

THEMIS

Revista de Derecho



Domingo García Belaúnde
Manuel de la Puente y Lavalle
Felipe Osterling Parodi Mario Pasco Cosmópolis
Alfredo Ostoja López-Alfaro
Héctor Cornejo Chávez

Segunda Epoca / Número Uno

THEMIS

Revista de Derecho

Pontificia Universidad Católica del Perú
Segunda Epoca / Año 1 / Nº 1

Indice

3

Presentación

4

Homenaje a los gestores de THEMIS

5

"Nuestro Nombre"

Domingo García Belaúnde

7

"El Proyecto del Código Civil y el Derecho de Obligaciones"

Felipe Osterling Parodi

10

"Posibilidad que una Persona Jurídica forme parte del Directorio de una Sociedad Anónima".

Manuel de la Puente y Lavalle

18

"Negociación Colectiva: Un enfoque Metodológico"

Mario Pasco Cosmópolis

25

"Los Convenios de Navegación Aérea entre el Perú y los EE.UU."

Alfredo Ostoja López Alvarado

31

EDUCACION Y DERECHO

"Cómo educa la Universidad Católica"

Héctor Cornejo Chávez

33

"Aplicabilidad del Derecho Laboral al Contrato de Trabajo desde su celebración"

Fernando García Granara

40

"El Estado de Necesidad como vicio de la voluntad"

José Daniel Amado

Comité Directivo: José Daniel Amado V., Fernando Arias-Stella C., Eduardo de Rivero S., Jacqueline Chappuis C., Gustavo López-Ameri C. Comité Consultivo: Miguel de la Lama, Domingo García Belaúnde, Alfredo Ostoja L.A. Diseño y Diagramación: A. Forsyth. Impresión: TECNIM S.A.

THEMIS, Revista de Derecho

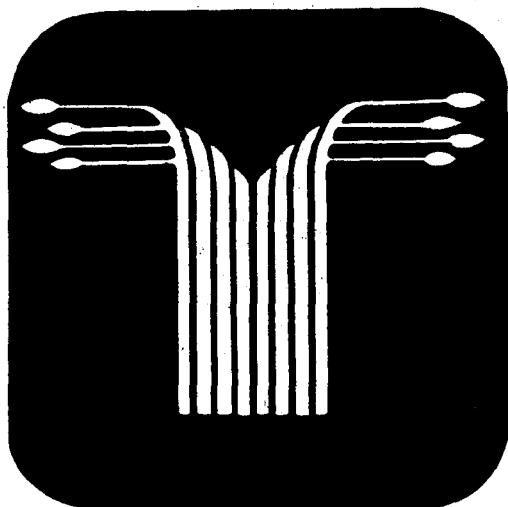
LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

Carátula e ilustraciones: Honoré Daumier



PETROLEO PARA EL DESARROLLO DEL PERU

**OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION OF PERU
SUCURSAL DEL PERU**



Trener

Presentación

“Un día no lejano, el actual consejo de redacción de THEMIS desaparecerá para dejar paso a las nuevas promociones. ‘Renovarse es vivir’ dijo José Enrique Rodó, y THEMIS debe vivir”. El significado de Themis en revista THEMIS año 3 N° 5 1967 pág. 6.

En 1965 un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica proyectaron editar una revista dedicada a temas jurídicos. Gracias al entusiasmo de alumnos y profesores, ese mismo año THEMIS se hizo realidad. Durante sus cuatro años de vida, se publicaron artículos de tratadistas nacionales y extranjeros así como de alumnos de nuestra facultad. Su aporte al desarrollo de las Ciencias Jurídicas en nuestro medio fue realmente provechoso.

Han transcurrido cerca de 20 años desde la aparición en su primera época de THEMIS. Hoy quienes la tenemos a nuestro cargo la reeditamos impulsados por el deseo de continuar aportando ideas nuevas así como seguir contribuyendo al debate y esclarecimiento de importantes temas del Derecho. También, por el interés en plantear conceptos necesarios para una mejor formación académica en nuestro medio, sobre todo en el campo del Derecho.

De esta manera, buscamos dar un serio aporte al desarrollo de las Ciencias Jurídicas en nuestro país e incentivar la investigación en el Derecho y al mejor conocimiento de sus instituciones con el fin de lograr la anhelada correspondencia entre el Derecho y la realidad.

Junio, 1984
Comité Directivo

Homenaje a los fundadores de THEMIS

El Consejo Directivo de la revista THEMIS segunda época ha acordado reunir en este primer número un homenaje a quienes con su esfuerzo y dedicación hicieron posible la aparición de THEMIS entre 1965 y 1967.

A:

Luis Arbulú Alva
Domingo García Belaúnde
Luis Stucchi Díaz
Aldo Kresalja Roselló
Miguel Vega Alvear
Enrique Gómez Ossio
Jaime Thorne León
Augusto Durand Palacio
Antonio Kuljevan Pagadc
Fernando Peña Nevon
Jack Batievsky Spack
Jorge Vega Velasco
Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea
Jorge Dajes Fleishman

Nuestro respeto y agradecimiento.

Lima, Junio de 1984

“Nuestro Nombre”

Hace cerca de veinte años, el entonces alumno de esta Facultad y directivo de Thémis, Domingo García Belaúnde, escribió este artículo explicando el por qué del nombre de la revista. Si bien el tiempo ha variado en mucho las circunstancias, consideramos que no ha perdido interés ni actualidad y es por esto que hemos juzgado oportuno el reproducirlo...

Domingo García Belaúnde
Fundador de Themis

En tiempos que el papel impreso amenaza aplastarnos en caso de descuido –tal es su volumen– parecería quizá ocioso dedicar unas líneas a explicar el por qué de nuestro nombre. Sucede que a menudo los impresos señalan sus fines y métodos, pero dejan librado a la perspicacia del lector, el averiguar el sentido del sustantivo.

Muy por el contrario, queremos nosotros dejarlo bien establecido, puesto que el significado de las palabras, no siempre es fruto del azar o la convención, sino de larga y provechosa meditación.

THEMIS es ante todo un nombre griego. La fecunda mitología helénica nos presenta a THEMIS como una diosa olímpica, hija de Urano y Gea, cuya unión con Zeus engendró a tres deidades: La Equidad. La Ley y la Paz. El significado etimológico es el de “buen consejo” y se cuenta que se sentaba al lado del Padre de los Dioses, a quien asesoraba con prudencia y justicia y con el tiempo las sentencias de los jueces llevaron su nombre en plural THEMISTES.

Toda esta concepción mítica era un fiel reflejo, no tanto de lo que el pueblo griego fué, sino de lo que quiso ser. Para él, el universo estaba en íntima comunión con la ciudad y el hombre. Las relaciones eran por así decirlo, *sub specie iuris*, en la cual el hombre ofrecía sacrificios a la divinidad, en espera de dádivas y beneficios. Esta reciprocidad contractual, que se vió en la relación del hombre con los dioses, fué común en el pueblo griego, aunque sólo más tarde en Roma, por razones que son obvias, alcanzó perfiles más logrados.

Con el tiempo, THEMIS representó el origen divino de la legislación humana, y por ello la Ley era objeto de respeto sagrado. Por ello, Heráclito afirmaba que “el pueblo debe luchar por su ley, como por las murallas” y años más tarde Sócrates, moría injustamente antes de violar las leyes de la ciudad.

Después de tantos siglos el mito griego conserva esa juventud mediterránea que lo vió nacer, encarnando el ideal de justicia, de prudencia, de buen consejo, y de respeto a la ley. Sus atributos solían ser la balanza y la espada, y una venda en los ojos en señal de imparcialidad.

De esta forma, dice A. Gómez Robledo, “Themis fué la diosa del Derecho, como lo es aún hoy para los juristas modernos, quienes por lo visto, tenemos aún necesidad de invocar estas núnemes”.

Sin embargo; este no es el único motivo que nos ha llevado a escoger este nombre para nuestra revista. Aunque originalmente la voz griega es *TEMIS*, se acostumbra escribirla con “h” intermedia (*THEMIS*) por ser ella la latinización del nombre de la deidad griega, y sentar así, justo homenaje al pueblo que creó el derecho.

“La Thémis” fue asimismo, el nombre de una famosa revista jurídica, fundada por el ilustre Athanase Jourdan en la Francia de 1819, marcando el inicio de la Escuela Científica del Derecho, cuyo programa hizo suyo la determinada publicación, teniendo por meta... la total renovación de la ciencia del Derecho.

El panorama francés estaba entonces dominado –tras la sonada promulgación del Código Civil en 1804– por lo que después ha quedado en llamarse como la Escuela de la Exégesis, que vió en el “*Corpus Napoleonicus*” la “obra maestra de la técnica jurídica” conformando su estudio e investigación al texto de la letra. De ahí viene la famosa sentencia, de un catedrático de la época, que aseguraba enseñar, “no derecho civil, sino el código de Napoleón”.

Dicha escuela, que contó con juristas de primera talla, y vió en dicho cuerpo de leyes, “la misma razón escrita” al decir de Jourdan, tuvo, pese a algunos obstáculos, total dominio en el siglo XIX. Desarrollaron en tal forma la técnica jurídica, que descuidaron el estudio sobre la génesis de las normas. Quien salió a combatir sus defectos y exageraciones, fué la Escuela Científica del Derecho, que a la técnica ya utilizada, agregó un apropiado método, y el enfoque científico, que estudiaba los dos campos que generaban el derecho: lo experimental (social) y lo racional.

El precursor de esta Escuela fué Lassaulx, “quien osó atacar el código de Napoleón” a los pocos años de su promulgación. Pero quien concretó en forma eficaz la lucha contra los exégetas, fué Jourdan y su revista “La Thémis”, que enseñó a diferenciar claramente el Derecho de la Ley. Con éste postulado fundamental, la Escuela Científica estaba destinada a triunfar. Así, el movimiento iniciado en 1819, sólo culminó, por así decirlo, en 1899, cuando F. Geny, dió el golpe de gracia a los exégetas, con su obra maestra. “Método de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado”.

Estos son, en forma sucinta, los motivos principales que nos han llevado a llamar THEMIS a un órgano de expresión de alumnos de una Facultad de Derecho...

NUESTRO AGRADECIMIENTO A:

CIA. NACIONAL DE CERVEZA S. A.

FABRICANTE DE



¡LA CERVEZA MAS CERVEZA!

“El Proyecto del Código Civil y el Derecho de Obligaciones”.

Felipe Osterling Parodi

Ex-Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil

Cuando el 1º de marzo de 1965 se dictó el Decreto Supremo No. 95 creando una Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936, era sentida la necesidad de actualizar ese texto legal a fin de adaptarlo a las nuevas realidades sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas que vivía nuestra patria. Habían transcurrido menos de 29 años desde la promulgación del Código vigente, pero en ese lapso se habían producido cambios sustanciales, no sólo en nuestro país sino en el mundo.

A mérito de esa iniciativa, que correspondió al Presidente Fernando Belaunde Terry durante su primera administración y a quien en esa época desempeñaba el cargo de Ministro de Justicia y Culto doctor Carlos Fernández Sessarego, se designó para revisar el Código Civil de 1936 o, en su caso, redactar un proyecto sustitutorio, a un grupo de juristas, abogados y maestros universitarios especialistas en la materia y de singular trayectoria en el estudio de las ciencias jurídicas. Basta citar los nombres de Max Arias Schreiber Pezet, Ismael Bielich Flórez, Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez, Alberto Eguren Bresani, Carlos Fernández Sessarego, Rómulo E. Lanatta Guilhem, José León Barandiarán, Félix Navarro Irvine y Jorge Vega García, como garantía de idoneidad personal y profesional.

La Comisión adoptó un primer acuerdo: redactar el proyecto de un nuevo Código y no limitarse, simplemente, a proponer una ley de enmiendas. La organicidad y armonía de un Código; el perfecto ensamblaje que debe corresponder a las normas por él previstas; la limpieza y homogeneidad de sus preceptos; determinaron que la Comisión optara por el camino más complejo.

Han transcurrido casi 20 años y el proyecto de Código Civil, al escribirse estas líneas, es ya una realidad.

Al autor le cupo el honor de ser designado Presidente de la Comisión a principios de la década del se-

tenta, en su condición de delegado de la Corte Suprema de Justicia de la República. Algunos miembros de la Comisión originalmente nombrada fallecieron cuando se encontraban enfascados en la hermosa tarea de redactar un nuevo Código Civil para nuestra patria. Nos referimos a los ilustres Ismael Bielich Flórez, Félix Navarro Irvine y Jorge Vega García, tres de los más eminentes juristas y abogados del Perú del siglo XX. El doctor Jorge Eugenio Castañeda, connotado maestro universitario, se incorporó efímeramente a la Comisión. Mientras tanto, con el devenir de los años, otros juristas y maestros universitarios se integraron a la labor de redactar el proyecto, el mismo que después de la Constitución del Estado constituye el instrumento legal de mayor importancia y jerarquía en la República, porque él regula los derechos de las personas; de la familia; de las sucesiones; de la propiedad y posesión de los bienes; de la contratación; así como principios generales del Derecho y normas de Derecho Internacional Privado. Entre estos juristas cabe mencionar a los doctores Jorge Avendaño Valdez, Lucrecia Maisch von Humboldt de Portocarrero, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda y Fernando Vidal Ramírez, quienes han tenido relevante participación, al igual que los asesores designados doctores Carlos Cárdenas Quirós, Delia Revoredo de DeBakey, Sergio León Martínez, Jorge Muñiz Ziches, Rafael Rosselló de la Puente, Jorge Vega Velasco y Shoschana Zusman Tinman.

Cuando quien escribe estas líneas fue Ministro de Estado en el Despacho de Justicia, presentó al señor Presidente de la República arquitecto Fernando Belaunde Terry, en noviembre de 1980, los proyectos y anteproyectos de la Reforma del Código Civil, la mayoría de los cuales se encontraban sustentados por sus correspondientes exposiciones de motivos. Y luego, el 15 de julio de 1981, hizo entrega al Presidente del Congreso doctor Oscar Trelles Montes; en ceremonia presidida por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República doctor Alvaro Chocano Mariana y con la presencia de relevantes personalidades nacionales y de los Ministros de Justicia de España y de

Latinoamérica, del proyecto de Código Civil. Previamente ese documento había sido entregado al señor Presidente de la República.

Por iniciativa del Poder Ejecutivo se solicitó al Congreso de la República facultad delegada para promulgar el nuevo Código Civil, previo el nombramiento de una Comisión Revisora constituida por tres Senadores, tres Diputados y tres representantes del Ministerio de Justicia, quienes debían estudiar e introducir los cambios que juzgaran necesarios en el proyecto presentado por la Comisión Reformadora.

Por Ley No. 23403, promulgada el 27 de mayo de 1982, el Congreso de la República aprobó el procedimiento propuesto por el Poder Ejecutivo, designándose una Comisión integrada por los Senadores doctores Javier Alva Orlandini, Roger Cáceres Velásquez y Edmundo Haya de la Torre; por los Diputados doctores Ricardo Castro Becerra, Roberto Ramírez del Villar y Rodolfo Zamalloa Loayza; y los juristas nombrados por el Ministerio de Justicia, doctores Jack Bigio Chrem, César Fernández Arce y Guillermo Velachaga Miranda. La presidencia de la Comisión Revisora recayó en el Senador Javier Alva Orlandini y la Vicepresidencia en el doctor César Fernández Arce.

La Comisión ha efectuado un trabajo tenaz y prolífico, habiéndose reunido en 207 sesiones. Sus labores han concluido.

Los mejores civilistas del Perú han dedicado casi 20 años al proyecto. Si la reforma se consideró necesaria en 1965, cuanta mayor razón existe para estima-la no sólo necesaria, sino indispensable, en 1984, porque durante los últimos veinte años el Perú ha continuado cambiando con rapidez vertiginosa y porque en 1979 se promulgó una nueva Constitución Política que exige la adaptación de las normas civiles a los preceptos en ella contenidos que son de rango superior.

Voces de sectores que jamás convergen en nada se han levantado últimamente sosteniendo la peregrina tesis de que se está pretendiendo legislar en forma clandestina. Esas voces olvidan que el autor, al presentar el proyecto de Código Civil en julio de 1981, es decir hace casi tres años, abrió debate nacional sobre la materia. Olvidan que el proyecto ha sido objeto de un centenar de seminarios, conferencias, fórum, etc., realizados en el Poder Judicial, en Universidades, en Colegios de Abogados de la República y en instituciones interesadas en la materia. Olvidan que el proyecto fue publicado, en los años 1981 y 1982, hasta en cuatro oportunidades. Y olvidan, finalmente, que la Comisión Revisora, que ha actuado en permanente coordinación con la Comisión Reformadora, ha dado cuenta periódicamente a la opinión pública, mediante divulgación en el diario oficial "El Peruano" y en otras publicaciones, del resultado de sus trabajos, a diferencia de la Comisión Revisora del Código Civil de 1852, que originó el Código vigente de 1936, que se reunió en aproximadamente veinte sesiones, entre el 22 de junio de 1936 y el 26 de agosto del mismo año; que nunca dio a publicidad las modificaciones que ha-

bía introducido en el proyecto; que se reunió por última vez, para firmar el proyecto del nuevo Código Civil, el 28 de agosto de 1936; y que dicho Código fue promulgado dos días después, o sea el 30 de agosto de ese año.

Nadie desconoce los méritos insignes de los juristas que redactaron el Código Civil de 1936. Su talento y versación jurídica se conserva permanentemente en la memoria de quienes rendimos culto al Derecho. Pero ellos ya no están en aptitud de preparar un nuevo Código Civil y, para rendirles homenaje —no en una ceremonia eventualmente intrascendente, sino día a día— no pueden anquilosarse las instituciones jurídicas a la espera de que el Código Civil de 1936 cumpla 50 años. Al escribirse estas líneas el proyecto está en vísperas de ser promulgado. Ojalá que al publicarse este artículo el proyecto sea ley de la República.

En el afán de demostrar que las instituciones jurídicas evolucionan y que ellas deben adaptarse a la realidad que vive el país, deseo hacer una breve reseña, como ponente del Libro sobre Derecho de Obligaciones, de ciertas modificaciones importantes, de esta parte del proyecto, respecto al Código Civil de 1936.

La técnica que sigue el proyecto es básicamente similar, en cuanto a su organización, al Código de 1936. El proyecto consta de dos secciones, denominadas "De las obligaciones y sus modalidades" y "Los efectos de las obligaciones".

La primera sección trata de las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer; alternativas y facultativas; divisibles e indivisibles; mancomunadas y solidarias; del reconocimiento de las obligaciones; y de la trasmisión de las obligaciones.

En las obligaciones de dar el proyecto regula, en forma más pedagógica que el Código Civil de 1936, las consecuencias jurídicas de la pérdida o deterioro de la cosa entre la fecha en que se contrae la obligación y el día de su entrega, y establece normas más explícitas respecto a las obligaciones de dar cosas inciertas. En las obligaciones de hacer se legisla ordenadamente los casos de la ejecución del hecho por un tercero; de la ejecución forzada de la obligación; del cumplimiento parcial, tardío y defectuoso; y de la imposibilidad del hecho prometido, sea por culpa del deudor o del acreedor, o sin culpa. En las obligaciones de no hacer se aplican preceptos similares a los de las obligaciones de hacer.

Las obligaciones alternativas prevén que la elección la realice el deudor, el acreedor o un tercero, y se establecen reglas completas sobre los casos de imposibilidad de una o más prestaciones, por culpa o sin culpa, entre el día en que se contrae la obligación y el día en que se debe elegir. La obligación facultativa tiene un trato similar a la del Código actual.

Las obligaciones divisibles no ofrecen dificultad alguna. En el caso de las obligaciones indivisibles se establecen reglas propias, como ocurre con el Código de 1936, pero adicionalmente se remiten algunas de sus consecuencias jurídicas a las normas de la solidaridad. También se señalan con toda claridad las reglas

que deben aplicarse cuando la obligación indivisible es solidaria. A las obligaciones mancomunadas se le aplican las reglas de las obligaciones divisibles. Y, en el caso de las solidarias, ellas se regulan meticulosamente, a diferencia del Código vigente. Así, a modo de ejemplo, el Código actual sólo legisla el caso de interrupción de la prescripción en la solidaridad; el proyecto también trata los casos de suspensión y renuncia a la prescripción. El proyecto, a diferencia del Código de 1936, prevé las consecuencias jurídicas de la sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios. El proyecto también analiza los casos del reconocimiento de la deuda por uno de los codeudores a uno de los coacreedores, así como la renuncia a la solidaridad. Y, finalmente, establece las reglas aplicables a las relaciones internas entre los codeudores y coacreedores solidarios. Esta parte del proyecto, que se inspira en el Código Civil Italiano de 1942, es evidentemente más completa que el Código Civil de 1936. El reconocimiento de las obligaciones tiene el mismo trato que en el Código Civil de 1936.

En lo relativo a la trasmisión de las obligaciones, el proyecto introduce doce artículos novedosos destinados a facilitar la cesión de derechos.

La segunda sección trata de los efectos de las obligaciones, estableciendo disposiciones generales y normas sobre el pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación, la transacción, el mutuo disenso y la inejecución de las obligaciones.

Las disposiciones generales son similares a las del Código actual.

El pago se ha dividido en diversos capítulos. El primero contiene disposiciones generales, siguiendo una técnica similar a la del Código de 1936, pero aclarando definitivamente que el sistema para el pago de una deuda contraída en moneda nacional será el nominalista, o sea que él no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado. El proyecto permite, sin embargo, el pacto en contrario, o sea la concertación de la tesis valorista, esto es el acuerdo de que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, o a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante. El capítulo segundo trata sobre el pago de intereses, introduciendo nueve artículos indispensables que no se encuentran consignados en el Código Civil de 1936. El pago por consignación tiene reglas semejantes al Código actual, y lo mismo ocurre con la imputación del pago y el pago con subrogación. La Comisión Revisora, siguiendo un criterio distinto al del ponente, ha introducido dos artículos sobre dación en pago. Para el autor del proyecto la dación en pago constituye, simple y llanamente, un caso de novación objetiva y, al encontrarse regulada la novación en el proyecto, estima que esas reglas son innecesarias. Sin embargo, la Comisión ha decidido volver al sistema del Código de 1936, esto es consignar normas sobre dación en pago y sobre novación objetiva. Finalmente, el pago indebido es regulado con más minuciosidad que en el Código Civil de 1936.

La novación está ordenadamente estructurada. El proyecto se refiere a la novación objetiva; a la novación subjetiva por cambio de acreedor; y a la novación subjetiva por cambio de deudor, con sus dos modalidades, esto es la delegación y la expromisión. Asimismo se establecen normas sobre las obligaciones sujetas a condición y las obligaciones anulables y nulas.

La compensación, la condonación, la consolidación, la transacción y el mutuo disenso contienen reglas similares a las del Código actual.

Por último, la inejecución de las obligaciones se ha regulado en tres capítulos. Uno relativo a las disposiciones generales, otro a la mora y el último a las obligaciones con cláusula penal. En la inejecución de las obligaciones un hecho característico es la diferencia entre el caso fortuito o de fuerza mayor y la ausencia de culpa. En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay ausencia de culpa, pero no en todos los eventos en que hay ausencia de culpa se configura el caso fortuito o de fuerza mayor. Otra característica es equiparar el dolo a la culpa inexcusable y distinguir estos conceptos de la culpa leve. También se prevé que el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, es susceptible de resarcimiento en la inejecución de las obligaciones. En la mora se exige, al igual que en el Código de 1936, la intimación previa del obligado, ampliándose, sin embargo, las causales de la mora "ex re". También se consignan artículos expresos sobre la mora del acreedor, que en el Código actual se encuentran disseminados y referidos a situaciones jurídicas concretas. Por último, las obligaciones con cláusula penal han sido regidas en forma similar a las del Código Civil de 1936. Aquí ha ocurrido un hecho paradojico. La Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 propuso que se optara por la fórmula brasileña, o sea la de limitar el monto de la penalidad, pero sin que tal monto pudiera ser revisado por el juez. La Comisión Revisora de dicho proyecto modificó esas normas y adoptó la fórmula que aparece en el Código vigente. En este caso la Comisión Reformadora, a propuesta del autor, optó por la misma tesis que la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, pero la Comisión Revisora ha decidido, al igual que la que revisó el proyecto de 1936, volver a la tesis del Código actual.

Estas son, en suma, las modificaciones más salientes en lo relativo al Derecho de Obligaciones, entre el Código Civil de 1936 y el proyecto aprobado por la Comisión Revisora. Como se observa, los cambios propuestos están simplemente destinados a enriquecer nuestra ley civil, sin introducir modificaciones sustanciales en relación con el Código actual. Los cambios no se proponen por el simple prurito de cambiar. Ellos obedecen a la necesidad de una legislación más clara y adecuada a la enorme fluidez contractual de los tiempos en que vivimos.

Lima, febrero de 1984.

“Posibilidad que una Persona Jurídica forme parte del Directorio de una Sociedad Anónima”.

Manuel de la Puente y Lavalle
Ex-Vicepresidente de la CONASEV

Ha constituido materia de un interesantísimo debate público, en el cual han intervenido destacados abogados, un reciente acuerdo de la Junta de Vigilancia de los Registros Públicos que denegó la inscripción del nombramiento hecho por la Junta General de Accionistas de una sociedad anónima de tres personas jurídicas como Directores de la misma.

El tema me ha fascinado. Por ello, me atrevo a participar en tan alturada polémica planteando los argumentos que me llevan a opinar en el sentido que no existe inconveniente legal para que una persona jurídica sea Director de una sociedad anónima.

Tales argumentos son los siguientes:

1).- Posición de la Ley de Sociedades Mercantiles.-

La Ley de Sociedades Mercantiles (que en adelante será llamada la L.S.M.) no se pronuncia en forma expresa respecto si las personas jurídicas pueden ser o no Directores de una sociedad anónima.

En otras palabras, ni lo permite expresamente ni lo prohíbe expresamente.

De conformidad con el inciso 20) del artículo 20. de la Constitución Política del Perú, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Esta disposición constitucional bastaría, por sí sola, para justificar que, no existiendo una prohibición de la ley, no hay impedimento legal para que las personas jurídicas sean Directores de una sociedad anónima.

En uno de los considerandos del Acuerdo de la Junta de Vigilancia que es materia de este comentario se afirma que el inciso 20) del artículo 20. de la Constitución no es aplicable por cuanto según el artículo 6o. de la L.S.M. sus normas son imperativas.

El artículo 6o. de la L.S.M. no dice eso. Lo que dice realmente es que no se puede pactar contra las normas imperativas de la ley, lo que es completamente distinto.

En efecto, ocurre en la L.S.M., a semejanza de lo que sucede en leyes de este tipo, que existen en ella normas “imperativas” que, como su nombre lo indica, se imponen de modo absoluto y, en todo caso, no son

derogables por la voluntad de las partes, y normas “dispositivas” que solamente entran en aplicación cuando falta una regulación establecida por la voluntad de las partes, cumpliendo así una función supletoria.

El recto sentido del artículo 6o. de la L.S.M. no es, como se afirma en el considerando, que todas sus normas son imperativas, sino que no se puede pactar contra aquéllas de sus normas que sí son imperativas, lo cual, por lo demás, está plenamente de acuerdo con la naturaleza de las normas imperativas.

Las normas imperativas, para serlo, deben contener una orden inequívoca, un mandato expreso. Generalmente se materializan con expresiones como “deberá ser”, “no se puede”, “es nulo”, “expresará obligatoriamente”, etc.

Resulta obvio que si, como se ha visto, la L.S.M. no permite ni prohíbe que las personas jurídicas sean Directores de una sociedad anónima, no existe en dicha ley una norma imperativa que impida tal hecho.

El inciso 20) del artículo 20. de la Constitución tiene, pues, plena vigencia para el tema en debate y, a su amparo, puede afirmarse que las personas jurídicas no están impedidas de ser Directores.

Sin embargo, conviene analizar la L.S.M. para demostrar como, según ella, tampoco en el campo de los conceptos o en el de las realizaciones prácticas existe tal impedimento.

2).- Función del Directorio.-

De conformidad con el artículo 162 de la L.S.M., el Directorio de la sociedad anónima tiene las facultades de representación legal (externas) y de gestión (internas) necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuya a la Junta General de Accionistas.

Según la L.S.M., el Directorio es, al igual que la Junta General de Accionistas, que la Gerencia y que el Consejo de Vigilancia, un órgano de la sociedad, en el sentido que es el instrumento apto para declarar la voluntad de la sociedad y para ejecutar, dentro de su esfera, esta voluntad.

Por otro lado, también según la L.S.M., los **Directores**, al igual que los **miembros del Consejo de Vigilancia**, los **Gerentes** y los **Liquidadores**, son mandatarios de la sociedad, tal como resulta del artículo 18 de la L.S.M.

Para la cabal comprensión de la función del Directorio como órgano y de los Directores como mandatarios de la sociedad, resulta de sumo interés comparar tales funciones con las de los otros órganos y con las de los otros mandatarios de la sociedad.

Con relación a los órganos:

- La Junta General de Accionistas es un órgano interno de la sociedad constituido por los accionistas para decidir sobre los asuntos propios de su competencia, indicados en los artículos 122 y 123 de la L.S.M.
- La Gerencia es un órgano externo e interno que tiene a su cargo, conjuntamente con el Directorio, la administración y representación de la sociedad.
- El Consejo de Vigilancia es un órgano interno y facultativo que tiene a su cargo la vigilancia de la actividad administrativa y el control de la contabilidad y los balances.

Puede observarse que el Directorio es uno de los cuatro órganos de la sociedad anónima –tres de ellos (La Junta General de Accionistas, el Directorio y el Consejo de Vigilancia) necesariamente colegiados y el otro (la Gerencia) opcionalmente colegiado— que cumple una función propia y diferente de los demás órganos sociales y que cada órgano tiene una esfera especial de actividades. No es exacto, pues, lo que se dice en uno de los considerandos del Acuerdo de la Junta de Vigilancia respecto a que sólo en el Directorio es un factor determinante la idoneidad personal. Tan idoneo debe ser un accionista, como un Director, como un Gerente, como un miembro del Consejo de Vigilancia, cada uno de ellos de acuerdo con la naturaleza de su cargo y su campo de acción.

Respecto de los mandatarios:

- Los Directores son nombrados por la Junta General de Accionistas (artículo 153 de la L.S.M.) y, al igual que los accionistas y los miembros del Consejo de Vigilancia, no deben actuar colegiadamente, salvo el caso de delegación de facultades por el propio Directorio (artículo 164 de la L.S.M.).
- Los miembros del Consejo de Vigilancia son designados por la Junta General de Accionistas (artículo 189 de la L.S.M.) y deben actuar colegiadamente.

Tienen en común con los Directores el que les son aplicables los artículos 153, 156, 157 y primera parte del artículo 161 de la L.S.M.

- Los Gerentes pueden ser designados por la Junta General de Accionistas o por el Directorio (artículo 177 de la L.S.M.) y, cuando no están constituidos como órgano colegiado, pueden actuar individualmente.

Tienen en común con los Directores el que les son aplicables los artículos 155, 156 157 y primera parte del artículo 161 de la L.S.M.

- Los Liquidadores deben ser designados por la Junta General de Accionistas, salvo que el estatuto hubiera hecho la designación o la ley disponga otra cosa (artículo 322 de la L.S.M.) y deben actuar co-

legiadamente, salvo cuando hay uno solo.

Tienen en común con los Directores el que les son aplicables los artículo 155, 156, 157, 159 y 161 de la L.S.M.

Resulta interesante destacar de lo anteriormente expuesto que los Directores no se distinguen de las otras tres clases de mandatarios por el origen de su designación, desde que ello corresponde generalmente en todos los casos a la Junta General de Accionistas y que tienen en común con ellos los mismos impedimentos para ocupar el cargo (artículo 155 de la L.S.M.), la misma responsabilidad en caso de aceptación indebida del cargo (artículo 156 de la L.S.M.) y los mismos casos de vacancia (primera parte del artículo 161 de la L.S.M.). Además, todos tienen en común, con excepción de los miembros del Consejo de Vigilancia, el que el cargo sea personal, salvo que el estatuto autorice la delegación.

Pese a estas características comunes, que harían pensar que deberían exigirse los mismos requisitos para ocupar todos esos cargos, la L.S.M. indica expresamente que los Gerentes y los Liquidadores pueden ser personas jurídicas (artículos 183 y 328 de la L.S.M.) y que los miembros del Consejo de Vigilancia no deben ser personas jurídicas (artículo 191 de la L.S.M.).

Sólo en el caso de los Directores, la L.S.M. guarda silencio.

Este silencio no puede ser entendido como un pronunciamiento adverso a la posibilidad de que las personas jurídicas sean Directores de una sociedad anónima ni como un pronunciamiento favorable a tal posibilidad, ya que las mismas razones pueden ser invocadas en apoyo de una u otra posición, sino simplemente como una falta de pronunciamiento, esto es, como una omisión de la ley.

Es preciso, pues, interpretar la ley para determinar el sentido que debe darse a este vacío.

3).- Carácter personal del cargo..

El artículo 155 de la L.S.M. establece que el cargo de Director es personal, salvo que el estatuto autorice la delegación.

Esto ha llevado a que se afirme en uno de los considerandos del Acuerdo de la Junta de Vigilancia que es pertinente sostener que el cargo de Director es **intuitu personae**.

El sentido que tiene el artículo 155 de la L.S.M. es que el cargo es personal cuando no puede delegarse, esto es cuando no es posible atribuirlo, temporal o permanentemente, a otra persona, tan es así que la correcta interpretación de dicho artículo determina que el cargo de Director dejara de ser personal cuando el estatuto autorice la delegación.

Para precisar este concepto debe distinguirse entre la delegación y la representación. En virtud de la delegación el titular del cargo se desprende de los poderes inherentes al mismo para atribuirlos, temporal o permanentemente, a otra persona, de tal manera que esta persona ejercitara tales poderes a nombre propio, asumiendo ante la sociedad, los accionistas y los acreedores la responsabilidad por los actos practicados. En la representación, en cambio, el titular del cargo autoriza a otra persona para desempeñar el car-

go en su nombre, siendo el representado responsable ante la sociedad, los accionistas y los acreedores de los actos del representante (*).

El artículo 155 de la L.S.M. debe ser entendido, pues, en el sentido que el Director debe desempeñar personalmente el cargo, esto es que no puede delegarlo a otra persona para que actúe a nombre propio, pero no impide que, en determinados casos, pueda nombrar un representante que actúe en nombre y por cuenta del Director. Resulta, pues, que en el caso de una persona jurídica la designación de una persona natural que actúe en su nombre como representante no constituye una delegación.

Ello queda corroborado por los artículos 180 y 329 de la L.S.M., según los cuales es aplicable al Gerente y al Liquidador la disposición del artículo 155 de la L.S.M., o sea que los cargos de Gerente y de Liquidador son, al igual que el cargo de Director, personales, o sea no delegables, no obstante lo cual los artículos 183 y 328 de la L.S.M. establecen que cuando se designe Gerente o Liquidador a una persona jurídica ésta debe nombrar una persona natural que la represente al efecto, lo que pone de manifiesto que la indelegabilidad del cargo no excluye la representación y que, por ello, el carácter personal del cargo de Director no impide que sea desempeñado por una persona jurídica que designe, a su vez, a una persona natural como su representante en el Directorio.

Esto determina que en el caso de una persona jurídica, la manera de actuar personalmente sea mediante una persona natural que actúe en su nombre como representante.

Por otro lado, en los casos del Gerente y del Liquidador, en los cuales el cargo es personal, esto es no delegable pero susceptible de ser materia de representación, se permite que sea desempeñado por una persona jurídica, representada por una persona natural; mientras que en el caso del miembro del Consejo de Vigilancia, para el cual el artículo 155 de la L.S.M. no es aplicable, tal cargo no puede desempeñarse mediante apoderado (representante) ni ejercerlo una persona jurídica (artículo 191 de la L.S.M.).

(*) La distinta naturaleza jurídica de la delegación con relación a la representación queda patente en el caso de la delegación permanente de alguna facultad del Directorio y la designación de los Directores que hayan de ejercer tal delegación, para lo cual el artículo 164 de la L.S.M. exige el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, mientras que para el otorgamiento de poderes de representación se requiere simplemente la mayoría absoluta de votos que señala el artículo 167 de la L.S.M.

Refiriéndose al tema de la delegación de facultades hecha por el Consejo de Administración (Directorio) en un Administrador (Director), Alejandro BERGAMO ("Sociedades Anónimas - Las Acciones", Madrid, 1979, Tomo III, pág. 121) dice lo siguiente:

"La doctrina italiana, con su habitual maestría, aborda el problema de la naturaleza jurídica del cargo "de consejero delegado, descartando, para explicarla, el concepto de mandato. Al delegar todas o parte de "sus facultades, el Consejo se separa de su competencia una determinada parcela, atribuyéndola a uno de sus "miembros. Y si el Consejo no está ligado a la sociedad por una relación de mandato, tampoco puede estarlo el consejero delegado respecto del Consejo".

Sobre el mismo tema, Joaquín GARRIGUES ("Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", Madrid, 1976, Tomo II, pág. 134) dice que cuando El consejo de Administración (Directorio) delega sus facultades en un Administrador.

Resulta, pues, que según la L.S.M., la sola indelegabilidad no excluye la representación y que, para impedir ésta, se requiere una prohibición expresa de la ley. Esto explica por qué el cargo de miembro del Consejo de Vigilancia no puede ser ejercido por una persona jurídica, ya que como tal cargo no puede desempeñarse mediante apoderado, la persona jurídica no podría nombrar una persona natural que la represente.

Parece, además, que de acuerdo con la L.S.M., en todos los casos en que el cargo es personal y no está prohibida la representación puede ser desempeñado por una persona jurídica, lo que, a su vez, permitiría que las personas jurídicas puedan ser Directores.

4).- Carácter de confianza del cargo.-

Se afirma también en los considerandos del Acuerdo de la Junta de Vigilancia materia de este comentario que las condiciones personales de los Directores tienen trascendental importancia y que los accionistas deben conocer en quien están depositando su confianza, por lo cual este conocimiento no se da cuando el nombramiento de Director recae en una persona jurídica, pues ésta a su vez, tendrá que designar la persona natural que lleve su voz y voto en el Directorio.

En realidad, la importancia de este argumento es más aparente que real, pues tanta confianza puede depositarse en una persona individual como en una persona jurídica, como es patente en el caso de las empresas del sistema financiero donde la confianza del público se deposita tanto o más en el ente jurídico que en sus accionistas o funcionarios.

La Ley de Bancos (Decreto Ley no. 7159) autoriza en su Capítulo V a los bancos comerciales, que necesariamente deben organizarse en forma de sociedades anónimas o cooperativas, para desempeñar comisiones de confianza, tales como las funciones de apoderado, depositario, liquidador de sociedades, administrador de herencia, albacea, guardador de bienes, fideicomisario, etc., lo que pone de manifiesto que la confianza puede depositarse sin duda alguna en las personas jurídicas.

Cuando se deposita la confianza en una persona jurídica se confía también en que designará como su representante en el Directorio a una persona natural que transmita adecuadamente su voluntad, pues no debe olvidarse que todas las decisiones que tome el representante, aun cuando sean declarados por él, recaen directamente en la esfera jurídica del representado, o sea de la persona jurídica, la que asume la responsabilidad por los actos de su representante.

Algo similar ocurre con el cargo de Gerente, en el cual el elemento de confianza cumple un rol destacado (*), no obstante lo cual puede ser desempeñado por una persona jurídica representada, a su vez, por una persona natural.

El insigne Joaquín GARRIGUES (*) dice con singular acierto que no parecen advertirse argumentos de peso que impidan designar una persona jurídica como Consejero (Director) delegado de una sociedad anónima, agregando:

"Los argumentos utilizados en contra de la posibilidad de la designación —las condiciones personales de quien va a desempeñar el cargo y la agilidad deseable en la actuación del órgano delegado— no parecen decisivos; siempre que la persona jurídica actúe a través de su representante y entre representante y representado exista la debida coordinación, los inconvenientes puramente fácticos aducidos no tendrán relevancia".

5).- Cuando el Director debe ser accionista.-

El artículo 153 de la L.S.M. indica que para ser Director no se requiere ser accionista, a menos que el estatuto establezca esta condición.

Como los artículos 5 y 77 de la L.S.M. contemplan expresamente la posibilidad de que sean accionistas de la sociedad anónima las personas jurídicas, puede ocurrir, y ocurre con gran frecuencia, que todos los accionistas de una sociedad anónima sean personas jurídicas, por lo cual si el estatuto estableciera como condición para ser Director tener la calidad de accionista, se estaría no sólo abriendo la posibilidad sino también contemplando la necesidad de que una persona jurídica sea Director de una sociedad anónima.

Este argumento ha sido esgrimido con gran fuerza por la doctrina para admitir la posibilidad de que una persona jurídica sea Director de una sociedad anónima.

6).- Los impedimentos para ser Director.-

El artículo 156 de la L.S.M. establece que no pueden ser Directores:

- Los incapaces;
- Los quebrados;
- Los que por razón de sus funciones estén prohibidos de ejercer el comercio;
- Los funcionarios y empleados de la administración pública y de las entidades para-estatales cuyas funciones tengan relación con las actividades de la sociedad;
- Los que tengan pleito pendiente con la sociedad;
- Los que sean socios, directores, representantes legales o apoderados de sociedades que tuviesen intereses opuestos a los de la sociedad o que personalmente tengan con ella oposición permanente;
- Los miembros del Consejo de Vigilancia;
- Los miembros del Consejo de Vigilancia de sociedades vinculadas a la sociedad, a quienes el estatuto de ésta prohibiere ser directores.

Se afirma en uno de los considerandos del Acuerdo de la Junta de Vigilancia que este artículo se pone en situaciones que son propias de las personas naturales y no de las jurídicas, como son los incapaces, los funcionarios y empleados de la administración pública y de las entidades para-estatales cuyas funciones tengan relación con las actividades de la sociedad, lo cual constituye un argumento que demuestra que el cargo de Director ha quedado limitado a las personas naturales.

La fuerza de este argumento es muy relativa, pues lo único que significa que algunos de los impedimentos que señala el artículo 156 de la L.S.M. son exclusivos de las personas naturales es que tales impedimentos sólo se aplicarán cuando los Directores sean personas naturales y no personas jurídicas.

Sobre el mismo tema, Joaquín GARRIGUES (Director), la naturaleza de la relación entre la sociedad y este Administrador permanece inalterada. Sólo por el hecho de la designación del Consejo, este Administrador no se convierte en mandatario si antes no lo era, sino tan sólo en un Administrador que tiene poderes mayores que sus colegas.

Agrega que la relación emanada de la delegación es difícil de encajar en cualquiera de las figuras contractuales típicas (mandato, contrato de trabajo, etc.), pues se trata de una relación *sui generis* llamada **delegación** que viene a insertar un vínculo contractual en la relación orgánica entre el Administrador y la sociedad.

Finalmente, Angel CRISTOBAL-MONTES ("La administración delegada de la sociedad anónima", Pamplona, 1977, pág. 145) dice sobre el particular lo siguiente:

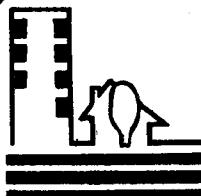
"Al negar a los delegados la condición de mandatarios es cuando cobra pleno sentido y justificación la "dualidad de actuaciones previstas en la fórmula legal (artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas de España) y cuando cabe realizar una plena y exacta delimitación entre la figura del delegado y la del apoderado, en base a que el primero ha de ser necesariamente miembro del Consejo (Directorio), mientras el segundo puede ser cualquier persona, ya que frente a los delegados, que son representantes orgánicos o legales de sociedad, los apoderados son simples representantes inorgánicos y voluntarios de la misma".

(*) Ulises MONTOYA MANFREDI, "Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles", Lima, 1967, pág. 318.

(*) "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", Madrid, 1976, Tomo II, pág. 139.

SOUTHERN PERU

Siempre presente
en nuestro desarrollo



inmobiliaria
VELUSA

COMPRA Y VENTA DE INMUEBLES - CONSTRUCCIONES - PROMOTORES DE URBANIZACIONES

LES SALUDA Y A LA VEZ LES OFRECE SUS SERVICIOS PROFESIONALES CON 10 AÑOS DE EXPERIENCIA, EFICIENCIA Y RAPIDEZ EN LA VENTA DE SUS BIENES INMUEBLES.

ADEMÁS LES OFRECEMOS EN EL MOMENTO QUE UD. DESEE COMPRAR: DEPARTAMENTOS, CHALETS, RESIDENCIAS, TERRENOS RESIDENCIALES, COMERCIALES E INDUSTRIALES EN EXCELENTES ZONAS DE LIMA, CON SERVICIO DE MOVILIDAD SIN COMPROMISO ALGUNO. (ASOCIADO APCI).

ATENTAMENTE,

AV. DEL PARQUE NORTE No. 605 URB. CORPAC - SAN ISIDRO TELFS.: 419503 - 407261 LIMA 27 - PERU

7).- La falta de prohibición.-

Si el propósito de la L.S.M. hubiera sido impedir que las personas jurídicas fueran designadas Directores de una sociedad, el artículo 156 de la L.S.M. habría considerado tal causal entre los impedimentos que contempla. Precisamente el hecho de que no la haya considerado constituye un argumento más de que las personas jurídicas no están impedidas de ser Directores.

Es más, el hecho de que el artículo 191 de la L.S.M. establezca imperativamente que los miembros del Consejo de Vigilancia —que al igual que los Directores, los Gerentes y los Liquidadores son también mandatarios de la sociedad anónima— no pueden ser personas jurídicas pone en evidencia que la L.S.M. admite que, en principio, todos estos mandatarios pueden ser personas jurídicas y que para evitar que lo fueran los miembros del Consejo de Vigilancia tuvo que prohibirlo expresamente, ya que según la conocida frase de ALESSANDRI “sólo se prohíbe lo que se puede hacer”.

Consecuentemente, el hecho de que la L.S.M. no haya prohibido que las personas jurídicas ejerzan el cargo de Directores, pudiendo haberlo hecho como lo hizo en el caso de los miembros del Consejo de Vigilancia, revela que no busca limitar el derecho de la Junta General de Accionistas de nombrar a una persona jurídica como Director.

8).- Inscripción del nombramiento de Director.-

El artículo 18 de la L.S.M. dispone que el nombramiento de Administradores, Directores, miembros del Consejo de Vigilancia, Gerentes, Liquidadores y otros mandatarios debe inscribirse en el Registro Mercantil del lugar de la sede social, haciéndose constar el nombre, domicilio y nacionalidad del nombrado.

Esto no obsta para que pueda inscribirse el nombramiento de una persona jurídica como Director de una sociedad anónima, pues el nombre de las personas jurídicas es su razón social, su domicilio es el domicilio social y, en cuanto a su nacionalidad, el Reglamento del Registro Mercantil reconoce la existencia de sociedades extranjeras (artículo 73) lo cual importa aceptar la nacionalidad de las sociedades.

A mayor abundamiento, el citado artículo 18 es aplicable también a los Gerentes y a los Liquidadores, respecto de los cuales la L.S.M. permite expresamente que sean personas jurídicas, lo cual pone de manifiesto que no hay inconveniente legal alguno para que las personas jurídicas cumplan con los requisitos establecidos en dicho artículo.

9).- Causales de vacancia del cargo de Director.-

De conformidad con la primera parte del artículo 161 de la L.S.M., el cargo de Director vaca por muerte, renuncia, remoción, o no prestar dentro de treinta días las garantías que establezca el estatuto para el desempeño del cargo.

Se ha aducido que esta norma no considera la disolución de la persona jurídica, que equivale a la

muerte de una persona natural, confirmándose indirectamente que el legislador excluyó a las personas jurídicas como integrantes del Directorio de la sociedad anónima.

Este argumento se contradice a sí mismo, pues si la disolución de una persona jurídica equivale a la muerte de una persona natural, cuando el artículo 161 se refiere a la muerte está contemplando tanto la disolución de una persona jurídica como la muerte de una persona natural. Es más, admitiendo que la muerte no es propia de las personas jurídicas, el artículo 161 hay que entenderlo en el sentido que cuando el Director sea persona natural vacará el cargo por muerte y que cuando el Director sea una persona jurídica el cargo vaca por disolución.

Por último, debe tenerse presente que los artículos 180 y 329 de la L.S.M. establecen que es aplicable a los cargos de Gerente y de Liquidador, que se admite sean desempeñados por personas jurídicas, la disposición de la primera parte del artículo 161, lo que pone de manifiesto que el propósito de este artículo no es excluir a las personas jurídicas de dichos cargos ni, por lo tanto, del cargo de Director.

10).- La responsabilidad de los Directores.-

El primer párrafo del artículo 172 de la L.S.M. establece lo siguiente:

“Art. 172.- Los Directores desempeñarán el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante legal, respondiendo ante la sociedad, accionistas y acreedores, del daño causado por dolo, abuso de facultades o negligencia grave”.

El segundo párrafo del artículo 174 de la L.S.M. agrega que la acción judicial de carácter civil en contra de los Directores, no enerva la responsabilidad penal que pueda corresponder.

La responsabilidad de los Directores es personal, de tal manera que no existe responsabilidad del Directorio como órgano, sino responsabilidad individual de cada Director.

Esto lleva al problema de establecer si una persona jurídica que actúa como Director puede asumir la responsabilidad que imponen los artículos 172 y 174 de la L.S.M.

La opinión más generalizada en la doctrina civil es que cuando una culpa es querida y cometida por el representante que quiere en nombre y por cuenta de la persona jurídica, es la persona jurídica misma la que quiere y cumple el acto culposo y, por lo tanto, ella es responsable civilmente.

De acuerdo con esta posición dominante, no existe dificultad conceptual alguna para que una persona jurídica que ocupe el cargo de Director de una sociedad anónima sea responsable por la actuación de la persona natural a través de la cual ejerce tal cargo. En todo caso, aun dentro de la posición minoritaria que niega la posibilidad de que una persona jurídica sea civilmente responsable, la inimputabilidad de la persona jurídica no excluye que la responsabilidad del acto recaiga en la persona natural que actúa como su representante.

Tratándose de la designación de una persona jurídica para ocupar el cargo de Gerente o el de Liquidador, la L.S.M. conjuga ambas posiciones pues establece en sus artículos 183 y 328 que la persona natural que la represente estará sujeta a la responsabilidad que atañe al Gerente o al Liquidador, sin perjuicio de la que corresponda a los Directores y Gerentes de la persona jurídica Gerente o Liquidadora y a esta persona jurídica.

Igual solución puede adoptarse, sin violar disposición legal alguna, para el caso de la responsabilidad civil derivada del ejercicio del cargo de Director por una persona jurídica, a través de una persona natural que la represente.

Es más de esta manera puede garantizarse mejor el interés de la sociedad, los accionistas y los acreedores, pues la solvencia económica de una persona jurídica es muchas veces mayor que la de una persona natural, con lo cual la acción de responsabilidad dirigida contra aquella sería más eficaz.

Por lo tanto, tampoco en el terreno de la responsabilidad civil existe inconveniente legal para que una persona jurídica ejerza el cargo de Director de una sociedad anónima.

En lo que respecta a la responsabilidad penal, el parecer más difundido es que las personas jurídicas no son responsables penalmente, por lo cual esta responsabilidad recaería en los Directores y Gerentes de la persona jurídica que ocupare el cargo de Director (*), sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera caber a la persona natural que represente a la persona jurídica en el ejercicio del cargo de Director.

11).- La posición de la doctrina.-

La doctrina peruana no se pronuncia sobre la posibilidad de que una persona jurídica sea Director de una sociedad anónima.

La L.S.M. se inspira muy de cerca, en lo que se refiere a las sociedades anónimas, en la Ley de Sociedades Anónimas de España.

La opinión de la doctrina española consultada, con la única excepción conocida de J. GIRON TENA (1), es en el sentido que el ordenamiento jurídico español no excluye a las personas jurídicas del cargo de Administradores (Directores) de las sociedades anónimas.

Angel VELASCO ALONSO (**) lo admite, argumentando que una persona jurídica no puede ser Administrador si no es a través de la persona física que la represente.

Jesús RUBIO (***) dice que ninguna de las razones que se han opuesto a la conveniencia de que las personas jurídicas puedan ser Administradores de sociedades anónimas parece prevalecer contra una observación de carácter general: "El régimen de alianzas y concentración de empresas conduce a que unas sociedades sean efectivamente administradas por otras. Resulta mucho más claro para la seguridad del tráfico y ajustado al principio de la buena fe de tales conexiones resulten patentes".

Alejandro BERGAMO (****) indica que si la posibilidad de poseer acciones no se circumscribe a las personas individuales, sino que se extiende a las personas jurídicas, nada puede impedir que éstas intervengan en la gestión de los negocios de la empresa en que se hallan interesadas. Agrega que en el orden teórico, nada se opone a que la sociedad propietaria del suficiente número de acciones para ocupar un puesto en el Consejo de Administración de otra, se designe a sí misma consejero, siendo necesario para actuar como tal que confiera a una persona la oportuna delegación.

Quienes mejor desarrollan el tema son Joaquín GARRIGUES y Rodrigo URIA (*), pronunciándose categóricamente en el sentido que es perfectamente válido el nombramiento de una persona jurídica como Administrador de una sociedad anónima, con los siguientes conceptos:

(*) Domingo GARCIA RADA ("Sociedad anónima y delito", Lima, 1972, pág. 9), después de indicar que la controversia doctrinaria sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede estimarse superada, prevaleciendo el principio de que sólo el ser humano, libre y responsable, es sujeto activo de delito, dice que frente a esta posición principista existe una realidad que el Derecho no puede ignorar; en la vida moderna el comercio y la industria han dejado de pertenecer a los hombres y hoy están dominados por las personas jurídicas, siendo aquéllas quienes al frente de las compañías y en su propósito de obtener mayores ganancias, realizan actos que pueden ser delictuosos para la ley penal.

Cita, sobre el particular, a Rolf SERICK, quien dice lo siguiente:

"Mientras la persona jurídica cumpla los fines en atención a los cuales el derecho la ha creado, se mantiene la rígida unión; desde el momento en que la compañía actúa fuera de su propia finalidad, "abusando de su condición de persona jurídica, entonces la decisión judicial puede desconocer la separación. Existe abuso cuando con ayuda de la persona jurídica, se trata de burlar la ley, de que "brantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros. Al salirse de los fines que le señalan sus estatutos y que protege la ley se sale de las normas en cuya virtud existe y "el abuso del derecho nunca puede justificarse ni menos ampararse. Se trata de alcanzar a los hombres que mediante el uso abusivo de las formas de las personas jurídicas, pretenden ocultarse detrás "de éstas".

(1) Derecho de sociedades anónimas", Valladolid, 1952, pág. 351.

(**) "La Ley de Sociedades Anónimas", Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1974, pág. 340.

(***) "Curso de derecho de sociedades anónimas", Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1967, pág. 282.

(****) "Sociedades Anónimas (Las Acciones)", Prensa Castellana S.A., Madrid, 1970, Tomo III, pág. 40.



"Debe mantenerse, por consiguiente, conforme a la opinión admitida casi unánimemente en la doctrina española, que el vigente Ordenamiento jurídico español no excluye a las personas jurídicas de la administración de las sociedades anónimas, y que, por consiguiente, es perfectamente válido el nombramiento de alguna de éstas, cualquiera que sea la concreta modalidad que revista dicho nombramiento.

"Desde el punto de vista de la realidad de las "sociedades existen, sin duda, argumentos de peso "en favor de la tesis permisiva del acceso de las "personas jurídicas a la administración de las "sociedades anónimas. Desde el momento en que es "ílicito que una sociedad sea accionista de otra, parece justo permitir a la sociedad accionista el acceso al Consejo de Administración (Directorio) "de la sociedad emisora de las acciones, como medio normal de defender en el seno del órgano administrativo los intereses vinculados a la sociedad "en cuestión".

Estas opiniones cobran gran fuerza para interpretar la L.S.M. ya que, no obstante que la Ley de Sociedades Anónimas española utiliza la denominación de

Consejo de Administración y la L.S.M. la de Directorio, los principios que informan ambas leyes son muy similares.

11).- La posición de las legislaciones.-

Existe un excelente estudio sobre legislación mundial comparada en materia de sociedades por acciones hecho por Felipe de SOLA CAÑIZARES (*) del cual resulta que, a semejanza de la L.S.M., la gran mayoría de las legislaciones extranjeras no se pronuncian expresamente sobre la posibilidad de que las personas jurídicas sean Directores.

Sólo las legislaciones de Alemania y Dinamarca exigen que el Director (Administrador) sea una persona natural.

En cambio, las legislaciones de Holanda, Israel y Taiwán permiten en forma explícita que los Administradores de las sociedades por acciones sean personas jurídicas.

Debe destacarse que SOLA CAÑIZARES opina que las legislaciones de Brasil, Noruega y Suecia deben ser entendidas en el sentido que prohíben que las personas jurídicas sean Directores (Administradores) y que las legislaciones de Argentina, Italia, España y Turquía lo autorizan.

Como el estudio de SOLA CAÑIZARES fue hecho en 1957, es posible que la situación haya variado en la actualidad. Por la misma razón, dicho estudio no contempla la L.S.M., que se dictó en 1966.

De todas maneras, tal estudio pone de manifiesto que la designación de una persona jurídica para ocupar el cargo de Director no es algo que repugna al Derecho, tan es así que esa posibilidad está expresamente contemplada en algunas legislaciones y tácitamente admitida por otras.

12).- Conclusión.-

Por razón de todo lo expuesto puede llegarse a la conclusión que no existe inconveniente teórico o práctico alguno que impida a una persona jurídica ser Director de una sociedad anónima, razón por la cual, ante el silencio de la L.S.M. sobre el particular, es no sólo lícito sino también razonable considerar que, al amparo de lo dispuesto por el inciso 20) del artículo 20. de la Constitución Política del Perú, no hay impedimento legal para que, en general, ello pueda hacerse siempre que la persona jurídica designe una persona natural para ejercer el cargo de Director a través de ella.

(*) "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", Imprenta Aguirre", Madrid, 1976, Tomo II, pág. 202.

(*) "Tratado de Sociedades por Acciones en Derecho Comparado", Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1957.

“Negociación Colectiva: Un enfoque Metodológico”.

Mario Pasco Cosmópolis

Especialista en Derecho Laboral

y Autor de un Proyecto de Ley de Negociación Colectiva

INTRODUCCION

En su sentido más amplio, la negociación colectiva comprende tanto la discusión y concertación del contrato colectivo, cuanto su interpretación y administración. Para efectos del presente trabajo, sin embargo, nos centraremos en su acepción etimológica más usual, relativa a la contratación en sí, refiriéndonos a la parte relativa a administración sólo en lo que incide en la negociación propiamente dicha.

Siguiendo a la OIT (*) definimos como “negociaciones colectivas” las que se efectúan “entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con objeto de llegar a un acuerdo sobre las condiciones de trabajo y de contratación. Cuando no existe una organización representativa de trabajadores, pueden intervenir en las negociaciones representantes de los trabajadores debidamente elegidos y autorizados por éstos conforme a lo dispuesto por la legislación nacional. Contrato Colectivo será, a su vez, “el acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo” . . . que emana de la negociación colectiva.

- (A) En cuánto a la “Unidad de Negociación” usualmente hay dos niveles: el ámbito de una empresa o el de una industria. En Iberoamérica, los contratos colectivos que rebasan el marco de una rama de industria están poco difundidos aunque existen en países como Argentina, México y Venezuela; más corriente es el contrato colectivo de empresa. En Europa, la negociación colectiva es entablada a nivel de industria, celebrándose muy rara vez convenios con las empresas; en general, el sindicato no trata directamente con el empleador y negocia más bien con la asociación patronal.
- (B) En cuanto al sujeto, la negociación colectiva puede tener tanto a una asociación profesional (sindicato) cuanto a delegados debidamente elegidos y autorizados por los trabajadores, cuando no existe una organización representativa.

Sobre este particular, las legislaciones de los diversos países difieren grandemente: México, Chile, Venezuela, Brasil y otros países iberoamericanos se pliegan a la tesis de que el sujeto de la convención colectiva, por parte de los trabajadores, debe ser y sólo puede ser un sindicato profesional; tal sería, asimismo, la norma española en tanto que exige que “la representación de intereses esté prefigurada sindicalmente en cuanto a empresarios y trabajadores con anterioridad al convenio”. (*).

En otros países, tales como Colombia, Perú, Bolivia y otros, no se impone que el sujeto de la convención colectiva sea un sindicato pudiendo ser válidamente concertado por delegados legítimamente designados por la mayoría de trabajadores, a condición de que no exista organización constituida.

Tomando en cuenta estas alternativas, el presente trabajo no versará únicamente sobre la negociación colectiva **con los sindicatos**, sino que será extensivo a toda forma de negociación (con sindicato o sin él) por entender que los principios en uno y otro caso son prácticamente idénticos.

- (C) Finalmente, no nos detenemos en la vieja discusión terminológica respecto de esta institución.

Para el presente trabajo, carece de importancia que al resultado final de la negociación colectiva se le llame “Contrato colectivo”, “convención colectiva”, “contrato normativo”, “convenio de empresa”, “pacto normativo”, o cualesquiera otras denominaciones que ha recibido según los distintos autores. Las usaremos indistintamente, aunque con mayor frecuencia la de “Contrato Colectivo”, sólo por ser la utilizada por la OIT.

Por similares razones, emplearemos como sinónimos: Administrador de Personal, Relacionador Industrial, Técnico de Personal, hombre de Personal y otros, sólo para saltar por sobre los usos localistas. Lo importante es tener idea clara de la función, no el nombre.

(*) Este trabajo fue presentado por el autor en el “Seminario Iberoamericano de Dirección de Personal”, realizado en Madrid, España;

(†) OIT Recomendación sobre los Contratos Colectivos, 1951: item 2.1.

(*) Ver ALONSO OLEA, MANUEL: “Naturaleza jurídica, partes, elaboración y contenido de los convenios colectivos de trabajo”, en DERECHO COLECTIVO LABORAL, Ediciones de DEPALMA, Buenos Aires, 1973, p. 195.

FUNCION SOCIAL DE LA NEGOCIACION Y DEL CONTRATO COLECTIVO

La negociación colectiva y su resultado, el contrato colectivo de trabajo, cumple una importante función social que puede resumirse en las siguientes características:

- (A) Es un medio de conciliación de conflictos sociales, a través de la armonización y equilibrio entre los dos principales factores de la producción.

Empleadores y trabajadores tienen intereses diferentes, no siempre concurrentes o compatibles y muchas veces contradictorios. El libre juego de estos intereses y su acción controversial desatarían conflictos agudos e incontrolables. Si fuera sólo la fuerza frente a la fuerza el resultado sería necesariamente uno solo: la violencia, que es la negación del derecho.

A nivel social, la negociación colectiva es el vínculo del debate, el diálogo y la razón; un medio de paz social. Es, como dice CHIARELLI, "llevar el conflicto social al terreno del Derecho que es la esencia de la libertad y, a la vez, de la protección del trabajo en la persona humana".

- (B) Iguala a las partes y, por esa vía, es una forma de interrelación entre ellas y de participación de los trabajadores en la administración. La negociación colectiva exige buena fe de las partes, requiriendo que éstas se comuniquen y negocien, que sus propuestas sean compatibles con las contrapropuestas y que ambas desarrollem todo esfuerzo razonable para llegar a un acuerdo.

La intervención que por este medio obtiene el sindicato, integrada como un derecho que las legislaciones unánimemente consagran, crea a la empresa la necesidad de justificar razonablemente sus decisiones en todo lo que atañe a los trabajadores.

- (C) Es una fuente dinámica del Derecho Laboral. La legislación se limita, en general, a cubrir aquellas condiciones o normas básicas que aseguran el respeto a la dignidad humana en el trabajo, pero que dejan para los contratos colectivos el desarrollo y ampliación de dichas normas. Mientras la legislación limita su campo de acción al establecimiento de derechos mínimos, aplicables a todos los trabajadores, la contratación amplía o establece nuevos derechos de acuerdo con las condiciones que prevalecen en cada empresa o rama de industria.

El Derecho Laboral, así, alcanza una enorme fuerza expansiva, no se fosiliza en códigos sino que adquiere renovado vigor al responder, de modo actual y adecuado, a las legítimas expectativas de los trabajadores y a las reales posibilidades de los empleadores.

- (D) Evita o aminora la competencia desleal entre las empresas, imponiéndoles costos sociales similares.

Cuanto más amplia es la "unidad de negociación" mayores son sus alcances como factor de igualación. Al crear un cierto nivel de salarios que los productores no pueden rebajar como medio para competir, se evita la "competencia entre los salarios".

Los acuerdos repercuten tanto en lo económico como en lo administrativo en el seno de la organización y, al mismo tiempo, en la comunidad en la cual se encuentra ubicada la misma.

Por su trascendencia social y económica y por todo lo que, para la empresa y para los trabajadores, aparece envuelto en la contratación colectiva, la preparación previa y la correcta administración posterior son elementos indispensables dentro del proceso de la negociación.

Esta no es, conceptualmente, la más importante de las tareas de la dirección de personal. Pero su influencia en todos los campos que le atañen (administración salarial, programas de beneficios, disciplina, promociones, etc., etc., etc., todas partes vitales de la administración) y la imagen que proyecta de las relaciones obrero-patronales, la hacen el más claro síntoma de una buena labor de relaciones industriales y viceversa.

LA NEGOCIACION COLECTIVA: Un proceso continuo

La negociación de un contrato colectivo de trabajo comienza el mismo día en que queda firmado el contrato anterior.

Si bien la etapa de negociación propiamente dicha, vale decir, de debate, discusiones y acercamientos, aparece teñida de espectacularidad y constituye el eje de todo el proceso, existen vitales tareas que la preceden y la suceden. La época del simple "regateo" ya quedó atrás.

Aunque se inicia formalmente con la presentación del pliego, la negociación es un proceso continuo y permanente que conviene analizar en cuatro etapas o momentos: (1) anterior al pliego; (2) al presentarse el pliego; (3) durante la negociación propiamente dicha; y, (4) una vez culminada la negociación y suscrito el respectivo contrato.

1.- Tareas anteriores a la presentación del pliego.

1-A. Comité de Relaciones (o de Negociación)

La negociación no es tarea exclusiva del administrador de personal o relacionador industrial. El es el eje de todas las acciones que involucran al personal y, más concretamente aún, de las relaciones laborales con los sindicatos; es imprescindible en esta función.

CONCORDIA ADUANERA S. A.
AGENTE AFIANZADO DE ADUANA

AVDA. REPUBLICA DE PANAMA 465 CALLAO
TELEFONO 652421 - 290193

LICORES...

Y MUCHAS COSAS MAS!!

euro import
"LA LICORERIA" (R)

AV. JOSE PARDO 724, MIRAFLORES
TELEFONO: 453339

CORTESIA DE:



JOSE PARDO 799 MIRAFLORES
TELEFONO 469646

Pero la tarea compromete a todos los que, de la alta dirección a los supervisores, asumen cargos que implican autoridad y representación. Ahora bien, de esta responsabilidad genérica deben derivar responsabilidades más específicas, en orden a la negociación del contrato colectivo. Ellas usualmente recaen en un Comité de Relaciones Laborales o de Negociaciones, cuya integración varía de empresa a empresa pero que incorpora en todas ellas necesariamente al Director de Personal o a un representante del área, teniendo además intervención las áreas financiera y legal.

Encarar la negociación como un proceso continuo supone que este comité sea permanente, no constituido en forma eventual para participar en la celebración de un contrato, sino con tareas y funciones estables que constituyan preparación para futuras negociaciones.

1-B. Preparación constante.— La preparación para las negociaciones no se improvisa. A lo largo de la vida de un contrato colectivo y dentro del desenvolvimiento de las actividades diañas, debe prestarse atención a los reportes que sugieren defectos en el contrato e interpretaciones que parecen necesarias para su

aplicación. Es conveniente revisar esta experiencia en forma periódica para proporcionar una base a las futuras negociaciones, analizando la operatividad del contrato vigente, y detectar las partes que requieren modificación o perfeccionamiento por ser el contrato pobre o inoperante o confuso o contradictorio.

A través de las quejas y reclamos del personal se configura el área de relaciones más conflictivas. Las quejas y reclamos constituyen un buen test acerca del funcionamiento operativo del contrato, por lo que es necesario llevar un registro de los casos, así como el análisis de las causas que los motivaron y la solución que se les dió.

En los meses precedentes a la negociación, el Comité permanente debe acopiar, organizar y preparar toda la información de apoyo. Así mismo, dentro de lo posible, tratar de anticiparse a las demandas y peticiones sindicales y tener a mano los argumentos que puedan usarse para rebatir aquello que se considere irracional. Todo ello implica estudiar las relaciones pasadas, buscar en las experiencias propias y ajenas y tratar de predecir los desarrollos probables que puedan incidir en la capacidad de negociación de la empresa.

1-C. Recopilación de información.— Nada es más importante para el negociador que contar con información adecuada, exhaustiva y confiable acerca de todos y cada uno de los elementos que influyen en la contratación, incluyendo factores externos a la empresa sobre los que ésta no ejerce control.

Información sobre las tendencias contractuales más frecuentes en la industria, en la zona geográfica y, muy especialmente, en otras empresas competitivas; los contratos firmados por la organización sindical con otras compañías; el nivel de sueldos y salarios en la comunidad, en la industria y en empresas simila-

res; la relación comparativa de mano de obra y volumen de producción con otras empresas, el estado de la competencia; etc. Los cambios que puedan haberse producido en la legislación, las condiciones del mercado, las condiciones económicas generales. Información completa y fidedigna acerca de los gastos y costo de operación; de los volúmenes de producción, finanzas, utilidades; inversiones que la empresa ha hecho o prevé hacer; récord de ausentismo y otros datos del personal, etc.

El tiempo que se dedique a la investigación y clasificación de estos datos informativos es siempre tiempo bien invertido. Por cierto, la información debe ser procesada en forma de obtener estadísticas precisas, útiles y fácilmente manejables, cuidando que el grado de objetividad que de ellas emane pueda ser fácilmente compulsado por la organización sindical de modo que su autenticidad y validez sean incuestionables.

1-D. Comunicaciones.— Debe buscarse un manejo eficaz de interlocución en doble vía: Transmitir a los trabajadores el máximo de información sobre la empresa, su situación, su posición relativa frente a otras empresas competidoras, etc., así como las grandes líneas de su política de personal. De este modo, las posiciones que la empresa adopte durante las negociaciones no deben llamar a sorpresa de sus trabajadores, al estar éstos preparados sicológicamente para recibirlas. Inversamente, la empresa debe tener receptividad para las expectativas de su personal, no sólo las que se reflejan en problemas y conflictos producidos, sino las que traduzcan sus necesidades y apremios, así como lo que consideran de mayor justicia en sus aspiraciones.

Igualmente, la imagen de la empresa al exterior deberá ser mantenida y robustecida a través de programas complementarios de relaciones públicas, de modo que si, en un momento dado, las negociaciones trascienden hacia un conocimiento general, el público estará en capacidad de identificar claramente a la empresa, sus políticas y objetivos.

2.— Presentado el Pliego

La presentación del pliego da inicio formal a la negociación y permite fijar los términos en que ésta se desenvolverá. Es a partir de este momento que la actividad del Comité de Negociación y del administrador de personal cobran máximo impulso y concentración.

2-A. Evaluación del Pliego: Evaluar el pliego implica examinarlo desde una triple perspectiva: legal, económico-financiera y política.

— **Desde el punto de vista legal**, el pliego debe ser analizado para definir con exactitud los puntos que puedan estar en implicancia con disposiciones legales; los que importa, modificaciones o superación de las normas existentes; y los que carecen de significación legal.

En determinados países las normas legales, generalmente permisivas de todo tipo de pactación, contienen por excepción preceptos prohibitivos (limitación en la capacidad para otorgar aumentos o monto máximo prefijado para éstos; beneficios no susceptibles de modificación por acuerdo de partes, etc.). Aquellos puntos que están en conflicto con normas prohibitivas deben ser excluidos de la negociación y no tomados en cuenta para ésta. Esto es definido por los asesores legales, como cuestión previa a cualquier otro análisis.

- **La evaluación económico-financiera** valoriza el compromiso involucrado en cada petición, tanto en lo que representa como costos directos cuanto en indirectos, diferidos y financieros.

Esta valorización debe efectuarse por cada punto en forma separada, analizando además, las inferencias mutuas que se producen entre punto y punto.

Por ejemplo, si simultáneamente se pide un aumento salarial y un incremento en el número de días feriados (no laborables pero sí remunerados), es claro que no podría establecerse el costo de este último pedido en función de los salarios antiguos, sino considerando los nuevos salarios que resultarán a consecuencia precisamente del pliego en discusión.

Sobre este tema cabe hacer algunas precisiones. Todo pliego contiene pedidos considerablemente superiores a aquellos que los trabajadores aspiran realistamente a alcanzar; se crea así un margen negociable del que depende la flexibilidad de que gocen los representantes sindicales durante la negociación. Ahora bien, la valorización económica del pliego en función de estas peticiones conduce forzosamente a una gruesa distorsión de los resultados, por el efecto multiplicador que ejerce cada punto sobre los otros. Es común que las empresas hagan de todos modos esta valorización “irreal”, que luego utilizan tácticamente durante las deliberaciones. Pero tal valorización servirá de poca ayuda a los negociadores si se basaran en ella al hacer ofertas y contraofertas.

Por tal razón es indispensable otra valorización, ajustada a aquello que el Comité de Negociación juzga como resultado probable de las conversaciones.

- Finalmente, el pliego debe ser sometido a una “**evaluación política**”; vale decir, confrontado con los principios y postulados que definen la política laboral de la empresa.

Para algunas empresas, por ejemplo, todo aquello que implique restricción o limitación a su capacidad administrativa debe ser considerado como inaceptable; en otras, pueden serlo los puntos que directa o indirectamente afectan la productividad.

Cada empresa pues, define los lineamientos generales que presiden las relaciones con su personal y busca someter el contrato colectivo a esos principios, evitando en lo posible cualquier eventual desviación.

2-B. Definición de Estrategia y Táctica.— Los negociadores deben conocer y estar intimamente compeñetrados con las políticas básicas de la organización que representan. Al estar bien informados sobre las prácticas corrientes en la industria y la localidad y sobre los cambios recientes en las acciones legislativa y administrativa que corresponda y al confrontar las estadísticas y otras informaciones con las experiencias recogidas en otras firmas y en otros contratos, los negociadores adquieren **clara definición de los límites dentro de los cuales pueden hacer concesiones**.

Sobre la base de discusiones preparatorias, el Comité debe irse informando sobre las prioridades dadas a los diferentes puntos para conocer, en suma, lo que la empresa desea que hagan ellos y el grado hasta el cual pueden avanzar en la aceptación de las proposiciones de la otra parte.

A la información recopilada con anticipación debe añadirse datos más actualizados sobre los índices del costo de vida, el costo unitario de producción resultante de la aplicación del nuevo contrato y su efecto probable sobre los precios de venta.

Con esta información el Comité de Negociación se traza las metas u objetivos a alcanzar, así como los pasos metodológicos que deben cumplirse para lograrlos.

Finalmente, se decide cuál será la posición inicial a ofrecer cuando las conversaciones se inicien, que no representa un planteo positivo o un ofrecimiento que se espera sea aceptado por la otra parte, sino simplemente el límite, inferior al que pueden aspirar los trabajadores como resultado de la contratación. Así, los términos de la negociación quedan confinados en dos extremos: el pliego, en su punto máximo, y esta posición inicial en el mínimo.

2-C. Negociación colectiva positiva o por objetivos.— La American Society for Personnel Administration (ASPA) propone una metodología de negociación por objetivos, a la que denomina: “negociación colectiva positiva”.

3.— Durante la negociación.

La preparación metodológica que precede al inicio de las tratativas no tiene otra finalidad que proveer al negociador de los elementos de apoyo indispensables, de las herramientas, de las armas de que se ha de valer ulteriormente.

Pero todo este importante bagaje no “impone” soluciones. Los mismos hechos llevan a conclusiones diferentes según quién y cómo los interprete. El sindi-

cato llega a la mesa de negociación con peticiones exprofesamente exageradas, pero ello no autoriza para considerarlas como una mera fantasía; hay que asumirlas con seriedad, como hechos que habrán de pesar en la negociación.

Ésto explica que, no obstante la importancia de la fase preparatoria, la etapa más sensitiva y trascendente del proceso es la de la negociación en sí, en que las partes se sientan a la misma mesa para aportar de buena fe lo mejor que puedan al logro de un acuerdo mutuamente satisfactorio. Es aquí, por lo tanto, donde deberán aflorar las cualidades de buen negociador que caracterizan al hombre de Personal y que éste debe cultivar y desarrollar.

3-A. Arte de la Negociación.- Cualidades del Negociador.— ASPA tipifica el "Arte de la Negociación" en tres cualidades: "sensibilidad"; "sentido del tiempo"; y, "análisis y previsión".

Para nosotros, el rol preponderante que atribuimos al administrador de personal en la negociación colectiva lo traducimos en los siguientes atributos:

- **Racionalidad-objetividad:** El relacionador laboral debe actuar en base de criterios objetivos; apreciar honestamente lo que es una petición fundada y una oferta justa.
- **Ecuanimidad:** Debe estar personal y profesionalmente apto para no irritarse frente a las reclamaciones "descabelladas" y para evitar que la empresa reaccione negativamente.
- **Persuasión:** Ejercida no sólo para inducir a los dirigentes sindicales a apreciar los planteamientos de la empresa, sino para fomentar una mentalidad conciliadora de la alta dirección y obtener de ésta el cambio de una actitud hostil hacia otra más accesible y dúctil. Es una función de quasi mediación, aún cuando quien la ejercita no sea estrictamente neutral.
- **Flexibilidad:** Para no aferrarse a posiciones y distinguir las posturas aparentes o tácticas de las auténticas. Al buscar el delicado equilibrio en que descansa una relación laboral satisfactoria, el hombre de personal debe saber cuándo y cómo sacrificar algunos objetivos a fin de armonizar la estructura de valores divergentes que existe con los trabajadores y el sindicato.
- **Honestidad:** El hombre de personal debe alcanzar frente al Sindicato y a los trabajadores aquello que Richardson llama "reputación de justo pero firme" y que sólo se logra cuando se actúa permanentemente con buena fe.

3-B. Contacto con la Alta Dirección: El Comité dispone durante la negociación de cierto grado de autonomía relativa: Adopta decisiones y suscribe acuerdos dentro de los límites que le han sido autorizados.

No tiene, sin embargo, una independencia absoluta respecto de los altos mandos de la empresa, con los que debe mantener un frecuente intercambio. Al transmitir el desenvolvimiento de las conversaciones a personas que no participan directamente en ellas, se consigue puntos de vista o perspectivas diferentes, no siempre exactas, pero normalmente muy útiles; de otro lado, la consulta oportuna en cuestiones delicadas o riesgosas no menoscaba sino que refuerza la posición del negociador, al dar a éste un respaldo específico.

3-C. Comunicaciones: Las comunicaciones dan oportunidad a los negociadores para explicar el por qué de las posiciones asumidas; la información de cómo varían éstas puede ser muy útil en la posterior interpretación y aplicación del contrato, al quedar históriado no sólo el resultado final sino las alternativas a través de las cuales pudo concretarse.

El Comité debe estar atento a toda información sobre el clima, las reacciones y los movimientos de los trabajadores, auscultando así su aceptación o disconformidad con la marcha de las conversaciones.

4.— Terminada la Negociación

Al concluir las conversaciones y suscribirse el contrato, debe procederse a la inmediata implementación de los acuerdos y evaluar los resultados.

4-A. Evaluación de resultados: Interesa no sólo comparar los resultados con las previsiones que sobre ellos hicieron los negociadores, sino sobre todo encontrar explicación al por qué las cosas se han desenvuelto en una determinada forma que puede no coincidir con lo planeado al inicio del trato.

Metodológicamente, una negociación será tanto más exitosa cuanto más se aproxime a lo que los negociadores se propusieron al comenzarla.

Pero ello no puede llevar a la rigidez de subordinarlo todo a la planificación. La negociación es un proceso activo y dinámico, en el que contienen fuerzas e intereses contrapuestos, y en el que lo realmente importante es la búsqueda de puntos de contacto o confluencia de los que pueda nacer un acuerdo.

4-B. Difusión: Es importante la apropiada divulgación del contrato. Así, los trabajadores, los supervisores y todos los integrantes de la organización quedan informados de los nuevos derechos y los nuevos condicionamientos a que se sujetarán en lo sucesivo.

Algunas legislaciones contemplan la obligatoria publicación del contrato en sitios visibles de los centros de trabajo, durante un plazo prudencial, para que pueda ser conocido por todos los trabajadores. Es práctica recomendable (y en algunos casos, obligatoria) imprimir el nuevo contrato y proporcionar ejem-

plares a todos y cada uno de los integrantes de la empresa.

4-C. Vigencia inmediata: Poco desacredita tanto a una empresa y a sus representantes como la dilación injustificada en ejecutar las cláusulas del contrato. Es cierto que, en muchos casos, la tarea de calcular el monto de ciertos beneficios retroactivos puede tomar tiempo; en otros, puede tratarse de obras de largo aliento. Pero, en todo lo que corresponda una vigencia automática, la empresa debe estar preparada para ejecutar en forma instantánea, sin esperar una petición ni menos un reclamo del sindicato. Y cuando no es así, nada más apropiado que prever el plazo de ejecución en el propio contrato, de modo que se sepa con exactitud a partir de qué momento la empresa incurre en falta.

ADMINISTRACION DEL CONTRATO COLECTIVO

Administrar el contrato colectivo, esto es, interpretarlo y aplicarlo, puede tener tanta o mayor incidencia sobre las relaciones de trabajo que la propia redacción de los acuerdos, pues éstos, por precisos y detallados que sean, nunca podrán predecir en forma absoluta todos los problemas, ni las dudas sobre su significado que puedan presentarse.

La administración del contrato debe disipar estas dudas y, por ese medio, proporcionar las interpretaciones adecuadas.

Determinar si la aplicación se ajusta o no a las cláusulas del convenio importa, de otro lado, una ampliación del proceso mismo de negociación; es una actividad cotidiana en la cual los representantes de la empresa y del sindicato procuran ventajas secundarias, o mayores concesiones por interpretación favorable de los acuerdos.

Los objetivos de una adecuada administración de los contratos, principalmente a través de los procedimientos de quejas y reclamos, pueden centrarse en lo siguiente:

- Proveer bases para una rápida y adecuada revisión y resolución de las diferencias de interpretación de los términos del contrato y de su aplicación en cada caso particular.
- Proporcionar a los empleados seguridad y garantía frente a arbitrariedades o decisiones caprichosas de los supervisores.
- Establecer un mecanismo para identificar y resolver problemas administrativos y laborales no cubiertos o inadecuadamente resueltos por el contrato, y ayudar así en el desarrollo de futuras negociaciones.
- Proporcionar a la organización información acerca de las áreas más sensitivas de la relación obrero-patronal.
- Dar a la organización un mecanismo para ajustar, virtualmente día a día, las diferencias entre la administración y los trabajadores, y permitirle consolidar buenas relaciones con los sindicatos. Todo ello abarca tres áreas:

A. Interpretación y Aplicación

Las reglas que presiden la interpretación de todo contrato son la buena fe y común intención de las partes.

Se supone que la aplicación de un contrato no debería permitir margen para ventajas particulares que vayan más allá de lo que, en forma conjunta, acordaron los negociadores. Así como se exige buena fe en la negociación, debe exigirse mejor fe en la interpretación y aplicación.

Debe tenerse presente que la interpretación del contrato no siempre va a ser hecha por la oficina de Personal sino que en la mayoría de los casos, la responsabilidad recaerá en los supervisores, que son quienes mayor contacto tienen con el trabajador. El Contrato debe ser presentado a los supervisores y, a través de medios de difusión adecuados, explicitar su contenido y adecuada interpretación, debiéndose en lo posible ejemplificar con casos prácticos y objetivos que confronten al supervisor no con una especulación teórica sino con soluciones inmediatas.

B. Procedimiento de Quejas y Reclamos

La negociación es un proceso continuo, permanente; el contrato provee de una base legal a las relaciones, pero éstas constituyen un manjo de acciones en las que constantemente se produce fricciones, malentendidos, discrepancias.

Las quejas son un medio de comunicación para el que debe existir un procedimiento formalmente establecido, que las capte en su origen, las trámite adecuadamente y las resuelva cuando son fundadas.

La queja bien manejada ayuda a evitar o a reducir conflictos entre la empresa y la organización sindical. Constituye también un excelente termómetro de aquello en que el contrato, y, en general, la administración, están fallando; lo que genera un estado de insatisfacción en el personal que pueda redundar en falta de cooperación y en multitud de otros problemas, incluso la huelga.

El procedimiento de queja sirve también para interpretación del contrato. Los negociadores pueden, en ciertos casos, convenir cláusulas aún reconociendo oscuridad en su significado; la interpretación específica será obtenida cuando el problema aparezca y en los términos de la situación en la cual se presenta. El contrato no es un instrumento frío y alejado de la realidad, sino que alcanza vida a través de su propia ejecución.

El procedimiento de quejas se establece en cada empresa de acuerdo a su estructura y necesidades y está condicionado generalmente por las propias estipulaciones del contrato colectivo y del reglamento interno de trabajo. Basta resaltar aquí la trascendencia que el procedimiento de atención y solución de quejas tiene dentro de la negociación colectiva, de la que forma parte.

C. Enmiendas y Revisiones

Durante la vigencia del contrato puede presentarse la necesidad de efectuar cambios en el mismo; algunos contratos incluso prevén tal posibilidad, incluyendo una cláusula de reapertura condicional.

En todo caso, siendo el contrato necesariamente un instrumento bilateral, las partes pueden modificar cualquier cláusula en cualquier momento si existe acuerdo mutuo y las normas legales no lo prohíban. En estos procesos de revisión anticipada se repiten, en menor dimensión, problemas similares a los que se dan durante la negociación del contrato total, de modo que debe observarse una metodología básicamente idéntica en lo que a tales cambios se refiere.

“Los Convenios de Navegación Aérea entre el Perú y los EEUU”.

Alfredo Ostoja López-Alfaro

Miembro de la Delegación Peruana encargada de negociar con EE.UU. los términos de las Relaciones Aero-Comerciales entre ambos países desde octubre 1982.

El indiscutido principio de que los Estados ejercen soberanía exclusiva sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y mar adyacente (“hasta el límite de las doscientas millas” dice el artículo 99 de la Constitución Política del Perú), es el que determina que la aviación civil internacional sólo pueda desarrollarse sobre la base de la aquiescencia tácita o el acuerdo expreso de los Estados sobrevolados en lo que atañe a las concesiones a efectuar sobre esa soberanía. La aeronavegación comercial y el antiguo, pero no por eso menos vigente, aforismo romano “dominus soli dominus coeli” serían irreconciliables de no mediar concesiones recíprocas hechas por las naciones involucradas en una determinada relación aerocomercial respecto de sus soberanías aéreas.

Dos aproximaciones opuestas frente al problema de la soberanía y, en particular, al de los derechos de tráfico aéreo, fueron propuestas y ardorosamente defendidas desde antes de la década del 40 por Estados Unidos de América y Gran Bretaña. En sus orígenes ellas estuvieron directamente influenciadas por el respectivo potencial de aviación militar (*) con que cada uno de esos países contó durante la Segunda Guerra Mundial. Por esas razones, el primero reclamaba la “libertad del aire” y propiciaba una política de “cielos abiertos” y el segundo, que tradicionalmente había apoyado la tesis de la “libertad de los mares”, adscribía y auspiciaba la de la soberanía exclusiva sobre el espacio aéreo, que hace posible la aviación internacional sólo a través de la “libertad regulada del aire” y que posteriormente dio lugar a lo que se conoce como la doctrina de la “pre-determinación”, a la que se hará referencia más adelante. Estas dos posiciones se enfrentaron en las reuniones preparatorias de la Convención de Aviación Civil Internacional suscrita en Chicago en 1944, cuando ya habían sido definidos los privilegios que un Estado puede otorgar a transportadores

aéreos de otro para operar servicios regulares desde y hacia su territorio, los que, desde entonces, han sido conocidos como las “Cinco Libertades del Aire”.

En vista del fracaso de la Convención de Chicago de 1944 en lo que a la conciliación plena de dichas posiciones se refería, así como en lo relativo a que todos los Estados que la suscribieran se confirieren recíprocamente determinados derechos de tráfico aerocomercial, los Estados que desearan tender rutas aéreas entre sus territorios, tendrían que celebrar convenios bilaterales por medio de los cuales se otorgarían, recíprocamente, determinadas “libertades del aire”, las que serían exclusivamente usufructuadas por las aerolíneas designadas por cada uno de aquellos.

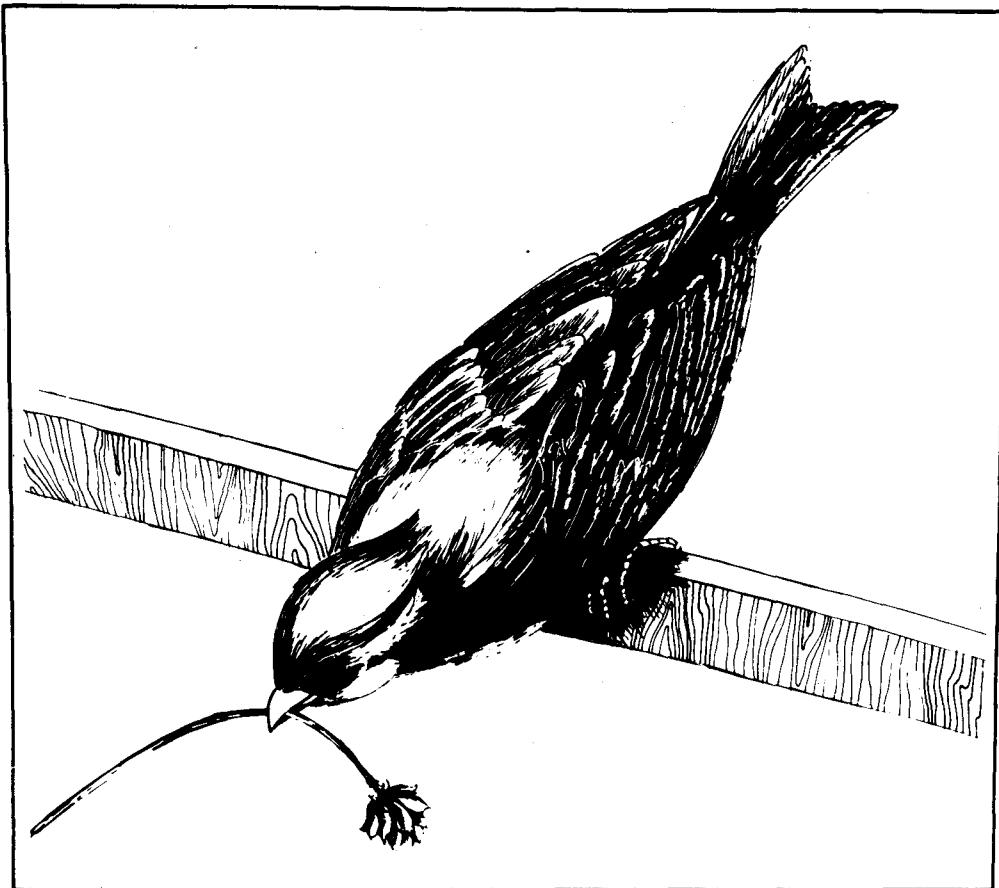
Cabe mencionar que Estados Unidos de América y Gran Bretaña resolvieron sus diferencias en esta materia a través de lo que desde entonces se conoce como el Acuerdo de Bermudez de 1946, el que no sólo pone de manifiesto una solución conciliatoria entre las concepciones liberal y restrictiva de cada uno de tales Estados, sino que sirvió de modelo para la celebración de un importante número de convenios bilaterales de tráfico aéreo entre muy diversos pares de países. Así, por ejemplo, el convenio celebrado entre el Perú y los Estados Unidos de América, también en 1946, fue un convenio “tipo Bermudez”.

Siendo la filosofía de este convenio de tipo fundamentalmente liberal, contiene, como lo sostiene Albert Stoffel (1) algunas salvaguardas para aquellos países que temen que los países más poderosos puedan lesionar sus derechos y que, por esa razón, deseen poder ejercer ciertos controles sobre la operación de las líneas extranjeras hacia y desde su territorio.

En la opinión de muchos analistas, la doctrina de los “cielos abiertos” propugnada por Estados Unidos de América quedó, en una cierta dimensión, recogida tanto en el acuerdo suscrito por dicho país con Gran

(*) Es bien conocido que las primeras compañías de aviación civil adaptaron equipo militar en desuso para este servicio.

(1) American Bilateral Agreements en The Journal of Air Law and Commerce, volumen 26, 1959.



**Gran parte de las aves, sobre todo las silvestres,
pueden transladarse largas distancias
sin otra energía que la de sus alas.**

El transporte siempre ha sido un reto para la humanidad. Implica utilizar energía para poner "motores en marcha"; energía que es consumida y tiene que ser renovada continuamente.

PETROPERU S.A. realiza constantemente cuantiosas inversiones en capital y esfuerzo humano para que usted siempre encuentre en su camino una estación de servicio donde llenar su tanque.

Entre 1982 y 1990, Petróleos del Perú deberá invertir más de 52,000 millones de soles para cumplir con ese objetivo.

PETROPERU S.A., ENERGIA, DIVISAS, DESARROLLO.



Bretaña en 1946, cuanto en los numerosos convenios "tipo Bermuda" celebrados desde entonces, con la consiguiente difusión y gradual consolidación de sus principios, los que más tarde comenzaron a ser discutidos por los países de reducido potencial aerocomercial que en 1946 o pocos años después —muchos de ellos sin contar aún con una aerolínea nacional a la cual asignar el usufructo de los derechos de tráfico aéreo a ser obtenidos a cambio de los otorgados— suscribieron espontáneamente convenios bilaterales "tipo Bermuda", deseosos de quedar integrados a las incipientes rutas aéreas de ese entonces.

La discusión de tales principios, como es evidente, comenzó a tomar cuerpo cuando esos mismos países incursionaron directamente en la aviación comercial, optando por proteger no solamente a su tráfico nacional (*), frecuentemente considerado como un recurso natural, sino a su aerolínea, de los avances de la del Estado contraparte, la que, quizás, durante mucho tiempo haya venido operando dentro del convenio bilateral haciendo las veces de línea nacional de ambos países.

Para quienes adhieren a la doctrina de los "cielos abiertos", la libre competencia entre las transportadoras aéreas, con prescindencia de su nacionalidad, favorece al público usuario con itinerarios, tráfico y servicios flexibles y versátiles, por lo que las autoridades aeronáuticas correspondientes, una vez constatada la idoneidad operativa de la aerolínea, le deberán permitir operar libremente, dejando a su determinación, la que de ordinario estará inspirada por su sensibilidad comercial, aspectos tan importantes como la capacidad y las frecuencias, esto es, el tipo de equipo y el número de asientos que ofertarán en un determinado servicio y el número de veces por semana que tal servicio será ofrecido al público. Sin embargo —y esto es lo que en opinión de sus propulsores inhibe los posibles abusos del Estado más fuerte— determinados mecanismos de control contenidos en el convenio bilateral permitirán corregir los desbalances que, de presentarse, pudieran incidir negativamente en las operaciones de la línea aérea del Estado contraparte. Estos medios de control son las llamadas "revisiones ex post facto", las que, como se infiere de su propia denominación, analizan un hecho dado una vez que éste se ha producido y, de ser necesario, lo enmijendan.

Por el contrario, la doctrina de la "libertad regulada del aire", como ya se puede inferir, parte del supuesto de que aquello a lo que el convenio bilateral apunta es a fomentar el desarrollo del transporte aéreo entre los países involucrados en el convenio bilateral respectivo, lo que, a su vez, conlleva el favorecimiento del desarrollo de las respectivas aerolíneas designadas, aún cuando esto haga necesario adoptar prácticas restrictivas —frecuentemente calificadas de protecciónistas— en aquellas situaciones en las que el

potencial aeronáutico de los dos Estados involucrados en la relación bilateral no es equivalente. (*) Consecuentemente, el Estado que otorga los derechos de tráfico debe tener la prerrogativa de "pre-determinar" la capacidad y las frecuencias con las que operará la línea aérea designada por el Estado contraparte, lo que en sí mismo representa una diferencia esencial respecto de la doctrina de los "cielos abiertos", para la que, como ya ha sido comentado, son las aerolíneas las que deciden sobre su capacidad y frecuencias.

Sin embargo, parece necesario a esta altura del presente trabajo —que no pretende alcanzar otro objetivo que el de introducir a su lector en un tema de suyo especializado, además de sesgado por variables económicas y políticas— definir tanto (i) cómo es que son tradicionalmente conceptualizadas las cinco libertades del aire, que no son otra cosa que los derechos intercambiados por los Estados vinculados por un convenio bilateral de tráfico aéreo u otro instrumento que haga sus veces, cuanto (ii) lo que se entiende por capacidad.

(i) Las cinco libertades del aire

Como se ha adelantado, cinco privilegios específicos, denominados "libertades del aire", fueron concebidos con anterioridad a la Convención de Chicago de 1944, quizás como resultado de asumir que, a diferencia de lo que había sucedido con la tesis de la libertad de los mares, la de la "libertad del aire" no sería acogida por la comunidad internacional.

La Primera y Segunda Libertad contienen derechos de tránsito, en tanto que no suponen operaciones comerciales propiamente dichas. Ellos son, respectivamente, el derecho de sobrevolar el territorio del Estado que otorga la concesión rumbo a terceros países y el de efectuar escalas técnicas en dicho territorio.

La Tercera, Cuarta y Quinta Libertad, en cambio, representan derechos de tráfico y presuponen una operación comercial. La Tercera consiste en llevar pasajeros, carga y correo (calificados en conjunto como "tráfico") desde el territorio del Estado que ha obtenido la concesión hasta el territorio del que la ha otorgado. La Cuarta supone la facultad de sacar pasajeros, carga y correo del territorio del Estado que ha otorgado la concesión para transportarlo hasta el territorio del Estado que la ha obtenido.

La Quinta —que es la que ofrece más problemas y cuyo otorgamiento suele ser más celosamente cuidado— supone que la aerolínea designada del país de bandera lleve tráfico originado en terceros países al territorio del país de bandera (Quinta Libertad de punto intermedio) o lo saque de éste para llevárselo al territorio de terceros

(*) Concepto que involucra a los pasajeros, carga y correo generados por un país.

(*) Debe ser tenido en cuenta que esta aproximación a la aviación civil no prioriza el beneficio que el usuario debería poder obtener de un servicio prestado en condiciones de libre competencia.

países ubicados “más allá” del territorio del país otorgante en una línea recta imaginaria y dentro de una ruta determinada.

Con el propósito de ilustrar este tema, tomemos como ejemplo un convenio bilateral suscrito entre Perú y Argentina por el que este último país le confiere al primero —para ser usufructuadas por una aerolínea a ser designada por el Gobierno peruano— el derecho a operar un servicio regular dentro de la ruta Río — Buenos Aires — Santiago — Lima — Quito en ambos sentidos. Para estos efectos, Perú será llamado “país de bandera” y Argentina “país otorgante”. Quito será el punto anterior, Santiago el punto intermedio y Río el punto posterior o “de más allá”, con respecto a Lima y Buenos Aires en aquello que se ha calificado líneas arriba de línea recta imaginaria (o, como también se le llama, patrón de ruta) (2).

La Primera Libertad supondrá para los aviones de la aerolínea designada por el país de bandera (AEROPERU) poder sobrevolar territorio argentino en dirección a un tercer país y la Segunda, el que aquellos puedan hacer escalas técnicas en territorio argentino para, por ejemplo, reabastecerse de combustible.

La Tercera Libertad permitirá a la aerolínea peruana llevar pasajeros, carga y correo de su territorio hasta territorio argentino y la Cuarta, sacar pasajeros, carga y correo de territorio argentino para transportarlos hasta territorio peruano.

La Quinta Libertad, en cambio, le permitirá a la aerolínea peruana movilizar pasajeros, carga y correo de territorio argentino para llevarlos bien sea a Quito (Quinta Libertad de punto anterior), a Santiago (Quinta Libertad de punto intermedio); o a Río (Quinta Libertad de punto posterior o “de más allá”), así como también llevar a Buenos Aires pasajeros, carga y correo originados en Quito, en Santiago o en Río.

De esa manera, en el ejercicio de la Quinta Libertad, la aerolínea peruana estaría usufructuando los derechos que naturalmente la línea argentina tendría respecto de un determinado volumen de pasajeros, carga y correo propios, movilizables directamente por ella en operaciones de Tercera y Cuarta Libertad de Buenos Aires a Quito, a Santiago y a Río y viceversa, dentro de los convenios bilaterales que Argentina tuviera celebrados con Ecuador, Chile y Brasil. Así la aerolínea pe-

ruana a la que se hubiera otorgado derechos de Quinta Libertad dentro del convenio Perú—Argentina, estaría sustituyendo a la línea argentina en esas rutas, dentro de los límites de capacidad y frecuencias que se le hubieran fijado.

Es por eso que la Quinta Libertad ha sido considerada frecuentemente como la intromisión de una línea extranjera en las prerrogativas que naturalmente corresponden tanto a las empresas aéreas del país otorgante cuanto a las de los terceros países que tuvieran celebrados con éste convenios bilaterales de tráfico aéreo, dentro de los que, idealmente, las operaciones de transporte debieran realizarse exclusivamente en Tercera y Cuarta Libertad, sin escalas intermedias entre los territorios de los Estados contraparte.

No obstante, la concesión de la Quinta Libertad tiene también que ser entendida como un mecanismo necesario para justificar económicamente la operación de una aerolínea dentro de una ruta dada —generalmente cuando está trazada entre dos puntos muy distantes— ya que no siempre es posible contar con volúmenes de tráfico suficientes como para permitir que la relación entre los Estados contratantes se produzca exclusivamente en vuelos de Tercera y Cuarta Libertad (3). Puede resultar imprescindible utilizar al máximo la capacidad de los aviones recogiendo tráfico en puntos anteriores al del territorio del país de bandera o, lo que es más frecuente, dejando o recogiendo tráfico en puntos intermedios entre tal territorio y el del país otorgante o aún transportándolo hasta puntos posteriores a éste.

Es sólo cuando la distancia entre los puntos del territorio de cada uno de los Estados suscriptores del convenio es corta (i.e. Miami—Caracas) y/o cuando el volumen de tráfico existente entre ambos es grande, que la Quinta Libertad y su otorgamiento dejan de tener significación, ya que son las propias aerolíneas de cada país las que pierden interés en aquella.

Se sostiene, sin embargo, que las aerolíneas deben ser estimuladas a promover el desarrollo del volumen de tráfico de Tercera y Cuarta Libertad mediante limitaciones en el otorgamiento de Quinta Libertad.

(ii) La capacidad

Este concepto está vinculado al ejercicio específico de las “libertades del aire” concedidas u

-
- (2) La bilateralidad del convenio hace que ambos Estados sean, a la vez, “país de bandera” y “país otorgante”, en tanto que los derechos se otorgan recíprocamente para ser ejercidos por las así llamadas “líneas aéreas designadas” de cada uno de aquellos. De otro lado, es claro que cada uno de los Estados cuyas ciudades capitales aparecen formando parte de la ruta propuesta estarán vinculados entre sí por sendos convenios bilaterales de tráfico aéreo o por otro instrumento similar.
- (3) A las razones comerciales que pueden no justificar vuelos sin escalas entre dos puntos, i.e. Buenos Aires y Miami, se han sumado durante muchos años las de índole operativa derivadas de la incapacidad técnica de ciertos aviones de volar “non stop” entre puntos distantes. Sin embargo, aún en el supuesto de que este componente hubiera desaparecido por la incorporación a las flotas aéreas de equipos con mayor autonomía de vuelo, aquel otro de naturaleza comercial podría subsistir y hacerlo con legitimidad.

obtenidas en lo que respecta a oferta de asientos o espacios de carga en determinados servicios semanales (frecuencias).

No obstante, su cabal comprensión no puede soslayar el aporte de los postulados de las dos tesis opuestas en materia de concesión de derechos de tráfico aéreo.

Para la doctrina de los "cielos abiertos" las aerolíneas deben tener la posibilidad de determinar sus respectivas capacidades en forma autónoma, guiadas por las reglas del mercado y la libre competencia. Para la de la "pre-determinación", en cambio, el Estado que otorga el derecho le fija a la aerolínea del Estado contraparte no solamente sus frecuencias, sino su capacidad, "pre-determinando" cuántas veces a la semana y con qué tipo de aviones puede ejercer las "libertades del aire" que se le han concedido dentro de una ruta dada.

"De (no) ser así, una empresa poderosa podría ser capaz de absorber todo el tráfico disponible y, eventualmente, adquirir un control monopólico sobre la ruta aérea en cuestión. Se entenderá entonces por qué la reglamentación de la capacidad se ha convertido en uno de los más espinosos problemas del transporte internacional de post-guerra" (4).

Es más, las propias cláusulas relativas a la capacidad contenidas en los acuerdos tipo Bermuda (llamadas Cláusulas de Capacidad de Bermuda), no obstante su texto standard, han sido interpretadas tanto consagrando la tesis de los "cielos abiertos" cuanto permitiendo la de la "pre-determinación".

El Convenio Bilateral de Tráfico Aéreo Perú-Estados Unidos de América

Las relaciones aerocomerciales entre el Perú y los Estados Unidos de América estuvieron reguladas por el Convenio Bilateral de Tráfico Aéreo Perú-Estados Unidos de América suscrito en 1946. Como ya se ha anotado, el convenio tipo utilizado fue el Convenio de Bermuda celebrado el mismo año por Gran Bretaña y Estados Unidos de América. Aquél fue enmendado en 1966 y formalmente denunciado por el Perú el 12 de noviembre de 1982. Por así disponerlo el propio texto del Convenio de 1946, la terminación de sus efectos se produjo doce meses después de presentada la correspondiente Nota de Denuncia ante el Gobierno norteamericano, esto es, el 12 de noviembre de 1983 (*).

A lo largo de su extenso período de vigencia, el Convenio de 1946 fue objeto de frecuentes interpretaciones contrapuestas, las que contribuyeron a generar consenso en el sentido de que aquél se había vuelto ineficaz para alcanzar los objetivos para los cuales fue suscrito. El sustento de las interpretaciones de uno y otro Estado era la tesis de los "cielos abiertos" en lo que a Estados Unidos de América se refiere y la de la "libertad regulada del aire" o de la "pre-determinación" en el caso del Perú.

Ideologías tan dispares como las anotadas hacían que las respectivas lecturas del texto del Convenio de 1946 a cargo de cada uno de los Estados contratantes, fueran, en la mayor parte de los casos, disímiles. Así, los Estados Unidos de América persistían en sostener que dicho texto consagraba el principio de que las aerolíneas —y no los Estados— son las que determinan la capacidad y la frecuencia de sus operaciones. El Perú sostuvo siempre lo contrario.

De otro lado, habida cuenta de las características del servicio entre el Perú y los Estados Unidos de América y del extenso territorio cubierto por aquél, así como de lo que el propio Convenio de 1946 estipula, Estados Unidos de América ha entendido los derechos de Quinta Libertad intermedia y posterior recogidos por tal instrumento. El Perú, luego de varias décadas de no haber cuestionado este derecho, ha comenzado a hacerlo, cada vez con más vigor.

En octubre de 1982, antes de que se produjera la denuncia del Convenio de 1946 por parte del Perú, ambos países, ya convencidos de la necesidad de comenzar a discutir los términos de un nuevo convenio bilateral, se reunieron en Lima por primera vez con ese propósito.

En esa oportunidad Estados Unidos de América hizo explícita su aproximación al problema del intercambio de derechos de tráfico aéreo a través de dos documentos, uno de los cuales representaba el régimen de transición entre el Convenio de 1946 y el nuevo convenio bilateral a regir las relaciones de ambos países en el futuro; y, el otro, (el así llamado US Model Agreement 1980) que contenía su propuesta para este último instrumento.

Si el Convenio de 1946 había sido ya calificado de particularmente liberal por el Perú, los documentos que se acaban de mencionar, los que no hacían otra cosa que dimensionar los mismos principios contenidos en el Convenio de 1946, llevaron este sentimiento al extremo de estimular la denuncia del convenio.

No es posible dejar de mencionar que si el Perú denunciaba el Convenio de 1946 por considerarlo

(4) Cheng, Bin, *The Law of International Transport*, Stevens/Oceana, Londres, 1962.

(*) En tanto no ha sido aprobado aún ningún régimen sustitutorio, las relaciones aerocomerciales entre ambos países vienen siendo reguladas por la reciprocidad y por los derechos contenidos en los respectivos permisos de operación de las aerolíneas designadas por cada país, cuya vigencia se renueva periódicamente.

muy liberal, era porque, al mismo tiempo, se creía en la posibilidad de negociar con los Estados Unidos de América un régimen más equilibrado de intercambio de derechos de tráfico aéreo. Denunciar el Convenio de 1946 para, por carencia de poder de negociación, verse compelido a someterse a un régimen aún más liberal que el denunciado, hubiera carecido de sentido.

No obstante, esta es la situación que parece ahora enfrentar nuestro país, luego de haberse llevado a cabo dos reuniones de consulta adicionales a la realizada en Lima en octubre de 1982, que no han hecho otra cosa que definir, de manera tal que no admite duda, la política aérea norteamericana y las pretensiones de este país en lo que a sus relaciones aerocomerciales con el Perú se refiere. (*)

Es necesario destacar que estas expectativas no son distintas de las que los Estados Unidos de América tienen con respecto al resto de la comunidad internacional. Sin embargo, es evidente que los convenios bilaterales de tráfico aéreo celebrados por los Estados Unidos de América con otros países, si bien es cierto que están inspirados por los mismos principios, difieren en algunas de sus características, ya sea porque la estatura y potencial aeronáutico de una determinada contraparte así lo exigen o porque la ruta a servir no hace necesarias discusiones mayores con respecto a asuntos tales como el otorgamiento de Quintas Libertades intermedias o posteriores (i.e. Convenio Bilateral Estados Unidos-Méjico).

El Perú, en cambio, a medida que ha ido adquiriendo vigencia en el transporte aéreo internacional, sobre todo a partir de la creación de AEROPERU, ha ido radicalizándose en su posición original, al extremo de no sólo querer preservar en manos de su autoridad aeronáutica aspectos tales como la determinación de la capacidad y las frecuencias, sino que ha comenzado a postular la reducción, hasta su eliminación, del otorgamiento de derechos de Quinta Libertad.

Todo parece indicar, pues, que la definición de los nuevos términos de las relaciones aerocomerciales entre Perú y los Estados Unidos de América será compleja y costosa, ya que nada hace suponer que estos países modifiquen espontáneamente sus respectivas posiciones. frente al problema, a no ser que medien factores endógenos o exógenos que los obliguen a hacerlo.

El Perú en los últimos años ha podido permitirse ser consecuente con sus postulados sobre la materia, al otorgar a la línea aérea designada por los Estados Unidos de América permisos de operación que man-

tienen en poder de la autoridad aeronáutica nacional la determinación de la capacidad y de las frecuencias y que, de alguna manera, limitan el ejercicio de los derechos de Quinta Libertad (intermedia y posterior).

No obstante, al haber desaparecido —por la denuncia del Convenio de 1946— el marco legal dentro del que sus relaciones aerocomerciales con los Estados Unidos de América se venía produciendo, estas últimas han pasado a ser reguladas por la reciprocidad, de manera tal que ahora el intercambio de derechos debe verificarse, en principio, en condiciones de equivalencia plena. Así, por ejemplo, si la línea aérea designada por el Perú ejerciera, como de hecho lo hace, derechos de Quinta Libertad con respecto a los Estados Unidos de América, no parecerían existir razones para que el Perú le negara un derecho similar a la línea norteamericana (*).

Una profunda evaluación de la situación descrita, de la que no podrá quedar ausente la de la efectiva fuerza de negociación de cada uno de los contratantes, así como la forma como ha venido siendo conceptualizada la aviación civil en el Perú, podría contribuir de manera significativa a precisar cuáles debieran ser los verdaderos términos de la política aérea de nuestro país. Sólo en ese momento —y no antes— será posible intercambiar derechos de tráfico aéreo realista-mente no sólo con los Estados Unidos de América sino con los demás países con los que el Perú mantiene relaciones de esta naturaleza.

Cuando el presente artículo se encontraba en proceso de impresión, las relaciones aerocomerciales entre el Perú y los Estados Unidos se vieron interrumpidas como consecuencia del vencimiento de la vigencia de los permisos de operación de las líneas aéreas peruanas sin que ambos países hubieran podido llegar a un acuerdo satisfactorio.

La vigencia de tales permisos de operación terminó, en principio, junto con la del Convenio Bilateral respectivo, el pasado 12 de Noviembre de 1983. Sin embargo, aquella fue sucesivamente prorrogada por períodos cortos por los Estados Unidos. Como hasta el 21 de Mayo de 1984 -fecha del vencimiento de la última prórroga- no fué posible alcanzar resultados, no se produjo una nueva extensión del plazo de vigencia de dichos permisos, los que dejaron de tener efecto en la oportunidad señalada. Ello, a su vez, acarreó consecuencias similares para los permisos de las líneas norteamericanas.

Mayo 22, 1984

-
- (*) La expectativa norteamericana en lo que a su relación aerocomercial con el Perú respecta, es, básicamente, una liberalidad significativamente mayor que la pre-existente, reflejada en cuestiones tales como incrementos sustanciales en la capacidad y las frecuencias en la medida en que el volumen de tráfico lo justifique; derechos de Quinta Libertad intermedia y posterior, (incluyendo casi todos los países al Sur del Perú); flexibilidad con respecto a los vuelos "charter"; y, eliminación de todas las prácticas restrictivas peruanas que, en opinión de los EEUU, atentan contra la libre competencia (i.e. subsidios en el precio del combustible peruano; monopólio de "Ground Handling" ejercido por CORPAC, etc.).
 - (*) El permiso de operación de Eastern Airlines no le confiere derechos de Quinta Libertad hacia y desde Buenos Aires. Sin embargo, esta empresa los viene reclamando enérgicamente a través de la Civil Aeronautics Board, aduciendo, primero, que ellos le habían sido conferidos a su precedesora Braniff International; que el Convenio de 1946 contenía esos derechos; y, que, además, su ejercicio era económicamente necesario para la operación regional de la aerolínea citada.

La presente sección tiene por objeto recoger opiniones sobre temas de gran trascendencia relativos a la Universidad y la enseñanza del Derecho. Nos complace presentar en esta edición una reflexión del Dr. Héctor Cornejo Chávez, catedrático de nuestra Facultad por más de 25 años.

Como educa la Universidad Católica

Héctor Cornejo Chávez

Ex-Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Hace algún tiempo, el CAPU organizó una mesa redonda en torno a un tema que pudiera, paradójicamente, parecer sorpresivo en nuestra Casa de Estudios: ¿Cómo educa hoy la Universidad Católica del Perú?

Una primera referencia me resultó anecdótica: minutos antes de concurrir a la primera reunión de ese fórum, un alumno mío, enterado circunstancialmente del motivo de la reunión, me preguntó si los estudiantes universitarios no llegan a las puertas de ésta o de cualquiera otra universidad "un poco tarde" para ser sujetos beneficiarios de cualquier tipo de educación. Me recordó, al efecto, que según el Código Civil, la educación de los hijos a cargo de los padres o bajo la inmediata vigilancia de éstos termina precisamente con la patria potestad, a los 18 años, es decir, coincidentemente a la misma edad en que de ordinario se ingresa a las aulas universitarias. No tengo que aclarar que se trataba de un enterado estudiante de Derecho.

Empero, si por educación ha de entenderse un proceso formativo, enderezado a cultivar las virtualidades positivas y desalentar las negativas con que todo ser humano llega a este mundo, entonces la educación no termina nunca: dura lo que la vida. Porque todo hombre lleva adentro un Dr. Jekyll y un Mr. Hyde. Y porque nunca es demasiado tarde para desarrollar una virtud ni para sacudirse de un vicio. Según esto, lo que el Derecho pretende decir cuando pone término a la potestad es simplemente que a partir de entonces el proceso formativo ya no es de responsabilidad de los padres, sino del propio interesado e indirectamente de otros entes y circunstancias; que ha terminado la primera, pero no la única y ni la última, etapa del largo, complejo y apasionante proceso del cultivo de un ser humano. Y en este "cultivo" consiste, aun etimológicamente, la "cultura", lo mismo en un individuo aislado que en una colectividad de individuos.

No es, pues, la edad del estudiante lo que obstruye o dificulta el cumplimiento por la Universidad de una tarea educativa, sino otros factores de no fácil manejo.

Convéngase, por de pronto, en que no habrán de ser sólo los estudiantes los sujetos beneficiarios de un esfuerzo educativo de la institución, sino que también tendrían que serlo, de otro modo y con otras perspectivas de buen éxito, los docentes mismos y aun otras personas más allá de los cercos universitarios. Con otras, y menores, perspectivas de buen éxito, porque "mientras más viejo el árbol, más resistente a todo esfuerzo de enderezamiento".

En las pocas cuartillas de este artículo, no es posible, ni lo pretendo, otra cosa que pergeñar algunas ideas sueltas al respecto.

Pero una de las importantes, según me temo, podría ser la de si "un deber institucional de educar"—pretendidamente asumido a través, sobre todo, de sus docentes— no violaría de alguna manera la libertad intelectual de éstos y el principio de "libertad de cátedra", que generalmente se admite como fundamental. Y otra, acaso más importante todavía, la de si atribuir a la Universidad, como conjunto institucional, una determinada orientación educativa no le quitaría aquella nota de "apertura", de "universalidad", de "ecumenismo" y por ello de "catolicidad" que toda universidad ha de tener como carácter esencial.

Desde luego, hay ciertos valores educativos que toda universidad no sólo puede sino que debe —sin mengua de su libertad— cultivar: la capacidad de un razonamiento riguroso en lo filosófico y en lo científico, el interés sistemático por descubrir y analizar facetas inéditas de la problemática humana y nacional, el espíritu de auto-exigencia y responsabilidad, la superación de los criterios y los comportamientos que privilegian las finalidades puramente crematísticas de la actividad profesional y otras semejantes, no sola-

mente no atentan contra la esencia de la universidad, sino que la definen y aseguran.

Pero hay otros valores —y entre ellos algunos tan fundamentales como los vinculados al origen, la misión y el destino final del hombre, la actitud universal y abierta frente al hombre y la cultura, el sentido del diálogo y la tolerancia, el espíritu de servicio y la vocación de entrega a los demás— cuyo cultivo está íntimamente vinculado a la cosmovisión a que se adhiera. Y no hay, ciertamente, una sola cosmovisión. Ni todos los hombres —y esto incluye también a quienes integran de hecho las universidades— se sienten en el caso de asumir alguna o de aplicar a su menester universitario la que personalmente abracen.

Una cosmovisión cristiana, tal como la entendemos al menos, afirma la filiación divina del hombre y la sobrenaturalidad de su destino final, privilegia una actitud de fraternidad, de servicio, de comprensión. Otras hay que reducen al hombre a su dimensión puramente temporal, que incitan al sectarismo, a la violencia, a la cerrazón, al desprecio de otros modos de pensar. Y esto, sólo para proponer un ejemplo consiguiente de las muchas discrepancias radicales que separan o pueden separar a una cosmovisión de otras; y que, planteadas ab initio al nivel de las teorías, se proyectan inmediata o mediadamente, a plena conciencia o inadvertidamente, sobre el campo de las conductas y los comportamientos.

Pues bien, ¿se concibe una "universidad católica" que asuma —o cuyos integrantes, al menos sus docentes, asuman— una cosmovisión distinta o distante o contrapuesta a la cristiana? Y, como contrapartida, ¿se concibe una universidad, aun siendo católica, que imponga la cosmovisión cristiana como la única que deba exponerse o asumirse por todos sus miembros, sobre todo sus docentes?. O, para decirlo en otros términos, ¿tiene derecho a denominarse "católica" una universidad dentro de cuyo espíritu y a través de cuya acción resulten afirmadas cosmovisiones —y, por consecuencia, actitudes— anticristianas?; o, como contrapartida, ¿tiene derecho a auto-denominarse "universidad" aquélla que denigra o simplemente ignora toda cosmovisión que no sea la cristiana?

El problema o la disyuntiva aparece, obviamente, como de ardua solución.

Personalmente, pienso que un planteamiento así, formulado en términos de una radical y excluyente alternativa, oscurece la cuestión; y hasta podría tildarse, en cierta medida al menos, de sofístico.

Lo cierto, desde mi personal perspectiva, es que un tal planteo de "lo tomas o lo dejas" sitúa la cuestión en una encrucijada artificiosa.

Hay en todo esto —entre otras— dos cuestiones que no se deben soslayar. La primera es que el hecho de que una universidad sea católica no significa, en modo alguno, que se destierre de sus aulas, seminarios, bibliotecas, centros de investigación el conocimiento entero, el análisis serio y la crítica objetiva de todas las ideas, incluso las propias de cosmovisiones diferentes y aun discrepantes, pero si exige que se las sitúe y las confronte sobre el cuadro de una cosmovisión cristiana, que es la que la universidad asume, sin que ello invada el terreno —que es casi un sagrario— de la libertad con que cada quien asuma, y esto es lo definitivo, su propia opción.



La segunda es que a nadie se le obliga a incorporarse, como docente sobre todo, a una universidad católica; mas el que libremente la elija contrae un deber moral de consecuencia, del cual puede liberarse en el momento que lo deseé apartándose de aquélla.

Al final de cuentas, la universidad católica asume un deber moral de lealtad frente a la colectividad en general y específicamente respecto de quienes vienen a ella o que son enviados a ella por quienes, a partir del nombre de la institución, suponen, y tienen derecho a suponer, que esta universidad es lo que dice ser y no otra cosa distinta u opuesta; y los docentes, al incorporarse libremente a sus claustros, contraen también con ella el deber de lealtad de no utilizar la etiqueta que la presenta y la califica para realizar una labor que contradice o que siquiera no enmarca en su declarada esencia.

Nada de lo escrito en los párrafos inmediatamente anteriores reza, obviamente, con aquellas disciplinas y actividades que, por su misma naturaleza, son ajenas a los aspectos doctrinales implicados: no hay una manera cristiana de formar un matemático o de jugar al fútbol.

Por cierto que, desde otro punto de vista que rechazase el nuestro con más o menos indignación, hay siempre otra solución: quitar el mote de "católica" del frontispicio y del papel membretado de esta universidad, y actuar, ahorá-sí, en consecuencia.

“Aplicabilidad del Derecho Laboral al Contrato de Trabajo desde su celebración”.

Fernando García

Alumno del 5to. Ciclo del Programa de Derecho PUCP

I

La búsqueda de un fundamento para la relación individual de trabajo, es decir, del vínculo existente entre quien presta un servicio y el que se beneficia del mismo, enfrentó a los juslaboralistas suscitando una polémica para determinar si el contrato de trabajo bastaba para constituir, por sí solo, la relación de trabajo o si requería de un elemento objetivo (prestación de servicios). Dicho debate doctrinario contrapuso dos teorías: la de los contractualistas o adeptos a la teoría del contrato y la de los relacionistas o adeptos a la teoría de la incorporación.

Según la teoría del contrato “la relación de trabajo se constituye como relación jurídica por la celebración del contrato de trabajo. Por ello, el contrato de trabajo se puede entender también como el acuerdo de voluntad que crea y configura la relación de trabajo” (1).

Para los relacionistas o adeptos a la teoría de la incorporación, en la versión representada por NIKISCH se reconoce “como acto decisivo el empleo del trabajador en la Empresa o en el hogar, lo que representa también, ciertamente, un acuerdo de voluntad entre el empleador y el trabajador, acuerdo que, sin embargo, no es un contrato o negocio jurídico, ya que no implica la aparición de consecuencias jurídicas determinadas, sino que lleva a una situación de hecho” (2). KROOTOSCHIN, comentando la teoría de la relación de trabajo, dice: “Teniendo en cuenta que el contenido del contrato se determina principalmente por normas objetivas, parte de la doctrina (alemana, italiana, española) se inclinaba a ver en el hecho también objetivo, de la incorporación a la empresa el fundamento de la relación entre empleador y trabajador. No interesaría el contrato como fuente de derechos y obligaciones mutuos, sino que éstos se consideraban derivados de la situación de hecho, producto de la incorporación, . . .” (3).

Este debate parece hoy en día superado y las posiciones han llegado a cierta compatibilidad entre los puntos controvertidos, como bien señalan HUECK Y NIPPERDEY, agregando que, al examinar “cuidadosa y agudamente numerosas cuestiones prácticas” se ha llegado a “una solución adecuadamente eficaz de la justicia social” (4). En otros términos, en ciertas ocasiones se respeta el contrato de trabajo como generador de la relación de trabajo y en otras se considera suficiente el hecho objetivo de la prestación de servicios para la creación de una relación jurídica.

Mayoritariamente en la doctrina se entiende que el contrato de trabajo (acuerdo contractual) es el origen normal de la relación de trabajo. Es decir, del contrato devienen normalmente la prestación de servicios y la relación jurídica que vincula al trabajador y al empleador, claro está, sin dejar de reconocer que en ciertas oportunidades basta el trabajo efectivo para crear derechos y obligaciones.

DEVEALI considera que “la relación de trabajo surge normalmente por efecto del contrato de trabajo” (5). CABANELAS es de la misma opinión: “la realidad es que el acuerdo subsiste y así conviene que siga ocurriendo. La relación laboral se integra precisamente por el acuerdo contractual que la precede” (6). De manera que, sin dejar de reconocer la importancia del trabajo efectivo como creador de la relación de trabajo, es el contrato de trabajo la fuente normal de la relación laboral.

Esta concepción se integra con la consideración de que el contrato laboral se rige por el derecho civil mientras no se inicia la prestación de servicios (incorporación del trabajador a las labores efectivas en su centro de trabajo) y es recién cuando hay trabajo efectivo que el contrato se rige por el derecho del trabajo. Es lo que se denomina un contrato-realidad, idea acuñada por DE LA CUEVA y que ha tenido notable influencia en la doctrina.

(1) HUECK Y NIPPERDEY. Compendio de Derecho del Trabajo. Madrid, 1963. pág. 84.

(2) Ibid., pág. 84.

(3) KROOTOSCHIN, Ernesto. Instituciones de Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1968, pág. 375.

(4) HUECK Y NIPPERDEY. Obra citada, pág. 86.

(5) DEVEALI, Mario. Lineamientos de Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1956, pág. 235.

(6) CABANELAS, Guillermo. Contrato de Trabajo. Vol. I. Buenos Aires, 1963, pág. 127.

Basándose en la existencia real de la subordinación en el trabajo efectivo, dicho autor llega a la conclusión de que: "... es la prestación de servicios y no el acuerdo de voluntades lo que determina que el trabajador quede amparado por el derecho del trabajo, o expresado en otras palabras, la prestación de servicios es la hipótesis o supuesto necesario para la aplicación del derecho del trabajo" (7).

KROOTOSCHIN estima que "cuando excepcionalmente un contrato de trabajo no llegue a ejecutarse, es cierto que no se producen los efectos típicos de semejante contrato, sino que las consecuencias de la falta de ejecución se reducen a las comunes en caso de incumplimiento" (8).

Para NIKISCH el contrato de trabajo es "un simple contrato jurídico obligacional que fuerza al empleador a emplear y al trabajador a la entrada al servicio del empleador; pero de él no se derivan, sin embargo, acciones para exigir la prestación de trabajo, el pago del salario, ... etc, sino que su incumplimiento da lugar a la acción de indemnización por daños" (9).

Es decir que mientras no se inicie la prestación de servicios, el contrato de trabajo no es un contrato de índole laboral, sino un contrato "pertinente al derecho común de las obligaciones" (10). Es recién cuando el trabajador empieza sus labores que el contrato entra al mundo del derecho del trabajo.

El determinar desde cuándo empieza a regir el derecho del trabajo, es sólo un punto tangencial de la polémica entre contrato de trabajo y relación de trabajo, sin embargo, adquiere importancia en el tratamiento jurídico del contrato laboral, ya que, entendiéndolo como un contrato – realidad es regido por el derecho civil y por el derecho del trabajo, lo cual, en nuestra modesta opinión, no constituye una concepción adecuada. Cuestionar este doble régimen jurídico es el objetivo del presente artículo.

En esta perspectiva surgen ciertas interrogantes, por ejemplo; ¿es que sólo puede aplicarse el derecho laboral al hecho del trabajo?, ¿se aplica realmente el derecho del trabajo desde la incorporación o desde la celebración del contrato?, ¿cómo debe entenderse la consensualidad en el contrato de trabajo, siendo éste un contrato – realidad, es decir, que necesita de un hecho externo además del simple consentimiento para perfeccionarse?. Esbozemos algunas ideas tratando de resolver estos cuestionamientos y, sobre todo, de llegar a nuestras propias conclusiones que, probablemente, sean diferentes a las aceptadas por la doctrina.

II

El derecho del trabajo establece normas de orden público, de carácter imperativo, que no pueden admis-

tir pacto en contrario ni ser rebajadas, ya que constituyen "garantías mínimas". Todo contrato que vaya en contra o por debajo de las condiciones mínimas es nulo, lo mismo que la nulidad de una cláusula no afecta la validez de las otras y si en una cláusula se rebajan derechos irrenunciables, dicha cláusula se entiende pactada al mínimo, verbi gracia: salario mínimo.

CABANELLAS, considera que "la nulidad se produce de pleno derecho, de manera que no puede ser salvada por las partes" (11). Asimismo, la Constitución Política vigente en el Perú desde 1979 en su artículo 57 señala: "Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo".

Pues bien, ¿qué norma se está aplicando al cuestionar la validez de una cláusula de un contrato de trabajo, en que se ha estipulado un sueldo por debajo del mínimo vital?, ¿es una norma civil o una laboral?. Es evidente que es una norma laboral la que se está aplicando y no se tiene que esperar a que se inicie la prestación de servicios para que sea nula la cláusula, ya que eso permitiría un lapso en que tal estipulación tendría validez, lo cual no puede aceptarse. La nulidad se impone ipso iure desde la celebración y no desde que se inicia la actividad del trabajador.

DEVEALI, argumentando la necesidad de definir la relación de trabajo en sentido propio dice: "La mayoría de normas que constituyen el derecho del trabajo se refieren más que al contrato de trabajo considerado como negocio jurídico y a su estipulación, a la ejecución que se da al mismo por medio de la prestación y la aplicabilidad y los efectos de aquellas dependen más que del tenor de las cláusulas contractuales de las modalidades concretas de dicha prestación" (12). Como bien dice Deveali, "la mayoría de normas", es decir, casi todas las normas laborales legislan el hecho del trabajo; sin embargo, subyace la idea de que no son todas las normas y que queda un grupo de ellas que puede aplicarse al contrato de trabajo, aún sin inicio de la prestación, v. gr. normas de orden público. Parece, entonces, ilógico someter a un régimen civil un contrato al que se le aplican normas laborales.

El reconocer que el hecho del trabajo merezca protección del derecho laboral, no puede llevarnos a concluir que es sólo el hecho del trabajo el que deba ser protegido. La aplicación del derecho laboral al contrato aún sin trabajo efectivo, no va en contra de la protección al hecho del trabajo; es más, el derecho del trabajo cumple mejor con su carácter protector extendiendo su brazo normativo sobre el contrato desde su celebración, previendo posibles situaciones de abuso.

(7) DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. México, 1970, págs. 456-457.

(8) KROOTOSCHIN, Ernesto. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1977, pág. 163-164.

(9) HUECK Y NIPPERDEY. Obra citada, págs. 84-85.

(10) KROOTOSCHIN, Ernesto. Instituciones de Derecho del Trabajo, pág. 377.

(11) CABANELLAS, Guillermo. Obra citada, págs. 384 y ss.

(12) DEVEALI, Mario. Obra citada, págs. 234 y ss.

KROTONSCHIN, corroborando la aplicación protecciónista del derecho del trabajo, manifiesta que los deberes de lealtad y de previsión pueden muy bien producir efecto aún antes de la incorporación y hasta pueden nacer derechos a la remuneración si la incorporación se demora por un hecho por el cual responde el empleador. Agrega lo siguiente: "... es posible, también por excepción, que haya contrato sin relación alguna de trabajo, cuando el trabajador por algún motivo no se incorpora efectivamente. Los adeptos de la teoría de la incorporación, negaron en esta hipótesis, carácter de contrato de trabajo, considerándolo como pertinente al derecho común de las obligaciones. La diferencia se reduce a una cuestión terminológica. Es claro que el contrato no produce todos sus efectos, si no se inicia también la relación efectiva (lo mismo ocurre análogamente en los contratos de locación, sociedad, etc.). Pero ello no impide considerar contrato de trabajo también la fase por así decir preparatoria de la relación, incluso se defiende mejor el principio protectorio del derecho del trabajo, sometiendo el contrato a las reglas y principios del derecho laboral, aún cuando la relación no se realiza" (13).

Nuevamente la aplicación del derecho laboral parece necesaria y evidente. Consideramos, al igual que Krotoschin, que se cumple mejor con el carácter protector del derecho del trabajo, "sometiendo el contrato a las reglas y principios laborales", claro está, sin dejar de reconocer que la mayoría de normas laborales se aplican cuando comienza la prestación del servicio, pero esta aplicación mayoritaria de normas no es obstáculo para aplicar el derecho del trabajo desde la celebración del contrato, aplicación que evidentemente no será total por cuanto aún no hay trabajo efectivo.

Sin embargo, no parece coherente que un contrato de trabajo sea regido por principios civiles cuando se aplican normas laborales. DE LA CUEVA, considera que la protección laboral empieza recién desde la prestación de servicios y que el acuerdo contractual no está desprovisto de efectos, pues, de ser así, resultaría un acto inútil. Estos efectos son el de crear obligaciones para cada parte y es sabido que el incumplimiento de éstas produce consecuencias jurídicas generando acciones legales. "Pero éstas acciones no constituyen la aplicación propia del derecho del trabajo, pues o son acciones de responsabilidad civil que, si bien encuentran su fundamento en la legislación del trabajo, en nada se distinguen de la responsabilidad reglamentada por el derecho común, o, como la acción del trabajador para que se le admita al trabajo prometido, no constituye sino el preliminar para que posteriormente, se aplique la legislación del trabajo a la relación que se hubiere establecido" (14). Con éste razonamiento el contrato de trabajo sería un acto inútil, laboralmente hablando, lo cual no es del todo exacto, ya que desde la celebración del contrato na-

cen algunos derechos de índole laboral. Por otro lado, si la acción de responsabilidad encuentra su fundamento en el derecho del trabajo, no hay razón para que sea ventilado en el fuero común, aún cuando la acción no se distinga en gran medida. Finalmente, si se admite una acción para que se le permita al trabajador iniciar su trabajo, no hay duda que su fundamento estará en el derecho laboral, sin importar que sea un acto preliminar para la aplicación de principios y normas laborales.

Es necesaria una coherencia legal. No podemos considerar como civil y laboral a un solo contrato. MARANHAO, comentando la idea de De la Cueva, considera que el derecho laboral se aplica al contrato de trabajo: "... el no cumplimiento de las obligaciones contractuales produce consecuencias jurídicas aún cuando no haya llegado a haber prestación efectiva del trabajo. No podemos acoger la opinión de De la Cueva de que la acción del empleado para la cobranza de salarios después de la celebración del contrato, sin que haya prestación real no constituye "aplicación del derecho del trabajo". Tal acción en el Derecho Brasileño tendría disposición expresa en la Consolidación, que considera como de servicio efectivo el período en que el empleado queda a disposición del empleador, por fuerza del contrato. Supongamos, todavía, la hipótesis de un contrato por plazo cierto al que el empleador se hubiese negado a dar cumplimiento. No habría habido prestación efectiva ni inserción del trabajador en la empresa. Pero, porque el contrato produce efectos jurídicos, porque de él resulta una "relación de derecho", que no es otra que la relación jurídica de trabajo, sería innegable en ese caso el derecho del empleado a la indemnización prevista en el art. 479 de la Constitución. Y la acción constituiría así, fuera de cualquier duda, aplicación del derecho del trabajo" (15).

La afirmación de Maranhao, respecto a la aplicación del derecho del trabajo al contrato aún sin incorporación, es categórica y, sobre todo, innegable. ¿Qué otra relación jurídica podría crear un contrato de trabajo que no fuera una relación jurídica laboral? Si se acepta que el contrato de trabajo está sometido a dos regímenes, entonces desde la celebración se crearía una relación jurídica civil y sólo desde la prestación de servicios se establecería una relación jurídica de orden laboral. Consideramos con Maranhao, que se crea una relación jurídica de trabajo, más aún, si se tiene en cuenta, que con el carácter de orden público de las normas laborales, deben de aplicarse algunas normas y principios del trabajo.

DE FERRARI, respetando la supervivencia de la idea del contrato como fundamento de la relación individual de trabajo, considera: "no es cierto, a nuestro

(13) KROTONSCHIN, Ernesto. *Instituciones de Derecho del Trabajo*, págs. 375 y ss.

(14) DE LA CUEVA, Mario. Obra citada, pág. 457.

(15) MARANHAO. *Institucoes de direito de trabalho*. Vol. I. Pág. 264. Río de Janeiro, 1957.

Operaciones Oceanicas S.A.

AV. ARGENTINA 368
CALLAO

TELFS. 294010 - 294814
TELEX 25465 PE - OPOCEAN

CENTRO COMERCIAL

Vallehermoso

DE MONTERRICO

Los Miembros del Comité Directivo de la Revista Themis agradecen a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de éste primer número, en especial a:

Alfredo Ostoja L.A.

Miguel de la Lama E.

Domingo García Belaunde

Roberto Palacios S.

Vittorio Pinasco L.

Alberto Varillas C.

Carlos Deustua L.

Milagros Villacorta M.

Martín Tayro C.

Juan Giacopelei

Andrés Osterling L.

Armando Lazarte

Milton Von Hesse

Miguel Castillejo

Ricardo Castillo P.

José Amado Galván

Javier Arias Stella

Timmy Cardich de Chappuis

Gustavo López Ameri

Ursula Bassalick T.

Juan Carlos López Ameri

modo de ver, que sea la relación de trabajo y no el contrato lo que atrae la legislación laboral, ni es verdad que ésta encuentra recién un modo de aplicarse y de entrar en vigor, cuando se presta efectivamente el servicio. En efecto, antes de iniciarse la ejecución de un contrato de trabajo y, por consiguiente, antes de la prestación real del servicio, los jueces pueden anular o rescindir el contrato por aplicación, precisamente, de la legislación del trabajo. Del mismo modo, cuando el trabajador está simplemente a la orden y, por eso mismo, no presta tampoco el servicio, se aplican igualmente las disposiciones sobre horario, descanso, . . ." (16). La presencia del derecho del trabajo en el contrato laboral aún sin trabajo efectivo es entonces incuestionable, por esta razón, no hay necesidad de recurrir a argumentos forzados, sometiendo el contrato a dos regímenes distintos.

La realidad parece imponer un solo régimen aplicable: el derecho del trabajo (normas y principios en cuanto se puedan aplicar), teniendo al derecho común como derecho supletorio al que se recurrirá en caso de no existir norma laboral.

En nuestro ordenamiento jurídico si una de las partes incumple sus obligaciones antes del inicio de la prestación de servicios, el caso es de competencia del fuero civil, aplicando normas y principios laborales.

Es una inconsecuencia someter un sólo contrato a dos regímenes distintos. Sin embargo, es una inconsecuencia que se manifiesta también en legislaciones extranjeras. Así, el Código de Trabajo de Guatemala preceptúa lo siguiente en su artículo 19º: ". . siempre que se celebre un contrato individual de trabajo y alguna de las partes incumpla sus términos antes que se inicie la relación de trabajo, el caso debe resolverse de acuerdo con los principios civiles que obligan al que ha incumplido a pagar los daños y perjuicios que haya causado a la otra parte, pero el juicio respectivo es de competencia de los tribunales de Trabajo y Previsión Social los que deben aplicar sus propios procedimientos. . . Es entendido que el patrono puede consentir que las leyes y principios de trabajo se apliquen desde la celebración del contrato individual de trabajo, aunque no se haya iniciado la relación de trabajo" (17).

Caben algunas reflexiones luego de la lectura del artículo transrito. En primer lugar, no puede entenderse cómo un contrato que en su incumplimiento antes del inicio de la relación de trabajo se rige por el derecho común, sea de competencia de los tribunales de trabajo. Es necesario evitar esta no correspondencia entre un contrato que parece civil y una competencia laboral con procedimientos propios. Si se quiso

extender la protección laboral al tribunal competente, ¿por qué no se extendió al régimen de derecho aplicable, es decir, a las normas y principios del derecho del trabajo?. Creemos que debe extenderse, con mayor razón si hay normas y principios laborales que se aplican desde la celebración del contrato. De esta manera, el derecho del trabajo regiría al contrato aún sin relación de trabajo, con las normas y principios que sean aplicables (no todos ya que la mayoría de normas se aplican cuando se inicia la prestación de servicios) y sus problemas se ventilarían en el fuero laboral, consiguiéndose una coherencia en el tratamiento legal del contrato de trabajo. En segundo lugar, no puede dejarse al arbitrio del empleador la facultad de permitir que se apliquen normas de derecho del trabajo, podrá dejar a su arbitrio la aplicación de normas que tengan su fundamento en el hecho real del trabajo —que todavía no se inicia—, pero jamás la aplicación de normas imperativas, con carácter de orden público y que por ese mismo carácter tienen efecto automático, aún desde la celebración del contrato.

III

Uno de los caracteres del contrato de trabajo es su consensualidad, es decir que dicho contrato se perfecciona por el simple consentimiento.

Examinemos dicha característica en relación con la idea de contrato - realidad. El Código de Trabajo de Guatemala, uno de los que acepta el contrato - realidad, en la primera parte del artículo 19º considera: "Para que el contrato de trabajo exista y se perfeccione basta con que se inicie la relación de trabajo; que es el hecho mismo de la prestación de servicios. . ." DE LA CUEVA considera que el contrato de trabajo es un contrato - realidad "pues existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que determina su existencia" (18).

Surge necesariamente una pregunta: ¿cómo puede hablarse de un contrato - realidad que se perfecciona y existe cuando se inicia la prestación de servicios siendo un contrato consensual?. Si es un contrato que se perfecciona con el hecho de la prestación, entonces no es un contrato consensual sino un contrato asimilable a los contratos reales, en los que no basta el simple consentimiento para existir como contrato, sino que es necesario efectuar la tradición o entrega de la cosa. El aceptar que el contrato de trabajo se perfecciona por la prestación de servicios, conlleva a admitir, que no existe contrato antes del hecho del trabajo y, por lo tanto, ni siquiera cabe hablar de incumplimiento contractual de obligaciones.

(16) DE FERRARI, Francisco. Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1969. Vol. II. pág. 121.

(17) La Ley de Contrato de Trabajo de Argentina preceptúa que en caso de incumplimiento rige el derecho común.

(18) DE LA CUEVA, Mario. Obra citada, pág. 459.

CALDERA, manifiesta que "el contrato es perfecto al existir el concierto de voluntades y algunos efectos jurídicos se siguen de inmediato, como el de reclamar que se preste el trabajo o se paguen gastos de viaje. ." (19).

Es evidente que existe el contrato, de lo contrario no tendría ningún efecto jurídico, de modo que no puede aceptarse una perfección posterior al acuerdo. Un contrato es consensual o no lo es y, en este sentido, mejor conviene remitirse a la opinión de CABANELAS (20) quien distingue el momento de celebración (y por consiguiente de perfección y existencia) del momento de ejecución del contrato. Con esta idea puede entenderse que el momento desde el cual comienzan a aplicarse la mayoría de normas laborales, es el momento de ejecución del contrato.

Sin embargo, no puede desconocerse que desde la celebración y perfección del contrato sin inicio de la prestación de servicios, ya se aplican algunas normas y principios de carácter laboral, al margen, claro está, de la aplicación del derecho común, aplicación que no enerva el valor de las normas laborales antes del inicio del trabajo.

El aceptar esta posición, es decir, la presencia del derecho laboral aún antes de la prestación de servicios, puede hacernos concluir que se crea una relación jurídica laboral y no una relación jurídica civil, sin dejar de reconocer que también el derecho común se aplica.

La creación de una relación jurídica laboral no va en contra del principio de la primacía de la realidad a que se refiere PLA RODRIGUEZ y que es aceptado mayoritariamente por la doctrina. Es decir, que "en

caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos" (21). Sin desconocer este principio, puede aceptarse que de un contrato de trabajo se origina una relación jurídica laboral desde la celebración, sin tener que esperar a que se inicie el servicio.

IV

Podrían objetarse las consecuencias prácticas que puede tener la aceptación de la aplicación del derecho del trabajo desde la celebración del contrato, cuando en realidad da lo mismo que se rija un contrato por el derecho común si se obtiene la reparación del perjuicio. En el Perú, antes del inicio del trabajo efectivo, los problemas se resuelven en el fuero civil recurriendo a normas laborales y a normas civiles, por lo tanto,

poco o nada importa que sea el fuero común el que ventile el caso, ya que el perjudicado siempre obtendrá el resarcimiento correspondiente, con una acción de daños y perjuicios o, también puede obtener la nulidad de su contrato, etc.

Sin embargo, el problema no es tan sencillo, puesto que, en primer lugar, es una inconsecuencia someter un solo contrato a dos regímenes diversos y, en segundo lugar, no hay una adecuada aplicación de normas y principios de carácter laboral. Tratemos estos dos puntos.

Respecto al primer punto, si aceptamos que un tribunal civil recurre al derecho del trabajo, no hay razón para que un solo contrato tenga dos regímenes diversos. Podría muy bien someterse al régimen y fuero laborales desde la celebración, aunque también se tenga que recurrir al derecho común (hasta en forma mayoritaria a veces). Es necesaria una coherencia por cuestiones de orden práctico, porque serán jueces laborales quienes se ocupen sólamente del contrato de trabajo aplicando el derecho laboral en cuanto sea indispensable; de orden jurídico, porque habrá un solo tratamiento legal al contrato laboral desde su celebración; y, de orden lógico, ya que no hay mejor juez para aplicar al derecho laboral que un juez laboral en un tribunal laboral. Finalmente, se tiene en cuenta que el contrato de trabajo desde su celebración está sometido al orden público laboral, el contrato no puede ser considerado un acto laboralmente inútil.

Respecto al segundo punto, si dividimos los regímenes aplicables, el derecho del trabajo no cumpliría adecuadamente su función protectora. Un ejemplo práctico puede servir de aclaración.

En nuestra legislación el cómputo de los servicios para el goce de vacaciones de acuerdo al Decreto Supremo del 9 de Mayo de 1939, supone 260 días de trabajo efectivo en un año de labor y se considera "como un año de labor los períodos anuales de servicios efectivos computados desde la fecha en que el servidor ingresó al servicio del principal. . .". Como se puede notar, los 260 días de trabajo deben ser de trabajo efectivo, pero qué sucedería si la prestación de servicios se demorara por causa atribuible al empleador, o sea, el trabajador ingresa a laborar días después de la fecha prevista, pero porque el empleador le cerró las puertas de su establecimiento. Puesto que el contrato de trabajo está sujeto a dos regímenes distintos, esos días serían abonables por daños y perjuicios ante el fuero común y sólo a partir del inicio de la prestación del trabajo se consideraría afecto a la legislación del trabajo, en este caso a la de vacaciones.

(19) CALDERA, Rafael. Derecho del Trabajo. Tomo I. Buenos Aires, 1960, pág. 274.

(20) CABANELAS, Guillermo. Obra citada. Volumen I, pág. 130.

(21) PLA, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1978, pág. 243 y ss.

Vale decir, que los días no trabajados no entran al cómputo del record vacacional a pesar de que no trabajó por culpa del patrono. ¿Se está protegiendo realmente al trabajador? Creemos que no se le protege en la forma debida, ya que esos días deben entrar al cómputo del record vacacional; el trabajador no debe perjudicarse por una arbitrariedad del patrono. Por otro lado, el carácter protector del derecho del trabajo impone considerar esos días.

Esta visión unitaria del contrato de trabajo permite la aplicación cabal de las normas y principios laborales. De manera que el problema no es de fácil solución. Se impone un sólo tratamiento legal, un solo régimen jurídico para el contrato laboral, ya que así se tendría una visión total y no fraccionada como sucede actualmente.

V

El derecho laboral protege el hecho real del trabajo. Sin embargo, cumple mejor su función protectora rigiendo con algunas de sus normas y principios al contrato de trabajo, aún sin prestación efectiva de servicios. Es evidente que las normas laborales se dirigen, en su mayoría, a reglamentar el trabajo efectivo y esto es innegable, pero queda un margen de normas que se aplican y tienen plena vigencia desde la celebración del contrato, normas que se imponen debido a su carácter imperativo (algunas de ellas se aplican por cautelar condiciones mínimas), otras se imponen por el carácter protector del derecho del trabajo y hasta hay acciones legales (por ejemplo el pago de salarios caídos por demora en la incorporación por culpa del empleador) que tienen su fundamento en el derecho del trabajo.

La consideración de que se aplican ciertas normas y principios laborales al contrato, aún sin inicio de la prestación, —aplicación laboral que puede ser conjunta con las normas y principios del derecho común— debe llevarnos al rechazo de un contrato regido por dos "derechos" diferentes y establecer un sistema coherente que entienda que el contrato de trabajo crea una relación jurídica laboral desde su celebración, relación jurídica que se completará en la ejecución del contrato.

Esta relación jurídica laboral implica la perfección del contrato de trabajo desde el simple acuerdo, sin necesidad de que exista trabajo efectivo para que se aplique el derecho del trabajo, pero esta aplicación de normas no es total, ya que no se aplicará una norma cuyo presupuesto es el trabajo efectivo, puesto que éste todavía no se inicia y, por lo tanto, no se adquirirá el derecho que esa norma otorgue, salvo que de cada contrato se imponga la necesidad de aplicarla, en orden a respetar el carácter protector del derecho del trabajo y el principio de la equidad, que adapta las circunstancias al derecho del trabajo, interpretando el caso singular a favor del trabajador; v. gr. computar los días no trabajados para el record vacacional cuando hubo culpa del patrono y aún considerar antigüedad, compensaciones, etc. desde esa fecha.

Respecto al contrato —realidad en su relación con el carácter consensual del contrato de trabajo, aceptar que el contrato se perfecciona por la prestación efectiva de servicios, es negar su propia consensualidad e implícitamente la existencia de un contra-

to. Mejor es entender que el contrato tiene dos momentos, el primero es el de la celebración y el segundo es el de su ejecución, momento en el cual se aplican la mayoría de normas y principios laborales, pero es en el momento del acuerdo en que nace la relación jurídica laboral. De otro lado, el énfasis que se pone a partir de la incorporación al servicio, no debe hacernos descartar la realidad: la presencia del derecho del trabajo desde la celebración del contrato. Generalmente la celebración coincide con la prestación, pero, en ciertas ocasiones, hay un tiempo de separación y es en esta situación donde se presentan los problemas.

Es menester que exista una lógica aplicación de normas y principios laborales y una lógica competencia de fueros. En otras palabras, desde el acuerdo contractual se tendrá que someter el contrato al derecho del trabajo, recurriendo al derecho común en forma supletoria y ventilando los problemas relativos al contrato de trabajo en los tribunales laborales. De esta manera, se evita caer en la inconsecuencia de considerar como civil y laboral al contrato laboral, como sucede actualmente en el Perú: se ventilan los problemas del contrato sin inicio de la prestación, en el fuero civil, recurriendo a normas laborales. El Código de trabajo de Guatemala sigue esta inconsecuencia al ventilar cuestiones que parecen civiles en el fuero laboral. Sin embargo, conviene que sea el fuero laboral el competente, más aún si hay normas laborales que aplicar y obviamente, no las aplicará sobre un contrato de índole civil sino sobre uno de orden laboral. Además, ¿qué mejor tribunal para discutir, por ejemplo, la nulidad de un contrato de trabajo —aún sin prestación de servicios— que un tribunal laboral? o ¿para aplicar los principios laborales?, o ¿para discutir la procedencia de salarios caídos por demora en la incorporación atribuible al patrono?. La respuesta parece imponerse. Debe ser un tribunal de trabajo y no uno civil.

VI

En síntesis, el derecho del trabajo se aplica desde la celebración del contrato laboral creando una relación jurídica laboral y, en este sentido, es conveniente que no se considere al contrato de trabajo sujeto a principios de derecho común en un primer momento y laboral en otro, sino como laboral desde su celebración y, por consiguiente, sometido al derecho del trabajo en cuanto sea aplicable, sometido al derecho común en forma supletoria a falta de norma o principio laboral y propio de la competencia de los tribunales de trabajo.

La anterior afirmación, sin dejar de reconocer la aplicación mayoritaria de las normas y principios laborales al hecho real del trabajo, fortalece el carácter protector del derecho del trabajo, ampliando su ámbito de aplicación a la celebración del contrato.

Al margen de fundamentos prácticos que nos indican que pueden resolverse los problemas del contrato sin prestación de servicios en el fuero civil, es necesario mantener un sistema coherente en el tratamiento legal del contrato de trabajo desde su perfeccionamiento, es decir desde el acuerdo que lo forma y, abarcando sobre todo, el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones creadas por aquél.

“El Estado de Necesidad como vicio de la voluntad”.

José Daniel Amado

Alumno del 5to Ciclo del Programa de Derecho PUCP y miembro del Consejo Directivo de esta Revista.

Tarea histórica del Derecho ha sido siempre el crear las condiciones para que las relaciones jurídicas se desarrollen en un plano de igualdad, buscando la protección del pobre frente al rico, del débil frente al poderoso, del ignorante frente al ilustrado. Siendo el fin principal del Derecho el servir de instrumento que señale al hombre el camino de la libertad a la Justicia, ha habido una preocupación incesante en este sentido que ha devenido en la idea que para alcanzar el bien común es necesario regular ciertas libertades y ciertos principios que por mucho tiempo fueron considerados “sagrados” para el Ordenamiento Jurídico. Principios como los llamados “de la autonomía de la voluntad” o, “de la obligatoriedad de los actos jurídicos” han tenido que ceder posiciones al enfrentarse a principios social y jurídicamente considerados de mayor importancia, tales como la equidad, la igualdad ante la ley, la buena fe o el evitar el abuso del Derecho. En esa dirección se orientan una serie de normas incluidas en el Derecho positivo, como el inciso 12 del Art. 2º de la Constitución Política del Perú (*) y el artículo II del título Preliminar del Código Civil (**), que respaldan este género de medidas protectivas.

Quizá uno de los más importantes esfuerzos realizados en aras de alcanzar estos objetivos, ha sido el legislar expresamente para aquellas situaciones en que el individuo no se halla en condiciones normales para optar válidamente entre lo conveniente y lo inconveniente, entre lo querido y lo no querido, entre lo lícito y lo ilícito. Una de estas situaciones, es conocida como el “estado de necesidad”, y ella será materia del presente estudio.

Este fenómeno, tan antiguo como el hombre mismo, parece haber sido recogido en primer término por el Derecho Penal. CANCINO (1) encuentra en una norma del Código de HAMMURABI (2500 a.c.) una primera referencia a aquel en la legislación. Dice el artículo 134 de este cuerpo legal:

“Si alguien es hecho prisionero y no habiendo en su casa de que vivir, su mujer entra en casa ajena, esa mujer es inocente”.

(*) Constitución Política del Perú (1979–80)

“Art. 2º.— Toda persona tiene derecho:

12 - A contratar con fines lícitos. La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del Derecho”.

(**) Código Civil Peruano (1936)

Art. II.— La ley no ampara el abuso del derecho”.

(1) CANCINO, Ferando; “Estudios de Derecho Privado”, Editorial Temis, Bogotá, 1979, p. 114.

(2) REYES ECHEANDIA, Alfonso; “La antijuricidad penal”, Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, 1979, p. 65.

En el Derecho romano, según refiere REYES ECHEANDIA, el estado de necesidad fue motivo de protección “en aquellas hipótesis en las que alguien se enfrentaba a un peligro que implicase lesión posible a un derecho de importancia semejante o superior al de quien lo causaba, siempre que el riesgo no fuese evitable de otro modo y existiese cierta proporción en el balance de los intereses en conflicto”. (2)

El derecho canónico, basado fundamentalmente en la doctrina Cristiana, que impone como deber la caridad y la ayuda a los menesterosos, no pudo dejar de reconocer la excepcionalidad de estas situaciones y la importancia de amparar a quienes se encuentran en estado de penuria.

Se ha mantenido a través de la historia la concepción de este fenómeno como atenuante o eximiente de responsabilidad penal. Prueba de ello es que nuestro Código Penal vigente señala en su art. 85º, inciso 3, que está exento de pena el que obra impulsado “por la necesidad de preservarse de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera si las circunstancias en que se ha cometido el acto no podía razonablemente exigir del autor el sacrificio del bien amenazado”.

Paulatinamente se fue tomando conciencia de la importancia que tendría el legislar tales situaciones en otras ramas del Derecho. Es así que en el Derecho moderno, el estado de necesidad ha sido reconocido como un fenómeno que puede afectar las relaciones jurídicas de Derecho Privado, particularmente en dos áreas de gran importancia:

- a) En la responsabilidad extracontractual; trasladándose a este campo la concepción penal de causal eximiente o atenuante de responsabilidad.
- b) En los Actos Jurídicos; como una situación que puede afectar tanto la equidad como la igualdad en su celebración.

En el presente estudio vamos a ocuparnos de este segundo rubro de influencia del Estado de Necesidad en el Derecho Privado, concentrando principalmente nuestra atención en los efectos que puede tener este fenómeno en la declaración de voluntad de quien lo padece.

El Concepto de Estado de Necesidad

CABANELLAS (3) ha definido la necesidad como una "causación inevitable", "impulso irresistible de una causa que obra infaliblemente en cierto sentido, que produce un efecto seguro", "cuando resulta imposible impedir, evitar, resistir", "determinismo", "fatalidad en el encadenamiento inflexible de los acontecimientos sin desviación posible por la voluntad humana", "grave peligro que requiere pronto y eficaz auxilio".

Ernesto LA ORDEN (4) ha opinado que se trata de "una urgencia extraordinaria, una premura psicológica tan estrecha que disminuye angustiosamente el número de elegibles, hasta reducir la elección a una simple alternativa. La voluntad aún puede elegir pero en elección es tan misera, tan necesitada que no pude menos de constituir un problema de determinación del valor que debe atribuirse".

Resulta evidente que se trata de una situación de premura, de urgencia, causada por un peligro, que indudablemente conlleva una serie de consecuencias psicológicas en el individuo.

Definiendo propiamente el estado de necesidad, CABANELLAS ha anotado lo siguiente:

"Genéricamente el trance de todo aquel que requiere imperativamente algo para remedio de un mal o para satisfacción de un anhelo imperioso". (5)

Resultará provechoso esbozar una definición provisional del estado de necesidad de la que partirá nuestro estudio. Esta definición podrá ser mantenida, modificada o ampliada conforme profundicemos en el tema. Podemos entender dicho estado como una "situación de apremio ocasionada por la existencia de un peligro grave e inminente que de alguna manera amenaza la seguridad de un individuo".

Noción Jurídica del Estado de Necesidad

La doctrina jusprivatista ha recogido del Derecho Penal una concepción del estado de necesidad que hace directa referencia a la posición optativa en que se encuentra quien lo padece frente a dos bienes jurídicamente tutelados. Es así como CANCINO (6) llega a la conclusión que "El Estado de necesidad nos enfrenta siempre a una colisión de intereses jurídicamente reconocidos, uno de los cuales ha de ceder ante el otro en la imposibilidad de que su titular pueda elegir conducta distinta a la actuada".

En términos similares se ha pronunciado COVIELLO (7). Uno de los intereses a que hacen referencia estos autores es quizás el máspreciado por el Derecho, vale decir, la defensa de la vida humana.

Para precisar la noción que el Derecho tiene o debe tener del estado de necesidad es menester analizar previamente algunos puntos de importancia. Es así que por la manera como hemos definido el estado de necesidad se entienden como excluidas implícitamente aquellas situaciones en que el bien amenazado es una cosa de cualquier género que pertenezca al individuo o a un tercero. Por otro lado, soy de la opinión, que el estado de inseguridad no debe restringirse a la persona cuya conducta se analiza sino que puede tratarse de una situación que afecte directamente a una persona e indirectamente a otra.

En lo que respecta al origen de la situación de necesidad ha quedado claro que ésta podrá provenir tanto de fuerzas naturales como de la actividad humana. Si proviene de fuerzas naturales estamos quizás ante el caso más típico de estado de necesidad. En cambio, si tiene su origen en la actividad humana creo que es menester dintinguir tres casos diferentes:

- a) Si el hecho se produjo accidentalmente, el caso sería el mismo que si el origen fuera natural, se tratará entonces de una situación de necesidad.
- b) Si el hecho fue provocado, pero con un fin distinto al de constreñir a un individuo a celebrar un Acto Jurídico determinable; también estaremos ante un estado de necesidad.
- c) Si el hecho es provocado con el fin de constreñir a un individuo a celebrar cierto acto jurídico o a hacerlo en determinadas condiciones; no estaremos hablando de estado de necesidad en términos jurídicos.

Tanto la doctrina como la legislación han coincidido en restringir el ámbito de aplicación del estado de necesidad a los Actos Jurídicos bilaterales. Normalmente este fenómeno ha sido vinculado a la polémica figura de la lesión en los contratos (*). Quiero afirmar que no veo razón natural ni lógica para una restricción como ésta. El estado de necesidad es antes que nada un fenómeno humano que puede presentarse con similar influencia tanto en el individuo que va a celebrar un contrato, cuanto en aquel que se presta a celebrar cualquier otro acto jurídico. Cruzan por mi mente una serie de casos que pueden presentarse en la práctica, referidos a Actos Jurídicos Unilaterales. A manera de ejemplo imaginemos que una persona se encuentra gravemente enferma y para su curación requiere urgentemente de un medicamento que no se encuentra en el mercado de su localidad. Desesperado por el peligro que corre ofrece públicamente una suma exorbitante por la preciada medicina. Pregunto, ¿No estamos ante una situación de necesidad?, ¿No es acaso verdad que el individuo actuó como lo hizo debido al estado de peligro en que se encontraba? Evidentemente la respuesta es sí.

(3) CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Editorial Heliarta, Buenos Aires, p. 528.

(4) LA ORDEN, Ernesto. "El Estado de Necesidad en Derecho Privado", p. 17; citado por Cancino, op. cit., p. 128.

(5) CABANELLAS, Guillermo; op.; cit., p. 572.

(6) CANCINO, Fernando, op. cit., p. 116.

(7) COVIELLO, Nicolás. "Doctrina General del Derecho Civil"; Uteha, Méjico, 1949; p. 553.

(*) De la relación entre el estado de necesidad y la lesión nos ocupamos en párrafos posteriores.

Es conveniente advertir que un sector de la doctrina ha creído necesario hacer una distinción entre el estado de necesidad y el estado de peligro (8), llegando inclusive a afirmar que ambas especies en conjunto forman un género que también se ha denominado "estado de necesidad". Opino que la distinción antes dicha es puramente técnica y carece de importancia práctica, ya que a fin de cuentas ambas denominaciones hacen referencia a las mismas situaciones, por lo que resulta ocioso forzar una diferenciación. Por tanto, utilizaremos indistintamente la una como la otra refiriéndonos al género de situaciones ya definido.

Hechas éstas presiciones es conveniente resumir la noción jurídica del estado de necesidad enumerando los elementos que lo caracterizan:

- 1) Situación de peligro actual, grave e inminente.
- 2) Imposibilidad de evitarlo sin el sacrificio de un interés jurídicamente tutelado.
- 3) Que no se haya causado por obra propia, ni por actividad humana destinada a presionar a un individuo para que asuma determinadas obligaciones.
- 4) Que el peligro atente contra la seguridad de una persona.

EL ESTADO DE NECESIDAD COMO VICIO DE LA VOLUNTAD

El Acto Jurídico es fundamentalmente una declaración de voluntad que tiene efectos jurídicos.

A ésto, LEON BARANDIARAN agrega que "la declaración aportada por el agente debe, en principio, responder a un verdadero consentimiento sano, la ley defiende esta vinculación exigiendo que el consentimiento no esté viciado es decir que no haya inconvenencia entre lo declarado y lo querido, organizando determinados recursos en caso que tal coyuntura se presente. De allí la figura llamada de los vicios del consentimiento" (9).

CABANELAS, ha definido los vicios de la voluntad como "... todo hecho contrario a la libertad y conocimiento con que la declaración debe ser formulada" (10). El ordenamiento jurídico requiere para su normal desarrollo de una voluntad libre y espontánea que es la única que puede generar un acto válido. Es así que el agente de una declaración viciada no puede quedar atado a ésta y es por eso que el Derecho ha cuidado en otorgarle los medios necesarios para enmendarla o, en su caso, desprendérse de ella.

Los vicios de la voluntad son en general aquellos hechos o situaciones que pueden crear una discordan-

cia entre lo querido y lo declarado. Sin embargo, históricamente el Derecho ha dado su amparo fundamentalmente a tres fenómenos que son conocidos como el error, el dolo y la vis compulsiva. Es importante señalar que no existe ninguna razón natural o lógica para ésto, se trata simplemente de una opción legislativa que tiene tras de sí el respaldo de la tradición jurídica. Por tanto, de ninguna manera se podría afirmar que son los únicos casos en que la voluntad del individuo se encuentra viciada.

Habíamos definido el estado de necesidad como una situación de apremio ocasionada por un peligro grave e inminente que de alguna manera amenaza la seguridad de un individuo. MESSINEO (11) ha afirmado con razón que el estado de necesidad disminuye la libertad de elección del individuo que lo padece. LEON BARANDIARAN ha sido más enfático anotando que en el estado de necesidad "... es el instinto de conservación el que impulsa al promitente" (12). CASTAÑEDA opina que "la obligación es asumida por la necesidad conocida de la otra parte de salvarse a sí misma o a otra persona del peligro actual de un daño grave" (13).

Resulta evidente que en situaciones en que no existe una verdadera libertad de elección, donde se actúa instintivamente, impulsado por la necesidad de preservar a una persona de un peligro grave e inminente, no se está ante una situación normal. Quien padece un estado de peligro no se halla en aptitud de discernir entre lo que quiere y lo que no quiere, las circunstancias alteran su voluntad a tal punto que está en condiciones de ofrecer o aceptar cualquier cosa con tal de librarse de la inseguridad en que vive; la situación que padece afecta su declaración pudiendo producirse una discordancia entre lo querido y lo manifestado. Se puede afirmar válidamente que su voluntad está viciada.

Frecuentemente la doctrina ha tratado de explicar este vicio, a mi juicio erradamente, a través del error, el dolo o la vis compulsiva, es decir, los vicios de la voluntad "tradicionales". Por esta razón es conveniente hacer una distinción entre el estado de necesidad y estas instituciones jurídicas.

Para distinguirlo del error, basta con señalar que éste se forma por una equivocada apreciación de la realidad, mientras que la víctima del estado de peligro está consciente de su situación así como del acto que celebra y de las obligaciones que asume, por tanto no se equivoca; y si celebra un acto que le resulta inconveniente no es por una falsa apreciación de la realidad

(8) Juan FARINA ha explicado así la distinción:

"El Estado psíquico del contratante es uno de los coeficientes que han de tomarse en consideración, pero hay que recordar también que no es el único ya que en un caso (estado de peligro) es preciso la inequidad de las condiciones de contratación y en el otro (estado de necesidad) la desproporción entre las prestaciones, o sea, en ambas, un peculiar elemento objetivo separa la rescisión del grupo de las acciones por vicio de la voluntad".

FARINA, Juan "Estado de Necesidad en el Derecho Civil" en Enciclopedia OMEBA, Editorial OMEBA, Bs. As., 1969, T.A., p. 949.

(9) LEON BARANDIARAN, José; "Comentarios al Código Civil Peruano", EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1954, p. 95-96.

(10) CABANELAS, Guillermo; op. cit., p. 363.

(11) MESSINEO, Francisco; "Manual de Derecho Civil y Comercial, Bs. As., 1955, T. IV, p. 520.

(12) LEON B., José; op. cit., p. 130.

(13) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio; "Los vicios de la voluntad", Imprenta de la UNMSM, Lima 1978.

sino porque prefiere hacerlo antes de continuar sufriendo esa inseguridad.

Si se tiene en cuenta que el dolo como vicio de la voluntad no es sino el error provocado por una conducta maliciosa ajena, resulta evidente que los argumentos que esgrimimos para diferenciar el estado de necesidad del error también son aplicables para diferenciar el primero del dolo.

La vis compulsiva, entendiéndose como sinónimo de intimidación, amenaza o violencia moral, queda configurada cuando se inspira en el agente el fundado temor de sufrir un mal grave e inminente. Se trata del vicio de la voluntad que más ha sido confundido tanto por la doctrina, como por la legislación y la jurisprudencia con el estado de necesidad. El motivo principal de esta confusión está en que se trata de dos situaciones muy similares, en ambas el individuo se encuentra en una situación de peligro que provoca en él una reacción psicológica que tiene su origen en el instinto de conservación.

La diferencia entre ambas figuras radica principalmente en el origen de la situación misma. Como anota SILVA URIBE, si se parte "de la base indiscutible que los actos humanos y sólo ellos pueden ser objeto de valoraciones éticas, se presenta, claro a todas luces, que la fuerza o violencia como vicio de la voluntad debe provenir del hombre y sólo de él" (14). A esto habría que agregar que para que se trate de una situación de vis compulsiva, ese peligro tendría que haber sido ocasionado con el fin de constreñir a la víctima a hacer o no hacer algo, de manera que, en mi opinión, la amenaza debe provenir, al menos indirectamente, de quien se beneficia con este hecho. Vale decir que sólo deben ser considerados como viciados por intimidación aquellos actos que son celebrados en beneficio de quien es de manera directa o indirecta, causante del hecho mismo de la intimidación. Sostener otra cosa sería caer en el absurdo de pensar que un contrato de locación de servicios celebrado entre la víctima y un guarda espalda o aquel otro de compra-venta de un sistema de alarma, pudieran ser impugnados. De esta manera se trata de aquella situación de peligro que hemos excluido expresamente de la noción jurídica del estado de necesidad por presentar ciertas características que hacen de ella un fenómeno muy singular.

Luego de haber afirmado que el estado de necesidad provoca en la voluntad una perturbación que la vicia y habiendo ya aclarado las diferencias existentes entre esta figura y los llamados vicios de la voluntad "tradicionales" es conveniente completar la definición planteada, para especificarla con respecto a los Actos Jurídicos, quedando así:

"Situación de apremio ocasionada por un peligro grave e inminente que amenaza la seguridad de un individuo, provocando una alteración en su voluntad".

EFFECTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD EN LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

Hemos llegado a la conclusión que el estado de necesidad vicia la voluntad. Pero ésto que se afirma ¿Qué significa?, ¿Quiere acaso decir que cualquier declaración de voluntad emitida en estado de peligro merece ser invalidada por el Derecho? De ninguna manera. Sólo se está postulando que debe reconocerse en el estado de necesidad una situación contraria a la libertad y conocimiento con que la declaración de voluntad debe ser formulada. Como sucede con los demás vicios que el Derecho reconoce, debe restringirse la protección legal únicamente a aquellos casos en que medien ciertas condiciones que hagan estos actos reprobables por el orden jurídico.

Específicamente me estoy refiriendo a aquellos Actos Jurídicos en que ha mediado un abuso del derecho o un atentado contra el orden público y las buenas costumbres. Bien ha escrito CANCINO que "En todo caso, es indispensable para que el estado de peligro sea relevante para el Derecho que las condiciones en que se encuentra sean conocidas por la contraparte" (15). A su vez, Emilio BETTI ha anotado que "De todas maneras, el aspecto bajo el cual el estado de necesidad es juzgado influyente no es aquel subjetivo del vicio de la voluntad, sino el objetivo de la lesión injusta" (16).

Es evidente que estando una persona en estado de necesidad existen tantas posibilidades de que celebre un acto que le resulte conveniente como uno inconveniente; hay las mismas posibilidades de que otra persona intente aprovecharse de esa debilidad circunstancial como de que nadie lo intente. Podría ocurrir inclusive que el necesitado celebre un acto que le resulte claramente beneficioso.

Considerando que quien sufre un estado de peligro padece una perturbación en su voluntad que lo coloca en una incómoda posición que FARINA ha calificado como "docilidad hacia el otro contratante" (17) posición ésta muy propicia para quien pretenda celebrar un Acto que le sea ilícitamente provechoso por lo que el Derecho debe otorgar los medios idóneos de defensa para que este aprovechamiento no ocurra. Si la prestación a que se ha comprometido el necesitado es excesivamente onerosa debe, de ser posible castigar tal acto con la invalidez o, en su caso, reducir la prestación a un nivel que vaya de acuerdo con los principios de equidad. Tal como el enterado lector ya habrá advertido, la institución jurídica de la lesión apunta en esa dirección.

EL ESTADO DE NECESIDAD ES EL FUNDAMENTO DE LA LESIÓN

Hemos considerado importante ocuparnos de la relación existente entre el estado de necesidad y la lesión por tratarse de dos instituciones usualmente vinculadas entre sí tanto por la doctrina como por la le-

(14) SILVA URIBE, "El estado de necesidad como causal de rescisión del contrato", P.U. Javeriana, Bogotá, 1982, p. 73-74.

(15) CANCINO, Fernando; op. cit.; p.

(16) BETTI, Emilio; "Teoría general del negocio jurídico", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 346.

(17) FARINA, Juan; op. cit., p. 949.

gislación y la jurisprudencia; y además, y esto es lo más importante, porque la figura de la lesión ha abierto, en el Derecho de los Contratos, un camino a todas aquellas personas que han sido perjudicadas al celebrar contratos en estado de peligro, haciendo posible su acceso a los tribunales con el sustento legal apropiado.

La institución de la lesión ha generado una interesante polémica entre los juristas modernos. Se ha debatido si debe o no ser incorporada a las legislaciones y, entre quienes han admitido su inclusión, se discute si debe dársele un enfoque objetivo o subjetivo. Ambas posiciones han esgrimido poderosas razones lo que hace más interesante aún este debate de raíces filosóficas donde cada planteamiento esgrime como bandera los dos más famosos cuerpos legales del Derecho Romano-Civilista moderno, vale decir el Código Francés (concepción objetiva), y el Código Alemán (concepción subjetiva). Es un dato empírico el afirmar que la concepción subjetiva es la más aceptada en la actualidad. (*)

El Dr. Manuel DE LA PUENTE, ha propuesto que la lesión sea admitida por la legislación siguiendo un criterio que el mismo llama objetivo-subjetivo. La definición de lesión que él sugiere es la siguiente:

"Lesión es el perjuicio económico que sufre una de las partes en un contrato oneroso por razón de la falta de equivalencia existente al momento de celebrarse el contrato y aceptado por encontrarse en estado de necesidad, entre los valores de los objetos o prestaciones recíprocas estipuladas". (17)

La lesión se presenta como una reacción del Derecho que encuentra sus raíces en una positiva toma de conciencia sobre la necesidad de proteger a todos aquellos individuos que se encuentran en situaciones tales que imposibilitan una fundamental paridad entre los contratantes. Está encaminada a otorgar un medio eficaz de defensa a quienes por vivir una coyuntura desfavorable se encuentran a merced de personas malintencionadas que pretendan sacar provecho de la precariedad de su situación. Consideraciones como éstas han llevado a DE LA PUENTE a afirmar lo siguiente:

"Por lo tanto, cabe llegar a la conclusión que el fundamento de la acción por lesión debe encontrarse en un nuevo vicio del consentimiento de uno de los contratantes derivado de su situación de necesidad, que lo lleva a admitir que es considerado como oneroso un contrato que en realidad no lo es. Se trata, por lo tanto de un fundamento de carácter subjetivo". (18)

Es importante recalcar la similitud del planteamiento de DE LA PUENTE con la posición que ha adoptado la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil. En el texto aprobado por dicha comisión, la lesión está legislada en los artículos 1411º al 1419º.

El artículo 1411º dice literalmente lo siguiente:

"Artículo 1411º.— La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor que las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro".

Opino, que el camino que ha trazado la lesión en los Contratos debe servir de ejemplo para la aplicación de una figura análoga en todos aquellos actos jurídicos en que fuera posible utilizar esta institución como medio de defensa del individuo que padece un estado de necesidad. Ya había anotado LEON HURTADO:

"No es dudoso que el ideal a que debe tender una legislación es lograr el máximo de justicia en todos los contratos que celebren los particulares. Así considerando el problema, la lesión debería aceptarse como una institución aplicable a todos los actos jurídicos, pues restablecería el equilibrio en las prestaciones cada vez que fuere necesario". (19)

CONCLUSIONES

Si bien la intención del presente artículo no va más allá de un planteamiento del problema, que evidentemente, deberá ser materia de posteriores y mejor fundamentados estudios, creo que resulta indispensable proponer algunas conclusiones que no son sino la exposición ordenada del planteamiento del tema:

- 1) El Estado de Necesidad es una situación de apremio ocasionada por un peligro grave e inminente que de alguna manera amenaza la seguridad de un individuo.
- 2) El Estado de Necesidad es una situación que atenta contra la libertad y conocimiento con que la declaración de voluntad debe ser formulada.
- 3) El Estado de Necesidad es un vicio de la voluntad distinto del error, el dolo y la amenaza.
- 4) El Estado de Necesidad puede afectar la declaración de voluntad de un individuo y por tal motivo puede presentarse por igual en cualquier Acto Jurídico.
- 5) El Derecho tiene el deber de otorgar los medios necesarios para que los Actos Jurídicos celebrados en estado de necesidad sean susceptibles de ser revisados y en caso de comprobarse un perjuicio para el necesitado, debe otorgarse al juez la facultad de equiparar las prestaciones, o en su caso, invalidar el acto.
- 6) La institución contractual de la lesión encuentra su fundamento en el estado de necesidad y ha abierto una vía que debe poder ser ampliada a todos los actos jurídicos, a fin de lograr una mayor justicia en las relaciones jurídicas.

(*) Para una mejor comprensión de la figura de la lesión, véase los importantes estudios del Dr. Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE: "Estudios del Contrato Privado", Editorial Cuzco, Lima, 1983, T. II, pp. 11-45 y "La Lesión" en Revista DERECHO, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1984, pp. 161-185.

(17) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; "Estudios del Contrato Privado". T. II, p. 44.

(18) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; "La lesión", Revista DERECHO, p. 177.

(19) LEON HURTADO, Avelino; "La voluntad y la capacidad en los Actos Jurídicos"; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile; p. 295.

