75
1.5.19.Resolución Ministerial núm. 058-97-TR, de 7 de julio de 1997	80
1.5.20.Convenio de la Organización Internacional del Trabajo	81
1.5.21.Interés Superior del Niño.....	82

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA.....	85
2.1. Tipo de investigación	85
2.2. Diseño de investigación por Lozada	85
2.3. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos).....	86
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos	86
CAPÍTULO III. RESULTADOS	88
3.1. Resultados.....	88
3.1.1. Principios de libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad	88
3.1.1.1.Principio de libertad contractual.....	88
3.1.1.2.Principio de Libertad de contratación.....	89
3.2. El acto jurídico	90
3.2.3.1.Diferencia entre la nulidad y la anulabilidad.....	93
3.2.5.1....Evolución Histórica.....	99
3.2.5.2.. Contrato de Afiliación Deportiva.....	102
3.2.5.3.Nacimiento de la titularidad Federativa.....	102
3.2.5.4.Prioridad del contrato de trabajo entre futbolista y Club.....	102
3.2.6.1.Reglamento de Indemnización por Derechos de Formación de la Federación Deportiva Nacional Peruana de Fútbol.....	104
3.2.6.2.Régimen Laboral de los jugadores de Fútbol Profesional.....	105
3.2.6.3... Estatuto del futbolista – SAFAP.....	107
3.2.6.4.Federación Internacional de Fútbol Asociado-FIFA.....	107
3.2.6.4.1.. Poder de intervención de la FIFA.....	107
3.2.7. Marco normativo de la FIFA sobre contratación de futbolistas profesionales menores de edad.....	114
3.2.7.1..Normas para la contratación de menores de edad en el ámbito nacional para el fútbol profesional.....	114
3.2.8. Naturaleza jurídica del contrato celebrado por los representantes legales en el fútbol peruano.....	116
CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	118
4.1. Discusión	118
4.2. Conclusiones	122
4.3. Recomendaciones.....	125

REFERENCIAS.....	126
ANEXOS.....	130
Anexo 1. Matriz de consistencia.....	130

RESUMEN

La globalización no solo ha traído consigo un incremento acelerado de la tecnología y el acercamiento de las personas de los diferentes países del orbe, sino también una serie de competencias, representadas más que nada en los deportes, siendo el fútbol el deporte más visto, especialmente en Latinoamérica. Así pues, con más fanáticos y más ídolos del fútbol, son los niños quienes aspiran a convertirse en grandes jugadores del fútbol mundial. Por ello, muchos menores de edad con talento para el fútbol son reclutados por clubes que buscan no solo entrenarlos, sino formales un futuro profesional en el fútbol. Así, los menores se convierten en trabajadores a temprana edad, gozando de protección especial por parte del Estado; no obstante, surgen algunos vacíos que tienden a vulnerar algunos de sus derechos, pues, aunque para suscribir un contrato con alguna entidad deportiva, cuenten con la presencia de sus padres, tutores o responsables, esto no garantiza que sus derechos no sean vulnerados. En ese sentido, esta investigación buscó determinar la eficacia jurídica de las obligaciones adquiridas por el representante legal a ser ejecutadas luego de que el menor cumpla la mayoría de edad. Para hacerlo posible se recopiló y analizó literatura legislativa y normativa sobre la contratación de menores de edad, especialmente en el ámbito del fútbol. De esta forma se evidenció que existe ineficacia jurídica de las obligaciones adquiridas por el representante legal a ser ejecutadas luego de que el menor cumpla la mayoría de edad, puesto que a menudo el contrato firmado por el padre o tutor tiene vigencia hasta después de que el menor cumpla la mayoría de edad, ya que los clubes retienen al talento, evitando que el menor pueda aspirar a jugar en otro club deportivo u obtener más beneficios respecto a su labor como futbolista.

Palabras clave: menor de edad, fútbol, contrato, eficacia jurídica, representante legal

ABSTRACT

Globalization has not only brought an accelerated increase in technology and the approach of people from different countries of the world, but also a series of competitions, represented mostly in sports, with football being the most watched sport, especially in Latin America. Thus, with more football fans and more idols, it is the children who aspire to become great players in world football. Therefore, many minors with talent for football are recruited by clubs that seek not only to train them, but also to formalize a professional future in football. Thus, minors become workers at an early age, enjoying special protection from the State; However, there are some gaps that tend to violate some of their rights, because, although to sign a contract with a sports entity, they have the presence of their parents, guardians or guardians, this does not guarantee that their rights are not violated. In that sense, this investigation sought to determine the legal effectiveness of the obligations acquired by the legal representative to be executed after the minor reaches the age of majority. To make this possible, legislative and normative literature on the hiring of minors was collected and analyzed, especially in the field of football. In this way it was evidenced that there is legal ineffectiveness of the obligations acquired by the legal representative to be executed after the minor reaches the age of majority, since often the contract signed by the parent or guardian is valid until after the minor reaches the age of majority, as the clubs retain talent, preventing the child from aspiring to play in another sports club or obtain more benefits from his work as a footballer.

Keywords: younger, football, contract, legal efficacy, legal representative

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

En el Perú, no existe antecedente de investigación relacionada a la eficacia jurídica de las obligaciones adquiridas por el representante legal de un menor de edad en la suscripción de un contrato de futbolista profesional.

En nuestro país la Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte, Ley N° 28036, establece que las organizaciones deportivas se sujetan por la propia ley y las normas que le resulten aplicables, para este caso en específico los reglamentos y estatutos de la FIFA. Esta normativa alcanza a los jugadores catalogados como profesionales, pero también es necesaria la regulación de la contratación de menores de edad que, de un tiempo a esta parte, ganaron protagonismo en las transferencias deportivas.

Actualmente en el mundo del deporte en general y especialmente en los juegos colectivos, los menores de edad van ganando un protagonismo que año a año se hace más notorio, así muchas veces están expuestos a ser absorbidos rápidamente por las reglas del mercado y quedan finalmente al servicio del deporte, lo cual va en desmedro de su formación integral como personas.

El principio general en materia de capacidad es que los niños y jóvenes que no han alcanzado la mayoría de edad son tratados por la legislación como incapaces, es decir no tienen capacidad de ejercicio y por ende los contratos que celebren serán siempre reconocidos como inválidos. Sin embargo, en nuestro país se permite a los menores la realización de ciertos actos a medida que avanza su edad, por sí mismos o por medio de sus representantes, que son los padres o los tutores.

La autonomía de la voluntad en la perfección de los contratos es reconocida como un elemento esencial. La validez de un acto jurídico yace justamente en la adecuada exteriorización de la voluntad interna, previo proceso de análisis y evaluación subjetiva por

parte del sujeto de derechos; no obstante, ese discernimiento es solo reconocido jurídicamente para aquellas personas mayores de dieciocho años, dejando sin una voluntad legalmente reconocida a los menores de edad, cuando ello no necesariamente implique la falta de validez de la misma.

En el Perú, además de los derechos que le reconoce la Constitución Política vigente, se ha ratificado la Convención Internacional de los Derechos del Niño, además del Código de los Niños y Adolescentes y se han creado las Defensorías del Niño y Adolescente, que constituyen el marco legal e institucional para defensa y respeto de los derechos de los niños y adolescentes.

De la armonización de esas disposiciones surge que los menores incapaces pueden realizar labores siempre y cuando su actividad laboral no importe riesgo ni peligro para su desarrollo, para su salud física, mental y emocional y no perturbe su asistencia regular a la escuela; y bajo la tutela de sus padres. Asimismo, la actividad laboral a la que está sujeto el menor de edad no puede vulnerar los principios constitucionales de libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad inherentes a su condición de ser humano

El panorama no aparece demasiado complejo, ya que siempre que se respeten los derechos esenciales de los menores, sus padres o representantes podrán celebrar contratos de trabajo deportivo válidamente de acuerdo a los parámetros indicados precedentemente. El tema se complica cuando el deportista menor de edad que se destaca por su nivel de juego, es tentado por otra institución deportiva para continuar su carrera futbolística en esta (Palazzo, 2019). Algunas situaciones se presentan en este posible traspaso: la intención del menor de jugar en el nuevo club o permanecer en el actual, la intención e interés de los representantes y padres o tutores referente a la transferencia, y la validez de los contratos firmados.

A esta problemática se suma la falta de protección del menor de edad que muchas veces se ubica en una situación de vulnerabilidad; por ello, es prioritario brindar tutela en

todos los casos en los que el menor pueda verse involucrado, particularmente cuando se requieren sus habilidades como futbolista profesional menor de edad al servicio de un club. Aunado a ello, la escasa regulación legal del futbol en nuestro país, puesto que se rigen bajo la Ley N° 26566 Régimen Laboral de los Jugadores de Futbol Profesional y la Ley N° 28036 Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte.

Esta mala práctica se ha vuelto frecuente en el Perú, debido a que los clubes de futbol en su intención de retener a los talentos menores de edad, negocian (amparados en la normatividad FIFA) con los representantes la vinculación de este futbolista profesional menor de edad, por lapsos que trasgreden los límites bajo los cuales debería regirse la representación. Es decir, los padres o representantes legales, adquieren obligaciones para el menor, en la suscripción de un contrato como futbolista profesional, comprometiéndolo a ejecutarlas aún después de que este adquiriera su mayoría de edad.

El problema de investigación es acerca de la eficacia jurídica de las obligaciones adquiridas por los representantes, en base al poder de representación que ostentan; que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, el mismo que no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad del menor.

La principal motivación para esta investigación, es que se estarían vulnerando derechos fundamentales de los menores de edad, por ello es necesario establecer límites a las obligaciones adquiridas por sus representantes en la suscripción de los contratos como futbolistas profesionales menores de edad, y así poder garantizarles a estos el respeto de sus derechos fundamentales.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Pregunta principal

¿Cuál es la eficacia jurídica de las obligaciones adquiridas por el representante legal de un menor de edad, en la suscripción de un contrato de futbolista profesional a ejecutarse después de adquirida su mayoría de edad?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar la eficacia jurídica de las obligaciones adquiridas por el representante legal de un menor de edad, en la suscripción de un contrato de futbolista profesional a ejecutarse después de adquirida su mayoría de edad

1.3.2. Objetivos específicos

- Determinar los alcances de la representación de menores de edad en la suscripción de contratos.
- Determinar la naturaleza de las obligaciones asumidas en la contratación de futbolistas profesionales menores de edad.
- Desarrollar los alcances de los principios de libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad.
- Analizar el marco normativo peruano sobre contratación de futbolistas profesionales menores de edad.
- Analizar el marco normativo de la FIFA sobre contratación de futbolistas profesionales menores de edad.
- Analizar la protección a los menores y adolescentes trabajadores en el Código del Niño y Adolescente.

1.4. Hipótesis

1.4.1. *Hipótesis general*

La eficacia de las obligaciones suscritas por los representantes legales de menores de edad rige hasta los 18 años, luego de ello estas son ineficaces por afectar los principios de libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad.

1.5. Marco Teórico

1.5.1. *Representación de menores en el Código Civil (CC)*

1.5.1.1. Evolución histórica. El antecedente primigenio de la Representación surge en el Código Napoleónico en el cual se establecía: "Por regla general, no es lícito obligarse ni estipular en su propio nombre sino para sí mismo". (Priori, 2000), sin embargo, esta disposición admite excepciones permitiendo la aparición de la representación.

Lo estipulado en el Código Napoleónico se extendió a todos los demás códigos que recibieron su influencia. Así el Código Alemán inicia la tendencia de establecer como regla la representación y no como excepción. Así pues, Priori (2000) menciona:

“Una declaración de voluntad, que alguien emite en nombre del representado dentro del poder de representación a él correspondiente, es eficaz de forma inmediata para y contra el representado”.

1.5.1.1.1. Las fuentes de la representación. La representación voluntaria: el poder. La representación voluntaria es aquella generada por la propia voluntad del sujeto representado. Así, en mérito a su facultad de decisión y a su autonomía de la voluntad, cualquier persona puede participar en una relación civil-comercial actuando en resguardo de los intereses de los cuales es titular, o en su defecto, facultar a una persona, en base al poder voluntario otorgado, para que ésta actúe en defensa de sus intereses.

La representación legal. Para este supuesto, la fuente se origina en la ley, la que, en base a los supuestos de incapacidad de obrar de algunas personas, y que para que puedan ser

parte del tráfico jurídico, ¡requiere de la exigencia de nombrar a la persona que representará al incapaz; pues de no ser así, el incapaz se encontraría imposibilitado de realizar cualquier tipo de acto con validez jurídica.

Así entonces, la representación voluntaria dista de la legal, debido a que en la primera el representado puede elegir al sujeto representante. En cambio, en la legal, el representante ya se encuentra predeterminado y otras veces no.

El artículo 145 del C.C. señala que un acto jurídico puede realizarse a través de representante, siendo éste de dos clases:

- Representación Voluntaria o Convencional: Cuando el interesado otorga facultades de representación a otra persona para un determinado acto jurídico.
- Representación Legal o Necesaria: Cuando el ordenamiento jurídico la otorga para representar a las personas que no cuentan con la capacidad para ejercer sus derechos por sí mismas, siendo esta modalidad la que nos interesa para el desarrollo de nuestro tema.

1.5.1.1.2. Capacidad de ejercicio plena (Art. 42, CC). Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

1.5.1.1.3. Incapacidad absoluta (Art. 43 CC). Es una incapacidad plena y general por la cual las personas comprendidas en ellas no pueden ejercer por sí mismas derecho alguno de las que sean titulares. Por tanto, no pueden realizar por sí mismas ningún acto jurídico bajo

sanción de nulidad (Art. 219, CC) debiendo ejercer sus derechos a través de representantes.

Son incapaces absolutos:

Los menores de 16 años, salvo para aquellos determinados por la ley. Este caso está basado en la ausencia o falta de un discernimiento completo. Legalmente se presume que recién a los 18 años se complementa el desarrollo psicofísico de la persona. Los actos practicados por incapaces absolutos son nulos, sin embargo, es la misma ley quien les permite a los menores de 16 años ejercitar personalmente determinados actos jurídicos.

Con respecto al primer inciso cabe resaltar que al mismo tiempo que prescribe la incapacidad absoluta de ejercicio en razón a la edad de la persona, establece que el menor los podrá ejercer por sí mismo, sólo en el caso de actos que estén determinados por la ley. A esta excepción tenemos que agregar que el artículo 1358 del Código Civil, permite a los todos los incapaces no privados de discernimiento celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida. Consideramos normal que el menor de dieciséis años no privado de discernimiento celebre cotidianamente contratos vinculados con las actividades ordinarias de su vida diaria. Diariamente podemos ver a menores realizando cotidianas relaciones jurídicas en satisfacción de necesidades igualmente normales como ir a la escuela, comprar golosinas y más.

No es raro encontrar más situaciones en las que el menor elabore actos de trascendencia, tal lo podemos comprobar en lo que se refiere el artículo 455 del C.C., que faculta al menor capaz de discernimiento para aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias, siempre que sean puras y simples, sin necesidad de recurrir a sus representantes legales. Así, prescripciones de más artículos, dotan al menor capaz de discernimiento, de cierta capacidad jurídica para ejercer sus derechos y así mismo responder por las consecuencias que de estos deriven.

Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Derogado.

1.5.1.1.4. Capacidad de ejercicio restringida (Art. 44 CC). Se trata de personas que sólo han perdido o se encuentran privadas parcialmente de su capacidad civil de ejercicio y que pueden recuperarla posteriormente. Por tanto, en los casos en que la persona se encuentre con capacidad de ejercicio restringida puede realizar por sí mismo algunos actos y otros aquellos para los que es incapaz debe realizarlos a través de representante. Los actos jurídicos celebrados directamente por personas con capacidad de ejercicio restringida son anulables (Art. 221 del CC).

Al considerar el código que los mayores de 16 años y menores de 18 tienen una capacidad de ejercicio restringida, asume que éstos tienen un nivel de madurez superior al de los menores de 16 años y les concede una capacidad restringida que los habilita para realizar actos diferentes, mejores o más calificados que los ejecutados por absolutamente incapaces. Si bien algunos de dichos actos jurídicos podrían ser objeto de anulabilidad, éstos pueden ser confirmados al llegar el menor de edad a los 18 años en los que adquiere la plena capacidad jurídica de ejercicio. (Guevara, 2002)

Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Derogado.
3. Derogado.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.

8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

El inciso primero no varía en el límite mínimo, pero al fijar que esta capacidad de ejercicio restringida se da hasta los dieciocho años ya establece un margen de dos años para tal incapacidad. (Guevara, 2002)

Cabe recalcar, que según lo prescrito por el artículo 1358 del Código Civil, Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida. Así también sin perjuicio de lo anterior, el artículo 456 establece que el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen, expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen.

Si dicho acto no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que hubiese convertido en su provecho. El menor que actúe con dolo responde de los daños y perjuicios que cause a terceros.

Consiguientemente, el artículo 457 del Código, señala que el menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. De producirse dicha autorización el menor está facultado para realizar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiriera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos. El mismo artículo prescribe que tal autorización puede ser revocada previa razón justificadora. El numeral 458 del Código, de manera general, dispone que el menor capaz de discernimiento debe responder por los daños y perjuicios que causa.

Los menores de edad están sujetos a la patria potestad, la misma que es ejercida conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la

representación legal del hijo. Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores (Artículos 419 y 418). De no encontrarse el menor sujeto a la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes, según las reglas contenidas en el Capítulo Primero del Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código.

El inciso cuarto considera a la prodigalidad como causal de capacidad de ejercicio restringida. Entendemos aquí al pródigo como dilapidador habitual, al que disipa sus bienes, al gastador desordenado o manirroto. O como lo define la Real Academia Española, al que “desperdicia y consume su hacienda en gastos inútiles y vanos, sin medida, orden ni razón. En este caso la interdicción judicial del pródigo está dedicada principalmente a la protección de la familia del dilapidador habitual. Así también apoya esta disposición el artículo 584, al señalar que el objetivo para la declaración de interdicción, es que el pródigo haya disipado bienes que excedan a su porción disponible si es que cuenta con cónyuge o herederos forzosos.

De acuerdo al inciso quinto la mala gestión es causal de capacidad de ejercicio restringida. Es por demás aclarar por parte de código que la mala gestión es la manifiesta ineptitud de una persona para manejar sus negocios. No se trata, como en el caso de la prodigalidad, de una tendencia al despilfarro sino de una inhabilidad para la administración de un patrimonio. Al igual que en el caso de la prodigalidad, la curatela de estos incapaces está dirigida a restar protección a los que detentan la calidad de herederos forzosos del incapaz.

El artículo 585 señala con respecto a esto que puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa haya perdido más de la mitad de sus bienes; el numeral citado esta también librado al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión.

A lo que se refiere la hipótesis prevista en el inciso sexto, es decir, la de ebriedad habitual. Para la declaración de la interdicción se requiere como lo indica el propio inciso, que la ebriedad sea habitual, es decir que la persona muestre adicción a las bebidas alcohólicas.

El inciso séptimo del artículo 44 se refiere a los toxicómanos como sujetos con capacidad de ejercicio restringida. El término toxicómano, cabe aclarar, es entendido según los expertos, como sinónimo de drogadicto y se aplica a la persona que ha desarrollado fármaco-dependencia severa, o sea aquella que necesita consumir alguna droga para aplacar la apetencia imperiosa de la misma.

Al igual que como se trata al ebrio habitual, el artículo 586 prescribe que será provisto de curador quien por causa del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenaza la seguridad ajena.

El inciso octavo se refiere al caso de capacidad de ejercicio restringida de la persona que sufre pena que lleva anexa la interdicción civil. Esta capacidad de ejercicio restringida no se origina ni en la edad ni en la salud de la persona, sino que encuentra fundamento en la situación de hecho en que se haya y que le impide de ipso, ejercer sus derechos por sí misma. Comporta una medida de protección al penado. Deviene de esto que el artículo 595 establece que ejecutoriada la sentencia penal que conlleva la interdicción civil, el fiscal pedirá dentro de las 24 horas el nombramiento para el curador penado. Si así no lo hiciera será responsable por los daños y perjuicios que sobrevengan.

Finalmente, con las modificatorias que sufriera el Código Civil en septiembre de 2018, se incorpora como supuesto de capacidad de ejercicio restringida a las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado apoyo con autoridad.

1.5.2. Autonomía de la Voluntad

1.5.2.1. Teoría de la Autonomía de la Voluntad. La teoría de la autonomía de la voluntad nace paralelamente a la teoría del Acto Jurídico, como una visión civilista de los principios de libertad e igualdad de la Revolución Francesa; lo que luego sería recopilado en el Código de Napoleón de 1804. Originalmente la Autonomía de la Voluntad nace como una propuesta de total libertad individual, de absoluta disposición de las personas de relacionarse sin regulación del ordenamiento, mucho menos de las formas establecidas por las normas positivas; por lo cual las partes tenían pleno derecho de establecer sus requisitos y sus formas sin amparo de la ley.

Luego de ello, la teoría del Acto Jurídico le agrega un aspecto más: el interés social (visto como la norma representante de los intereses colectivos en base a su bienestar), ante lo cual la doctrina francesa plantea el respeto de la autonomía a voluntad, pero siempre bajo el margen de la ley y de la moral colectiva.

Claro está que esta autonomía debe respetar las leyes imperativas y desde luego debe de corresponder con los intereses colectivos, esta es una disposición heredada de la legislación francesa, que de por sí atentaría, en caso de que este principio prevalezca sobre los particulares, contra el principio del Pacta sunt servanda, o sea, el irrestricto respeto a los contratos fuera de los perjuicios de una de las partes o de la colectividad en general. Como lo ha señalado ya el maestro Vidal Ramírez la autonomía de la voluntad es el ejercicio de la libertad individual amparada por el ordenamiento jurídico, quien lo ampara y, desde luego lo reglamenta, así pues, se entiende que la autonomía de la voluntad es el ejercicio libre de su derecho de adhesión y por lo tanto de su derecho a relacionarse jurídicamente esto sin que no deje de ser regulado por el ordenamiento del Estado. (Vidal, 2010)

La autonomía de la voluntad en la perfección de los contratos es reconocida como un elemento esencial, la validez de este acto jurídico yace justamente en la adecuada

exteriorización de la voluntad interna, previo proceso de análisis y evaluación subjetiva por parte del sujeto de derechos; no obstante, ese discernimiento es solo reconocido jurídicamente para aquellas personas mayores de dieciocho años, dejando sin una voluntad legalmente reconocida a los menores de edad, cuando ello no necesariamente implique la falta de validez de la misma.

La autonomía de la voluntad, entonces, es aquella libertad de las personas de establecer las reglas para sus propias relaciones jurídicas en manera y forma requerida por ellos mismos. Esta libertad jurídica enmarca, la proyección de las personas de perseguir sus fines siempre y cuando su actuar se encuentre dentro de los límites del ordenamiento jurídico.

Dentro de los derechos fundamentales, la autonomía de la voluntad encuentra su perfeccionamiento ideal en la elaboración y firma de los contratos; no obstante, a su importancia, esta no encuentra un espacio específico y explícito como tal en la Constitución Política, situación que genera preocupación debido a que se prioriza otorgarle rango constitucional a una de las manifestaciones de tal autonomía como es la libertad contractual. (Leyva, 2011).

1.5.2.2. Autonomía de la Voluntad en menores de edad. Como ya se explicó la autonomía de la voluntad de las partes está destinada a crear relaciones jurídicas, teniendo como fundamento la libertad del ser humano para poder decidir sobre un conflicto de intereses, encontrando como único límite a esa libertad al ordenamiento jurídico y a la honestidad de la sociedad, para que el acto jurídico generado entre las partes encuentre eficacia o exigibilidad ante un eventual incumplimiento.

En primer lugar, respecto de los bienes patrimoniales es sabido que los menores de edad adquieren una capacidad de obrar restringida a través del instituto de la emancipación. La emancipación, por lo tanto, confiere capacidad de obrar a los menores en el ámbito patrimonial. Grado este de la capacidad que se puede adquirir ampliamente a los 16 años y

más excepcionalmente a los 14, por matrimonio. En segundo lugar, respecto del ejercicio de los bienes de la personalidad, esto es, aun cuando los menores no estén emancipados y, por tanto, carecen de capacidad de obrar, pueden ejercer por sí mismos sus propios derechos de la personalidad, conforme a sus condiciones de madurez. (Rodríguez, 2019).

En este sentido, son conformes todas las normas jurídicas que se refieren a los bienes personales de los menores, empezando por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que proclama derechos cuyo ejercicio atribuye al propio menor: libertad de expresión, incluyendo la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo (art. 13), libertad de pensamiento, de conciencia y religión (art. 14), libertad de asociación y a celebrar reuniones pacíficas (art. 15), derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, honra y reputación (art. 16), entre otros.

Siendo esto así, los menores, según su grado de madurez, no sólo son titulares de sus propios derechos de la personalidad, sino que, también, tienen capacidad de ejercicio de los mismos, con exclusión de sus representantes legales.

Por ello existe un ámbito más extenso respecto de la autonomía del menor. Nos referimos al derecho de ser oídos en los asuntos que les afecten. El derecho a participar y ser oídos está garantizado al máximo nivel. Así el art. 12.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño señala que «Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño».

1.5.3. El acto jurídico

El Acto Jurídico se podría definir como el acto humano, lícito, con manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Así el Código Civil concuerda con esta definición y establece requisitos para su validez:

Artículo 140.- Noción de Acto Jurídico elementos esenciales. El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
- Objeto física y jurídicamente posible.
- Fin lícito.
- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Asimismo, detalla sus principales elementos:

Artículo 141.- Manifestación de voluntad. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo.

Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Artículo 141-A.- Formalidad. En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

Artículo 142.- El silencio. El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

Según el código civil respecto al acto jurídico, menciona los siguientes artículos respecto a su forma y otras consideraciones:

Libertad de forma. Artículo 143°.- Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

Forma ad probationem y ad solemnitatem. Artículo 144°.- Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

Origen de la representación. Artículo 145°.- El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley.

Representación conyugal. Artículo 146°.- Se permite la representación entre cónyuges.

Pluralidad de representantes. Artículo 147°.- Cuando son varios el representante se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes.

Responsabilidad solidaria de los representantes. Artículo 148°.- Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.

Revocación del poder. Artículo 149°.- El poder puede ser revocado en cualquier momento.

Pluralidad de representados. Artículo 150°.- La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.

Designación de nuevo representante. Artículo 151°.- La designación de nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de éste por parte del representado, importa la revocación del poder anterior. Esta produce efecto desde que se le comunica al primer representante.

Comunicación de la revocación. Artículo 152°.- La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico. La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta haya sido inscrita. Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante.

Poder irrevocable. Artículo 153°.- El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero. El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.

Renuncia del representante. Artículo 154°.- El representante puede renunciar a la representación comunicándolo al representado. El representante está obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo, salvo impedimento grave o justa causa. El representante puede apartarse de la representación si notificado el representado de su renuncia, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazado.

Artículo 157°.- El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución.

1.5.3.1. Ineficacia del acto jurídico por exceso de facultades. El Código Civil indica en el Artículo 161°.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los

límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

1.5.3.2. Anulabilidad del acto jurídico por vicios de la voluntad. El Código Civil indica en el Artículo 163°.- El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Pero cuando el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, el acto es anulable solamente si la voluntad de éste fuere viciada respecto de dicho contenido.

1.5.3.3. Anulabilidad de acto jurídico del representante consigo mismo. El Código Civil indica en el Artículo 166°.- Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. El ejercicio de la acción le corresponde al representado.

1.5.3.4. Ineficacia de acto jurídico gratuito u oneroso. El Código Civil indica en el Artículo 200°.- La ineficacia de los actos gratuitos se tramita como proceso sumarísimo; la de los actos onerosos como proceso de conocimiento. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable.

1.5.3.5. Anulabilidad del acto jurídico por error en el motivo. El Código Civil indica en el Artículo 205°.- El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte.

1.5.3.6. Improcedencia de la anulabilidad por error rectificado. El Código Civil indica en el Artículo 206°.- La parte que incurre en error no puede pedir la anulación del acto

si, antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto que aquélla quiso concluir.

1.5.3.7. Nulidad del Acto Jurídico. El Código Civil indica en sus siguientes artículos:

1.4.3.7.1. Causales de nulidad. Artículo 219°.- El acto jurídico es nulo:

- 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el Artículo 1358°.
- 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
- 4.- Cuando su fin sea ilícito.
- 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
- 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- 7.- Cuando la ley lo declara nulo.
- 8.- En el caso del Artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Por otro lado, el Cas. N° 1021-96. Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica), menciona: "El acto jurídico es nulo, además de otras causales, cuando es contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, tal como lo dispone el inciso octavo del artículo doscientos diecinueve del Código Civil en concordancia con el artículo quinto del Título Preliminar del mismo código sustantivo. La anotada causal sustantiva de nulidad se fundamenta en la limitación de la autonomía de la voluntad en razón a que los actos jurídicos se celebran contraviniendo normas imperativas que son la expresión del orden público".

Asimismo, "Son nulos los actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan al orden público, y no es por lo tanto jurídicamente posible ni lícito vender como propio un bien ajeno". (Cas. N° 397-96. Explorador Jurisprudencia. Gaceta Jurídica).

1.4.3.7.2. Alegación de la nulidad. Artículo 220°.- La nulidad a que se refiere el Artículo 219° puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación.

1.4.3.7.3. Causales de anulabilidad. Artículo 221°.- El acto jurídico es anulable:

- 1.- Por incapacidad relativa del agente.
- 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
- 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
- 4.- Cuando la ley lo declara anulable.

1.4.3.7.4. Efectos de la nulidad por sentencia. Artículo 222°.- El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.

1.4.3.7.5. Nulidad de acto plurilateral. Artículo 223°.- En los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias.

1.4.3.7.6. Nulidad parcial. Artículo 224°.- La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean

sustituidas por normas imperativas. La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

1.5.3.8. Acto y documento. Artículo 225°.- No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto, aunque el documento se declare nulo.

1.5.3.9. Incapacidad en beneficio propio. Artículo 226°.- La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común.

1.5.3.9.1.1. Anulabilidad por incapacidad relativa. Artículo 227°.- Las obligaciones contraídas por los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho son anulables, cuando resultan de actos practicados sin la autorización necesaria.

1.5.3.9.1.2. Repetición del pago al incapaz. Artículo 228°.- Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho.

1.5.3.9.1.3. Mala fe del incapaz. Artículo 229°.- Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad.

1.5.4. Validez

Para Quico (2016), la validez está relacionada con la estructura y la formación del acto (el acto mismo), para ello la estructura debe estar conformada correctamente por: elementos (manifestación de voluntad y causa), presupuesto (sujeto y objeto) y requisitos de validez (capacidad de hecho o de ejercicio, fin lícito, objeto física y jurídicamente posible, etc.). Se ha indicado que la validez señala la regularidad del acto, significando que el acto es válido si responde a las prescripciones legales, el cual, se diferencia de la eficacia, que se refiere a la producción de efectos jurídicos. La validez del acto no siempre implica la eficacia

de éste, un acto válido puede ser ineficaz temporalmente por una condición de suspensión de su eficacia establecida por las partes en el negocio. Asimismo, un acto inválido puede ser eficaz, por ejemplo, la anulabilidad.

1.5.5. Invalidez

Según Márquez (2019), la invalidez es el primero de los grados de la ineficacia que el orden jurídico esgrime en su legítimo afán sancionatorio de los actos irregulares.

Ella ataca al acto algunas veces de manera tan radical y extrema, que puede impedir, incluso, su nacimiento; en otras ocasiones, a pesar de que el acto logra nacer y conformarse, su estructura interior adolece de defectos que pueden ser más o menos graves según el elemento en que incidan o el requisito que se haya omitido o realizado en forma defectuosa. En ambos casos, sin embargo, la eficacia eventual o el despliegue de efectos jurídicos que el acto haya podido producir (o que aún produzca) se ve profundamente afectado por las consecuencias de la sanción a que se ha hecho acreedor este último.

Por otro lado, es posible distinguir entre el concepto de ineficacia y de invalidez. La ineficacia tiene más contenido amplio que la invalidez. El negocio inválido, por defectos en su formación, no es idóneo para producir consecuencias jurídicas. El negocio ineficaz, carece igualmente de aptitud para producir efectos, pero no en razón de una defectuosa conformación, sino por causas ajenas a su constitución (Márquez, 2019). En ese sentido, la ineficacia como privación de los efectos que debía producir el contrato, se nos presenta en la nulidad, comprendiendo la inexistencia, la nulidad absoluta, la anulabilidad y la inoponibilidad (Márquez, 2019). De esta manera se puede afirmar que todo contrato no válido también es ineficaz.

1.5.6. Eficacia jurídica

En el ámbito de las ciencias sociales, frecuentemente se define la eficacia como el estado en que un individuo, grupo u organización ha alcanzado los objetivos establecidos.

Asimismo, es habitual presentar la eficacia con relación a conceptos relacionados, como la eficiencia – entendida como la relación existente entre los resultados obtenidos y los medios empleados para conseguirlos, y la efectividad – grado de satisfacción de los miembros de la organización respecto los resultados obtenidos.

Para Bobbio (2000), la eficacia es determinar si una norma es cumplida o no por las personas a quienes se dirigen o los destinatarios de la norma jurídica. En primer lugar, el autor explica que toda norma debe tener en cuenta tres criterios de valoración para que se encuentre en un ordenamiento jurídico; estos criterios son: si es justa o injusta, si es válida o inválida, y si es eficaz o ineficaz, estos criterios son independientes entre sí, ya que no se necesitan para existir.

De acuerdo con este criterio sobre la eficacia, el problema de la aplicación de la norma es determinar si esta es cumplida o no por aquellos a quienes se dirigen y en el caso de ser violada, que se le haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto (Leiva et al., 2011). Por su parte, Kelsen (1958) asegura que la eficacia del derecho se materializa en que los hombres se comportan en una forma de acuerdo con el comportamiento de las normas jurídicas, o sea, que las normas son realmente aplicadas y obedecidas. Así entonces, establecer que un orden jurídico es eficaz, pasa por que conducta de la gente se ajusta a dicho orden.

1.5.7. Ineficacia jurídica

Para López (s.f), la ineficacia no es sanción por la simple razón de que no priva a la voluntad privada de algo que le sea propio y peculiar. En efecto: el acto jurídico no es eficaz por sí mismo sino porque la ley lo consagra; la ley lo consagra si es conforme a sus requisitos y deja de consagrarlo cuando no es conforme, de modo que el “dejar de consagrarlo” no es un “sacarle algo propio al acto” sino un “dejar de darle” algo que es propio de la ley. Por otra parte, la ineficacia accidental del acto jurídico debida a defectos es paralela a la ineficacia

normal del acto ilícito debida a su ilicitud. y en el caso del acto ilícito no se dice que la “sanción” consista en negarle los efectos queridos, sino que la sanción está en la indemnización. Trasladando el ejemplo al acto jurídico defectuoso se advierte que tampoco en ese caso la privación de efectos tiene sentido jurídico de sanción, sino mera consecuencia derivada de la falta de requisitos necesarios para consagrarlos.

1.5.8. Eficacia de los contratos

Según Márquez (2019), es conveniente que se recuerde aquí que el contrato se integra por una serie de elementos -existenciales y de validez- que procuran prestarle la conformación legal exigida. Pues bien, cuando la totalidad de tales elementos y requisitos han concurrido normalmente en la relación negocia¹ se dice que el contrato es, además de existente, válido.

En principio, el contrato puede, desde este momento, comenzar a desplegar sus efectos en el mundo del acontecer jurídico. Ocurre, no obstante, que el contrato puede haber culminado ya su proceso formativo, es decir, adquirir la categoría de perfecto (y, por lo tanto, ser válido, puesto que tal calificativo se otorga al resultado normal del proceso de formación) y, sin embargo, no ser aún eficaz. Efectivamente, es posible que su eficacia se encuentre condicionada, por ejemplo, a la realización de un plazo, de una hipótesis, etc. En esta idea, no basta que el contrato sea válido para que empiece a desplegar su influencia en el contexto jurídico. No será sino hasta que tal condición se realice, cuando pueda devenir eficaz.

1.5.9. Ineficacia de los contratos

Inicialmente el tema se presenta complejo por la terminología empleada para designar sus rasgos fundamentales. Términos, como nulidad -absoluta y relativa-, invalidez, impugnabilidad, anulabilidad, inexistencia, resolución, rescisión, revocación, etc., con frecuencia son usados con significado confuso en la doctrina y en las codificaciones legales. (Márquez, 2019)

Los autores y los códigos emplean una fraseología dispar que suele conducir a error y oscurecer los conceptos, a la ineficacia absoluta se le denomina de muy diferentes modos: nulidad, inexistencia jurídica, invalidez e ineficacia; a la ineficacia relativa se le designa también de diversos modos: impugnabilidad, nulidad relativa, anulabilidad." y, además, como estableció Marquez:

“Nunca se ha apreciado severamente la confusión producida por la terminología en esta materia. Por ello, tanto en nuestro Código Civil, como en la legislación comparada, y aún dentro de los mismos autores, los términos más opuestos y que no guardan entre si ninguna relación se empleó para designar a una sola y misma cosa.” (Márquez, 2019, p 171)

1.5.10. Ineficacia estructural

En la ineficacia estructural, la imperfección se encuentra en la génesis del acto defectuoso y se vincula con la “ausencia o defecto de los elementos esenciales en el proceso de formación negocial, o, mejor dicho, una cuestión de invalidez” (Lohmann, 1997)

Como lo sostiene Campos (2014), respecto de la invalidez negocial esta constituye una categoría genérica y descriptiva de todos aquellos escenarios en los cuales se produce una disconformidad de los valores del negocio jurídico con los valores del ordenamiento jurídico, disconformidad que podrá ser resultado de las diversas patologías que incidan sobre la estructura del negocio jurídico.

Morales (2006), menciona que, se debe entender que la invalidez es la irregularidad jurídica del contrato que implica la ineficacia definitiva.

Si bien la ineficacia estructural se orienta a tutelar el interés público, sin embargo, las normas también incluyen determinados supuestos en salvaguarda del interés privado. Por ello, la ineficacia estructural se vincula con los supuestos de invalidez efectiva (nulidad) o de invalidez potencial (anulabilidad).

El Código Civil no proporciona una definición acerca de la nulidad o la anulabilidad del acto jurídico. Por ello, es necesario recurrir a la doctrina, la cual utiliza nomenclaturas distintas.

1.5.10.1. Nulidad. Todos los supuestos de nulidad implican una anomalía grave en la estructura del negocio jurídico.

Ramírez (2008), sostiene que la nulidad es el grado de invalidez que causa el acto o negocio cuando durante su perfeccionamiento se ha vulnerado el orden público por parte de sus autores. Sin embargo, resulta preferible sostener, al igual que Taboada (2004), que el acto jurídico nulo es aquél al que le falta un elemento, un presupuesto, un requisito, o sea contrario al orden público y a las buenas costumbres, o cuando infrinja una norma imperativa.

Estos supuestos resultan de tal gravedad, que el ordenamiento ha sancionado la inviabilidad del negocio jurídico en tales circunstancias. Por ello, el acto que se encuentra en un supuesto de nulidad, es ineficaz desde el inicio y perpetuamente. Además, no puede ser confirmado pues no se puede confirmar un acto carente de validez desde el inicio. Es más, como lo sostiene Taboada (2006, p.285):

“Tal es la gravedad de la nulidad como sanción del sistema jurídico para los negocios jurídicos defectuosamente conformados o cuyo contenido es ilícito, que la acción judicial para que se declare judicialmente la misma puede interponerla cualquier persona, siempre que acredite legítimo interés para ello, pudiendo solicitarla también el Ministerio Público como defensor de la legalidad, o el juez de oficio, cuando la misma resulte manifiesta.”

1.5.10.2. Anulabilidad. Como lo sostiene Vidal (2013), El acto anulable, es aquel que reúne los elementos esenciales o requisitos de validez y, por lo tanto, es eficaz, pero, por adolecer de un vicio, a pedido de una de las partes, puede devenir nulo. Precisamente, la diferencia entre la nulidad y la anulabilidad radica en la magnitud o intensidad de la

deficiencia o irregularidad en la estructura del acto y los afectados por los efectos presentes o futuros del mismo. Por ello Taboada (2016), indica:

“Como la causal de anulabilidad sólo atenta contra el interés privado, afectando a una de las partes que ha celebrado el negocio jurídico, el artículo 222 del Código Civil cuida bien en señalar que la misma se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley”. (Taboada, 2006, p. 285).

Es decir, la anulabilidad no puede ser alegada por una persona extraña al negocio jurídico, ni declarada de oficio, puesto que solo importa a la parte perjudicada. El acto jurídico anulable tiene necesariamente que ser impugnado, ya que la anulabilidad otorga efectos siempre y cuando su conocimiento o el deber de conocerla se equiparan, es decir cuando la impugnación se produzca, el negocio jurídico se torna nulo. Por ello Flume (1992), ha sostenido que el negocio jurídico anulable es válido hasta que la impugnación tenga lugar. Así entonces, con la impugnación el negocio jurídico anulable deviene nulo y además ha de considerarse como nulo desde el principio. Frecuentemente, el negocio jurídico anulable se designa como “nulo en situación de dependencia.

El artículo 221 del Código Civil establece los supuestos en los que el negocio jurídico es anulable.

1.5.11. Ineficacia funcional

La ineficacia funcional es aquella mediante la cual el acto jurídico constituido posee todos los elementos esenciales, no adolece de ningún vicio de estos, no consta de defectos en su estructura. En palabras de Lizardo Taboada, la ineficacia funcional supone

“Un negocio jurídico perfectamente estructurado, en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos de orden legal, sólo que dicho negocio jurídico por un evento ajeno a su estructura debe dejar de producir efectos jurídicos (...) los negocios

jurídicos tienen también un defecto, pero totalmente ajeno a su estructura, no intrínseco, sino extrínseco “. (Taboada, 2006, p. 283).

Como lo precisa Moreyra (2005, p.320) “Será causa extrínseca de la ineficacia de un acto jurídico, aquella circunstancia o situación ya coetánea al nacimiento del acto, ya sobreviniente, pero que no afecta a su proceso de formación ni a sus elementos constitutivos- que determina que un acto que nació válido sea privado momentáneamente de surtir efectos o sea privado posteriormente de continuar produciéndolos.”

Si bien existen diversos supuestos de ineficacia funcional, desarrollaremos aquellos relativos a la resolución contractual, rescisión, revocación e inoponibilidad. En todos estos supuestos el acto jurídico es válido desde su constitución ya que, posee todos los requisitos esenciales, no obstante, su eficacia se ve afectada por diversas consideraciones jurídicas, extrínsecas a la estructura propia del negocio.

1.5.11.1. Resolución. Como hemos descrito, la ineficacia puede ser funcional, lo que supone un acto jurídico válidamente celebrado, pero que se tornará ineficaz por una causa exterior al negocio. Precisamente, la resolución contractual, es uno de los supuestos de ineficacia funcional. Por ello, el artículo 1371 del Código Civil dispone que “La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”. Al respecto, Roppo (2009). ha señalado que la resolución afecta no el contrato, sino directamente y solo sus efectos: hace el contrato ineficaz, sin tocar la validez. En otras palabras: la invalidez atañe al contrato como acto; la resolución como relación.

La resolución contractual puede derivar de: la imposibilidad sobreviniente de la prestación; el incumplimiento contractual o, la voluntad de las partes.

1.5.11.2. Rescisión. A través de la rescisión se puede dejar sin efecto un contrato por causal existente a su celebración. El acto jurídico está perfectamente constituido, pero puede ser declarado ineficaz ya que puede generar algún perjuicio a una de las partes o a un tercero.

Esta busca balancear un hecho contractual que se convirtió injusto para alguna de las partes o para algún tercero.

El artículo 1370 del Código Civil recoge la rescisión disponiendo que: La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo. Como lo precisa Manuel De la Puente, entre las teorías de la invalidez y de la ineficacia, el Código se pronuncia por esta últimas, o sea que se considera que el contrato se celebró válidamente, pero por razón de la rescisión queda sin efecto, o sea es ineficaz. (De la Puente, 1993).

Si se bien la rescisión comparte con la anulabilidad que ambas tienen su origen en una causa existente al momento de la celebración del contrato, lo cierto es que se trata de dos figuras distintas. El acto rescindible está válidamente celebrado y no tiene problemas en su estructura, no es un negocio jurídico inválido, pero por previsión legal, puede tornarse en ineficaz por producir un perjuicio a alguna de las partes o a algún tercero. En cambio, en la anulabilidad, existen problemas estructurales en el negocio jurídico, deficiencias o defectos de los elementos esenciales del acto que pueden ser alegados por la parte afectada quien puede obtener la invalidez del negocio a través de la acción de anulabilidad.

1.5.11.3. Revocación. La revocación es una manera de extinción del negocio jurídico, declarándolo ineficaz, de esta forma, se deja al acto jurídico sin efecto por manifestación de voluntad de una de las partes. Se trata de la ineficacia de un contrato originariamente válido y eficaz. Como lo sostiene Luigi Ferri, la revocación cuenta con las siguientes notas características: a) es un acto unilateral; b) debe provenir del autor del acto revocado; c) es siempre realizada extrajudicialmente; d) no necesariamente condicionada por circunstancias sobrevenidas o hechos nuevos.

1.5.11.4. Inoponibilidad. La inoponibilidad implica la ineficacia del acto celebrado respecto de terceros. El negocio jurídico inoponible conserva toda su validez y eficacia entre las partes, es decir, la eficacia del negocio jurídico no es total respecto de todas las personas,

pues ciertos terceros pueden desconocerlo como si no existiera. Por ello, Eduardo Zannoni ha sostenido que en este caso no se trata de un acto válido entre las partes e inválido para ciertos terceros, no está en juego la validez o eficacia estructural del negocio, sino una ineficacia funcional. El acto válido no puede ser inválido a la vez. Pero el acto válido puede incidir “disfuncionalmente” respecto de intereses legítimos ajenos a los sujetos que lo otorgaron.

La inoponibilidad se encuentra dentro de la ineficacia funcional, y esta puede ser sobrevenida o existir desde el nacimiento del acto, en consideración a determinados terceros que deciden que les sea inoponible, lo que significa que no son eficaces frente a estos, no los afectan ni los comprometen, pero mantienen su eficacia entre los que lo celebraron y también, frente otros terceros.

Un ejemplo claro de inoponibilidad, en nuestra codificación, es el artículo 161° del Código Civil que establece “El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiera conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros”.

La inoponibilidad de un acto jurídico es la sanción legal que consiste en declarar válido y eficaz entre las partes, al acto jurídico celebrado, pero ineficaz frente a ciertos terceros. Es decir, el negocio jurídico inoponible no produce efectos frente a terceros, que desconocen el acto jurídico y por tanto, no los afecta -en los casos que la ley lo permita- con el fin de protegerlos. Como sostiene Cifuentes (2004), los terceros “pueden oponerse a que el negocio sea eficiente o productor de efectos a su respecto”.

1.5.12. Obligaciones en el Código Civil Peruano

1.5.12.1. Etimología. El término obligación proviene del latín “obligatio” que es una variante de Obligare. Esta palabra a su vez se deriva de los vocablos “ob”, que significa alrededor y “Ligare”, que debe entenderse como ligamen atadura. Este segundo vocablo

precisa con toda cabalidad el concepto fundamental porque la obligación consiste en un sometimiento del deudo, en una restricción o limitación de su actividad.

1.5.12.2. Concepto. La obligación es la relación jurídica en virtud de la cual una persona –deudor- tiene el deber de cumplir una prestación con valor patrimonial a favor de otra – acreedor-, que tiene a su vez, un interés tutelable, aunque no sea patrimonial, en obtener de aquella la prestación o, mediante la ejecución forzada, el específico bien que le es debido.

1.5.12.3. Elementos. Está compuesta por los siguientes elementos:

- a) Los sujetos: Sujeto activo o reus credendi y el Sujeto Pasivo o reus debendi.
- b) El Objeto, cuyo contenido es la prestación: dare, facere, praestare.
- c) El Vínculo o vinculum iuris, que constriñe al cumplimiento.
- d) La Causa, elemento esencial de la existencia de la obligación.

1.5.12.4. Sujetos de las obligaciones. Los sujetos son personas ligadas por el vínculo obligacional, y en principio, deben ser dos, un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor). Nada impide, sin embargo, que existan varios sujetos activos o varios sujetos pasivos, o simultáneamente, que en una misma relación obligacional exista pluralidad de sujetos activos y pasivos. Consecuentemente, lo que hay son dos partes: la activa o acreedora y la pasiva o deudora, y esas partes pueden estar formadas por más de una persona.

Deudor o Sujeto Pasivo. El deudor es la persona obligada a cumplir con la prestación (dar, hacer o no hacer). Es la persona que realiza o ejecuta la prestación. Es el titular de la deuda, sobre quien pesa el deber de prestación. Es quien debe satisfacer la prestación debida. Para el deudor la obligación significa o representa una carga. El deudor tiene un débito ante el acreedor.

Acreedor o Sujeto Activo. Es la persona a favor de quien se contrae la obligación. Es el titular del Crédito. Es la persona en cuyo favor debe satisfacerse la prestación.

Es en cuyo provecho se contrae la obligación y se realiza la prestación. Para el Acreedor o Sujeto Activo la prestación importa un beneficio. Es quien adquiere el derecho – la facultad – de exigir el cumplimiento de la prestación.

Cada una de estas partes, es decir, el Deudor y el Acreedor deben ser personas distintas, pudiendo estar constituidos por una persona natural o persona jurídica.

Si el deudor o el acreedor está constituido por una persona natural, en principio, esta persona debe ser capaz, es decir, debe tener capacidad de ejercicio, salvo que esté debidamente representada, sea legalmente o de manera voluntaria.

1.5.12.5. Objeto. El cual no se trata de una cosa o un bien. Es siempre una conducta o comportamiento positivo o negativo que el deudor debe realizar en interés del acreedor. “El objeto de la obligación es lo debido por el deudor y lo que debe en realidad es una conducta o un comportamiento, al que usualmente se le denomina prestación”

Albaladejo (1999), nos señala que, la prestación es el contenido u objeto de la obligación, y está constituida por la conducta en cuya observancia estriba el deber del obligado.

Esta conducta, a través de la cual el deudor satisface un interés del acreedor, puede consistir en entregar un bien, prestar un servicio o abstenerse de realizar alguna acción. Vale decir que las prestaciones son de dar, de hacer o de no hacer.

1.5.12.6. Vínculo o relación jurídica. Es uno de los elementos que justifica la situación de sujeción o sometimiento que existe entre el deudor y acreedor. Es el enlace que existe entre el Acreedor y el Deudor, por el cual el Deudor debe cumplir – ejecutar una prestación en favor del acreedor y el Acreedor adquiere el derecho – la facultad – de exigir al deudor el cumplimiento de la prestación, pues en caso de incumplimiento tiene expedito su derecho de exigirlo en la vía correspondiente. (Fanciskovic, 2006).

La misma autora señala que el vínculo se manifiesta, concretamente, en dos aspectos, pues da derecho al acreedor: a) para ejercer una acción tendiente a obtener el cumplimiento, b) para oponer una excepción tendiente a repeler una demanda de repetición (devolución) que intente el deudor que pagó.

Es un vínculo puramente jurídico, que ata al deudor respecto del acreedor y es reconocido y disciplinado por el derecho positivo, por lo que la obligación tiene carácter exigible.

1.5.12.7.Causa de la obligación. Es el elemento esencial de la existencia de la obligación. La palabra causa tiene varias acepciones “causa eficiente” o “fuente de las obligaciones”; “causa legal o final” y la causa “ocasional” o “motivo determinante del acto jurídico”, estas dos últimas corresponden a los contratos.

Causa – fuente, elemento esencial de la obligación, es todo hecho capaz de generar obligaciones. (Osterling, 2007).

Es un elemento distinto del consentimiento y del objeto. La causa, en este sentido, es la razón por el cual asume su obligación el contratante.

Ella es siempre abstracta. Desligada de la personalidad del contratante, idéntica para cada categoría de contrato.

La causa de la obligación, o razón abstracta, es siempre idéntica para una misma categoría de contratos. Así, en los contratos de prestaciones recíprocas, la causa de la obligación de cada una de las partes es de compromiso asumido por la otra parte...; en los contratos a título gratuito, la causa de la obligación es la intención de liberalidad, distinta de los móviles que han imputado a aquel que practico dicho acto. (Osterling, 2007).

En las obligaciones toda obligación nace de un hecho que la antecede y la produce, no es posible pensar en una obligación que exista porque si, de la nada.

- a. La causa final o legal viene hacer el fin perseguido por las partes al contraer la obligación.
- b. La fuente de las obligaciones o causa eficiente significa determinar el hecho – la causa generadora – de donde nace o cual es el origen de una obligación.

1.5.12.8. Clasificación legal de las obligaciones. Es aquella que se halla contenida en el Código Civil. En nuestro caso, los grupos de obligaciones reguladas en los seis primeros títulos de la Sección Primera del Libro VI, bajo la denominación de “Las Obligaciones y sus modalidades”-

Esta clasificación comprende en consecuencia las siguientes obligaciones:

- Obligaciones de Dar (Arts. 1132 a 1147) Título I.
- Obligaciones de Hacer (Arts. 1148 al 1157) Título II
- Obligaciones de No hacer (Arts. 1158 al 1160) Título III
- Obligaciones alternativas y facultativas (arts. 1161 a 1171), Título IV.
- Obligaciones divisibles e indivisibles Arts. 1172 a 1181), Título V
- Obligaciones mancomunadas y solidarias (Arts. 1182 a 1204), Título VI

1.5.12.8.1. Obligaciones de dar. Son obligaciones positivas que consisten en “la entrega de uno o más bienes muebles o inmuebles, consumibles o no consumibles, fungibles o no fungibles, a que se compromete el deudor frente a su acreedor, con el fin de constituir sobre la cosa, derechos reales como la propiedad o la posesión o con el propósito de confiar al obligado la simple guarda o custodia de la cosa o para que le sirva al acreedor de garantía por alguna obligación a favor de éste”.

Las obligaciones de dar son las más frecuentes y las encontramos en diferentes contratos como la compra venta, la permuta, la donación, el arrendamiento, el comodato, el depósito, el mutuo anticrético, la prenda o el "suministro" contrato incorporado en el Código.

Comprende, pues, no sólo las obligaciones que tienen como propósito la transmisión de la propiedad, sino todas aquellas en las que el acreedor tiene adquirido algún derecho sobre algún bien. Así, puede darse la obligación de entregar el bien para constituir sobre él derechos reales, como en el contrato de compra-venta, en el que el propietario transfiere la propiedad del bien vendido; o una obligación de entrega para transferir sólo el uso o la tenencia del bien, tal como en el contrato de arrendamiento, en el cual el arrendador debe entregar al arrendatario el bien arrendado, o también puede darse el caso de una obligación de entregar para restituir el bien a su propietario, como ocurre en el caso del comodato o en el del usufructo.

1.5.12.8.2. Obligaciones de hacer. Son obligaciones positivas que consisten en la realización de servicios, en la prestación de trabajo material, intelectual o mixto a que se compromete el deudor en beneficio del acreedor. Ej.: servicios profesionales, técnicos, reparación de máquinas, equipos; mandados, servicios de obreros, etc.

Por su naturaleza son consideradas obligaciones positivas, pues, se encuentran constituidas por una prestación, acción, comportamiento, conducta, acción, acto debido u actividad, que justamente consisten es un hacer, producir, realizar y, o ejecutar algo.

Por las obligaciones de hacer, el deudor o sujeto pasivo de la relación obligacional se encuentra comprometido, sometido o ligado frente al acreedor o sujeto activo o frente a un tercero a realizar, efectuar, ejecutar, producir o realizar algo en provecho, beneficio o utilidad de actos, quienes asumen la facultad, el derecho o la potestad de exigir dicha prestación o conducta de hacer algo.

1.5.12.8.3. Objeto de la prestación. Este puede consistir en hacer, realizar, producir o ejecutar una cosa o bien material, sea bien mueble o bien inmueble, así como en efectuar, producir o realizar un bien inmaterial, sea una actividad o profesión intelectual de cualquier índole, una creación artística, etc.

Por la obligación de hacer el deudor se compromete, se somete a hacer, ejecutar o realizar algo en beneficio del acreedor o de un tercero y Actos tienen la facultad de exigir ese hacer.

Características. Las obligaciones de hacer no se prestan a la indeterminación, es decir no pueden estar constituidas por prestaciones con objeto-cosa, bien u actividad a realizar – indeterminadas. Estas obligaciones deben estar constituidas por prestaciones de hacer algo determinado, identificado, concreto, claro preciso, específico, señalado con sus características propias.

Al nacer, constituirse o surgir una obligación de hacer, el objeto de esa conducta, comportamiento a realizar u efectuar debe estar claramente identificado con todas sus características y señalados de manera específica y expresa, para que de esa misma forma o modo deba ser cumplida y, o ejecutada la prestación de hacer por el deudor a satisfacción del acreedor quien asume la facultad de exigir dicho cumplimiento.

En las obligaciones de hacer, el objeto de la prestación, conducta o comportamiento a cumplir o realizar por parte del deudor o sujeto pasivo siempre debe estar plenamente especificado, identificado, deber ser claro y cierto frente al acreedor o sujeto activo de la relación obligación.

En las obligaciones de hacer, en principio, es importante que se fije el plazo y el modo de cumplirse la prestación a realizarse u efectuarse, pues, en contrario deberían ser cumplidas según la naturaleza de la obligación o circunstancias del caso, que más adelante explicaremos.

Clases

- a. Fungibles: Una obligación de hacer es fungible cuando la prestación puede ser cumplida por una persona distinta al deudor, es decir, por un tercero. El beneficio o provecho del acreedor queda igualmente satisfecho, si dicha prestación la

realiza el mismo deudor u otro, pues, al acreedor o sujeto activo simplemente le interesa la realización de la prestación, independientemente de la persona del deudor o de quien cumpla con la prestación de hacer, es decir, en esta clase de obligaciones el deudor originario puede ser sustituido por otro que cumpla con la prestación establecida.

- b. No fungibles: La obligación de hacer es fungible cuando la obligación debe ser cumplida por el mismo deudor – en persona –, por el deudor originario con el cual se constituya u originó la obligación de hacer, es decir, que la prestación de hacer sea realizada por el mismo deudor o sujeto pasivo de la relación obligacional que el acreedor o sujeto activo elija debido a sus cualidades y aptitudes profesionales o personales. Se trata de obligaciones personalísimas o *intuitu personae*. En esta clase de obligaciones de hacer la persona del deudor no puede ser sustituida por otra. Solo ese deudor debe cumplir con la prestación en beneficio del acreedor para que éste vea satisfecho el cumplimiento de la obligación. Entonces, en esta clase de obligaciones de hacer, al acreedor o sujeto activo si le interesa que quien cumpla con la prestación sea el mismo deudor, es decir no le sería indiferente si dicha prestación la cumpliera un tercero, pues, desde el momento de nacer o constituirse esta obligación el deudor o sujeto pasivo ha sido elegido por sus aptitudes, calidades y cualidades. Por ello que el deudor o sujeto pasivo es el que debe cumplir con la prestación y no un tercero, por ende, el deudor no puede ser sustituido por otro, en consecuencia, las obligaciones de hacer no fungibles no pueden ser cumplidas por cualquiera.
- c. De resultado: La obligación de hacer es de resultado cuando además del hacer, ejecutar, realizar algo en beneficio o en provecho del acreedor o sujeto activo de la obligación, el objeto de la prestación consiste en la obtención de un resultado.

El deudor se libera de su obligación solo si cumple con obtener el resultado querido frente y a favor del acreedor.

- d. De medios o de mera actividad: La obligación de hacer es una de medios o de mera actividad cuando la prestación, conducta o comportamiento que va a realizar el deudor o sujeto pasivo de la obligación básicamente consiste en un realizar, en desplegar una actividad, en efectuar una actividad o una conducta independientemente de la obtención de un resultado, pues el resultado es algo inesperado, contingente e incierto. El deudor se libera de la obligación solo cumpliendo, desplegando o realizando la actividad específica y determinada y así mismo el acreedor o sujeto activo queda satisfecho con dicha actividad.

Oportunidad y modo de cumplimiento de la obligación. Según lo establece el artículo 1148 de nuestro Código Civil Peruano, el deudor debe ejecutar la obligación en el modo (forma) y plazo establecido (tiempo oportuno) y, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o circunstancias del caso.

- i. El Plazo. - El plazo es un hecho futuro pero cierto. Es un hecho futuro que llegaría suceder salvo se presenten circunstancias extrañas que impidan su realización. En toda obligación de hacer debe establecer un plazo señalado de manera expresa o tácita para su cumplimiento. Las obligaciones de hacer deben cumplirse dentro del plazo establecido, es decir, dentro del plazo oportuno, para que no se configure el incumplimiento tardío de dicha prestación.
- ii. El modo. - El modo en las obligaciones de hacer, viene a ser la forma o manera y características en que deben ejecutarse o cumplirse estas obligaciones de hacer. Son los requisitos con las que debe cumplir el deudor, para cumplir con el objeto (bien, cosa o servicio) que constituyen el contenido de la prestación de hacer, en base a los requerimientos del acreedor, por ende, estos deben estar en principio,

señalados de manera expresa o tácita. Si en una obligación de hacer no se establece ni el plazo ni el modo o forma como deben cumplirse estas obligaciones, estas deberían ser cumplidas en el plazo y modo exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

Incumplimiento de las obligaciones de hacer. El incumplimiento en las obligaciones de hacer puede afectar la integridad, oportunidad y forma de la prestación a realizarse.

1. Teniendo en cuenta la integridad de la prestación de hacer: El incumplimiento, que afecta la integridad de la prestación puede ser total o parcial. Es total cuando el deudor no cumple con nada de la prestación, es decir que el deudor no ha ejecutado nada de la obligación de hacer que se comprometía a cumplir. Es parcial cuando el deudor solo cumple parcialmente con la prestación a realizar, es decir, solo cumple con realizar la mitad o parte de dicha prestación.
2. Teniendo en cuenta la oportunidad de la prestación de hacer. - Esto se refiere cuando el incumplimiento afecta la oportunidad de la prestación; en consecuencia, la obligación de hacer deviene en un cumplimiento tarde. La prestación, conducta o comportamiento por parte del deudor se cumple fuera o luego del plazo establecido, y en tal virtud la obligación de hacer no se cumple en el tiempo-plazo establecido.
3. Teniendo en cuenta la forma defectuosa de la prestación. - Este incumplimiento de la obligación de hacer afecta la forma o modo establecido de la prestación y en consecuencia deviene en una prestación defectuosa. La obligación de hacer es cumplida de manera defectuosa cuando se cumple con la conducta o comportamiento de hacer, pero el objeto de la prestación u obligación no cumple con los requisitos ni forma establecidos por el acreedor. Es decir, el deudor con la obligación de hacer cumple, pero de una manera defectuosa.

1.5.12.8.4. Obligaciones de no hacer. Las obligaciones de “No Hacer”, son negativas, ya que su prestación consiste en que el deudor se ha de abstener de aquello que, de no mediar la obligación, le será permisible ejecutar o realizar. La ventaja económica para el acreedor radica en “ese abstenerse”, en ese no hacer esto o aquello que se obliga el deudor.

El no hacer consiste en abstenerse de hacer una cosa o permitir que otro haga una cosa o permitir que otro haga algo en una cosa de mi propiedad.

Oposiciones del Acreedor en Caso de Incumplimiento. El artículo 1158 del Código Civil da al acreedor, alternativamente, tres opciones:

- a. Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra el deudor. Pero existe a que una evidente limitación: si el deudor, al incumplir la obligación de no hacer, la ha violado en forma tal que, por la naturaleza de las cosas, ella fuera irreversible. Por ejemplo, revelando el secreto industrial que se había obligado a no divulgar. No sería posible la ejecución forzada. La obligación habrá quedado pura y simplemente violada, y el acreedor solo podrá apelar a la indemnización por daños y perjuicios.
- b. Exigir que se destruya lo que hubiese ejecutado o que le autorice para destruirlo, por cuenta del deudor. El precepto únicamente tendrá aplicación en caso de que la obligación de no hacer fuera susceptible de ser destruida, previa autorización judicial.
- c. Dejar sin efecto la obligación. Es evidente que el cumplimiento parcial o defectuoso de una obligación de no hacer es posible, pero se sancionará con alguna de las alternativas que franquea el artículo 1158 y, además, con la indemnización de daños y perjuicios prevista por el artículo 1159, cuyo texto es similar al del artículo 1152.

- d. Además de las alternativas del artículo 1158, el acreedor goza de la indemnización por daños y perjuicios.

Responsabilidad por el incumplimiento de las Obligaciones de No Hacer. El artículo 1160 hace de aplicación a las obligaciones de no hacer las reglas de los artículos 1154, primer párrafo, artículos 1155, 1156 y 1157.

- a. Imposibilidad de prestación por culpa del deudor: La obligación de este queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a la contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización respectiva.
- b. Imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor: La obligación del deudor se resuelve, pero el deudor conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.
- c. Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes: La obligación del deudor queda resuelta.

Cabe indicar que en las obligaciones de no hacer no hay mora, si no inejecución.

1.5.12.8.5. Las obligaciones alternativas. Las obligaciones alternativas con las que a pesar de que existen varias prestaciones, la ejecución de una de ellas extinguirá la obligación.

Características:

- Pluralidad
- Unicidad de contenido de la prestación en su aspecto solutorio
- Concentración (paso de una pluralidad a una singularidad en la prestación).

En el caso de las obligaciones alternativas, la concentración no elimina prestaciones, pues hay una única prestación, sino contenidos de la prestación, por lo que delimita y configura el objeto del pago, respondiendo así a la configuración y estructura de la obligación alternativa y de su prestación.

Una de las modalidades de concentración es la elección. La elección definida como la declaración expresa o tácita emitida por quien está facultado para ello desde el inicio mismo de la obligación, por la que se determina efectivamente el objeto de pago satisfactorio, precisamente de entre los diferentes contenidos previstos en la prestación objeto de la obligación.

1.5.12.8.6. Las obligaciones facultativas. Mientras las obligaciones facultativas, el deudor sólo debe una prestación y tiene un derecho accesorio como *facultatis solutionis* por lo que el deber de conservación sólo es exigible respecto de la prestación debida, lo que no sucede en las alternativas, en las que el deber de conservación alcanza a la pluralidad que integra la prestación, pues todo el contenido es debido.

Vale decir que la obligación facultativa tiene un solo y único objeto, pero por concesión especial del acreedor, el deudor puede entregar otra prestación determinada si así lo desea. Es una facultad que concede el acreedor a su deudor, prevista de antemano en el contrato, de liberarse con una prestación determinada, diferente de la que es el objeto de la obligación, (Bejarano, 2006). Esto es, que el acreedor admite como pago, en vez de la prestación principal que constituye el objeto mismo de la obligación, una prestación accesoria, supletoria o sustitutoria. Es una obligación con prestación única en la que el acreedor ha aceptado prescindir de la aplicación del principio de la identidad de la sustancia en el pago, concediéndole al deudor la facultad de entregarle algo diferente que interesa al acreedor y que conoce de antemano.

En palabras León (2004), señala que, es una obligación simple, con la sola peculiaridad de que el deudor pueda sustituir para el solo efecto del pago, una prestación por otra.

1.5.12.8.7. Obligaciones divisibles e indivisibles. La divisibilidad o indivisibilidad de las prestaciones se encuentra determinada por las características naturales de la misma.

Osterling (2007), señala que, la obligación es indivisible cuando la prestación no puede cumplirse en forma parcial, porque así lo deciden su naturaleza, el pacto o la ley. La determinación de la divisibilidad o indivisibilidad surge de una cualidad real y no intelectual.

En cuando a las obligaciones divisibles, son aquellas obligaciones que pueden ejecutarse por partes, sin afectar la materialidad del bien. Por ejemplo: el pago de una suma de dinero.

1.5.12.8.8. Obligaciones mancomunadas. Se conoce a aquélla en la que, concurriendo pluralidad de sujetos en la relación obligatoria, dicha pluralidad se organiza mediante una integración absoluta y homogénea, de tal suerte que no haya titularidad ni ejercicio sin la concurrencia o actuación conjunta de todos los sujetos deudores o acreedores, “jurídicamente es como si el sujeto fuese una sola persona; y no aparece, ni aun en germen, la noción de cuota”. (Osterling, 2007)

1.5.12.8.9. Obligaciones solidarias. La doctrina ha señalado que las obligaciones solidarias tienen como uno de sus elementos características la concurrencia de una pluralidad de sujetos, cualquiera de los cuales puede cumplir o exigir la prestación debida, liberando o efectivizando, el débito o el crédito, según se trate de una solidaridad pasiva o activa, atendiendo a que la pluralidad se constate en el plano de la parte deudora o acreedora. El efecto esencial y más característico de las obligaciones solidarias, es decir la posibilidad de que el cumplimiento sea solicitado por entero a un solo deudor o por un solo acreedor, se presenta como un efecto especial sólo cuando los deudores o los acreedores son más de uno, ya que en las obligaciones parciarias sólo resulta exigible la parte correspondiente a cada sujeto involucrado. Desde el punto de vista inicialmente asumido, la pluralidad de sujetos, más que un elemento, debería enfocarse como un presupuesto, porque no se coloca dentro de la obligación, sino fuera de ella y se revela antes de su existencia.

1.5.13. Principios de libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad

1.5.13.1. Principio de libertad contractual. Goyburu (2008). Indica que, el principio de libertad contractual que mediante la libertad contractual las personas que han decidido contratar, acuerdan los términos y condiciones del negocio jurídico, es decir, elaboran el contenido del contrato.

Por lo tanto, sobre la base de esta libertad los contratantes determinan el esquema contractual, las condiciones y cláusulas que regularán la relación jurídica obligatoria que se creará con la celebración del contrato. Esta libertad también faculta a los contratantes a incluir el plazo, determinado o determinable, cuando celebren un contrato de larga duración. La libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, se encuentra garantizada por nuestra Constitución Política en su artículo 62, aunque impropia mente el legislador utilizó el término “libertad de contratar”, pero de la lectura se advierte que el texto constitucional se refiere a la “libertad contractual”.

Según la Constitución Política el Perú, en el artículo 62 se establece que “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.

Luego de la lectura correspondiente, nos preguntamos si el legislador está refiriéndose a la libertad de contratar o a la libertad contractual. Sin duda, se ha referido a la libertad contractual o libertad de configuración interna del contrato. Para Soto y Vattier (2011), quienes citan al maestro Manuel de la Puente quien ha escrito que “se incurre en una inexactitud de orden técnico, porque el hecho de que las partes sean libres de decidir sobre el

contenido del contrato que celebren, concierne más bien a la libertad contractual o de configuración interna y no a la libertad de contratar o de conclusión, referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quién hacerlo, de determinar cómo y cuándo se contrata”.

El Código Civil también reconoce la importancia de la libertad contractual en su artículo 1354 al prescribir que las partes contratantes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Las partes contratantes también tienen la libertad para elegir el tipo contractual, es decir, decidir si celebran un contrato regulado por ley (contrato típico) o un contrato que se regirá por su autonomía privada ya que no existe una regulación legal para el contrato que desean celebrar (contrato atípico). En este sentido, con muy buen acierto, el codificador de 1984 incorporó en el artículo 1356 el principio de supletoriedad de las normas legales de la teoría del contrato, prescribiendo que las disposiciones de la ley en materia contractual son supletorias a la voluntad de las partes, salvo que se trate de normas imperativas, en cuyo caso éstas primarán sobre los pactos de los contratantes.

En ese sentido Soto y Vattier (2011), muestran el siguiente caso para explicar este apartado. En 1997, la empresa Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. dedicada al transporte interprovincial de pasajeros contaba con la autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para operar en la ruta Lima-Tacna y viceversa. Asimismo, era arrendataria, junto con otras tres empresas de transporte interprovincial, de un terminal terrestre de propiedad de la Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A., esta última también dedicada al transporte interprovincial cubriendo diversas rutas (incluso Lima-Tacna y viceversa). La empresa Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. interpone demanda de Acción de Amparo contra la arrendataria porque sostiene que fue amenazada con diversas comunicaciones a fin de prohibir que sus unidades ingresen a las salas destinadas al

embarque de pasajeros del terminal terrestre, amparándose en un Reglamento Interno que afirma nunca fue firmado por su apoderado. Fundamenta su demanda manifestando que lo establecido en el artículo 12 del Reglamento Interno, que dispone que no se podrá operar en las rutas servidas por otro usuario, vulnera los principios de libertad de trabajo, el libre tránsito y la libertad de empresa contenidos en los artículos 58, 59 y 61 de la Constitución.

La empresa demandada rechazó en todos sus extremos la demanda de Acción de Amparo. El Tribunal Constitucional en sus fundamentos sostuvo que el hecho de que exista una prohibición en el uso del terminal sobre las unidades de transporte interprovincial pertenecientes a la empresa demandante no puede, en principio, interpretarse como transgresión de sus derechos constitucionales, ya que aquellos no están siendo restringidos de manera absoluta y generalizada, sino únicamente delimitados dentro del ámbito de una relación contractual. En lo referente al uso del terminal de transporte terrestre, el artículo 12 del Reglamento Interno prescribe lo siguiente: “Las empresas usuarias, se comprometen a no hacer uso de las rutas del otro usuario; salvo que mediara acuerdo escrito en el cual una de las empresas concediera a la otra un número determinado de frecuencias...”. Agrega el Tribunal, que toda situación regulada bajo los términos de una relación contractual no puede merituar un enjuiciamiento constitucional, salvo cuando dichos términos adoptan un tratamiento absolutamente opuesto a lo establecido en la norma fundamental y aparecen como desprovistos de toda justificación, hipótesis que no ocurre en el presente caso.

Los hechos cuestionados en el presente caso responden a la administración natural de una actividad empresarial (terminal terrestre) y, por lo tanto, la empresa demandante se encuentra sujeta al Reglamento Interno que suscribió oportunamente.

En consecuencia, al no acreditarse la amenaza o violación de los derechos constitucionales de la empresa demandante, el Tribunal Constitucional revocó la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la que declara no haber

nulidad en la sentencia de vista que confirma la apelada, que declara improcedente la demanda; y reformándola “declaró infundada la acción de amparo”. (p.47-48)

En base a este caso, es oportuno referirnos en este punto a la intervención del Estado en las relaciones contractuales, hecho que rechazamos tajantemente, pero que es una realidad en nuestro medio. Un ejemplo del intervencionismo del Estado lo constituyen la Ley N° 28138, publicada el 26 de noviembre de 2003 que prorroga el régimen de excepción especial de los contratos de alquiler (Decreto Ley N° 21938). Mediante esta ley, el Estado interviene en la libertad contractual de los contratantes, al establecer que el plazo del contrato de alquiler será indeterminado, que el valor asignado a los predios será el contenido en el autovalúo, que el monto del alquiler mensual de los predios comprendidos no podrá exceder de 1/12 del 10% del autovalúo del predio arrendado, que el inquilino tiene la primera opción de compra para adquirir el inmueble que ocupa, etcétera.

Para nosotros, lo establecido en la Ley N° 28138 es contrario a la libertad de contratación de las partes, ya que atenta las normas sobre el contrato de arrendamiento contenidas en el Código Civil, el inciso 2 del artículo 14 y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú. (Soto y Vattier, 2011, p.48).

1.5.13.2. Libertad de contratación. Para Soto y Vattier (2011), “esta libertad está concebida como un derecho fundamental de toda persona. Así lo reconoce el artículo 2, inc. 14) de la Constitución Política de 1993, al disponer que “toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público”. Por consiguiente, no es una obligación contratar. Nadie está obligado a celebrar contratos, salvo los supuestos de contratos forzoso.

Asimismo (Soto y Vattier, 2011), ilustran esto con una sentencia del Tribunal Constitucional:

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 2185-202- AA/TC nos ilustrará mejor sobre la importancia de esta libertad. Los antecedentes de esta acción de amparo son los siguientes:

El Instituto Superior Pedagógico Privado Víctor Andrés Belaúnde (en adelante el ISP) con el propósito de desarrollar programas de profesionalización de docentes sin título pedagógico celebró un convenio con el Ministerio de Educación mediante Resolución Ministerial N° 253-90-ED. Dicho convenio se suscribió el 2 de marzo de 1990. Vencido el plazo del convenio, el ISP solicitó su renovación al Ministerio de Educación, en virtud de lo estipulado en la cláusula quinta, cuyo tenor era el siguiente: “[...] éste [el convenio] podrá renovarse a solicitud de una de las partes; en efecto, esto sería posible siempre y cuando la otra parte acepte voluntariamente”. Sin embargo, el pedido del ISP fue rechazado.

Posteriormente, la Jefatura de la Unidad de Tecnología Educativa de la Dirección Departamental de Educación de Lima emite el Informe N° 20A-J-UTE-DEL-96, pronunciándose a favor de la renovación.

Fundamentándose en este informe, el ISP reitera su solicitud en julio y diciembre de 1999, la cual es desestimada por la Dirección Nacional de Formación y Capacitación Docente del Ministerio de Educación, mediante el Oficio N° 0059-2000-DINFOCAD/UFOD y la Resolución Directorial 355-2000-ED del 14 de abril de 2000. Apelada la resolución, es confirmada por Resolución Viceministerial N° 023-2001-ED, de 2 de mayo de 2001. Ante ello, “el ISP interpuso una demanda de Acción de Amparo contra el Ministerio de Educación alegando que se vulneró su derecho constitucional a la libertad de enseñanza”.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación contesta la demanda, alegando que la acción de amparo no es la vía idónea para ventilar la controversia, sino la acción contencioso administrativa. El Juzgado Especializado en lo Civil

de Lima declaró improcedente la demanda por considerar que se requería de la actuación de pruebas para dilucidar la controversia. Apelada, la Corte Superior de Justicia confirma la resolución de primera instancia. Por lo cual, el ISP interpone recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia de vista.

El Tribunal Constitucional precisa que todo contrato es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. En consecuencia, uno de los elementos esenciales del contrato es la voluntad. Agrega, que este elemento se encuentra sustentado en el principio de la autonomía de la voluntad, el cual tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar o libertad de conclusión, consagrada en los artículos 2, inciso 14), y 62 de la Constitución Política, y que viene a ser la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y, b) la libertad contractual o libertad de configuración interna, que es la facultad de determinar el contenido del contrato.

Por otro lado, la cláusula quinta del convenio estipula claramente que: “podrá [el convenio] renovarse a solicitud de una de las partes; en efecto, esto sería posible siempre y cuando la otra parte acepte voluntariamente la oferta”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala que la pretensión de Acción de Amparo no armoniza con el principio de autonomía de la voluntad, porque se advierte que el ISP pretende obligar al Ministerio de Educación a renovar el convenio celebrado con el recurrente el año 1990, lo cual importa desconocer su libertad de contratar, es decir la libertad que tiene de celebrar o no el contrato. En consecuencia, queda claro que la decisión del Ministerio de Educación de no renovar el aludido convenio no vulnera los derechos constitucionales invocados.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional revocó la sentencia de vista que confirma la apelada que declaró improcedente la demanda; y, reformándola, declara infundada la demanda.

En el presente caso, el ISP Víctor Andrés Belaunde deseaba obligar al Ministerio de Educación a renovar el convenio para desarrollar programas de profesionalización de docentes sin título pedagógico. Este hecho, según los fundamentos del Tribunal Constitucional, que compartimos plenamente, atentaba contra la libertad de contratar del Ministerio de Educación, que, como toda persona natural o jurídica, tiene el derecho de contratar o no. (p.43-45)

1.5.13.3. Libertad contractual y libertad de contratación. En estos tiempos de globalización, donde los países tienen más comunicación, no solo relacionado con sus necesidades interpersonales, sino también con el mercado, especialmente el financiero, en el cual los países se centran para impulsar su crecimiento económico, a través de los tratados internacionales de diferentes tipos y entre diferentes países. Es en ese sentido, es que las ideas de la libertad contractual toman mucha importancia en el contexto contemporáneo. (Santillán, 2019).

Por otro lado, según Santillán (2019), la inversión extranjera y nacional son un eje primordial para fortalecer el desarrollo de las demás libertades económicas, tales como la libertad comercial, la libertad de comercio internacional, la libertad monetaria, de inversión, financiera y laboral. El contenido de la libertad contractual se encuentra regulado en el art. 1354 del Código Civil Peruano de la siguiente manera: Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Esta libertad se divide a su vez en la *libertad de contratar* y *libertad contractual*. La libertad de contratar brinda la facultad de decisión en la contratación, desencadenando una relación jurídica posterior; mientras que la libertad contractual es aquella que permite determinar o establecer el marco contractual en el cual se basara la relación jurídica entre los sujetos de derecho, ya sea por contratos paritarios donde ambas partes tienen el poder

contractual de decisión en las cláusulas de contratación; y por otro lado, se encuentran los contratos en masa que se dividen en contratos con cláusulas generales de contratación y los contratos de adhesión. Entendemos que los contratos con cláusulas generales de contratación como un híbrido contractual debido a que estos, por un lado, establecen cláusulas contractuales base, pero solo se podrán negociar las cláusulas en temas específicos. Los contratos por adhesión, por otro lado, brindan el poder contractual a una de las partes para establecer el contenido total de las cláusulas de contratación (Santillán, 2019).

1.5.13.4. Autonomía de la voluntad. Biberley (2012), menciona que el principio de autonomía de la voluntad, implica el reconocimiento de un poder de autorregular los propios objetivos e intereses que las partes desean. Los contratos tendrán pues, su fundamento en este principio de autonomía de la voluntad, lo que significa que, en primer lugar, el individuo tiene plena libertad de decidir si contratar o no contratar; en segundo lugar, las partes tienen total libertad de elección del tipo contractual; en tercer lugar, las partes podrán celebrar libremente contratos atípicos (dentro de los límites del Art. 1255 ,Código Civil); y, en cuarto lugar, las partes tienen la capacidad para modificar el contenido de los contratos típicos (si es que la norma tiene carácter dispositivo). Asimismo, indica que la libertad contractual no puede ser infinita, ya que el propio Art. 1255, Código Civil establece una serie de límites para la autonomía al disponer que no podrá ser, la actuación de las partes, contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. En primer término, en cuanto a la ley, se refiere a las normas de carácter imperativo, para las que su inobservancia supone la sanción de nulidad. En segundo término, en cuanto a la moral, ésta es un conjunto de convicciones de orden ético y de valor del mismo tipo. Al establecerse la moral como límite de la autonomía de la voluntad contractual, quedan impedidos los contratos inmorales. La inmoralidad del contrato afecta a la causa del mismo y lo hace nulo. Asimismo, el Art. 1271, Código Civil prohíbe que puedan ser objeto de contrato los servicios contrarios a las buenas costumbres. Por último, en tercer

término, el orden público es el último de los límites que el Art. 1255, Código Civil impone a la autonomía de la voluntad contractual. Por orden público debemos entender es la organización general de la sociedad y los principios por los que se rige. Este límite significa que, a falta de normas legales imperativas, las materias relativas al orden público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares.

1.5.14. La Contratación de Menores en el fútbol profesional

1.5.14.1. Contrato de Afiliación Deportiva. A través de este acuerdo materializado en el formato, los padres, en representación del menor, prestan expresa e irrevocable autorización para su inscripción como jugador del club, y aseguran conocer y aceptar los contenidos de los estatutos y reglamentos de la FPF, aun cuando ni siquiera han podido revisarlos. Una vez celebrado este contrato, el deportista menor de edad debe someterse al cumplimiento de los estatutos y reglamentos internos del club, recibiendo a cambio por parte del club una formación estrictamente deportiva. Cabe indicar que en este contrato no se habla de una contraprestación dineraria, sino solo de una formación deportiva como obligación del Club de Fútbol.

1.5.14.2. Nacimiento de la titularidad Federativa. Una vez firmado el contrato entre los padres del menor y el representante del Club de Fútbol, el club procede a inscribir dicho contrato en la F.P.F., con esta inscripción se adjudica la titularidad federativa del deportista. Es decir, a partir de ese momento, para la F.P.F., el club es el que tiene los derechos sobre el futbolista menor de edad, sobre su futuro y los réditos económicos que pudiera genera.

Este derecho de titularidad federativa puede ser definido como “el derecho o potestad que tiene un club de inscribir a un jugador en una determinada competencia oficial organizada por una federación o asociación, para que el jugador lo represente en la misma; tal

derecho nace a favor del club, desde el momento en que el jugador es inscripto o registrado (inscripción registral) en la citada federación o asociación.” (Trevisan, 2007)

Esta titularidad registral, según el propio ordenamiento deportivo del fútbol debe recaer necesariamente en entidades deportivas que intervengan directamente o indirectamente en torneos oficiales de la FIFA. El origen de esta norma encuentra su razón de ser en la propia lógica organizacional del fútbol, ya que, si se permite que personas físicas o jurídica ajenas a la organización de las competencias deportivas sean parte de un contrato de afiliación deportiva, y en consecuencia pueden inscribir dicho contrato en la F.P.F. detentando la titularidad registral de estos derechos federativos, el desarrollo y la regulación de las competencias se tornaría inviable. (Trevisan, 2007)

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato se puede decir que este contrato de afiliación deportiva, luego de su inscripción en la F.P.F. hace nacer en forma originaria y primigenia la titularidad federativa y fija las bases de la relación deportiva amateur, es un contrato atípico y además de adhesión a la estructura normativa compleja compuesta por normas FIFA.

Para la FIFA esta titularidad registral nace desde el momento en que el deportista, representado por sus padres, prestó su consentimiento y el club lo registró, facultándolo a que este sea representado por el deportista menor de edad.

Así entonces explica que la titularidad federativa puede ser definida como “el derecho de titularidad registral condicional y especial que posee una entidad deportiva (club de fútbol) frente a una asociación respecto de un deportista, para que éste participe en determinada competencia oficial en nombre y representación de la entidad deportiva”.

De acuerdo a las opiniones doctrinarias referidas, se puede definir a la titularidad federativa como el derecho o potestad que tiene un club de inscribir a un jugador en una

determinada competencia oficial organizada por una federación o asociación, para que el jugador lo represente en la misma; tal derecho nace a favor del club, desde el momento en que el jugador es inscripto o registrado (inscripción registral) en la citada federación o asociación.

1.5.14.3. Prioridad del contrato de trabajo entre el futbolista y el club. A partir del 11 de julio del año 2005 se modificó el Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia (RET) de los Deportistas de la FIFA y desde entonces, lo esencial pasó a ser la vigencia de los contratos laborales entre los clubes y los jugadores de fútbol profesional, y no la titularidad del derecho federativo o titularidad registral en una determinada asociación.

El club que tuviera un contrato vigente con un jugador de fútbol profesional, tendría derecho a recibir una indemnización en caso que el jugador celebrara un nuevo contrato con otro club, durante la vigencia del contrato anterior. De lo contrario, el club no tendría derecho a indemnización ni derecho a negarse a remitir el Certificado de Transferencia o TRANSFER. Le correspondería sí el derecho de indemnización por formación en determinados casos y, eventualmente en el futuro, la aplicación del mecanismo de solidaridad.

A partir de las modificaciones ocurridas, el Estatuto de la FIFA gira ahora en torno a la vigencia o no de un contrato de trabajo entre el jugador de fútbol profesional y el club. En este sentido, el artículo 13 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA establece que un contrato entre un jugador profesional y un club podrá rescindirse solo al vencimiento del contrato o de común acuerdo.

El artículo 14 dispone que, en caso que exista causa justificada, cualquier parte puede rescindir sin ningún tipo de indemnización o imposición de sanciones deportivas.

Por su parte, el artículo 17 establece las consecuencias de la ruptura de un contrato sin causa justificada, imponiendo sanciones pecuniarias (una indemnización) y deportivas tanto al jugador como al nuevo club.

El anexo 3, artículo 2 numeral 4 dispone que, ante el pedido por parte de la nueva asociación de un Certificado de Transferencia, la antigua asociación deberá en el transcurso de los 7 días siguientes remitirlo o informar que éste no puede expedirse porque el contrato entre el club anterior y el jugador profesional no ha vencido o no ha habido consentimiento mutuo sobre la rescisión prematura del mismo.

1.5.15. Normatividad peruana sobre la contratación de futbolistas profesionales menores de edad.

1.5.15.1. Reglamento de Indemnización por Derechos de Formación de la Federación Deportiva Nacional Peruana de Fútbol. Según la Resolución N°22-FPP (2017), del Reglamento de indemnización por formación de jugadores de la Federación Peruana de Fútbol, establece en su artículo primero que “El Derecho de Formación se reconoce a los Clubes que hubiesen formado a un jugador, entre las temporadas de los 12 a los 21 cumpleaños inclusive. En ningún caso se considerará que la formación ha concluido antes de la finalización de la temporada del 21 cumpleaños”

Así, en el ámbito nacional se establece una edad fija aplicable a todos los casos. Por lo que todo club que pretenda contratar a un jugador deberá pagar el monto de indemnización calculado en base al rango de 12 a 21 años, situación que no resulta acorde a la realidad en tanto existen jugadores menores de edad que ya han iniciado una carrera profesional deportiva, concluyendo con el período de formación mucho antes de los 21 años.

1.5.15.2. Régimen Laboral de los jugadores de Fútbol Profesional. La Ley 26566, establece las condiciones de trabajo de los futbolistas con sus respectivos clubes, así como sus derechos. Esta indica:

Artículo 1.- La relación laboral de los futbolistas profesionales con los Clubes Deportivos de Fútbol se sujeta a las normas que rigen la actividad privada, con las características propias de su prestación de servicios que establece esta ley.

Son de aplicación supletoria las normas del Código Civil.

Los futbolistas profesionales tienen derecho a la seguridad social en el régimen de prestaciones de salud y en el de pensiones, sea el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones.

Artículo 2.- Son futbolistas profesionales los que, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica del fútbol por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club, a cambio de una remuneración.

Artículo 3.- Son considerados empleadores los Clubes Deportivos de Fútbol organizados de conformidad con las normas legales vigentes.

Artículo 4.- La relación laboral de los futbolistas es de duración determinada, pudiendo producirse la contratación por tiempo cierto o para la realización de un número de actuaciones deportivas que constituyan en conjunto una unidad claramente determinable o identificable en el ámbito de la correspondiente práctica deportiva. La prórroga de los contratos se dará por acuerdo expreso.

Artículo 5.- Los contratos deben celebrarse por escrito y registrarse ante la Federación Peruana de Fútbol y el Ministerio de Trabajo y Promoción Social. La Federación Peruana de Fútbol establece las reglas y normas para el registro de los contratos.

En el contrato las partes pactan las remuneraciones, premios por partidos, seguro y demás conceptos retributivos, así como las causas de resolución del contrato acordes con la naturaleza del servicio.

Artículo 6.- Son obligaciones especiales de los futbolistas profesionales:

- a. Realizar la actividad deportiva para la que se le contrató, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales condiciones físicas y técnicas, de acuerdo con las reglas de juego aplicables y las instrucciones de los representantes del club o entidad deportiva.
- b. Concurrir a las prácticas de preparación y adiestramiento en el lugar y a la hora señalada por el club y concentrarse para las competencias cuando sea requerido.
- c. Efectuar los viajes para intervenir en las competencias de conformidad con las disposiciones del club. Los gastos de transporte, hospedaje, alimentación y otros que sean inherentes al objeto del viaje son de cuenta del club.
- d. Someterse a la disciplina de sus superiores y acatar sus órdenes e instrucciones, debiendo guardar la debida compostura en sus actividades deportivas, y cumplir los reglamentos locales, nacionales e internacionales.
- e. Guardar en su vida privada un comportamiento compatible con el mantenimiento del eficiente estado físico y mental en su condición de deportista profesional.
- f. Las que se establezcan en el contrato de trabajo y las que deriven de las normas legales, directivas y reglamentos.

Artículo 7.- El futbolista tiene derecho a los beneficios pactados en el contrato y especialmente a:

- a. Descanso semanal, días feriados y descanso vacacional, de acuerdo a la naturaleza del contrato.
- b. Explotación comercial de su imagen y/o a participar en la que el club haga de la misma.
- c. Participación por su transferencia en el pago que realice el club adquirente.

d. Ocupación efectiva, no pudiendo, salvo el caso de sanción o lesión, ser excluido de los entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva.

Artículo 8.- Son deberes especiales de los clubes:

a. Organizar y mantener un servicio médico y social para atender a los futbolistas.

Los lugares de concentración y campos de juego donde se efectúen las prácticas deben reunir condiciones adecuadas de higiene y comodidades necesarias.

b. Proporcionar al futbolista que permanezca en las concentraciones previas a la competencia cuatro o más horas en el club o centro de entrenamiento, raciones alimentarias convenientemente balanceadas.

c. Las que se pacten en el contrato de trabajo y las que se deriven de normas legales y reglamentos.

Artículo 9.- La transferencia de los futbolistas se rige por las normas de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) y las de la Federación Peruana de Fútbol.

Las partes podrán pactar el pago de una compensación por promoción o formación para el caso que, luego de la extinción del contrato, el futbolista estipulase uno nuevo con otro club, correspondiendo un pago al club de procedencia.

1.5.15.3. Estatuto del futbolista-SAFAP. El Estatuto del Futbolista de la Agremiación de Futbolistas Profesionales del Perú (2019), regula las condiciones de trabajo de los Futbolistas Profesionales nacionales y/o extranjeros que presten sus servicios en las Sociedades Anónimas de cualquier tipo, Asociaciones y Clubes de Fútbol (en adelante, el Club / los Clubes) adscritos a la Asociación Deportiva de Fútbol Profesional de primera y/o segunda división y que se encuentren bajo el ámbito de la Federación Peruana de Fútbol .(SAFAP, 2019).

Asimismo, en mérito al interés de la presente investigación, se debe tener en cuenta que este dispositivo normativo especial, establece en su artículo 6, la supletoriedad de las normas estatales y normativa FIFA:

En todo lo no regulado por el Estatuto se aplican las normas estatales que regulan las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada. En primer lugar, las normas especiales para Futbolistas Profesionales, Ley N° 26566, sus normas modificatorias, ampliatorias y sustitutorias y complementariamente, las normas que regulan la contratación de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y su Reglamento el Decreto Supremo N° 001-96-TR, sus normas modificatorias y sustitutorias, las normas supranacionales aplicables. En lo deportivo y laboral también son de aplicación las resoluciones de la Federación Peruana de Fútbol y las normas de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA). En caso de conflicto de normas se aplicará la norma que resulte más favorable al Futbolista.

1.5.16. Federación Internacional de Fútbol Asociado – FIFA

FIFA es el acrónimo de Fédération Internationale de Football Association, Federación Internacional de Asociaciones de Fútbol en español, es una asociación que se describe a sí misma como un organismo rector internacional del fútbol de asociación o que aglutina la organización del fútbol, el futsal (fútbol de sala) y fútbol de playa. La FIFA es responsable, además, de la organización de los principales torneos internacionales de fútbol, especialmente la Copa del Mundo que comenzó en 1930 y la Copa Mundial Femenina, que comenzó en 1991. Según el portal (misentrenamientosdefutbol.com, 2019).

Su fundación tuvo lugar el veintiuno de mayo de 1904 y su sede se encuentra en la ciudad de Zúrich, Suiza. Forma parte de la Internacional Football Association Board, más

conocida en España como la F.A. Board Internacional, la institución que se encarga de la modificación de las reglas del juego.

La FIFA también se ocupa de la organización de los Campeonatos Mundiales de Fútbol en sus diferentes modalidades, así como de los Torneos Olímpicos junto al Comité Olímpico Internacional. Este organismo agrupa doscientas once federaciones o asociaciones de fútbol de múltiples países, por lo que cuenta con dieciocho países afiliados más que la Organización de las Naciones Unidas, cuatro menos que la Federación Internacional de Baloncesto y tres menos que la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo.

Cabe indicar que cualquier federación o asociación a cargo de la organización del fútbol en su país tiene abierto el ingreso a la FIFA. Por norma general, tan solo puede haber un único afiliado por país, aunque existen algunas excepciones como es el caso de las naciones británicas, que están constituidas por las cuatro asociaciones de fútbol de Irlanda del Norte, Gales, Escocia e Inglaterra. Esto se debe a que el Reino Unido es el lugar donde surgió el fútbol moderno. También está el caso de la selección de las Islas Feroe, las cuales son independientes de Dinamarca.

A continuación, se mencionan las confederaciones que la FIFA tiene afiliadas a nivel de continentes:

- La Confederación Sudamericana de Fútbol o CONMEBOL desde el año 1916.
- La Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol o UEFA desde el año 1954.
- La Confederación Asiática de Fútbol o AFC desde 1954.
- La Confederación Africana de Fútbol desde 1957.
- La Confederación de Fútbol de Norte, Centroamérica y el Caribe o CONCACAF desde 1961.
- La Confederación de Fútbol de Oceanía u OFC desde 1966.

Por otra parte, la FIFA define normas fuera de la cancha que cada vez son más relevantes en tanto el fútbol se ha convertido en una gran industria del espectáculo de alcance global. En este último conjunto de normas se incluyen las referentes, por ejemplo, a la contratación de futbolistas, al papel de los agentes de jugadores o a la resolución de disputas entre distintos clubes y, de forma reciente, a la disciplina en las finanzas de los equipos (fair play financiero).

1.5.16.1. Marco normativo de la FIFA sobre contratación de futbolistas profesional menores de edad

1.5.16.1.1. Protección de menores. Según el reglamento FIFA:

1. Las transferencias internacionales de jugadores se permiten solo cuando el jugador alcanza la edad de 18 años.
2. Se permiten las siguientes tres excepciones:
 - a) Si los padres del jugador cambian su domicilio al país donde el nuevo club tiene su sede por razones no relacionadas con el fútbol.
 - b) La transferencia se efectúa dentro del territorio de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE) y el jugador tiene entre 16 y 18 años de edad.

El nuevo club debe cumplir las siguientes obligaciones mínimas:

- i. Proporcionar al jugador una formación o entrenamiento futbolístico adecuado que corresponda a los mejores estándares nacionales.
- ii. Además de la formación o capacitación futbolística, garantizar al jugador una formación académica o escolar, o una formación o educación y capacitación conforme a su vocación, que le permita iniciar una carrera que no sea futbolística en caso de que cese en su actividad de jugador profesional.
- iii. Tomar todas las provisiones necesarias para asegurar que se asiste al jugador de la mejor manera posible (condiciones óptimas de vivienda en una

familia o en un alojamiento del club, puesta a disposición de un tutor en el club, etc.).

iv. En relación con la inscripción del jugador, aportará a la asociación correspondiente la prueba de cumplimiento de las citadas obligaciones.

c) El jugador vive en su hogar a una distancia menor de 50 km de la frontera nacional, y el club de la asociación vecina está también a una distancia menor de 50 km de la misma frontera en el país vecino. La distancia máxima entre el domicilio del jugador y el del club será de 100 km. En tal caso, el jugador deberá seguir viviendo en su hogar y las dos asociaciones en cuestión deberán otorgar su consentimiento.

3. Las condiciones de este artículo se aplicarán también a todo jugador que no haya sido previamente inscrito en ningún club y que no sea natural del país en el que desea inscribirse por primera vez y que no haya vivido en dicho país de manera ininterrumpida los últimos cinco años como mínimo.
4. Toda transferencia internacional conforme al apartado 2, toda primera inscripción conforme al apartado 3, así como las primeras inscripciones de menores extranjeros que hayan vivido de manera ininterrumpida los últimos cinco años como mínimo en el país donde desean inscribirse, están sujetas a la aprobación de la subcomisión designada por la Comisión del Estatuto del Jugador a tal efecto. La solicitud de aprobación deberá presentarla la asociación que desea inscribir al jugador. Se concederá a la asociación anterior la oportunidad de presentar su postura. Toda asociación que solicite la expedición del CTI y/o realizar la primera inscripción deberá solicitar primero esta aprobación. La Comisión Disciplinaria de la FIFA impondrá sanciones conforme al Código Disciplinario de la FIFA en caso de cualquier violación de esta disposición. Igualmente, podrán imponerse

sanciones no solo a la asociación que no se haya dirigido a la subcomisión, sino también a la asociación que expidió el CTI sin la aprobación de la subcomisión y a los clubes que hayan acordado la transferencia de un menor de edad.

5. El procedimiento de solicitud a la subcomisión de toda primera inscripción y transferencia internacional de menores de edad se describe en el anexo 2 del presente reglamento.

1.5.16.1.2. Inscripción y notificación de la presencia de menores de edad en academias. Según el reglamento FIFA:

1. Aquellos clubes que operen una academia con la cual tengan una relación de derecho, de hecho y/o económica deberán notificar la presencia de jugadores menores de edad que asisten a la academia a la asociación en cuyo territorio la academia desempeñe su actividad.
2. Cada asociación deberá asegurarse de que las academias que no tienen una relación de derecho, de hecho y/o económica con un club:
 - a) se constituyan en un club que participe en los campeonatos nacionales correspondientes; se deberá notificar la presencia de sus jugadores a la asociación en cuyo territorio desempeña su actividad la academia; o se deberá inscribir a los jugadores en dicho club; o bien b) notifiquen la presencia de todos los jugadores menores de edad, que asisten la academia con el propósito de obtener una formación, a la asociación en cuyo territorio desempeña su actividad la academia.
3. Cada asociación deberá llevar un registro con los nombres y fechas de nacimiento de todos los jugadores menores de edad que le hayan sido notificados por clubes o academias.

4. Al notificar los nombres de sus jugadores, tanto la academia como los jugadores se comprometen a practicar el fútbol según los Estatutos de la FIFA y a observar y compartir los valores éticos del deporte del fútbol organizado.
5. La Comisión Disciplinaria de la FIFA impondrá sanciones conforme al Código Disciplinario de la FIFA en caso de cualquier violación de esta disposición.
6. El art. 19 también se aplicará a la notificación de jugadores menores de edad que no sean ciudadanos del país en el que desean que se notifique su presencia.

1.5.16.1.3. Normas para la contratación de menores de edad en el ámbito nacional para el fútbol profesional. FIFA.com (2011), establece que, la FIFA considera “menor” a todo jugador que no haya cumplido 18 años. Por ello de la revisión de las normas FIFA para este tipo de contratación se encontró el apartado 2 del artículo 18 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores FIFA, que establece:

La duración mínima de un contrato será a partir de la fecha de inscripción al final de la temporada; la duración máxima será de cinco años. Cualquier otro contrato de una duración distinta se permitirá solamente si se ajusta a la legislación nacional. Los jugadores menores de 18 años no pueden firmar un contrato de profesionales de una duración mayor de tres años. No se aceptará cualquier cláusula de un periodo mayor.

Así entonces respecto de los menores de edad señala que su contrato para la práctica del fútbol profesional no debe superar los tres años, entendiendo que estos pueden ser firmados por sus padres, tutores legales o representantes.

Reglamento de la Liga 1 Movistar 2020. La Liga 1 Movistar es la reconocida como la máxima categoría del fútbol profesional en Perú), el cual en su artículo 23 establece:

Art. 23° Para que un jugador pueda inscribirse en un club para efectos de su participación en la Liga1, el club, a través de la ADFP, deberá presentar a la Oficina de Pases y Transferencias de la FPF, los siguientes documentos:

1. Contrato de trabajo de futbolista profesional suscrito por el jugador y el (los) representante(s) del club debidamente acreditado(s) a través de la Declaración Jurada y Vigencia de Poder de sus Representantes remitida previamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 20° del presente reglamento. El contrato de trabajo será requisito obligatorio para la participación de todo jugador mayor de edad (18 años) y deberá suscribirse siguiendo el modelo aprobado por la FPF, ADFP y SAFAP de conformidad al numeral 7 de la Resolución N° 013-FPF-2013. Se deja constancia que todo jugador que tenga 18 años deberá de contar con contrato de trabajo. En caso un jugador menor de 18 años cuente con contrato de trabajo, dicho contrato deberá encontrarse suscrito por su padre, madre o tutor legal, según corresponda (...)

1.5.17. La representación de menores de edad en la suscripción de contratos.

Según el código civil peruano, los contratos que pueden celebrar incapaces, haciendo uso del Artículo 1358°.- Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

Asimismo, Autorización al menor para contraer obligaciones, Artículo 456°.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 1358°, el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen.

Cuando el acto no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho. El menor que hubiese actuado con dolo responde de los daños y perjuicios que cause a tercero.

1.5.18. Código del Niño y Adolescente

El Código del Niño y Adolescente indica en el Artículo 22°.- Derecho a trabajar del adolescente. – “El adolescente que trabaja será protegido en forma especial por el Estado. El Estado reconoce el derecho de los adolescentes a trabajar, con las restricciones que impone este Código, siempre y cuando no exista explotación económica y su actividad laboral no importe riesgo o peligro, afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”.

A todo ello, el capítulo V, Régimen Para El Adolescente Trabajador del Código del Niño y Adolescente, indica en los siguientes artículos:

Artículo 48°.- *Ámbito de aplicación.* - Los adolescentes que trabajan en forma dependiente o por cuenta ajena están amparados por el presente Código. Se incluye a los que realizan el trabajo a domicilio y a los que trabajan por cuenta propia o en forma independiente, así como a los que realizan trabajo doméstico y trabajo familiar no remunerado.

Excluye de su ámbito de aplicación el trabajo de los aprendices y practicantes, el que se rige por sus propias leyes.

Artículo 49°.- *Instituciones encargadas de la protección del adolescente trabajador.* – La protección al adolescente trabajador corresponde al PROMUDEH en forma coordinada y complementaria con los Sectores Trabajo, Salud y Educación, así como con los Gobiernos Regionales y Municipales.

El PROMUDEH dicta la política de atención para los adolescentes que trabajan.

Artículo 50°.- *Autorización e inscripción del adolescente trabajador.* - Los adolescentes requieren autorización para trabajar, salvo en el caso del trabajador familiar no remunerado.

El responsable de la familia, en el caso del trabajador familiar no remunerado, inscribirá al adolescente trabajador en el registro municipal correspondiente.

En el registro se consignarán los datos señalados en el Artículo 53° de este Código.

Artículo 51°.- Edades requeridas para trabajar en determinadas actividades. - Las edades mínimas requeridas para autorizar el trabajo de los adolescentes son las siguientes:

1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia:
 - a) Quince años para labores agrícolas no industriales;
 - b) Dieciséis años para labores industriales, comerciales o mineras; y,
 - c) Diecisiete años para labores de pesca industrial.
2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo la edad mínima es de catorce años. Por excepción se concederá autorización a partir de los doce años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional.

Se presume que los adolescentes están autorizados por su padres o responsables para trabajar cuando habiten con ellos, salvo manifestación expresa en contrario de los mismos.

Artículo 52°.- Competencia para autorizar el trabajo de adolescentes. - Tienen competencia para inscribir, autorizar y supervisar el trabajo de los adolescentes que cuenten con las edades señaladas en el artículo precedente:

- a) El Sector Trabajo, para trabajos por cuenta ajena o que se presten en relación de dependencia; y,

- b) Los municipios distritales y provinciales dentro de sus jurisdicciones, para trabajadores domésticos, por cuenta propia o que se realicen en forma independiente y dentro de su jurisdicción.

En todas las modalidades de trabajo, la inscripción tendrá carácter gratuito.

Artículo 53°.- Registro y datos que se deben consignar. - Las instituciones responsables de autorizar el trabajo de los adolescentes llevarán un registro especial en el que se hará constar lo siguiente:

- a) Nombre completo del adolescente;
- b) Nombre de sus padres, tutores o responsables;
- c) Fecha de nacimiento;
- d) Dirección y lugar de residencia;
- e) Labor que desempeña;
- f) Remuneración;
- g) Horario de trabajo;
- h) Escuela a la que asiste y horario de estudios; e,
- i) Número de certificado médico

Artículo 54°.- Autorización. - Son requisitos para otorgar autorización para el trabajo de adolescentes:

- a) Que el trabajo no perturbe la asistencia regular a la escuela;
- b) Que el certificado médico acredite la capacidad física, mental y emocional del adolescente para realizar las labores. Este certificado será expedido gratuitamente por los servicios médicos del Sector Salud o de la Seguridad Social; y,
- c) Que ningún adolescente sea admitido al trabajo sin la debida autorización.

Artículo 55°.- Examen médico. - Los adolescentes trabajadores son sometidos periódicamente a exámenes médicos. Para los trabajadores independientes y domésticos los exámenes serán gratuitos y estarán a cargo del Sector Salud.

Artículo 56°.- Jornada de trabajo. - El trabajo del adolescente entre los doce y catorce años no excederá de cuatro horas diarias ni de veinticuatro horas semanales. El trabajo del adolescente, entre los quince y diecisiete años no excederá de seis horas diarias ni de treinta y seis horas semanales.

Artículo 57°.- Trabajo nocturno. - Se entiende por trabajo nocturno el que se realiza entre las 19.00 y las 07.00 horas. El Juez podrá autorizar excepcionalmente el trabajo nocturno de adolescentes a partir de los quince hasta que cumplan los dieciocho años, siempre que éste no exceda de cuatro horas diarias. Fuera de esta autorización queda prohibido el trabajo nocturno de los adolescentes.

Artículo 58°.- Trabajos prohibidos. - Se prohíbe el trabajo de los adolescentes en subsuelo, en labores que conlleven la manipulación de pesos excesivos o de sustancias tóxicas y en actividades en las que su seguridad o la de otras personas esté bajo su responsabilidad.

El PROMUDEH, en coordinación con el Sector Trabajo y consulta con los gremios laborales y empresariales, establecerá periódicamente una relación de trabajos y actividades peligrosas o nocivas para la salud física o moral de los adolescentes en las que no deberá ocupárseles.

Artículo 59°.- Remuneración. - El adolescente trabajador no percibirá una remuneración inferior a la de los demás trabajadores de su misma categoría en trabajos similares.

Artículo 60°.- Libreta del adolescente trabajador. - Los adolescentes que trabajan deberán estar provistos de una libreta otorgada por quien confirió la autorización para el trabajo. En ésta constará los datos señalados en el Artículo 53° de este Código.

Artículo 61°.- Facilidades y beneficios para los adolescentes que trabajan. – Los empleadores que contraten adolescentes están obligados a concederles facilidades que hagan compatibles su trabajo con la asistencia regular a la escuela.

El derecho a vacaciones remuneradas pagadas se concederá en los meses de vacaciones escolares.

Artículo 62°.- Registro de los establecimientos que contratan adolescentes. – Los establecimientos que contraten adolescentes para trabajar deben llevar un registro que contenga los datos señalados en el Artículo 53° de este Código.

Artículo 64°.- Seguridad social. - Los adolescentes que trabajan bajo cualquiera de las modalidades amparadas por esta Ley tienen derecho a la seguridad social obligatoria, por lo menos en el régimen de prestaciones de salud. Es obligación de los empleadores, en el caso del trabajador por cuenta ajena y del trabajador doméstico, y del jefe de familia, en el caso del trabajador familiar no remunerado, cumplir con estas disposiciones.

Los adolescentes trabajadores independientes podrán acogerse a este beneficio abonando sólo el 10% de la cuota correspondiente al trabajador de una relación de trabajo dependiente.

Artículo 65°.- Capacidad. - Los adolescentes trabajadores podrán reclamar, sin necesidad de apoderado y ante la autoridad competente, el cumplimiento de todas las normas jurídicas relacionadas con su actividad económica.

Artículo 66°.- Ejercicio de derechos laborales colectivos. - Los adolescentes pueden ejercer derechos laborales de carácter colectivo, pudiendo formar parte o constituir sindicatos

por unidad productiva, rama, oficio o zona de trabajo. Estos pueden afiliarse a organizaciones de grado superior.

1.5.19. Resolución Ministerial núm. 058-97-TR, de 7 de julio de 1997

Respecto al trabajo adolescente establece:

1.5.19.1. Autorización para el trabajo adolescente. Ningún adolescente podrá ser admitido al trabajo sin la debida autorización. Se considera adolescente al menor desde los doce (12) hasta cumplir los dieciocho (18) años de edad.

La autorización para el trabajo del adolescente que labora por cuenta ajena o en relación de dependencia, será expedida por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, de conformidad con el TUPA correspondiente.

1.5.19.2. Registro con datos del adolescente. El empleador debe llevar un registro con los datos siguientes: nombre completo del adolescente; nombre de los padres, tutores o responsables; fecha de nacimiento; dirección y lugar de residencia; labor que desempeña; remuneración; horario de trabajo; escuela a la que asiste y horario de estudios.

1.5.19.3. Facilidades y beneficios. Los empleadores están obligados a concederles facilidades que hagan compatible su trabajo con su asistencia regular a la escuela.

El derecho a vacaciones remuneradas pagadas se concederá en los meses de vacaciones escolares.

1.5.19.4. Edad mínima para el Trabajo. Para el desarrollo de determinadas actividades se requiere que el menor adolescente cuente con:

- a. Catorce (14) años para labores agrícolas no industriales;
- b. Quince (15) años para labores industriales, comerciales o mineras;
- c. Dieciséis (16) años para labores de pesca industrial.

Para el desarrollo de las demás actividades de trabajo, doce (12) años.

1.5.19.5. Trabajos prohibidos. El trabajo en subsuelo, en labores en que se manipula pesos excesivos, en actividades peligrosas o nocivas para su salud física o moral, o que impliquen el manejo de sustancias explosivas o inflamables; y en actividades en las que su seguridad o la de otras personas esté sujeta a la responsabilidad del adolescente.

1.5.19.6. Remuneraciones. Ningún adolescente trabajador percibirá una remuneración inferior a la de los demás trabajadores de su misma categoría para trabajos similares. No se podrá pactar el pago de la remuneración de los adolescentes por obra, por pieza, a destajo o por cualquier otra modalidad de rendimiento.

1.5.20. Convenio de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio núm. 138 de la organización Internacional del Trabajo de 1973, indica en los siguientes artículos:

Artículo 2.- El Estado debe establecer una edad mínima para trabajar y comunicárselo a la Organización Internacional del Trabajo. A aquellas personas que no hayan cumplido esta edad mínima no se les permitirá trabajar.

Normalmente, la edad mínima debería ser 15 años, que es la edad media a la que finaliza la escolaridad obligatoria. Si en tu país es obligatorio que los niños asistan a la escuela, por ejemplo, hasta los 16 años de edad, en ese caso, la edad mínima debería ser de 16 años.

Como excepción, a los países en desarrollo se les permite, en principio, fijar una edad mínima de 14 años y elevarla posteriormente a 15 años o más. Los países industrializados deben establecerla desde un principio en 15 años (o una edad superior).

Artículo 3.- Las personas menores de 18 años no podrán realizar trabajos peligrosos, insalubres o que dañen su moralidad (algunos lo denominan trabajo peligroso). El gobierno

debe deliberar junto con los sindicatos y las organizaciones empresariales y elaborar una lista de trabajos peligrosos que las personas menores de 18 años no deberían realizar.

Requisitos y trámites para la autorización; Según Vitteri (2015), son requisitos para otorgar la autorización para el trabajo de adolescente los siguientes:

- Que el trabajo no perturbe la asistencia regular a la escuela
- Que el certificado médico acredite la capacidad física, mental y emocional de los adolescentes para realizar las labores. Este certificado será expedido gratuitamente por los servicios del Sector Salud o de la Seguridad Social.
- Que ningún adolescente sea admitido en el trabajo sin la debida autorización.
- Respecto al trámite para autorización, de acuerdo con los requisitos exigidos por el TUPA del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante MTPE), el trabajador adolescente deberá seguir el siguiente trámite en la oficina de Trámite Documentario el mismo que es gratuito:
 - a) Solicitud dirigida a la Subdirección de Promoción y Protección de los Derechos Fundamentales y la Seguridad Social.
 - b) Copia de la partida de nacimiento o documento de identidad del adolescente.
 - c) Copia del certificado médico otorgado por el área de salud.
 - d) Copia del carné escolar, libreta de notas o de la constancia o certificado de estudios. (p.95)

1.5.21. Interés Superior del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes, normas que rigen frente a conflictos que involucran a menores de edad, tienen en común que en ambas se precisa que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado, mediante cualquiera de sus tres poderes o demás instituciones, se considerará prioritario el principio del interés superior del niño y del adolescente. La Ley N° 30466, que

fija parámetros y garantías procesales para su consideración primordial, no solo establece el triple concepto del interés superior del niño, al señalar que es un principio, un derecho y una norma de procedimiento que le otorga al niño el derecho a que se le considere de forma primordial el interés superior en todas las medidas que lo afecten directa o indirectamente; sino que también dicta parámetros de aplicación.

Así, en el artículo IX del Título Preliminar del Código del Niño y Adolescente, se establece que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”

Entonces, el Interés Superior del niño o niña, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores.

Se trata de una garantía de que los menores tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así, se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a menores, por un lado, y el paternalismo de las autoridades, por otro.

El interés superior del menor es un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

Se trata del derecho del menor a que su interés superior sea una consideración que prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.

Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o niña.

Es una norma de procedimiento ya que, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a menores, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las y los menores interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá las garantías procesales.

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

La investigación básica o pura tiene como finalidad la obtención y recopilación de información para ir construyendo una base de conocimiento que se va agregando a la información previa existente. (Lozada, 2014)

2.2. Diseño de investigación por Lozada (2014):

- **Según su profundidad:** el propósito principal de los estudios descriptivos consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas.
- **Según su naturaleza:** la investigación cualitativa es una forma estructurada de recopilación de datos que en su análisis permiten describir y explicar el comportamiento generado en el problema de investigación.
- **Según la manipulación de variable:** No experimental, es aquella que se realiza sin manipular deliberadamente variables, se basa fundamentalmente en la observación de fenómenos tal y como se dan en su contexto natural para analizarlos con posterioridad.

La investigación propuesta es una investigación de tipo básica con un nivel de profundidad descriptivo ya que indaga en cada una de las variables de estudio, de modo que se proporcione al final una descripción detallada sobre cada una de ellas. De esa forma, se estudian las obligaciones adquiridas por el representante legal y su eficacia luego de que el menor alcance la mayoría de edad. Por ello, se describe a cada variable en estudio, con la finalidad de estudiarlas detalladamente y elaborar conclusiones retóricas sobre esta investigación.

Además presenta una naturaleza cualitativa debido que durante el estudio se recopilará y analizará normativa respecto de la representación de menores, obligaciones y sus

fuentes, contratación de futbolistas profesionales bajo el ámbito nacional y FIFA, régimen legal para el adolescente trabajador y marco jurídico de la libre determinación, libertad contractual y autonomía de la voluntad; y según el nivel de manipulación de variables es no experimental debido a que no se contará con el control de las variables de estudio.

2.3. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)

Por el tipo de investigación la presente no presenta población ni muestra.

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

2.4.1. Observación documental.

Debido a que se hizo necesaria realizar una profunda revisión y análisis documental y sinopsis de su contenido. La técnica empleada permitió recopilar información de normatividad jurídica, doctrina y jurisprudencia sobre la teoría planteada en nuestra investigación.

2.4.2. Instrumento

Hoja Guía. Se empleó para la aplicación de la técnica de observación documental. En esta hoja se consignaron ítems destinados a verificar la hipótesis planteada, esto a través de preguntas abiertas y cerradas.

2.5. Procedimiento

Los métodos utilizados para interpretar son los siguientes:

2.5.1. Análisis documental

Luego de obtenidos los datos detallados en el punto anterior, estos han sido estudiados de manera ordenada y por separado a fin de obtener abstracciones individuales que luego han sido engranadas en un único resultado. Se ha llevado a cabo descomponiendo los derechos y principios en estudio en sus mínimas formulaciones con coherencia y construyendo, según esto, la formulación que busca proteger a los principios de libertad contractual, libertad de

contratación y autonomía de la voluntad de la afectación que le originan las obligaciones asumidas por un representante legal de un menor futbolista.

2.5.2. Método exegético

La exégesis consiste pues, en la lectura comentada de los textos relacionados con el asunto que se estudia; requiere obras o compendios que contengan pasajes significativos, relacionados con el asunto en estudio. En el presente trabajo ha sido utilizada para llevar a cabo el análisis del texto de las normas y doctrina referentes a las obligaciones adquiridas por el representante legal de un menor de edad en el futbol profesional y la eficacia de estas.

2.5.3. Método Dogmático:

Debido a que la investigación no solamente buscó analizar la normatividad legal, sino que ha interrelacionado los principios y derechos que la fundamenta, para ello fue imperativo el uso del método dogmático, puesto que de este depende la determinación del contenido de cada uno de estos principios y derechos; en otras palabras, este método se ha utilizado para efectos del análisis de la letra del texto normativo donde se encuentran regulados los derechos y principios mencionados en la hipótesis y objetivos, luego, se ha llevado a cabo su descomposición analítica en elementos, y finalmente la reconstrucción en forma coherente de los mismos, arrojando por resultado una construcción o teoría jurídica (Quiroz, 1998). Conforme señala Ramos (2000), es necesario acotar que por el método dogmático se recurre, además de las normas legales, a la doctrina, al derecho comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia, situación que ha ocurrido durante el desarrollo del presente trabajo.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

3.1. Resultados

3.1.1. *Principios de libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad*

3.1.1.1. Principio de libertad contractual. Como se detalló en el Marco Teórico de la presente investigación la libertad contractual implica que las personas que han decidido contratar, acuerdan los términos y condiciones del negocio jurídico, es decir, elaboran el contenido del contrato.

En base a esto, según el método exegético de la norma podemos concluir que sobre la base de esta libertad los contratantes determinan el esquema contractual, las condiciones y cláusulas que regularán la relación jurídica obligatoria que se creará con la celebración del contrato. Esta libertad también faculta a los contratantes a incluir el plazo, determinado o determinable, cuando celebren un contrato de larga duración.

Del análisis dogmático del artículo 62 de la Constitución Política del Perú, se puede inferir que el legislador peruano garantiza a los contratantes que pacten los términos y condiciones más convenientes a sus intereses y que, a su vez, dichos términos y condiciones sean intangibles, porque no podrán modificarse por leyes o disposiciones legales de cualquier clase.

Así también, este principio establecido en nuestro Código Civil, y del cual se desprende la intención del legislador de facultar a las partes contratantes para que puedan determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Entonces, mediante la libertad contractual las personas que han decidido contratar, acuerdan los términos y condiciones del negocio jurídico, es decir, elaboran el contenido del contrato. Por lo tanto, sobre la base de esta libertad los contratantes determinan el esquema

contractual, las condiciones y cláusulas que regularán la relación jurídica obligatoria que se creará con la celebración del contrato. Esta libertad también faculta a los contratantes a incluir el plazo, determinado o determinable, cuando celebren un contrato de larga duración.

3.1.1.2. Principio de Libertad de contratación. Este principio se reconoce en el artículo 2, inc. 14) de la Constitución Política de 1993, al disponer que “toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Así, podemos inferir en base al método exegético que no es una obligación contratar. Nadie está obligado a celebrar contratos, salvo los supuestos de contratos forzoso.

Tal vez, apoyándose en este principio, los ideólogos de la revolución francesa expresaron que toda persona que contrata libremente celebra un contrato justo, porque ninguna persona contrataría para perjudicarse.

En la actualidad, esta premisa no es del todo cierta, ya que existen numerosos contratos, principalmente los predispuestos o estandarizados, que no siempre son “justos”, ya que una de las partes resulta perjudicada debido al desequilibrio contractual entre las prestaciones, bien porque no leyó los términos del contrato o porque conociéndolos se encontraba en la necesidad de contar con el bien o servicio”.

3.1.1.3. Principio de autonomía de la voluntad. El principio de autonomía de la voluntad, implica el reconocimiento de un poder de autorregular los propios objetivos e intereses que las partes desean. De lo desarrollado en nuestro Marco Teórico y lo que el autor Biberley señala, se puede establecer que bajo la premisa de este principio los contratos tendrán pues, su fundamento en este principio de autonomía de la voluntad, lo que significa que, en primer lugar, el individuo tiene plena libertad de decidir si contratar o no contratar; en segundo lugar, las partes tienen total libertad de elección del tipo contractual; en tercer lugar, las partes podrán celebrar libremente contratos atípicos; y, en cuarto lugar, las partes tienen la capacidad para modificar el contenido de los contratos típicos.

3.2. El acto jurídico

De lo revisado podemos señalar en la presente investigación que se le denomina “Acto Jurídico” a aquellos actos de la vida cotidiana relevantes para el Derecho. Sin embargo, para una adecuada interpretación de los dispositivos legales debemos señalar que cierta doctrina establece un concepto relacionado, al que denominan Negocio Jurídico.

3.2.1. *Acto Jurídico y Negocio Jurídico*

Para poder aclarar el panorama, diremos que todo Negocio Jurídico es un Acto Jurídico, pero no todo Acto Jurídico es un Negocio Jurídico. Entonces, establecemos que “Acto Jurídico” es la categoría general y el “Negocio Jurídico” es la categoría especial, entre el Acto Jurídico y el Negocio Jurídico hay una relación de género-especie.

Dentro de los Actos Jurídicos en general, como actos voluntarios de la vida cotidiana relevantes para el Derecho, existen algunos actos que son Negocios Jurídicos y otros que no lo son, a éstos últimos se les denomina “Actos Jurídicos en Sentido Estricto”

Entonces, los Actos Jurídicos en general están compuestos por Actos Jurídicos en Sentido Estricto y Negocios Jurídicos.

El concepto de Negocio Jurídico ha evolucionado en el tiempo desde su creación y juntamente con él, un término indispensable para su actual comprensión: la Autonomía Privada.

Entendamos por Autonomía Privada a la capacidad o poder que tenemos todos los privados (personas y entes jurídicos) de regular y satisfacer nuestros propios intereses de la vida cotidiana. Así, mediante el ejercicio de nuestra Autonomía Privada los privados podemos efectuar una serie de actos destinados a satisfacer nuestros intereses y necesidades prácticas, pero no sólo podemos decidir qué actos realizar sino también tenemos el poder de regular la manera en cómo se realizarán, cuál será su contenido, así como determinar sus consecuencias jurídicas y prácticas.

Actualmente, se considera que los actos a través de los cuales los privados ejercemos nuestra Autonomía Privada no son otra cosa que los Negocios Jurídicos. Los Negocios Jurídicos son entonces Actos de Autonomía Privada en los cuales los privados tienen el poder de regular sus propios intereses y de decidir cuáles serán las consecuencias jurídicas y prácticas de la realización de dichos actos.

En los Negocios Jurídicos los privados tienen libertad para decidir qué actos realizar y para reglamentar el contenido y consecuencias de los mismos. La razón: los intereses envueltos en los Negocios Jurídicos son intereses esencialmente privados; o, en otras palabras, intereses que primordialmente les incumbe a los sujetos privados que participan en la realización del acto.

En contraposición, en los Actos Jurídicos en Sentido Estricto no existe un ejercicio de la Autonomía Privada, ya que, si bien los sujetos que los efectúan son libres de decidir la realización o no del acto, no están habilitados para reglamentar su contenido, ni mucho menos para modificar las consecuencias de los mismos. Y ello es así porque los intereses envueltos en los Actos Jurídicos en Sentido Estricto no son esencialmente privados, sino que cuentan principalmente con una transcendental relevancia pública.

Los Negocios Jurídicos responden esencialmente a los intereses privados de los sujetos que lo celebran; mientras que los Actos Jurídicos en Sentido Estricto, además de tener intereses privados de por medio, tienen primordialmente intereses públicos envueltos.

3.2.2. Existencia e inexistencia de los actos jurídicos

Para calificar a un hecho jurídico en la realidad social y jurídica éste tiene primero que existir, es decir, tiene que presentarse en la realidad. Por ejemplo, para decir que un contrato existe en la realidad, tienen que presentarse conjuntamente todos aquellos elementos que lo estructuran y que nos permitan identificar jurídicamente que estamos frente a un auténtico acuerdo patrimonial.

De esta manera, si en un determinado hecho de la realidad aparecen conjuntamente todos elementos estructurales exigibles, podemos decir entonces que estamos frente a un contrato que existe; contrariamente, ante la ausencia de alguno de ellos, diremos pues que el contrato no existe como tal, en cuanto no ha logrado completar su formación.

Un contrato se estructura por los elementos propios de este, la ausencia de estos determina la “inexistencia del contrato”. Esta inexistencia contractual es la primera forma patológica del contrato, una situación en la cual no se va a configurar este tipo de negocio y por ende no podrá surtir efectos jurídicos ni llegar a cumplir ninguna finalidad. Esta situación de inexistencia negocial no es susceptible de subsanación, en tanto no hay negocio que corregir, ni efectos negociales que activar.

La existencia es el primer escalón que un acto jurídico debe recorrer en el camino hacia su plena eficacia.

3.2.3. *Validez e Invalidez del acto jurídico*

Corroborado que un acto jurídico presenta todos los elementos configuradores de la categoría como tal, es que podemos dar un paso adelante y transitar al análisis del siguiente escalón: la validez. Los contratos, en cuanto actos de autonomía privada que apuntan a cumplir determinadas finalidades prácticas, esto es, que buscan satisfacer necesidades cotidianas mediante la reglamentación y programación de los intereses de las partes que lo celebran, deben ser acordes con los valores que propugna el ordenamiento jurídico. Así, los negocios jurídicos deben ser compatibles con el sistema jurídico.

En tal sentido, no es suficiente que concurren todos estos elementos, es decir, que exista un acuerdo, partes, un objeto, una causa y una formalidad para afirmar que estamos ante un contrato digno de protección que pueda surtir efectos. Será necesario que ese acuerdo haya sido libre y sin vicios, que las partes sean sujetos capaces, que el objeto sea física y jurídicamente posible, que la causa sea lícita, y que la formalidad sea la requerida por la

norma. Si todo eso se cumple podemos decir que estamos frente a un contrato que existe y que es válido, pues además de presentar los elementos configuradores de un negocio jurídico, cumple con los requisitos de validez que postula el ordenamiento jurídico.

Contrariamente, cuando los elementos que pretenden configurar un contrato incumplen los requisitos de validez, se presenta la segunda patología del negocio jurídico. Este fenómeno es conocido como invalidez. Se puede llegar a la invalidez por dos caminos: la nulidad y la anulabilidad. Un contrato puede ser nulo o anulable por estar inmerso en las causales de nulidad o de anulabilidad, respectivamente.

3.2.3.1. Diferencia entre la nulidad y la anulabilidad. El negocio jurídico, en su aspecto fisiológico, tiene dos momentos: el de validez, en el cual se estudia su estructura (y se analizan, principalmente, ¿sus elementos denominados esenciales); y el de eficacia, en el que se estudia los efectos jurídicos del mismo. La regla general es que un negocio jurídico válido produzca efectos jurídicos, vale decir, sea eficaz. Sin embargo, nos podemos encontrar frente a casos de negocios jurídicos válidos, pero ineficaces (como el supuesto del negocio jurídico sometido a condición suspensiva), o frente al caso de negocios inválidos, pero eficaces, como el supuesto del (denominado) matrimonio putativo, regulado en el artículo 284 del Código Civil, en el que el matrimonio invalidado produce efectos jurídicos (como si se tratase de un divorcio) con respecto al cónyuge que lo contrajo de buena fe. (Gaceta Jurídica, 2014, p.47).

Por consiguiente, en su momento patológico, el negocio jurídico puede atravesar por una invalidez, que es definida como una "irregularidad jurídica", del negocio "que implica la sanción de la ineficacia definitiva", advirtiendo que "tal sanción puede ser automática o de aplicación judicial" o por una ineficacia, que se entiende como la no producción de efectos jurídicos, o como sostiene un sector de la doctrina nacional, como "la calificación negativa por parte del ordenamiento jurídico respecto a un comportamiento humano que evidencia

intereses no merecedores de tutela" (citado en Gaceta Jurídica, 2014, p.47). Estas dos categorías deben distinguirse de la inexistencia, la cual "está más allá de la nulidad: es inexistente el contrato o el acto que no es identificable como tal, pues carece del mínimo esencial que permite hablar de un cierto evento como de contrato o de acto unilateral. La importancia de la distinción entre nulidad e inexistencia se encuentra en lo siguiente: el contrato o el acto inexistente no produce aquellos efectos limitados que, (...) el contrato o el acto nulo producen" (citado en Gaceta Jurídica, 2014, p.47).

Dentro de la categoría de la invalidez, se encuentran la nulidad, la anulabilidad y la rescindibilidad. La nulidad "es la forma más grave de invalidez negocia" e "importa la definitiva inidoneidad del acto para producir efectos". Sin embargo, ésta no excluye que el negocio "pueda ser relevante frente a terceros y que pueda producir efectos entre las partes" (citado en Gaceta Jurídica, 2014, p.47). La nulidad puede ser total o parcial.

La anulabilidad, es aquella forma de invalidez que somete al negocio "a la sanción de ineficacia de aplicación judicial". ¿A diferencia del negocio nulo, el negocio anulable "es provisionalmente productivo de sus efectos; pero es susceptible de ser declarado ineficaz mediante sentencia" (citado en Gaceta Jurídica, 2014, p.47).

La rescindibilidad "es una forma de invalidez del contrato puesta principalmente a tutela de quien contrata en condiciones inicuas por su estado de necesidad o peligro" (citado en Gaceta Jurídica, 2014, p.47).

1. En el artículo 1370 del Código Civil, se establece que "la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de su celebración". El artículo 1447 del Código admite la configuración de la pretensión rescisoria por lesión solo en el caso de aprovechamiento de estado de necesidad, mas no de peligro.

Tradicionalmente, al referirse a la nulidad, se ha esgrimido el aforismo romano "quod nullum est, nullum producit effectum". Sin embargo, esta regla no se aplica

siempre y se ha afirmado, con razón, que "no tiene una aplicación inflexible" (citado en Gaceta Jurídica, 2014, p.47). Para demostrar esta afirmación, Gaceta Jurídica (2014), señala las siguientes "coordenadas" legislativas:

2. El artículo 200 del Código Civil establece que la nulidad "puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público" y que "puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta". De ello se desprende que, si se configura un acto atacado de nulidad, pueden darse las siguientes posibilidades:
 - a) Que las partes no se exijan entre sí el cumplimiento del acto (lo cual no produce efectos jurídicos)
 - b) Que una de las partes haya cumplido con realizar lo acordado en el acto afectado de nulidad y la otra no (frente a lo cual, la parte afectada puede -o no reclamar lo que "le corresponde").
 - c) Que ambas partes hayan cumplido con ejecutar el acto afectado de nulidad. El hecho que el acto jurídico afectado de nulidad no produzca efectos jurídicos depende, inicialmente, de las partes. Si es que existe discusión respecto de la producción (o no) de dichos efectos, interviene el juez, declarando dicha nulidad. La resolución judicial de la nulidad tiene efectos ex tunc (o sea, retroactivos a la fecha de celebración del acto).
3. Abona esta interpretación, el artículo 2001, inc. 1), del Código Civil, el cual establece que, transcurridos diez años, prescribe la acción de nulidad del acto jurídico. La excepción a esta regla, la tenemos en el artículo 276 C.C., que establece que la acción de nulidad de matrimonio no caduca. Ello quiere decir que, transcurridos los diez años, no obstante, se pueda invocar judicialmente la pretensión de nulidad del acto jurídico, existe una alta contingencia que esta pretensión no sea acogida.

4. En efecto, en este supuesto, frente a una pretensión de este tipo, la parte demandada puede interponer una excepción de prescripción extintiva (artículo 446.12 del Código Procesal Civil) y el juez deberá ampararla. Solo si no es invocada la prescripción, podrá tener suceso la pretensión de nulidad del acto jurídico, porque ello implica una renuncia tácita a la prescripción ya ganada (artículo 1991 C.C.) y el juez no podrá fundar su fallo en la prescripción si no ha sido invocada (artículo 1992 C.C.).
5. Se podrá criticar la severidad o injusticia de establecer un plazo prescriptorio, convalidando de esta manera, los actos afectados de nulidad; pero la seguridad en el tráfico jurídico así lo exige. Recuérdese que no solo los celebrantes del acto jurídico afectado de nulidad pueden solicitar la declaración judicial de nulidad: también está legitimado el Ministerio Público y el que tenga (no obstante, la literalidad del artículo 220 C.C.) legítimo interés. Es en atención a ello que sostengo que el acto jurídico afectado de nulidad produce efectos jurídicos (aunque sean precarios) entre las partes. Por ello, la diferencia entre el acto jurídico afectado de nulidad y el anulable no estriba en que uno no produce efectos jurídicos y el otro sí, sino las siguientes:
 - a) El plazo de prescripción del acto afectado de nulidad es de diez años y el del acto anulable es de dos años (artículo 2001, inc. 4).
 - b) La legitimación para pedir la declaración judicial de nulidad del acto jurídico la tienen las partes afectadas, el que tiene legítimo interés y el Ministerio Público.
 - c) En el caso de anulabilidad, la legitimación solo la tiene la parte afectada (artículo 230 C.C.). c) En el acto afectado de nulidad cabe la conversión legal, en el acto anulable, la confirmación (artículo 230 C.C.).

3.2.4. *Eficacia e Ineficacia*

Habiendo corroborado que el negocio jurídico existe (en cuanto presenta todos los elementos configuradores), y luego de haber comprobado que es válido (ya que cumple con los requisitos de validez del ordenamiento), lo último a verificar es si ese negocio jurídico es también eficaz, ósea, susceptible de surtir efectos jurídicos. La eficacia es el tercer y último momento que deben alcanzar los negocios jurídicos para que puedan cumplir las finalidades prácticas por las cuales han sido concebidos.

Así pues, como regla general un negocio jurídico que presenta todos los elementos que lo configuran como tal y que cumpla además con todos los requisitos de validez establecidos por el ordenamiento, debería surtir efectos automáticamente. A saber, debería ser eficaz, ser apto de cumplir su finalidad. Si se escala satisfactoriamente por el primer y segundo escalón, se debería entonces alcanzar automáticamente el tercer escalón: la eficacia. Por ejemplo, un contrato de compraventa que está conformado por todos sus elementos y que no ha incurrido en causales nulidad o anulabilidad, debería estar en aptitud de generar ya las obligaciones de transferencia de la propiedad y del pago del precio entre las partes e incluso incentivar su cumplimiento, modificando así las situaciones jurídicas de las partes y satisfaciendo los intereses prácticos que los llevaron a celebrar ese contrato.

No obstante, ello no siempre es así. Hay determinados supuestos en que, si bien se tiene un acto de autonomía privada perfectamente conformado, tanto a nivel de existencia como de validez, este aún no cuenta con la aptitud de producir efectos, de poder modificar esferas jurídicas, de poder cumplir su finalidad. Cuando ello sucede nos encontramos frente a un negocio jurídico que, si bien es existente y válido, no es eficaz. Cuando esta situación se presenta es que estamos frente a la tercera patología del negocio jurídico, a la cual se le denomina ineficacia en sentido estricto.

La ineficacia en sentido estricto es la patología que se presenta por causales distintas a las de la inexistencia e invalidez, toda vez que estas patologías se ubican en diferentes escalones. “Un acto de autonomía privada válido es ineficaz cuando no produce sus efectos por factores extrínsecos o por el incumplimiento de un requisito legal”. La ineficacia solo puede determinarse una vez que se ha corroborado que el negocio jurídico no está inmerso en supuestos de inexistencia o en causales de invalidez. La ineficacia en sentido estricto se reputa de negocios existentes y válidos, se analiza necesariamente en el tercer y último escalón en el camino de los negocios jurídicos.

Son ejemplos de causales de ineficacia en sentido estricto: la ausencia de legitimidad de contratar, la falta de realización de la condición o la ausencia de inscripción, la resolución, entre otros. Como se puede notar, estos son casos en los cuales un negocio no surte o deja de surtir efectos por causales distintas a las de inexistencia o de invalidez.

La ineficacia en sentido estricto puede ser a su vez provisional o definitiva. Es definitiva cuando el negocio ya no surtirá en adelante efectos jurídicos, ejemplos de ello son la resolución del contrato, la no realización definitiva de una condición suspensiva, el cumplimiento de una condición resolutoria o de un plazo de vigencia. Es provisional cuando el negocio si bien en un momento no surte efectos, es posible que posteriormente cobre eficacia, como por ejemplo, en el caso de un contrato sometido a un determinado plazo de inicio de vigencia, un negocio que falta ser inscrito, un contrato celebrado por alguien que carece de legitimidad para contratar. En todos los casos de ineficacia provisional, el negocio jurídico podría cobrar eficacia y modificar situaciones jurídicas.

Determinados supuestos de negocios jurídicos inmersos de manera provisional en causales de ineficacia, pueden ser subsanados mediante la ratificación, como por ejemplo los contratos celebrados por personas que carecen de legitimidad.

Como se ve, una de las peculiaridades de la ausencia de legitimidad para contratar como supuesto de ineficacia en sentido estricto es que puede ser susceptible de subsanación, esto es, el negocio jurídico carente de efectos respecto al verdadero titular de las situaciones jurídicas comprometidas puede llegar a surtir efectos de manera definitiva en caso opere la ratificación del negocio por su parte. Se entiende por ratificación al negocio jurídico unilateral por el cual se atribuye eficacia al contrato (de por sí ineficaz) celebrado por el sujeto carente de legitimidad.

Otra particularidad de la ineficacia en sentido estricto por ausencia de legitimidad es que el afectado por esta patología puede pedir la declaración de ineficacia del negocio jurídico en cualquier momento, en cuanto no se ha establecido expresamente un plazo de prescripción.

3.2.5. *La Contratación de Menores*

3.2.5.1. Evolución Histórica. Para abordar el estudio planteado debe quedar claro que el fútbol profesional a nivel mundial tiene dos etapas muy bien marcadas en cuanto al entorno, desarrollo y evolución económica, jurídica y estructural de sus competencias.

La primera etapa se inicia en los años treinta cuando se reconoce al fútbol como una actividad de carácter profesional, consagrándolo como una disciplina deportiva y creando sus propios estatutos. Producto de esto cada Estado en su ámbito nacional inició una regulación de esta profesión en el tema laboral tratándola de manera diferenciada, pero regulándola, al fin y al cabo.

Este proceso de regulación de la actividad profesional del fútbol creó muchos problemas, los cuales se centraban en determinar la naturaleza jurídica de la relación del deportista con la entidad deportiva, llámese Clubes de Fútbol, existiendo posturas que afirmaban que era un verdadero contrato de trabajo y otras que desconocían tal naturaleza.

(Trevisan, 2007)

Detallada la primera etapa de la regulación de la contratación deportiva en general, explicaremos en qué consistió la segunda etapa, la misma que se origina a mediados de la década de los años ochenta con la aparición del sistema televisivo “pay per-view” o PPV, el mismo que era un mecanismo de difusión a nivel global de los torneos y eso implicaría una difusión masiva de las competencias en donde participaban los Clubes de Fútbol, lo que les generaba un fuerte ingreso económico.

Esta segunda etapa de la que hasta hoy se cuentan más de tres décadas no ayudó en nada a solucionar el problema creado en la primera etapa, sino más bien multiplicó los problemas, porque hoy el fútbol no es solo un deporte, es un negocio, un producto que se les vende a los hinchas convertidos en consumidores, que propician ganancias para todos los actores de este deporte: Clubes de Fútbol, jugadores, empresas anunciantes, etc.

Los problemas que se detectan en el fútbol actual son varios, entre los cuales podemos mencionar la eterna discusión sobre cual el sistema más adecuado de contratación de los deportistas y de comercialización de los derechos de Televisación, cuestiones de tráfico de menores, problemas migratorios, internacionalización de los conflictos, legitimación de los tribunales arbitrales deportivos y cuál es la mejor forma de proteger a los menores en este entorno y los clubes formadores. (Trevisan, 2007)

Luego de haber dado un breve vistazo a los problemas que envuelven a la actividad futbolística en general, debemos decir que el más importante a efectos de esta investigación es el que atañe a los menores de edad, específicamente a su contratación.

Para ello cabe indicar que en Sudamérica en general el jugador menor de edad, cuando es fichado en las inferiores de cualquier club, inicia esa etapa con la sana ambición de llegar a primera división, de ser un futbolista profesional; no obstante, a ello al poco tiempo ésta sana ambición comienza a tener relevantes desvíos como consecuencia de la realidad

actual de nuestro deporte, la intención primigenia de disfrutar del fútbol se convierte en un vil negocio.

Las cualidades innatas para la práctica del fútbol de un menor de edad no pasan desapercibidas por los denominado “Caza Talentos” que llegan con la intención de ofrecerles a los menores de edad y a los padres de éstos ir a otra institución del país, con personas que le ofrecen ser sus representantes y con todo un entorno de negocios y promesas futuras que giran alrededor de fútbol amateur, que comienzan a desvirtuar una etapa meramente formativa y lúdica, afectando y frustrando en muchas ocasiones la carrera deportiva de muchos menores indefensos.

Este escenario actual del fútbol amateur, tiene su razón de ser en la consolidación a nivel mundial del fútbol Sudamericano, y del peruano, no es menor el caso de uno de nuestros mayores exponentes de este deporte como es Paolo Guerrero Gonzáles, actual delantero del Club brasilero Internacional y que fue fichado por el gigante alemán, el Club Bayern Munich, que llevó a Guerrero Gonzáles siendo aún menor de edad a terminar su formación deportiva en Alemania.

Este país y Sudamérica en general es visto como exportador de talentos, una fábrica de habilidosos niños que son captados por estos “Caza Talentos” que enviado por los grandes clubes europeos terminar convirtiendo el fútbol de menores en un verdadero mercado, donde los dirigentes o allegados al club cuentan con facilidades para adelantarse a futuros negocios, que en muchos casos quedan en cabeza de terceros inversores y no así de los propios clubes formadores. (Trevisan, 2007)

Ante esto se debe evaluar la necesidad de lograr una adecuada regulación jurídica de estos aspectos en el ámbito nacional y privado, evaluando a su vez si los mecanismos creados por el ordenamiento jurídico deportivo privado del fútbol (Reglamentos FIFA) son suficientes y adecuados a tales efectos.

3.2.5.2. Contrato de Afiliación Deportiva. El contrato de Afiliación Deportiva en la mayoría de ocasiones es firmado no por el menor, dada su incapacidad jurídica, sino por los padres en representación de este y por la otra parte el representante del Club de Fútbol; este acuerdo se materializa en un formato establecido por la Federación Peruana de Fútbol (F.P.F) al cual se denomina ficha de inscripción registro de jugadores.

3.2.5.3. Nacimiento de la titularidad Federativa. Como ya explicamos la titularidad federativa nace con la inscripción en la F.P.F. del contrato firmado entre los padres del menor y el representante del Club de Fútbol, el club procede a inscribir dicho contrato en la F.P.F. Es preciso indicar también, que debe distinguirse el acto de inscripción en una federación o asociación que hace nacer el derecho federativo (según Rafael Trevisan tiene origen en un Contrato de Afiliación Deportiva), con el contrato de trabajo entre el Club y el jugador.

Si bien se encuentran íntimamente vinculados entre sí, son dos actos distintos y generan derechos diferentes. Los derechos federativos nacen en la cabeza del Club Deportivo, con la inscripción del jugador en la federación o asociación correspondiente, y no con la celebración del contrato de trabajo de jugador de fútbol profesional, que puede ser anterior o, incluso, en el caso de menores no profesionales, puede no existir.

3.2.5.4. Prioridad del contrato de trabajo entre futbolista y Club. A partir del 11 de julio del año 2005 se modificó el Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia (RET) de los Deportistas de la FIFA y desde entonces, lo esencial pasó a ser la vigencia de los contratos laborales entre los clubes y los jugadores de fútbol

Actualmente, la estructura del Reglamento de la FIFA, implica que hoy lo que importa es la vigencia o no de los contratos de trabajo con los jugadores profesionales; serán indemnizados aquellos clubes que, teniendo contrato vigente con el jugador, éste decida rescindirlos unilateralmente y sin causa justificada celebrando un nuevo contrato de trabajo

con otro club. De lo contrario, ninguna indemnización tendrá derecho a recibir el antiguo club por la transferencia del jugador, quien además no podrá oponerse al envío del Certificado de Transferencia.

De cualquier forma, y siempre a nuestro juicio, los derechos federativos mantienen cierto valor económico que es el correspondiente al cobro de la indemnización por formación; los derechos de formación es un instituto justamente creado por la FIFA para compensar de alguna forma a los clubes formadores que ya no recibirán compensación alguna por la transferencia de los derechos federativos de sus futbolistas.

Los clubes que hayan formado jugadores entre los 12 a los 21 años, tendrán derecho a percibir la correspondiente indemnización por formación hasta que el jugador cumpla los 23 años de edad. Tal indemnización es independiente a la indemnización que debería abonarse en caso de transferencia del jugador durante la vigencia de un contrato. De igual forma tendrán derecho a recibir los porcentajes correspondientes (hasta un máximo de un 5%) de las futuras transacciones que se realicen en concepto de mecanismo de solidaridad.

En definitiva, podemos afirmar que los derechos federativos se han quedado sin contenido económico, a excepción del derecho al cobro de la indemnización por formación y mecanismo de solidaridad; pero ningún valor económico de transferencia tiene por sí.

3.2.6. Normatividad peruana sobre contratación de futbolistas profesionales menores de edad

Es importante mencionar que siempre ha existido una tensión entre la disponibilidad y libertad de los jugadores frente al derecho y de toda institución formadora de ver reconocidos y devueltos los recursos invertidos y dedicados a un potencial deportista. Esta es una situación que no ha tenido atención por parte de la legislación nacional pero que siempre necesitó de su regulación.

En el caso particular de los menores de edad, vale decir, que existe un tema importante a recordar dentro de la exigibilidad de sus obligaciones en materia contractual, ya que, si bien el asumir un contrato laboral mediante su representante significa que el menor se comprometa a obligaciones de directo cumplimiento y limitaciones al desempeño de una vida normal, las mismas no deben contravenir a los derechos fundamentales que resultan irrenunciables e indisponibles por las partes contratantes.

Dicha cuestión posee aun mayor relevancia en el caso de los menores de edad que desarrollan ciertas actividades consideradas como laborales, ya que debe observarse lo señalado por el Código del Niño y Adolescente en su artículo 22, el mismo que dispone que el derecho a trabajar ejercido por menores no debe comprometer “su proceso educativo no resulte nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”.

Por otro lado, es necesario tomar en consideración la situación legal del menor al momento de vincularse con alguna institución deportiva pues a partir de los márgenes de decisión que el menor y los padres posean se determinará si a pesar de las intenciones del club por retener a un menor que desea partir a otra institución; o cuándo este, habiendo cumplido la mayoría de edad y desee continuar su carrera en otra institución, se deberá priorizar el interés y decisión del futbolista (menor de edad o ya habiendo cumplido la mayoría de edad) o, podrá exigírsele cumplir con sus actividades.

3.2.6.1. Reglamento de Indemnización por Derechos de Formación de la Federación Deportiva Nacional Peruana de Fútbol. Según la Resolución N°22-FPF (2017), del Reglamento de indemnización por formación de jugadores de la Federación Peruana de Fútbol, establece en su artículo primero que “El Derecho de Formación se reconoce a los Clubes que hubiesen formado a un jugador, entre las temporadas de los 12 a los 21 cumpleaños inclusive. En ningún caso se considerará que la formación ha concluido antes de la finalización de la temporada del 21 cumpleaños”

De la lectura este artículo se entiende que el proceso de formación de todo jugador concluye una vez que este haya cumplido los 21 años, debiéndose pagar por dicho concepto hasta esa edad a pesar de que el jugador sea menor y haya debutado profesionalmente.

Así, en el ámbito nacional se establece una edad fija aplicable a todos los casos. Por lo que todo club que pretenda contratar a un jugador deberá pagar el monto de indemnización calculado en base al rango de 12 a 21 años, situación que no resulta acorde a la realidad en tanto existen jugadores menores de edad que ya han iniciado una carrera profesional deportiva, concluyendo con el período de formación mucho antes de los 21 años.

Lo antes descrito causaría que la institución deportiva, que pretende contratar al deportista, deba asumir el pago calculado en virtud de un plazo de formación mayor al que efectivamente se dio, situación que no fomenta la contratación de menores de edad y jóvenes deportistas.

3.2.6.2. Régimen Laboral de los jugadores de Fútbol Profesional. La Ley 26566, establece las condiciones de trabajo de los futbolistas con sus respectivos clubes, de lo cual analizamos, según el método exegético lo siguiente: se evidencia que los contratos tienen un período de evaluación de 30 días prorrogables a 30 días más (entiéndase esto como el período de prueba), el cual queda extinto si el jugador participa en un encuentro oficial en dicho lapso de tiempo. La contratación es de duración determinada, pudiendo esta pactarse por cierto tiempo o por un número de presentaciones específicas. La ampliación o prórroga del contrato debe ser de forma expresa. Los contratos deben registrarse, al igual que los contratos sujetos a modalidad, en el MTPE y en este caso especial también hacerlo en la FPF. En los contratos deben constar los conceptos remunerativos y las causas de resolución contractual que se aplicarán en caso de no hacer uso de los señalados regularmente por ley para motivar la extinción del vínculo laboral, entre ellos la renuncia, el despido por alguna causa, mutuo acuerdo, etcétera (Carbonell, 2018).

Con lo mencionado anteriormente se puede entender que dichos contratos son temporales, es decir pueden ser por número específico de partidos o por torneos; sin embargo, el club también puede extinguir el vínculo de forma unilateral, expresando los motivos o la causa justa de despido, para lo cual se aplicará la ley laboral vigente en lo concerniente a las faltas graves. A pesar de lo recién dicho, hay que tener en cuenta la llamada “causa deportiva justificada” utilizada como causal de extinción del vínculo laboral. Esta refiere que, si el jugador participa en menos del 10% de los partidos oficiales, se puede rescindir el contrato (Artículo N° 15 del Reglamento sobre el estatuto y transferencia de jugadores de la FIFA).

No obstante, a todo ello, no existe normatividad que sobre la contratación de futbolistas profesionales menores de edad; así pues, la Ley 26566 no hace mención a la situación de los menores de edad como jugadores de fútbol a título profesional, no se refiere a temas importantes como su formación académica, remuneración, jornada laboral, descansos y vacaciones, sesiones contractuales, suspensión del contrato entre otros temas que se analizarán en la presente investigación como parte importante en el contenido de una legislación que ampare de manera correcta los derechos de los jugadores de fútbol y más aún si son menores de edad.

Si bien en el Perú existen normas que garantizan la protección a los menores de edad, éstas no son suficientes ni abarcan todas las situaciones en las que el menor de edad pueda desenvolverse.

De lo analizado se evidencia la escasez que existe en nuestra legislación, respecto del contrato laboral deportivo, pues como ya se ha mencionado anteriormente, no tiene las mismas características que una relación laboral común; de esta manera consideramos que se debe brindar un trato especializado a este tipo de relación laboral.

Es claro que en el Perú sólo existe una ley, la Ley N° 26556 denominada “Régimen Laboral de los Jugadores de Futbol Profesional” que resulta muy ambigua para solucionar la

problemática planteada, pues además de que sólo contiene nueve artículos referidos a la relación laboral de los futbolistas profesionales con los Clubes Deportivos de Fútbol, no haciendo ninguna referencia al menor de edad como jugador profesional de fútbol,

Conforme ya se ha señalado anteriormente, el Código Civil señala que se requiere una autorización expresa para que todo adolescente pueda trabajar; es por ello que, en el caso de deportistas menores de edad que deseen suscribir un contrato con alguna entidad deportiva, es necesario que cuenten con la presencia de sus padres, tutores o responsables.

3.2.6.3. Estatuto del futbolista – SAFAP. De lo analizado, se aprecia que en este documento no existe un apartado dedicado a la contratación de menores de edad, únicamente hace una distinción entre futbolistas profesionales y amateurs, indicando en su artículo 2:

Se entenderá por Futbolistas Profesionales (en adelante, el Futbolista/ los Futbolistas) a los trabajadores que en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica del fútbol por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de los Clubes reconocidos como Persona Jurídica por el Código Civil o la Ley General de Sociedades, a cambio de una remuneración, tal como lo establece la Ley N° 26566, “Ley del Régimen Laboral del Futbolista Profesional” o sus modificatorias, ampliatorias y/o sustitutorias.

Asimismo, en mérito al interés de la presente investigación, se debe tener en cuenta que este dispositivo normativo especial, establece en su artículo 6, la supletoriedad de las normas estatales y normativa FIFA.

3.2.6.4. Federación Internacional de Fútbol Asociado-FIFA

3.2.6.4.1. Poder de intervención de la FIFA. Bajo la premisa de fomentar el desarrollo de países pobres a través del fútbol, la FIFA ha tenido injerencia política en ciertos Estados, llegando a puntos inimaginables que se abordan en este apartado. Es indudable que la FIFA ha concentrado mucho poder y que ese poder puede terminar siendo utilizado al

servicio de intereses particulares de personas, de empresas o de Estados. (Ávila, 2006, p. 225).

La FIFA tiene un poder político, entendiendo este bajo la premisa que establece Michel Foucault, quien señala que el poder no es algo que posee la clase dominante; postula que no es una propiedad, sino que es una estrategia. Es decir, el poder no se posee, se ejerce. En tal sentido, sus efectos no son atribuibles a una apropiación sino a ciertos dispositivos que le permiten funcionar plenamente.

Siendo así, cualquier institución de carácter privado- o sea, distinta al Estado- nacional o transnacional, grande o pequeña, posee poder político, luego entonces, la FIFA posee poder político.

Así, la FIFA tiene poder político y, por ende, debe usarlo y no habría ningún problema de límites para ellos, porque como lo ha dicho Foucault “el poder no se posee, se ejerce”

Con este poder político la FIFA interviene la soberanía de los Estados, utilizando ese poder político por encima de los Estados. Podríamos decir entonces que ante esta situación la FIFA marca el nacimiento de poderes meta estatales (entendiendo la raíz etimológica: meta – más allá de- es decir, poderes más allá del poder del Estado), por decirlo de alguna forma, es decir, poderes que no se rijan bajo leyes de ningún Estado o del Derecho Internacional.

Bajo esta percepción, la FIFA podría vulnerar la soberanía de los Estados al tomar decisiones en el ámbito deportivo, como efectivamente lo hizo, aun cuando no debería hacerlo. Este es un caso muy particular, porque FIFA tiene una política restrictiva respecto a la intervención política en el ámbito del fútbol.

Los estatutos de FIFA, en su artículo 13, apartado 1, inciso i) dice:

i) administrar sus asuntos de forma independiente y asegurarse de que no se produzca ninguna injerencia por parte de terceros en sus asuntos internos;

El artículo 17 apartado 1, en el mismo tenor dice:

“Cada miembro administrará sus asuntos de forma independiente y sin la injerencia de terceros.”

Estos dos artículos de los estatutos de FIFA, le dan sustento a hacer lo que desee en respecto a las decisiones que toma incluso contraviniendo las disposiciones nacionales. FIFA, per se, no toma decisiones políticas en los Estados miembro, lo que hace es tener injerencia política, porque no permite que algún tercero interfiera en los asuntos futbolísticos, desde los administrativos hasta los deportivos, siempre y cuando lo perjudique.

Esto se traduce en lo siguiente: si algún país quiere legislar un asunto futbolístico, o nombrar algún miembro de las confederaciones o algo que la FIFA considere injerencia política, inmediatamente amenaza con desafiliar a las federaciones, pero sí acepta que los Estados sede de alguna competencia intervengan en la construcción de estadios, de carreteras, de hoteles o aeropuertos para la realización de los eventos, en los que FIFA no considera la aportación de capital estatal como intervención del Estado, y que en algunos casos, como en Sudáfrica y Corea del Sur, se han convertido en ‘elefantes blancos’, es decir, construcciones abandonadas que costaron millones de dólares que se pudieron ocupar en hospitales, escuelas, o cualquier otra cosa de mayor importancia que un estadio; o en el caso brasileño, donde se construyó el estadio “Maracanã” en medio de una favela. Encima de todo, antes de otorgar la sede, FIFA pide que no se le cobren impuestos por el dinero recaudado en el país, y tampoco paga en Suiza, donde tiene su sede, y los gobiernos aceptan esta imposición.

A continuación, citamos algunos hechos fundamentales por los que creemos que la FIFA ha tomado decisiones más allá de lo que le corresponde, también hablaremos acerca de esas decisiones que los gobiernos no toman con tal de no afectar intereses económicos del máximo organismo rector del fútbol. (Reséndiz, sf, p. 11).

Asimismo, Reséndiz (sf), propone algunos casos específicos:

a) Túnez: Al querer disolver la federación por su mal desempeño deportivo.

"La FIFA advirtió al gobierno tunecino sobre su potencial injerencia en los asuntos de la federación de fútbol tunecina y lo informó respecto a las consecuencias, que pueden llegar hasta la suspensión de ésta", anunció un portavoz de la FIFA.

Tarek Dhiab, ministro de Deportes de Túnez, escribió a la FIFA sobre su intención de disolver el buró de la federación de su país, a causa de su balance mediocre y los sucesivos fracasos deportivos. No obstante, tras la advertencia, el secretario de Estado decidió no continuar con su iniciativa.

b) Irak: Cuando el Comité Olímpico Nacional disuelve la Federación. La FIFA amenazó de nuevo a Irak con sanciones a causa de la disolución de la Federación de fútbol por parte del Comité Olímpico nacional. La Federación de Fútbol fue suspendida por irregularidades financieras y por haber demorado varias veces las elecciones internas.

El Ejecutivo de la FIFA dijo que el Comité no tiene el derecho de inmiscuirse en los asuntos de la Federación. Toda intervención por parte gubernamental puede ocasionar la suspensión de equipos iraquíes.

c) Nigeria, cuando el gobierno intervino judicialmente a la federación. El Comité de Urgencia de la FIFA ha decidido hoy suspender a la Federación Nigeriana (NFF, por sus siglas en inglés) con efecto inmediato por injerencias gubernamentales, informa en un comunicado.

Esta sanción está precedida por una carta de la FIFA a la NFF, en la que expresaba su profunda preocupación tras el proceso judicial iniciado contra la Federación futbolística local y la posterior orden judicial del Alto Tribunal de la

República Federal de Nigeria que impedía al presidente, a los miembros del comité ejecutivo y al congreso de la NFF administrar el balompié nigeriano.

Esta orden judicial obligaba también al ministro de Deportes de Nigeria a designar a un representante civil del Estado para que se hiciera cargo de la NFF hasta que tuviera lugar la vista ante el tribunal correspondiente, sin que se hubiera fijado fecha de la misma.

Las autoridades nigerianas nombraron a una persona, quien convocó una asamblea general extraordinaria, hecho que contraviene lo estipulado en los estatutos de la NFF, según la FIFA.

"Se levantará la suspensión en cuanto cesen las acciones judiciales y el comité ejecutivo debidamente electo, la asamblea general y la administración de la NFF estén en disposición de trabajar sin injerencias externas", anunció la FIFA.

- d) Camerún, al elegir a presidente involucrado en el gobierno.** El Comité de Urgencia de la FIFA suspendió de forma inmediata e indefinida a la selección camerunesa y los equipos del país de todas competiciones regionales, continentales e internacionales por injerencias del Gobierno del país en su federación de fútbol.

La FIFA anunció que se establecerá un comité junto con la Confederación Africana de Fútbol (CAF) para revisar los estatutos de la federación camerunesa y celebrar nuevas elecciones de su cuerpo directivo.

La FIFA añadió que "levantará la suspensión en cuanto las autoridades del país permitan a este comité acceder a la sede de la federación y llevar a cabo la labor descrita".

La FIFA tomó la decisión de suspender y actuar en el fútbol camerunés dos semanas después que Mohammed Iya fuera reelegido presidente de la federación local desde la cárcel. Iya comanda el fútbol del país desde 1998 y está acusado de corrupción mientras administraba una empresa de propiedad del Gobierno.

- e) **Bolivia, al elaborar un anteproyecto de ley.** La FIFA y la Conmebol alertaron en una carta sobre una futura injerencia estatal en el manejo de la Federación Boliviana de Fútbol (FBF), anunciaba el organismo boliviano.

El gobierno de Evo Morales presentó un anteproyecto de la Ley Nacional del Deporte donde se plantea la modificación de la actual estructura de la federación boliviana, presidida por Carlos Chávez, que en su momento fue tesorero de la Conmebol.

"La FIFA y la Conmebol entienden que el anteproyecto de ser finalmente aprobado constituiría una injerencia del Gobierno en los asuntos que atañen directamente a la FBF", destacaba la carta enviada por la federación internacional y la confederación sudamericana al ministro boliviano de Deportes, Tito Montaña.

"Las asociaciones miembros tienen la obligación de administrar sus asuntos de forma independiente, sin la intromisión de terceros", agregaba la misiva.

El fútbol boliviano tiene tres cabezas: la Liga Profesional, la Asociación Nacional de Fútbol y la Federación Boliviana de Fútbol, que es el nexo directo con la Conmebol y FIFA. Los magros resultados de equipos bolivianos en torneos internacionales y del seleccionado en las eliminatorias mundialistas provocaron la

elaboración del polémico anteproyecto que apuntaba al cambio de los actuales dirigentes y mayor control de los ingresos económicos.

"Si se aprueba el anteproyecto como ha sido presentado, el fútbol boliviano podría ser pasible a una suspensión indefinida", advertía Carlos Chávez, presidente de la federación boliviana.

f) Perú al tachar a un candidato a elección presidencial de la federación

peruana de fútbol. La FIFA advirtió en un comunicado a la Federación Peruana de Fútbol (FPF) de posibles sanciones, incluida una eventual suspensión de sus torneos, si ocurre alguna injerencia política en dicha institución.

En una carta enviada al presidente de la FPF de ese entonces, Manuel Burga, la FIFA aceptó la anulación de las elecciones y consideró que todas las acciones de ese comité electoral deben ser nulas.

La Asamblea de Bases de la FPF destituyó al comité electoral y anuló los comicios después de que sus miembros aceptaran las tachas impuestas a la candidatura de Burga a la reelección y del también candidato Agustín Lozano.

En medio de la polémica, el ministro del Interior, Daniel Urresti, planteó emprender acciones legales contra la federación, por considerar que sus estatutos invocan las normas de la FIFA sin tener en cuenta la legislación nacional.

“No podemos permitir que una institución de Perú decida manejarse por otras leyes internacionales o extranjeras. ¿Ellos son un estado dentro de otro estado? ¿Qué hemos hecho para que este señor (Burga) sólo obedezca a reglas internacionales sin que le interese la normatividad nacional?”, cuestionaba el entonces ministro.

Como podemos observar, La FIFA ha tenido muchas intervenciones en la política, bajo la premisa de que la política no debe intervenir en el fútbol, el

fútbol (FIFA específicamente) sí interviene en política, pues ata de manos a los gobiernos con la advertencia de ser borrados prácticamente del mundo de fútbol.

Son estas razones suficientes para decir que la FIFA tiene amplio poder de intervención decisiones estatales, muchos gobiernos dejan de ‘hacer’ por las amenazas constantes de FIFA.

Las sanciones que FIFA advierte son con fundamento en sus estatutos, por cuestiones de injerencia de la política en el fútbol, si algún Estado quiere legislar, quiere poner directivos, o al tomar decisiones que afecten a FIFA o a sus afiliados, entonces FIFA amenaza, y los gobiernos desisten.

3.2.7. Marco normativo de la FIFA sobre contratación de futbolistas profesionales menores de edad

3.2.7.1. Normas para la contratación de menores de edad en el ámbito nacional para el fútbol profesional. Según FIFA.com (2011), la FIFA considera “menor” a todo jugador que no haya cumplido 18 años. Desde hace más de una década, el organismo rector del fútbol mundial observa con enorme interés los fichajes de menores. El fútbol, por las posibilidades de prestigio y riqueza que ofrece, ha presenciado lamentablemente numerosos casos de conducta “poco escrupulosa”. Como consecuencia, la FIFA ha intentado sin descanso “endurecer” su reglamento. Actualmente ya está en vigor un proceso de revisión riguroso y sistemático, que deberá seguir todo club que desee inscribir a un menor en los mercados de traspasos actuales o futuros.

La FIFA se ha preocupado por proteger los intereses de los menores que son sujetos de transferencias internacionales; sin embargo, es escasa la normativa para regular la transferencia de jugadores profesionales en el ámbito nacional, es decir entre clubes de un mismo país.

Específicamente, el apartado 2 del artículo 18 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores FIFA, establece:

La duración mínima de un contrato será a partir de la fecha de inscripción al final de la temporada; la duración máxima será de cinco años. Cualquier otro contrato de una duración distinta se permitirá solamente si se ajusta a la legislación nacional. Los jugadores menores de 18 años no pueden firmar un contrato de profesionales de una duración mayor de tres años. No se aceptará cualquier cláusula de un periodo mayor.

Así entonces respecto de los menores de edad señala que su contrato para la práctica del fútbol profesional no debe superar los tres años, entendiendo que estos pueden ser firmados por sus padres, tutores legales o representantes.

Teniendo en cuenta que la norma FIFA, entendida como norma supranacional, para la contratación de menores carece de regulación sobre la contratación de menores de edad en el ámbito nacional para la práctica del fútbol profesional, se debe expedir a la norma específica que regula la práctica del futbol profesional en el país.

Por ello, es preciso analizar el Reglamento de la Liga 1 Movistar 2020 (La Liga 1 Movistar es la reconocida como la máxima categoría del fútbol profesional en Perú), el cual en su artículo 23 establece:

Art. 23° Para que un jugador pueda inscribirse en un club para efectos de su participación en la Liga1, el club, a través de la ADFP, deberá presentar a la Oficina de Pases y Transferencias de la FPF, los siguientes documentos:

1) Contrato de trabajo de futbolista profesional suscrito por el jugador y el (los) representante(s) del club debidamente acreditado(s) a través de la Declaración Jurada y Vigencia de Poder de sus Representantes remitida previamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 20° del presente reglamento. El contrato de trabajo será requisito obligatorio para la

participación de todo jugador mayor de edad (18 años) y deberá suscribirse siguiendo el modelo aprobado por la FPF, ADFP y SAFAP de conformidad al numeral 7 de la Resolución N° 013-FPF-2013. Se deja constancia que todo jugador que tenga 18 años deberá de contar con contrato de trabajo. En caso un jugador menor de 18 años cuente con contrato de trabajo, dicho contrato deberá encontrarse suscrito por su padre, madre o tutor legal, según corresponda (...)

Del análisis de este artículo se puede concluir que los menores de edad contratados para la práctica de fútbol en el país, son contratados en mérito a un contrato suscrito por su padre, madre o tutor legal; asumiendo éstos obligaciones no para sí mismos, sino para el menor de edad, hecho que justamente motiva la presente investigación.

3.2.8. Naturaleza jurídica del contrato celebrado por los representantes legales en el fútbol peruano

Como se ha podido observar durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, los dispositivos legales que regulan este tipo de contratación hacen referencia al mismo como un Contrato de Trabajo, lo que lleva a comprender que este tipo de contratación es de naturaleza laboral.

Así la Ley 26566, establece el régimen laboral de los futbolistas con sus respectivos clubes en el ámbito nacional; el Estatuto del Futbolista respalda esta posición y en todo momento se refiere a esta relación contractual, como una de índole laboral; finalmente la FIFA en sus dispositivos que regulan este tipo de relaciones, se refiere a las mismas como Contrato de Trabajo.

Además, en los dispositivos legales nacionales, determinan una complementariedad de las leyes laborales, especificando que en todo lo no regulado se aplican las normas

estatales que regulan las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada.

Entonces, las normas especiales para Futbolistas Profesionales, Ley N° 26566, sus normas modificatorias, ampliatorias y sustitutorias y complementariamente, son las normas que regulan la contratación de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y su Reglamento el Decreto Supremo N° 001-96-TR, sus normas modificatorias y sustitutorias, las normas supranacionales aplicables.

No obstante, este tipo de contratación supone implícitamente obligaciones civiles que hemos detallado en el desarrollo de la presente investigación. Específicamente obligaciones de hacer y de no hacer; entendidas las primeras como la prestación efectiva de los servicios para los que se contrata al menor, a través de sus padres; y una obligación de no hacer, representada en la imposibilidad de poder decidir unilateralmente vincularse con otro club.

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1. Discusión

Si bien es cierto, el Perú cuenta con legislación que protege a los menores de edad en diferentes circunstancias, ya sea desde sus derechos fundamentales hasta los concernientes a lo laboral. Además, se han firmado diferentes acuerdos internacionales, los cuales protegen al menor de edad, el mismo que lo hace objeto de derecho. De esta manera, la Constitución Política del Perú, así como la jurisprudencia tienen presente la importancia de velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes peruanos. No obstante, es interesante notar que, aunque existe legislación respecto a los derechos laborales del niño y el adolescente, pues el Código del Niño y Adolescente refiere en el Artículo 22°.- Derecho a trabajar del adolescente. – e indica que “El adolescente que trabaja será protegido en forma especial por el Estado. El Estado reconoce el derecho de los adolescentes a trabajar, con las restricciones que impone este Código, siempre y cuando no exista explotación económica y su actividad laboral no importe riesgo o peligro, afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”. El mismo que indica la edad y las condiciones en las que un menor de edad puede laborar, sin embargo, es poca la legislación deportiva respecto al trabajo que ejercen los adolescentes en el fútbol peruano, así como los contratos que se llevan a cabo para que los menores puedan pertenecer y jugar en algún club deportivo profesional. Así pues, el Estado es quien debe garantizar estos contratos y las cláusulas, asociándolas al marco normativo peruano referente a menores de edad. Lo cierto es que existe un vacío en ese aspecto, pues, para empezar, por normatividad, el contrato del futbolista menor de edad solo puede ser firmado por sus padres o algún tutor, pues los menores son tratados por la legislación como incapaces para celebrar contratos, así pues, el padre o tutor tiene que hacerse cargo de ello, como lo indica el código civil, en el Artículo 456°.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 1358°, el menor que tenga más de dieciséis

años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen. No obstante, a menudo los menores son sometidos al régimen organizativo del club al que pertenecen, ya que es el entrenador es quien se encarga de dirigirlo, asimismo, tiene que cumplir con normas de comportamiento y disciplina, y un régimen de entrenamiento y participación en competiciones periódicas. Sin embargo, hay ocasiones en donde estas actividades van más allá de la jornada laboral, pues el menor futbolista evita muchos hábitos que cualquier menor de su edad pueda realizar, los mismos que son sancionados por los clubes. En ese sentido, se puede decir que los menores se someten al orden organizativo del club, de hecho, es el club quien se encarga de organizar el tiempo que el menor se dedica a estudiar, a entrenar o al ocio; lo cual no es malo, pero no existe la debida normativa que lo regule, ya que muchas veces los clubes, por ser entidades privadas, solo ven el beneficio económico de la institución, muchas veces al margen de lo que suceda con los menores, pues a menudo hay situaciones que no quedan establecidas en el contrato, sino que son parte de los estatutos específicos del club deportivo, desde las condiciones de entrenamiento hasta los beneficios económicos que recibe el menor futbolista. En otras palabras, la situación contractual de los menores jugadores de fútbol se encuentra regulada más que todo por entidades privadas que por el mismo Estado peruano. Por ello es que no existe normatividad sobre la contratación de futbolistas profesionales menores de edad; así pues, la ley solo aplica para futbolistas profesionales, de los cuales los contratos tienen un período de evaluación de 30 días prorrogables a 30 días más (entiéndase esto como el período de prueba), el cual queda extinto si el jugador participa en un encuentro oficial en dicho lapso de tiempo. La contratación es de duración determinada, pudiendo esta pactarse por cierto tiempo o por un número de presentaciones específicas. La ampliación o prórroga del contrato debe ser de forma expresa. Los contratos deben registrarse, al igual que los contratos sujetos a modalidad, en el MTPE y

en este caso especial también hacerlo en la FPF. En los contratos deben constar los conceptos remunerativos y las causas de resolución contractual que se aplicarán en caso de no hacer uso de los señalados regularmente por ley para motivar la extinción del vínculo laboral, entre ellos la renuncia, el despido por alguna causa, mutuo acuerdo, etcétera.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la normativa FIFA para la contratación de futbolistas menores de edad solo aplica restricciones para transferencias internacionales, entiéndase estas, como transferencias entre clubes que no son del mismo país. No obstante, este órgano privado meta estatal no regula la referida contratación antes descrita, cuando esta se da en un ámbito nacional, es decir, entre clubes de un mismo país. Siendo así, esta última contratación es regulada por la normativa específica del Torneo de Fútbol Profesional de la máxima categoría, que en el Perú se denomina Liga 1, la misma que establece que en el caso de la contratación de futbolistas menores de edad, serán necesariamente los padres o tutores legales quienes firmen los contratos en representación del menor.

En base a ello, existe una ineficacia jurídica de las obligaciones adquiridas por el representante legal a ser ejecutadas luego de que el menor cumpla la mayoría de edad, puesto que a menudo el contrato firmado por el padre o tutor tiene vigencia hasta después de que el menor cumpla la mayoría de edad, ya que los clubes retienen al talento, evitando que el menor pueda aspirar a jugar en otro club deportivo u obtener más beneficios respecto a su labor como futbolista; de esta forma el menor futbolista se encuentra en vulnerabilidad, debido a que la ley aún no está tomando su participación en el ámbito laboral con importancia; por ello, es prioritario que se dé la tutela necesaria en todos los casos en los que el menor pueda verse involucrado como futbolista profesional.

Por otro lado, es obvio que la normativa laboral debe interpretarse de acuerdo con la protección de los menores de edad, en este caso, los menores futbolistas; sin embargo, estos no tienen las garantías que cualquier jugador profesional tendría, solo por el hecho de ser

menores de edad, ya que se está vulnerando los principios constitucionales de libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad inherentes a su condición de ser humano. Esto porque de cierta forma, el menor de edad futbolista no se está adaptando o desarrollándose en la sociedad por sí mismo, ya que a menudo está sujeto al orden que pone el club deportivo al que pertenece, vulnerándose de esta manera la libertad del menor futbolista, demostrando que determinados Derechos Humanos se cuestionan en un contexto jurídico-político, en violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - PIDCP y de la Constitución, en eventual quiebra del Estado de Derecho. Además, se está violando la libertad de contratación de los menores futbolistas, pues su condición de menor de edad los considera incapaces para firmar un contrato con el club al que pertenecen, perdiendo la garantía que da la Constitución Política del Perú, en el artículo 62, el mismo que indica que mediante el contrato Estado establece garantías y otorgar seguridades para la persona, lo que implica una suerte de incertidumbre para el bienestar futuro del menor futbolista, pues no existe una tutela o normativa específica por parte del Estado respecto a la contratación de futbolistas menores de edad en el Perú. En ese sentido, los menores futbolistas están sujetos a lo que sus padres o tutor contraten con el club, sin que tengan plena la libertad de decidir si contratar o no contratar con el mismo.

El problema en esta situación es que se trata de menores de edad, los cuales no pueden celebrar contratos, no obstante, por esa misma razón, también se encuentran sujetos a cualquier escenario que vulnere sus derechos; así pues, la capacidad de los padres para representar a sus hijos o los tutores de los menores futbolistas, pueden afectar su futuro profesional, siendo casi nula la responsabilidad de los padres o tutores, que contratan en detrimento del menor. Por lo que se debe buscar controlar los contratos que posiblemente puedan resultar perjudiciales para el menor futbolista, incluso cuando éste cuente con la representación de sus padres o tutores. Si bien es cierto, este es un acto jurídico, sin embargo,

también puede ser anulado, según el Artículo 219° del código civil, siendo uno de ellos cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

4.2. Conclusiones

1. Actualmente se puede establecer que tanto la capacidad plena como la capacidad restringida son aspectos que se deben considerar en la suscripción de los contratos firmados por los representantes legales, teniendo en cuenta los casos en particular, y la capacidad de discernimiento que puedan tener los menores que serán obligados. Asimismo, para la contratación de menores de edad en el futbol profesional deberá exigirse la ratificación de las obligaciones por los propios agentes que las cumplirán, una vez que éstos cumplan la mayoría de edad.
2. Si bien las normas especiales para Futbolistas Profesionales, Ley N° 26566, Estatuto del Futbolistas y Normas Supranacionales de la FIFIFA, regulan la contratación de los trabajadores y están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y su Reglamento el Decreto Supremo N° 001-96-TR, sus normas modificatorias y sustitutorias, las normas supranacionales aplicables. Teniendo en cuenta que esta contratación, en su ejecución efectiva comprende los elementos de una relación laboral: prestación personal, subordinación y remuneración. No obstante, cabe indicar que este tipo de contratación supone implícitamente obligaciones civiles que hemos detallado en el desarrollo de la presente investigación. Específicamente obligaciones de hacer y de no hacer; entendidas las primeras como la prestación efectiva de los servicios para los que se contrata al menor, a través de sus padres; y una obligación de no hacer, representada en la imposibilidad de poder decidir unilateralmente vincularse con otro club.

3. En este tipo de contratos, los principios de libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad están íntimamente relacionados en el nacimiento de las obligaciones. Ya que estos se manifiestan en el derecho del menor de decidir sobre su futuro profesional, de tal forma que el poder de representación legal de los padres ha de atender a este principio superior y no puede extenderse a ámbitos que el menor puede realizar por sí mismo. Por ende, este tipo de contratación, que como hemos visto es de habitual práctica en el fútbol profesional de nuestro país, no solo vulneran el orden público laboral, sino que atentarían con el principio de libertad de contratación, libertad del contratar y autonomía de la voluntad del menor con cláusulas de vinculación y económicas que impedirían la posterior decisión del menor sobre este aspecto cuando pudiera tomarla.
4. Existe un mercado de producción de futbolistas menores de edad muy demandante a nivel mundial, el mismo que viene creciendo exponencialmente, por lo cual la regulación estatal es muy necesaria. Sin embargo, la situación contractual de los menores jugadores de fútbol se encuentra regulada más que todo por entidades privadas que por el Estado peruano. Los futbolistas menores de edad se encuentran sujetos a cualquier escenario que vulnere sus derechos, pues la capacidad de los padres para representar a sus hijos o los tutores de los menores futbolistas, pueden afectar su futuro personal y profesional. Es de importancia contar con regulación y protección estatal de los futbolistas menores de edad que vele por sus derechos y los proteja de la posible explotación ejercida por sus padres, los clubes deportivos, empresarios o representantes. La legislación peruana indica que ningún adolescente podrá ser admitido al trabajo sin la debida autorización, por lo que queda representado por los padres, tutores o responsables en el proceso de contratación.

5. La normativa FIFA respecto a la contratación de futbolistas menores de edad se enfoca más en la condición futbolística del menor y las obligaciones que tiene para con su club, sin embargo, no menciona de manera específica los límites respecto a la contratación de futbolistas menores de edad. La normativa FIFA establece limitaciones para la transferencia internacional de futbolistas menores de edad; más no para la transferencia nacional de éstos, entendida esta como el traspaso entre clubes de un mismo país; dejando esta regulación a cargo normas específica y de reglamentaciones de cada Federación Nacional y sus competiciones.
6. Existe legislación respecto a los derechos laborales del niño y el adolescente, sin embargo, no existe normatividad sobre la contratación de futbolistas profesionales menores de edad que vele por su libertad de contratación. La tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad, de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada. En consecuencia, el poder de representación legal de los padres ha de atender a este interés superior del menor y no puede extenderse a ámbitos que el menor puede realizar por sí mismo.
7. En concordancia con el objetivo general y la hipótesis, los resultados encontrados muestran que la eficacia jurídica de las obligaciones adquiridas por el representante legal surte efecto hasta los 18 años, pues luego de ello estas son ineficaces, ya que afectan los principios de libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad, es decir, no se está cumpliendo con las normas que protegen a quienes se dirigen, en este caso a los menores futbolistas que pertenecen a algún club de futbol peruano.

4.3. Recomendaciones

De lo estudiado, se concluye que las contrataciones de jugadores menores de edad deben ser objeto de especial protección por el ordenamiento jurídico nacional, para garantizar el principio constitucional y supranacional del superior interés del menor, y evitar la transgresión de principios constitucionales.

En ese sentido se hace necesaria la regulación de este tipo de contratación en el fútbol profesional, con dispositivos que garanticen al menor la toma de decisiones al alcanzar la mayoría de edad, siendo necesaria una exigencia de ratificación de los contratos suscritos por sus padres, tutores, o representantes legales, la misma que deberá hacer efectiva en el ámbito deportivo, tomando como punto de partida que la FIFA reconoce especial margen de regulación de este tipo de situaciones a las leyes de sus países miembros.

REFERENCIAS

- Agremiación de Futbolistas Profesionales del Perú (2019). *Estatuto del Futbolista Profesional del Perú*. <https://www.safap.org/estatuto>
- Albadejo, M. *Derecho Civil*. Tomo 11, Librería Bosch.
- Ávila, F. (2006). *Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*. Universidad Rafael Belloso Chacin. Vol. 8, (2), 215-234.
- Biberley. (2012). *Teoría general del contrato y autonomía de la voluntad*. <https://www.iberley.es/temas/teoria-general-contrato-autonomia-voluntad-31151>
- Bobbio, N. (2000). *Teoría General del Derecho*. Temis
- .Campos, H. (2014) *Invalidez e ineficacia negocial (apuntes introductorios para su estudio en el Código Civil peruano)*. Editor Fundación M. J. Bustamante de la Fuente.
- Carbonell, E. (2018). Derechos Laborales en el Fútbol a Partir de La Normativa Aplicable: Contratos de futbolistas. <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/692/web/pagina02.html>
- Cifuentes, S. (2004). *Negocio Jurídico*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, segunda edición.
- De la Puente, M. (1993). *El Contrato en General, Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol (XI) Primera Parte, Tomo II, Fondo Editorial PUCP.
- FIFA.com. (2011). Atención a las transferencias de menores. <https://es.fifa.com/about-fifa/who-we-are/news/atencion-las-transferencias-menores-1494085>
- Flume, W. (1992). *El Negocio Jurídico*, Cuarta Edición. Editora: Fundación Cultural del Notariado.
- Gaceta Jurídica (2014). *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas*. Tomo I: Título Preliminar. Derecho de las personas. Acto jurídico.

Goyburu, C. A. (2008). *La libertad de contratación: ejercicio y límites. Sociedad de Economía y Derecho UPC.*

Guevara, V. (2002). *Derecho de las Personas.*

Kelsen, H. (1958). *Teoría General del Derecho y del Estado.*

Leiva, E; Aristizábal, J.C; Martínez J.A y Muñoz, A.L. (2011). *Eficacia jurídica y sociológica de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales en Colombia.* Bogotá.

Leyva, J. (2011). *Autonomía Privada y Contrato.*

[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc/12.](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc/12)

+Doctrina+Nacional+-

+Jos%C3%A9+Leyva+Saavedra.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=51a607004e3b3bf981eb89a826aedadc

León, J. (2004) .*Comentarios al Código Civil Peruano.* Obligaciones. Tomo II. Ediar Editores.

Lohmann, J. (1997) .*El Negocio Jurídico - actualizado, 2ª edición.* Editora Jurídica Grijley EIRL.

López, J. M. (s.f). *De La Nulidad De Los Actos Jurídicos. 1º Parte.*

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/17/de-la-nulidad-de-los-actos-juridicos.pdf>

Lozada, J. (2014). *Investigación Aplicada: Definición, Propiedad Intelectual e Industria.*

<https://dialnet.unirioja.es>

Márquez, J. (2019). *La Ineficacia de los Contratos. Asociación Nacional del Notariado Mexicano.*

Misentrenamientosdefutbol.com. (2019).

FIFA.<https://www.misentrenamientosdefutbol.com/diccionario/fifa>

Morales, R. (2006).*Estudios sobre Teoría General del Contrato.* Editora Jurídica Grijley EIRL.

Osterling, F. (2007). *Las Obligaciones.* Octava Edición, Editora Jurídica Grijley.

- Palazzo, I. (2019). *Futbolistas menores de edad. Enfoque Jurídico*.
<http://iusport.es/images2/stories/ivanpalazzo-menores.pdf>
- Priori, G. (2000). *La representación negocial: Del derecho romano a la codificación latinoamericana*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Quico, R. A. (2016). *Efectos de La Legitimación Contractual Como Uno de Los Requisitos de Validez del Acto Jurídico en el Código Civil Peruano*. Universidad Nacional de San Agustín.
- Quiroz, W. (1998). *La investigación jurídica*.
- Ramírez, E. (2008). *La ineficacia en el Negocio Jurídico*. Editorial Universidad del Rosario.
- Ramos, C. (2000). *Cómo hacer una Tesis en Derecho y no envejecer en el intento- Estudios de Pre Grado- Maestría- Doctorado*. Editorial Gaceta Jurídica.
- Reséndiz, A. (sf). *FIFA y su poder político*.
https://www.academia.edu/29437877/Ensayo_Fifa_y_su_poder_pol%C3%ADtico
- Resolución N°22-FPF. (2017). *Reglamento de indemnización por formación de jugadores de la Federación Peruana de Fútbol*. <https://adfp.org.pe/wp-content/uploads/2018/04/Reglamento-de-Derechos-de-Formaci%C3%B3n-2018.pdf>
- Rodríguez, J. I. (2019). *La Autonomía del Menor: Su Capacidad Para Otorgar el Documento de Instrucciones Previas*. <https://core.ac.uk/download/pdf/58906528.pdf>.
- Roppo, V. (2009). *El contrato. Traducción del Nélvor Carreteros, al cuidado de Eugenia Ariano*. Editorial Gaceta Jurídica.
- Santillán, D. (2019). *La libertad contractual como libertad económica en el marco aplicativo peruano*. <https://legis.pe/libertad-contractual-libertad-economica-marco-aplicativo-peruano/>

Soto, C. A y Vattier, C. (2011). *Libertad de Contratar y Libertad Contractual Estudios sobre el Código Europeo de Contratos*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez.

Taboada, L. (2004). *Nulidad del Acto Jurídico*. Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley.

Taboada, L. (2006). *Negocio Jurídico, contrato y responsabilidad*-Editora Jurídica Grijley.

Trevisán, R. (2007). *El Contrato de cesión de beneficios económicos provenientes transferencia de un jugador de fútbol*».www.eldial.com del

Vidal, F. (2010) .*El Acto Jurídico*. Editorial Gaceta Jurídica.

Vitteri, J. M. (2015). *Régimen Laboral Especial Del Trabajador Adolescente*. Universidad de San Martín de Porres.

Zannoni, E. (1986). *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*.Editorial Astrea.

ANEXOS

Anexo 1. Matriz de consistencia

Título: "LA EFICACIA JURÍDICA DE LAS OBLIGACIONES ADQUIRIDAS POR EL REPRESENTANTE LEGAL DE UN MENOR DE EDAD EN EL FUTBOL PROFESIONAL"

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LAS VARIABLES	INDICADORES
¿Cuál es la eficacia jurídica de las obligaciones adquiridas por el representante legal de un menor de edad, en la suscripción de	<p>Objetivo general:</p> <p>Determinar la eficacia jurídica de las obligaciones adquiridas por el representante legal a ser ejecutadas luego de que el menor cumpla la mayoría de edad.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <p>Determinar los alcances de la representación de menores de</p>	<p>La eficacia de las obligaciones suscritas por los representantes legales de menores de edad rige hasta los 18 años, luego de ello estas son ineficaces por afectar los principios de</p>	<p>Variable Dependiente:</p> <p>-Obligaciones adquiridas por el representante legal.</p>	<p>El representante legal de un menor de edad, en mérito a su poder de representación adquiere obligaciones en la suscripción del contrato de futbolista profesional para que el menor las ejecute incluso luego de que este adquiriera la mayoría de edad.</p>	<p>Marco legal de la representación de menores en el código civil.</p> <p>Marco legal del acto jurídico en código civil.</p> <p>Marco legal de las obligaciones y sus fuentes en el código civil.</p> <p>Marco jurídico de la libertad contractual,</p>

<p>un contrato de futbolista profesional, a ejecutarse después de adquirida su mayoría de edad?</p>	<p>edad en la suscripción de contratos.</p> <p>Determinar la naturaleza de las obligaciones asumidas en la contratación de futbolistas profesionales menores de edad.</p> <p>Desarrollar los alcances de los principios de libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad.</p> <p>Analizar el marco normativo peruano sobre contratación de futbolistas profesionales menores de edad.</p>	<p>libertad contractual, libertad de contratar y autonomía de la voluntad.</p>	<p>Variable Independiente</p> <p>:</p> <p>-Eficacia de las obligaciones asumidas por el representante legal.</p>	<p>Las obligaciones asumidas por el representante legal a ser ejecutadas luego de que el menor cumpla la mayoría de edad, resultan ser nulas ya que vulneran los principios de libertad contractual, libertad de contratación y autonomía de la voluntad.</p>	<p>libertad de contratar y autonomía de la voluntad.</p> <p>Régimen legal para el adolescente trabajador en el Código del Niño y del adolescente</p> <p>Marco normativo peruano sobre contratación de futbolistas profesionales menores de edad.</p> <p>Marco normativo de la FIFA sobre contratación de futbolistas profesionales menores de edad.</p>
---	---	--	---	---	---

	<p>Analizar el marco normativo de la FIFA sobre contratación de futbolistas profesionales menores de edad.</p> <p>Analizar la protección a los menores y adolescentes trabajadores en el Código del Niño y Adolescente.</p>				
--	---	--	--	--	--