quienes son los padres biológicos de un menor y como consecuencia de ello preservar la identidad de sus relaciones familiares.

7. Que es incorrecto interpretar que el derecho a la determinación de la identidad filiatoria paterna sea exclusivo del menor y que por tanto sólo él lo puede invocar en vía de acción pues en tanto derecho subjetivo, es perfectamente viable que lo pueda invocar también quien no sintiéndose padre biológico del mismo, en ejercicio de su derecho constitucional a la **tutela jurisdiccional efectiva**, pueda postular ante el órgano jurisdiccional se declare judicialmente que no tiene tal condición. Este razonamiento tiene consistencia jurídica, además tanto porque nuestra legislación civil admite el derecho del menor a su reconocimiento filial paterno (artículo 402 del Código Civil) y porque a la vez reconoce el derecho del padre a impugnar la paternidad matrimonial que se atribuye a título de presunción legal (artículo 363 del Código Civil); cuanto porque, nuestro ordenamiento jurídico no ha excluido expresamente esa posibilidad.

8. Que también constituye un principio básico a tener "el Interés superior del Niño y del Adolescente contemplado por el artículo 3 de la Convención y artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y adolescente; principio que para el caso que se examina, no se infringe en modo alguno, por el contrario, se está optimiza el derecho de menor, a una identidad filiatoria paterna que puede y debe ser proporcionada por la madre biológica en razón de que se encuentra suficientemente acreditado con prueba idónea que existe **incongruencia entre su identidad que aparece en el registro del estado civil y su realidad biológica**.

9. Que la prueba del **ADN** es un medio de elevadísima confiabilidad en sus resultados; y en el caso de análisis se ha determinado con el resultado que no existe coincidencia de los perfiles genéticos comparados, entre los que corresponde a **PERICO DE LOS PALOTES** y a los del niño **PAQUITO DE LOS PALOTES FIESTAS**, es evidente entonces que dicho **demandante no es el padre biológico del menor a quien había reconocido en su filiación paterna.**

10. En suma esta tesis asume, teniendo en cuenta que el elemento biológico es la ratio legis del derecho filiatorio conforme a los fundamentos glosados, que no existe ninguna prohibición legal que impida a un padre impugnar el reconocimiento filial de su hijo y menos a solicitar se declare judicialmente que no tiene la calidad de padre biológico.

PABLO DIAZ PISCOYA
PRESIDENTE SALA CIVIL
PODER JUDICIAL TUMBES

PONENCIA A CARGO DEL DOCTOR JUAN JOSÉ ESTRADA DÍAZ. Con relación a la acción de nulidad de aquel sujeto que habiendo reconocido a un hijo extramatrimonial decide impugnar el reconocimiento y lo hace vía acción de nulidad de acto jurídico. En primer lugar, la presunción romanística "mater semper certa" nos lleva a afirmar que no hay duda quien es la madre, a pesar de lo cual hay que tener mucho cuidado con el Código actual que es diferente al Código Civil de 1936 el cual si la madre aparecía como tal en la partida de nacimiento se presumía que era la madre, en el Código Civil actual ya no es así, pues si la madre no reconoce a su hijo expresamente, no hay vínculo parental; si por ejm. una persona quiere heredar a su madre sin haberlo ésta reconocido, no podría heredar de ella, o si la madre demanda la tenencia de su hijo, si no lo reconoció expresamente de acuerdo a lo prescrito por los Arts. 386°, 389° y 390° del Código Civil que establece reconocimientos expresos, no podrá exigir tal pretensión. Pero, en el caso del padre que es el caso más polémico, "pater semper certa", siempre hay duda sobre la paternidad, cuando hablamos de la paternidad hay una serie de interpretaciones que ha llevado a confusiones, el Art. 395° del Código Civil establece que el reconocimiento de un hijo es irrevocable, nadie puede estar desconociendo que reconoció a un hijo, lo cual, como premisa, es correcto. El derecho comparado respecto a este tema, el Código Civil francés establece: el reconocimiento podrá ser impugnado por cualquier persona que tuviera interés incluso por su autor, permite que el propio sujeto que ha reconocido puede impugnar el reconocimiento, pero hay una limitación, cuando existe una posesión constante de estado conforme con el reconocimiento y haya durado al menos diez de éste, no será posible impugnar; es decir actos públicos, notorios, evidentes, de conocimiento vecinal, comunal, que un sujeto se ha comportado con el niño como su padre, a actuado como padre y públicamente lo reconoce como padre, ya no puede estar impugnando y pone un tope diez años. El Código Civil español nos acerca más al tema expuesto por la doctora María Celia Primo. España sostiene la acción de impugnación de reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación que no está considerado en nuestro Código Civil, corresponde a quien lo hubiera otorgado, la acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento, eso si es importante de establecer, lo cual concuerda con un artículo publicado en la Revista Diálogo con la Jurisprudencia por la doctora Patricia Janeth Beltrán Pacheco, el cual tiene referencia con el tema que estamos discutiendo, el título del tema es: "Si él no es mi papá, ¿tengo derecho a saber quién lo es?", lo cual guarda relación con la nulidad

PABLO DÍAZ PISCOYA
PRESIDENTE SALA CIVIL
PODER JUDICIAL

J. CASTAÑEDA DÍAZ

de los actos jurídicos de reconocimiento de paternidad. La perspectiva de la doctora Primo Vásquez establece los conceptos de control difuso, el problema del derecho a la identidad, la convención internacional del derecho del niño, como argumentos jurídicos para validar la acción de nulidad. Cuando apareció la prueba de ADN resultó ser la prueba privilegiada, pero el Tribunal Constitucional ha expedido resoluciones y una sentencia en la cual, cuando muchos esperaban que defina o dé el concepto de lo que es interés superior del niño y el adolescente, no lo da, lo cual está bien, porque éste no se circunscribe al Código del Niño y Adolescente ni al Derecho de Familia, sino a todo el derecho civil, al derecho comercial, societario, bancario, concursal, etc., por eso es que no hay una conceptualización determinada para establecer en numerus clausus cuales son los supuestos del interés superior del niño. Con la prueba del ADN se deja de lado la verdad jurídica y pasamos a la verdad biológica, mediante la cual se puede saber quién es el padre, pero con ello no se resuelve el problema de la paternidad biológica.

La filiación a partir de la prueba del ADN no es la única verdad; existe la verdad afectiva donde el verdadero padre es el que ama. El Tribunal constitucional ha desarrollado una ejecutoria muy importante para los jueces de familia y los jueces en general, sobre la familia monoparentales donde tanto el hombre como la mujer son padre y madre, y el derecho descuida eso, el derecho se construyen con la visión de pareja, pero no siembre hay pareja, y sin embargo funciona bien la familia monoparentales.

Otra verdad es la sociológica que genera la posesión de estado, es decir yo me llamo Juan Estrada pero mi padre decide impugnar mediante la acción de nulidad de acto jurídico, y mañana me llamo Juan Pérez, es necesario ponerse a pensar en el niño y preguntarse que es lo más importante el ser humano o las articulaciones jurídicas.

Asimismo encontramos la verdad de la voluntad individual que afirma que para ser padre o madre es necesario quererlo, la paternidad no se impone, sino que se nace tener la paternidad; la paternidad trasciende más allá de lo jurídico. En consecuencia la verdad no solamente es biológica, sino es sentimiento, es psicológica, es una verdad que va más allá de la pura articulación judicial.

Adopta la posición de que en el presente caso no puede ser acción de nulidad de acto jurídico, pero si debe aplicarse control difuso, el derecho a la identidad, pero no hay que olvidar un concepto que es elemental que esta estipulado en el Art. 221° inciso 3) del Código Civil, no es la acción de nulidad de acto jurídico, debe ser la acción de anulabilidad de acto jurídico basándonos en el error, el dolo, la bis compulsiva o la bis absoluta, los vicios de la voluntad. Todos parten del presupuesto

PABLO DIAZ PISCOYA
PRESIDENTE SALA CIVIL
PODER JUDICIAL TUMBES

de la nulidad del acto jurídico porque dicen que es jurídicamente imposible, que el fin es ilícito, pero no es así, se puede cuestionar pero en una acción de anulabilidad de acto jurídico y con un plazo de prescripción dos años, la acción de anulabilidad prescribe a los dos años; es interesan el sistema español desde que cesó el vicio del consentimiento, desde que cesó el error; si ya se reconoció a ese niño como hijo y aún así queda la duda, el padre que tiene la patria potestad, ergo puede ir a un laboratorio acreditado a practicarse la prueba del ADN, por la expresión latina "pater semper certa". Se deja claro que lo correcto es la acción de anulabilidad, pues, si vamos a la acción nulidad, se estaría entrando en el campo de la revocabilidad y eso es imposible jurídicamente, porque la revocación de los actos jurídicos son irrevocables y en este caso no puede haber revocación.

En conclusión respecto a la prescripción extintiva de la acción alimentaria, esta se refiere a los dos primeros años, los demás son exigibles.

Respecto a la acción de nulidad, no, debe ser la acción de anulabilidad de acto jurídico con una perentoriaridad de prescripción extintiva de dos años fundamentándose en vicios de la voluntad.

CONCLUSIONES DE LOS GRUPOS DE TRABAJO

Seguidamente, el Presidente de la Comisión de Plenos, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas respecto al segundo tema, conforme se detalla a continuación:

GRUPO N° 1: POR MAYORÍA concluye que no es posible el cuestionamiento de la paternidad de hijo extramatrimonial vía acción de impugnación de paternidad, sino mediante acción de anulabilidad del acto jurídico por vicios que afectan la voluntad, conforme al Art. 221° del Código Civil bajo el fundamento radica en que el proceso por anulabilidad de acto jurídico resulta ser el menos lesivo para los intereses del niño o del adolescente según el caso.

GRUPO N° 2: POR UNANIMIDAD, manifiestan su conformidad con la posición 1), referida a que quien reconoció a un hijo extramatrimonial no puede iniciar después una acción de impugnación a la paternidad extramatrimonial. En este caso, la acción pertinente es la de nulidad del acto jurídico.

GRUPO N° 3: POR UNANIMIDAD acuerdan que sí es posible, que quién reconoció la paternidad pueda impugnar posteriormente; señalando además que no hay necesidad de hacer control difuso para hacer valer la impugnación del reconocimiento.

PABLO DIAZ PISCOYA
PRESIDENTE SALA CIVIL
PODER JUDICIAL

GRUPO N° 4: POR MAYORÍA acuerdan que no es posible iniciar una acción de impugnación de paternidad para cuestionar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, por cuanto este tipo de acción está reservado al cónyuge, conforme lo dispuesto el Art. 363° del Código Civil, en concordancia con el Art. 361° del mismo cuerpo normativo; quien efectuó un reconocimiento de un hijo extramatrimonial por considerar ser el padre biológico, puede cuestionar dicho reconocimiento mediante una acción de anulabilidad del acto jurídico por vicio de la voluntad (error, dolo, violencia o intimidación), conforme dispone el Art. 221° del Código Civil.

D E B A T E:

Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores relatores de los cinco grupos de trabajo, el Presidente de la Comisión de Plenos, concede el uso de la palabra a los magistrados asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

Dr. PABLO DÍAZ PISCOYA, señala que se han planteado dos posiciones, la primera es que sí es posible impugnar el reconocimiento de la paternidad, ésta debe entenderse como la primera opción, porque dice: quién reconoció un hijo extramatrimonial no puede iniciar después una acción de impugnación de paternidad extramatrimonial; por tanto la idea primigenia es si se puede o no impugnar el reconocimiento que ya ha sido realizado. Quienes sustentan y dicen que no se puede, es porque el Art. 395° del Código Civil señala que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable, el cual se refiere al acto de irrevocabilidad por parte del mismo sujeto que ha practicado el reconocimiento, es decir, no se puede ir hoy a la Municipalidad y reconocer un hijo y mañana volver a la Municipalidad y querer revocar el reconocimiento; entonces la irrevocabilidad es cuando se actúa de motu propio, en consecuencia sí es posible demandar y pretender la pretensión de impugnar el reconocimiento que se ha practicado, porque hay también el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, por tanto se puede hacer uso de este derecho para que el órgano jurisdiccional responda a ésta pretensión. No se ha considerado que sea propiamente el tema de la nulidad del acto jurídico propio para este supuesto de impugnación al reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, porque creemos que el derecho de familia se desenvuelve dentro de un ámbito distinto a lo que es el acto jurídico en sí; es cierto que es un acto jurídico, pero lo que se está privilegiando es normas que contravienen a todo lo que es acto jurídico puro, por ejm. tenemos el caso de que la normatividad del derecho de familia restringe en algún momento el tempo para impugnar la

PABLO DÍAZ PISCOYA
PRESIDENTE SALA CIVIL
PODER JUDICIAL

matrimonio la esposa le dice a su marido que el niño no es su hijo y el tercero con el que lo ha procreado quiere reconocer a su hijo, en este supuesto la ley lo impide mientras el presunto padre (marido) lo haya impugnado y haya obtenido sentencia favorable, por ello no se puede aplicar las normas de nulidad de acto jurídico, pues el derecho de familia ha sido concebido con una concepción distinta de lo que es el derecho a la identidad biológica, lo que el Código Civil esta privilegiando es un derecho de filiación jurídica, ya que permite la adopción que biológicamente el hijo es del padre que tuvo originariamente, pero luego tiene otro padre jurídicamente distinto y la ley lo acepta. Considera por tanto que debe descartarse toda posibilidad de aplicar el tema de la nulidad del acto jurídico a lo que es el tema de la filiación y concretamente de lo que es de la impugnación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial.

Dra. MARÍA CELIA PRIMO VÁSQUEZ, si analizamos las normas nos podemos preguntar por qué se hace una distinción en lo que es impugnación y nulidad y porque de consuno desde un principio el legislador no ha incorporado el término de nulidad prefiriendo en el derecho de familia el término de impugnación; se adhiere a la posición del Dr. Díaz Piscoya con la diferencia del control difuso que ya se ha expuesto. Agrega que con el devenir del avance científico han surgido nuevas situaciones que no estaban contempladas, pues el Código Civil fue promulgado en 1984, posteriormente en 1999 es que se incorpora la Ley N° 27048 que contempla la prueba de ADN buscando la verdad biológica; considera que el haberse entrado a un plano netamente formalista, sin embargo se pone en la posición de que en algunos casos como se encontraban fuera del plazo las demandas de impugnación se declaraban improcedente y la Corte Suprema ha establecido que debe privilegiarse el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva del Estado. Se mantiene en la posición que si es posible darle solución a este caso a través de la vía de impugnación.

Dr. LEONCIO QUISPE TOMAYLLA, sostiene la acción de impugnación de paternidad tal cual se ha nominado para cuestionar un reconocimiento de hijo extramatrimonial, desde su punto de vista este tipo de acción no corresponde ejercitarla en contra de este tipo de reconocimiento, en principio porque la impugnación de la paternidad supone desde el derecho de familia regulado en nuestro Código Civil la que está permitida para cuestionar la paternidad matrimonial en función de la presunción pater is; el Art. 361° del Código Civil señala que el hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, en contra de esta filiación atribuida por ley es que la normatividad del Código Civil permite formular una acción contestatoria de esa paternidad, la impugnación, pero si hablamos del reconocimiento como la expresión de voluntad a través del cual se ha señalado que determinado menor es nuestro hijo, no es posible hacer uso de ésta acción, pero si es posible el cuestionamiento del reconocimiento de la paternidad por la vía de la anulabilidad del acto jurídico, por algún vicio de la voluntad o

algún vicio estructural en la misma.

Dra. MIRTHA ELENA PACHECO VILLAVICENCIO, se inclina por la anulabilidad del acto jurídico de reconocimiento de la paternidad por cuanto puede ser invocado por las partes que tienen interés, sin embargo la nulidad puede ser invocada también por un tercero.

Dr. FALLA SALAS, particularmente ha visto tres casos de cerca que los pone de ejm. Un señor que tenía una hija de seis años a quien le practicó la prueba de ADN y resulta que no es su hija, sin embargo luego de algún tiempo se desiste de practicar cualquier acción que demuestre que no es el padre, a fin de no causarle ningún daño a la menor. Ejm. 2) el esposo demanda la nulidad de la partida de nacimiento del hijo de su mujer habido con un tercero. Ejm. 3) una joven queda embarazada de su enamorado quien la abandona y no volvió a verlo, pero se casa con un tercero quien reconoce a su hijo, luego de diecisiete años el padre biológico se encuentra con su hijo y pretende reconocerlo judicialmente, y luego interpone una demanda sobre el derecho a la identidad. Son tres ejemplos que tienen en común el tema de la filación; para la solución se puede hablar de la categoria matrimonial y la categoria extramatrimonial, siendo que la primera se basa en fuertes presunciones, esto es que el hijo nacido dentro del matrimonio tiene por padre al esposo, aún cuando la mujer declare que no es hijo de su esposo o sea condenada por adultera, aqui el remedio que pone la norma es la de contestación de la paternidad; sin embargo en la filiación extramatrimonial se requiere como prueba el reconocimiento como acto jurídico o la sentencia del juez que asi lo declara y por eso es que la impugnación de la paternidad tiene como demandante legitimo al esposo; por tanto el reconocimiento tiene su remedio en la teoria general del acto jurídico, no siendo necesario acudir a la impugnación de paternidad que está previsto para tratar temas de presunciones legales frente a un acto jurídico unilateral no recepticio que es el reconocimiento y que fácilmente puede verificarse que concurre toda la estructura del acto como son los presupuestos, los elementos y los requisitos. Por otro lado, pareciera existir una confusión, porque cuando vemos el tema del negocio jurídico, se habla de una ineficacia estructural y una ineficacia funcional; lo que acá interesa es la ineficacia estructural el cual tiene un remedio que es la invalidez, la que a su vez tiene dos categorias: la nulidad (absoluta o relativa) y la anulabilidad. Frente a los actos jurídicos nulos, sólo resta ser declarados nulos judicialmente, estos no tienen ninguna posibilidad de salvación, han nacido muertos. Los actos jurídicos anulables están en un estado, que la decisión la toma aquél que siente el perjuicio; un acto jurídico anulable o es confirmado y se convierte un acto jurídico válido, o se demanda la nulidad de ese acto jurídico anulable a efecto que sea declarado nulo y muera, no se demanda su anulabilidad.

Dr. WILLIAMS HERNÁN VIZCARRA TINEDO, los conceptos de nulidad, impugnación, ineficacia, revocación, no están aún definidos. No comparte la tesis de que la acción de impugnación de paternidad de hijo extramatrimonial sea viable procesalmente en términos

PABLO DIAZ PISCOVA
PRESIDENTE SALA CIVIL
PODER JUDICIAL - TUMBES

CASTAÑEDA DIAZ

absolutos, pues si hay la posibilidad de que una persona que reconoció a un hijo extramatrimonial pueda impugnarlo judicialmente; asimismo, en el caso de hijos matrimoniales, no existe la posibilidad en algunos casos de que pueda impugnarse. En el primer supuesto el Art. 363° del Código Civil señala taxativamente en qué únicos casos el padre de un hijo matrimonial puede negar la paternidad; por otro lado, en el Art. 399° del mismo cuerpo normativo, también se prevé algunas causales por las que el padre de un hijo matrimonial pueda impugnar esa paternidad. El 395° del Código Civil prescribe que el reconocimiento es irrevocable, esta figura debe entenderse, por ejm. en una relación extramatrimonial surge como consecuencia un hijo y a esta persona a quien le imputan la paternidad lo reconoce como su hijo, este supuesto la ley lo prevé como irrevocable, no es viable en este supuesto la acción de impugnación de paternidad de hijo extramatrimonial reconocido cuando lo plantea el mismo que lo reconoció; si los abuelos reconocieron a su nieto como hijo de su hijo, en este supuesto de hijo extramatrimonial esta persona si puede impugnar la paternidad de hijo extramatrimonial, por tratarse de un supuesto que la ley lo prevé. Señala además que no se está advirtiendo que cuando se declara fundada una demanda de impugnación de paternidad de hijo extramatrimonial, se está perjudicando al menor, pues la consecuencia es dejar a un niño sin padre; por tanto, en el supuesto de existir una persona que voluntariamente reconoce un niño y luego de un tiempo se entera que no es su hijo, en este caso por tratarse de un vicio de la voluntad, se podrá plantear una acción de nulidad por anulabilidad, en virtud al Art. 221° inciso 2) del Código Civil.

Dr. ESTRADA CAMPOS, señala que hay varias categorías conceptuales que se manejan en el tema de la filiación; una primera categoría está referida a la empleada al uso del propio Código Civil que da varios términos jurídicos como: la negación, la contestación y la impugnación; son categorías propias del derecho de familia. El Art. 363° establece la negación de la paternidad el cual prescribe que el marido que no se crea padre del hijo puede negarlo, el cual da diferentes supuestos los que se basan en tres teorías: de la concepción, del nacimiento y la mixta; el Perú ha optado por la teoría de la concepción, es decir el hijo pudo ser concebido antes del matrimonio pero nace después. En el Art. 364° el mismo caso de filiación de la paternidad matrimonial el Código usa el término de contestación, de alguna manera está diciendo que la acción contestatoria que nace de cualquier supuesto de negación en el fondo está subsumiendo el término negación bajo el nomen iure de contestación de la paternidad y a continuación los términos que emplea es el de contestación, de modo que el género sigue siendo contestación y dentro de ésta se encuentran las causales de negación que son los supuestos que están en el Art. 363° del Código Civil. El Art. 399° de dicho cuerpo normativo, respecto a la filiación extramatrimonial, emplea la expresión de impugnación de reconocimiento y a la vez usa la expresión de negación; en la práctica se emplea la expresión de impugnación de la

paternidad, pero desde el punto de vista positivista o legal no se emplea dicho término; el reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre que no intervino en él, por el propio hijo, por sus descendientes o por quienes tengan interés legitimos sin perjuicio de lo dispuesto por el Art. 395°, la palabra impugnación ha sido construida en base a las sumillas empleadas en diferentes Códigos Civiles; pero en cuanto a la filiación matrimonial las causales son la de negación y la acción es la de contestación y en cuanto a la filiación extramatrimonial las causales son la de negación y la acción es la de negación. El Art. 401° del Código Civil señala que el hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoria o a la cesación de su incapacidad; aquí el término empleado es de negación y ésta se hace valer a través de la acción de contestación. Respecto a la noción de nulidad y anulabilidad es importante señalar que si se habla de error, dolo o cualquier otro vicio de la voluntad, es un tema de anulabilidad y no de nulidad, prueba de ello es que la ejecutoria que emplea la Corte Suprema admite la nulidad de un acto jurídico, basándose en una voluntad viciada lo cual se refiere a un supuesto de anulabilidad; por tanto, toda acción de anulabilidad acarrea la nulidad, es decir, sea acción de nulidad por causa de nulidad o sea acción de anulación por causa de anulabilidad, en ambos casos la consecuencia jurídica es la nulidad.

Seguidamente el Dr. Pablo Díaz Piscoya señaló que no se puede hacer una votación sobre posiciones que no han sido debatidas; a lo cual el Dr. Williams Hernán Vizcarra Tinedo señaló que la plenaria si está facultada para tomar como acuerdo una posición que no aparece inicialmente como propuesta.

VOTACIÓN: Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión, Dr. Percy Elmer León Dios, invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto respecto a las posiciones propuestas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número 01: Total de 0 votos, porque si procede la impugnación de paternidad de hijo extramatrimonial.

Por la posición número 02: Total de 07 votos, por que la impugnación de paternidad de hijo extramatrimonial debe afrontarse mediante la acción de anulabilidad de acto jurídico.

Abstenciones: 2

CONCLUSIÓN PLENARIA: El Pleno adoptó por **MAYORÍA** la posición de que si procede la impugnación de paternidad de hijo extramatrimonial mediante la acción de anulabilidad de acto jurídico.

TEMA N° 3

SI SE PLANTEA ACCIÓN DE REPOSICIÓN POR DESPIDO FRAUDULENTO O INCAUSADO, EN LA VÍA ORDINARIA LABORAL, PUEDE EL JUEZ LABORAL ORDENAR DICHA REPOSICIÓN.

PONENCIA A CARGO DEL DOCTOR PABLO DÍAZ PISCOYA. El tema en comento trata de determinar si es que se puede demandar en la vía ordinaria laboral la reposición de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada, alegándose el despido fraudulento el cual requiere prueba. Para entender el tema, es necesario conocer que el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el caso Llanos Huayco (Expediente N° 976-2001-AA/TC) y ratificada en el caso Baylón Flores (Expediente N° 0206-2005-PA/TC), ha reconocido que se generan tres formas de despido con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en los tratados relativos a derechos humanos, estos son: **el despido nulo** reconocido en el Art. 29 del D. Leg. 728; **el despido incausado** que se produce cuando se despide al trabajador ya sea de manera verbal o escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique; y **el despido fraudulento** que se produce cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, esto es, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales. Así mismo, el Tribunal Constitucional ha precisado, que en caso de despido fraudulento cuando este no requiere prueba, es procedente la vía procesal del amparo para conseguir los efectos restitutorios (readmisión del empleo), en tanto que cuando se requiera de actividad probatoria, la vía para determinar la veracidad o falsedad del despido fraudulento resulta ser la ordinaria laboral. No se ha precisado expresamente sin embargo si en esta vía ordinaria laboral se pueden conseguir los efectos restitutorios (reincorporación laboral) o simplemente resarcitorios (indemnización).

La Primera posición sostiene que no es posible tramitar una demanda en la vía del proceso laboral ordinario, cuando el demandante pretende su reincorporación laboral, pues a través de esta vía solo es posible conseguir efectos resarcitorios o de indemnización conforme a lo previsto por el Decreto Supremo 003-97-TR. El argumento está, que si bien el TC confiere a los juzgados laborales la competencia para conocer el despido fraudulento que requiere prueba, lo hace solamente para fines resarcitorios, pues si la idea hubiera sido conceder también tutela restitutoria lo hubiere dicho expresamente, de manera que cuando el TC deriva a la vía ordinaria laboral la tramitación de este tipo de despido, lo hace reconociendo que en esta vía sólo procede la indemnización por despido conforme al párrafo segundo del Art. 34° concordante con el Art. 38° del D. Leg.

728, además, en el fundamento 17 de la sentencia recaída en el caso Baylón Flores, se precisa que el juez de trabajo sólo tiene competencia para conocer de la impugnación de despido sin reposición; es más, se sostiene que la competencia sólo puede ser fijada por norma legal expresa y no a través de una creación normativa del TC.

La Segunda posición sostiene que sí es procedente tramitar en la vía del proceso ordinario laboral una demanda en el que se ha configurado un despido fraudulento que requiere prueba y ordenarse en la sentencia la reincorporación laboral del demandante, pues así lo autoriza la sentencia normativa emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC (Caso Baylón Flores). El fundamento a esta posición, radica que en atención al fundamento octavo de la sentencia recaída en el caso Baylón Flores, sí es posible que en la vía ordinaria laboral se tramite una pretensión de despido arbitrario con fines restitutorios cuando acreditarlo requiera prueba; por lo demás, no hay que olvidar que el Juez ordinario es el primer garante de una adecuada protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y en ese sentido le corresponde otorgar tutela restitutoria que repare el daño producido por el acto agresor del despido fraudulento. No amparar los efectos restitutorios sería vaciar de contenido la creación constitucional del despido fraudulento, llegándose a un criterio absurdo que el proceso por despido fraudulento tramitado en la vía constitucional sí tenga efecto restitutorio mientras que el seguido en la vía ordinaria (solo por falta de pruebas) tenga únicamente efecto resarcitorio. De otro lado, frente al cuestionamiento de la falta de norma que asigne la competencia de los jueces laborales para conocer este proceso, sostienen que sí existe norma, la cual se encuentra en el fundamento octavo de sentencia del Caso Baylón Flores, que tiene una incuestionable naturaleza normativa.

CONCLUSIONES DE LOS GRUPOS DE TRABAJO

En este estado, el doctor Percy Elmer León Dios, Presidente de la Comisión de Plenos, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas respecto al tercer tema, conforme se detalla a continuación:

GRUPO N° 1: POR UNANIMIDAD sostienen que es procedente demandar el despido fraudulento con fines restitutorios, en la vía del proceso ordinario laboral, cuando se de un caso de despido fraudulento que requiere prueba; conforme lo dispone la sentencia normativa, emitida por el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 206-2005-TA/TC.

GRUPO N° 2: POR UNANIMIDAD, manifiestan su conformidad por la posición "B", esto es que si es procedente tramitar en vía de proceso ordinario laboral una demanda en la que se ha configurando un despido fraudulento cuando esta requiere prueba, siendo el fundamento la mayor protección de la esfera constitucional del derecho al trabajo entendiendo que el despido fraudulento cuando requiere prueba no es amparable vía proceso constitucional.

GRUPO N° 3: POR UNANIMIDAD acogen la posición que "Si, es procedente tramitar en la vía del proceso ordinario laboral una demanda en la cual se ha configurado un despido fraudulento que requiere prueba y ordenarse en la sentencia que se emita, la REINCORPORACIÓN LABORAL del demandante, pues, así lo autoriza la Sentencia emitida por el tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC. y Expediente N° 976-2001-AA/TC.

GRUPO N° 4: POR MAYORÍA adoptan la segunda posición, es decir que si es posible tramitar la reposición en un proceso ordinario laboral cuando se ha configurado un caso de despido fraudulento. Con la atingencia que en posición del doctor Vizcarra Tinedo, ello será posible si se plantea la reposición como pretensión subordinada de otra pretensión.

VOTACIÓN: Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión, Dr. Percy Elmer León Dios, invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto respecto a las posiciones propuestas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número 01: Total de 0 votos.

Por la posición número 02: Total de 09 votos.

Abstenciones: 0

CONCLUSIÓN PLENARIA: El Pleno adoptó por **UNANIMIDAD** la posición que si es procedente tramitar en la vía del proceso ordinario laboral una demanda en la cual se ha configurado un despido fraudulento que requiere prueba y ordenarse en la sentencia que se emita, la reincorporación laboral del demandante, pues, así lo autoriza la Sentencia emitida por el tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC. (Caso Baylón Flores).

TEMA N° 4

LOS OBREROS MUNICIPALES, QUE REPRESENTADOS POR SU GREMIO SINDICAL, SUSCRIBIERON CONVENIO COLECTIVO EN EL QUE SE PACTÓ QUE EL MONTO DE LA GRATIFICACIÓN POR FIESTAS PATRIAS MAS NAVIDAD Y AÑO NUEVO, DEBÍA SER EL QUE FIJE ANUALMENTE EL GOBIERNO CENTRAL, TIENEN DERECHO A QUE SE LE OTORGUE UNA GRATIFICACIÓN IGUAL AL MONTO DE SU REMUNERACIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 2° DE LA LEY N° 27735 Y SU REGLAMENTO.

PONENCIA A CARGO DEL DOCTOR WILLIAMS HERNÁN VIZCARRA TINEDO.

Señala que la motivación que ha dado lugar a este tema, está dado porque en algunas Municipalidades Provinciales y Distritales de esta Región, algunos gremios sindicales que representan a los trabajadores municipales llegaron a sendos acuerdos que curiosamente en algunos casos se reconocían derechos, ya reconocidos por la ley pero en un monto mayor o en una mejor posibilidad jurídica, generando el problema si se aplica el convenio colectivo practicado por las partes o se aplica lo que la normativa legal establece en ese caso en concreto. Para solucionar este problema, de acuerdo a planteamiento previsto; para asumir una posición al respeto, es necesario tener presente cuando se está frente a convenio colectivo, el cual viene a ser una especie de contrato colectivo entre un empleador y un trabajador o entre un grupo de trabajadores y un empleador o entre un grupo de empleadores y un grupo de trabajadores, representados por su gremio sindical, son formas pacíficas de solución de conflictos y cuando fracasa la posibilidad de un acuerdo a través de un convenio colectivo, sobreviene la huelga según el D. Ley N° 25593. Asimismo, conforme a los antecedentes de las convenciones colectivas, desde el año 1936 el Estado a través de un Decreto Supremo había regulado la viabilidad de que los conflictos laborales puedan solucionarse vía convenciones colectivas. En el año 1963 se emitió el Decreto Supremo 009-63-TR, el cual tuvo como característica principal el de acopiar las normas dispersas que regulaban la posibilidad de solución de conflictos laborales, sin embargo es a partir de 1971 en el Gobierno de Velasco Alvarado, que se expide un tercer Decreto Supremo N° 006-71-TR, estableciendo el procedimiento mediante el cual los trabajadores podían buscar la solución de sus conflictos mediante esta forma de convenios colectivos, este decreto fue el sustento básico para que posteriormente en el año 1992 se emitiera en la época de Alberto Fujimori, el Decreto Ley N° 25593 que ahora está convertido en un Texto Único Ordenado, esto es el Decreto Supremo 010-

2003-TR, en donde se estableció de manera fija las causales, las vías, los procedimientos para llegar a un acuerdo de convenio colectivo. La convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones y las condiciones de trabajo y productividad, es decir que, a través de un convenio colectivo lo que busca el gremio sindical es mejorar sus condiciones de trabajo, condiciones remunerativas y a la vez mejorar las posibilidades de productividad del centro laboral; o sea, no solo es un mecanismo de salida a problemas laborales a favor del trabajador, sino que a la vez se busca mejorar los niveles de productividad de la misma empresa y obviamente lo que se acuerda en un convenio colectivo, no sólo vincula a las partes que intervienen en él, sino que también vinculan jurídicamente a aquellos sujetos que puedan verse afectados por ese convenio colectivo, puede darse el caso que se llegó a un acuerdo en el año 1995 y en el año siguiente se incorpora a la empresa un nuevo trabajador quien tiene los mismos beneficios, las mismas negociaciones pactadas en el convenio colectivo del año anterior, esto es, no solo vincula a quienes intervienen en el convenio sino a otras personas que les pueda afectar también, asimismo el Decreto Supremo N° 25593 también se regula la posibilidad de que pueda negociarse nuevamente las mismas que fueron negociadas en un convenido anterior por la razón que se estableció un plazo límite de vigencia de los acuerdos, salvo que como parte de ese acuerdo se establezca un plazo de vigencia, si no se fija un plazo de vigencia se entiende que el mismo es de un año.

En la Municipalidad Provincial de Tumbes, en el año 1992, en un acerado de trato directo del 13 de setiembre del 2002, los trabajadores y los representantes de la municipalidad acordaron el otorgamiento de una gratificación por fiestas patrias y navidad cuya equivalencia debía ser de acuerdo a lo establecido por el Gobierno Central. Los obreros municipales que están sujetos al régimen laboral privado, tenían en esa fecha en vigencia la Ley N° 27735 que en su Art. 2° establecía que el monto de las gratificaciones por fiestas patrias y navidad debía ser equivalente a la remuneración que perciba el trabajador en la oportunidad que corresponda otorgar el beneficio; adviértase que esta ley es anterior al acuerdo, es decir cuando los trabajadores llegaron al acuerdo para que se le otorgue una gratificación de 200 ó 300 soles ya existía la ley 27735 de fecha 27 de mayo del 2009, es decir cuatro meses antes, el Parlamento había dado una Ley que reconocía una gratificación igual al monto de su remuneración, y sin embargo cuatro meses después los trabajadores acuerdan con su empleador que la gratificación debe ser de acuerdo a que el gobierno central fije para el sector público.

La interrogante es establecer:

La opción 1: Los obreros municipales, que representados por su gremio sindical,

suscribieron convenio colectivo en el que se pactó que el monto de la gratificación por fiestas patrias más navidad y año nuevo, debia ser el que fije anualmente el Gobierno Central, si tienen derecho a que se les otorgue la gratificación cuyo cálculo deberá hacerse sobre la base de la remuneración percibida en el mes anterior a la fecha de percepción, conforme al Art. 2° de la Ley N° 27735.

La opción 2: Los obreros municipales, que representados por su gremio sindical, suscribieron convenio colectivo en el que se pactó que el monto de la gratificación por fiestas patrias más navidad y año nuevo, debia ser el que fije anualmente el Gobierno Central, no tienen derecho a que el cálculo de la gratificación se ha sobre la base de la remuneración percibida en el mes anterior a la fecha de percepción, ya que prevalece la convención que es Ley entre las partes sobre el Art. 2° de la Ley 27735.

CONCLUSIONES DE LOS GRUPOS DE TRABAJO

En este estado, el doctor Percy Elmer León Dios, Presidente de la Comisión de Plenos, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de que den lectura de las conclusiones arribadas respecto al cuarto tema, conforme se detalla a continuación:

GRUPO N° 1: POR UNANIMIDAD acordó que en el caso de existir convenios colectivos que otorguen a los trabajadores beneficios laborales por debajo de los concedidos en la Ley, debe aplicárseles a los trabajadores los beneficios previstos en la Ley, considerando que los convenios colectivos constituyen una herramienta del derecho colectivo del trabajo para mejorar las condiciones laborales y remunerativas, por encima de lo que establece para la generalidad de trabajadores, el ordenamiento jurídico; más aún por aplicación del principio "in dubio pro operario" y, en consecuencia, no puede argumentarse que en el caso concreto prime la vigencia del convenio colectivo que otorga beneficios menores del régimen general. Además debe citarse que los servidores públicos, son los únicos que pueden reunirse con respecto a los convenios colectivos a fin de mejorar sus remuneraciones.

GRUPO N° 2: POR UNANIMIDAD manifiestan que debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 27735, por que es más beneficioso al trabajador.

GRUPO N° 3: POR UNANIMIDAD adoptan la posición de que debe otorgársele lo más favorable al trabajador, es decir que si tienen derechos a que se le otorgue la gratificación cuyo cálculo deberá hacerse sobre la base de la remuneración percibida en el mes

anterior a la fecha de percepción, conforme al artículo 2° de la Ley N° 27735, dejando de lado el convenio colectivo en aplicación del Principio Pro Operario.

GRUPO N° 4: POR MAYORÍA acordó que el trabajador sí tiene derecho a que se le abone la gratificación reconocida por la Ley 27735 y no la que pueda haberse establecido en el pacto o convenio colectivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 26° numeral 2) de la Constitución Política del Perú, pues es principio que regula la relación laboral, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.

D E B A T E:

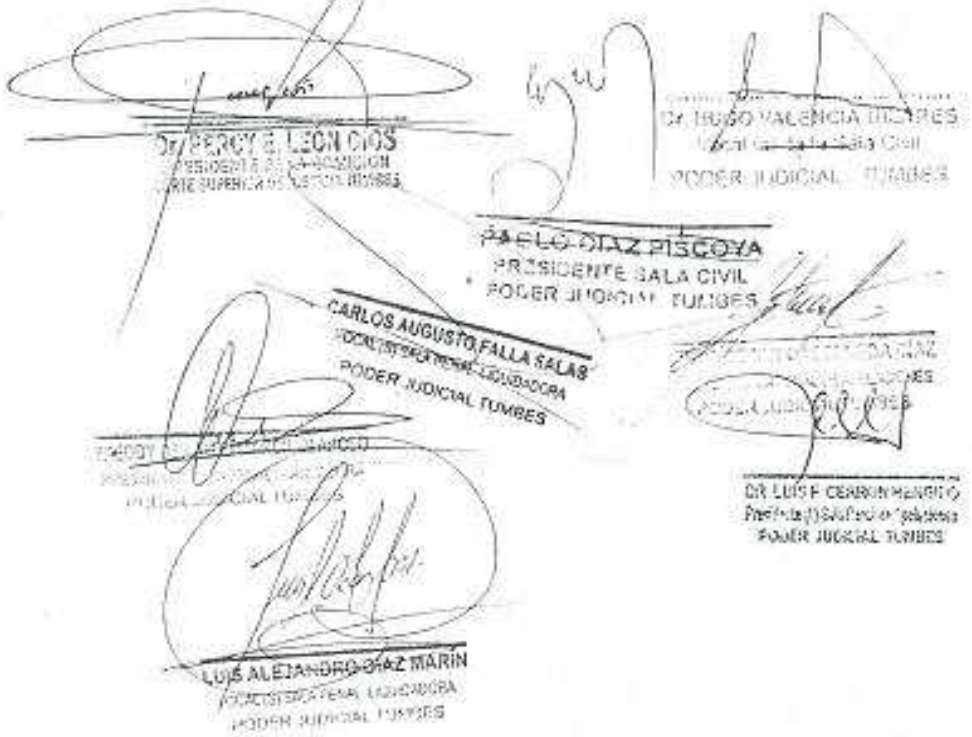
Dr. PABLO DÍAZ PISCOYA, se está frente a un caso concreto en el cual el pacto colectivo otorgaba menos derechos que la Ley, pues la primera opción sostiene que sí tiene derecho que se le otorgue la gratificación cuyo calculo deberá hacerse sobre la base de la remuneración percibida en el mes anterior, y la segunda opción es por que no tiene derecho a que el calculo de la gratificación sea sobre la base de la remuneración percibida en el mes anterior, prevalece la convención que es ley entre las partes, si el convenio otorga más que la ley, también se estaría con el convenio; sin embargo en el caso concreto el convenio que se hace con posterioridad a la ley otorgaba menos derecho que la ley misma.

VOTACIÓN: Concluido el debate plenario, el Presidente de la Comisión, Dr. Percy Elmer León Dios, invitó a los señores Vocales Superiores Participantes a emitir su voto respecto a las posiciones propuestas, siendo el resultado el siguiente:

Por la posición número 01: Total de 0 votos.

Por la posición número 02: Total de 09 votos.

Abstenciones: 0

CONCLUSIÓN PLENARIA: El Pleno adoptó por **UNANIMIDAD** la posición número 1, en el sentido que debe otorgársele lo más favorable al trabajador, es decir que sí tienen derechos a que se le otorgue la gratificación cuyo cálculo deberá hacerse sobre la base de la remuneración percibida en el mes anterior a la fecha de percepción, conforme a lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 27735, dejando de lado el convenio colectivo en aplicación del Principio Pro Operario.

Siendo las seis de la tarde del dia diez de junio del año dos mil nueve, se dio por concluido el Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Laboral y Familia de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, firmándola en señal de conformidad.-