



# **Pleno Jurisdiccional Distrital Civil**

**Corte Superior de Justicia de Lima**

**Lima, 12 y 13 de noviembre de 2009**

**2009**



# PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL CIVIL

Corte Superior de Justicia de Lima

Lima, 12 y 13 de noviembre de 2009

Justicia en Paz



## Edición

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial(CIJ)  
Palacio Nacional de Justicia – 2do. Piso  
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n  
Cercado de Lima – Perú  
Teléfono: 410-1010 anexo 11573  
[www.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij](http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij)

Helder Dominguez Haro (Director)

Área de Plenos Jurisdiccionales y Capacitación  
Liz Anabel Rebaza Vásquez (Coordinadora)  
Alejandro Marcos Ortiz Rivera  
Carolina Victoria Ortiz Cortez  
Marco Morán Valdez

El contenido de los textos que aparecen en el presente material de lectura es responsabilidad exclusiva de los autores y no compromete la opinión del Centro de Investigaciones Judiciales o del Poder Judicial.

## **Consejo Ejecutivo del Poder Judicial**

Javier Villa Stein  
Presidente del Poder Judicial  
Presidente del Consejo Ejecutivo

Antonio Pajares Paredes  
Juez Supremo

Jorge Alfredo Solís Espinoza  
Juez Supremo

Flaminio Vigo Saldaña  
Juez Superior

Darío Palacios Dextre  
Juez Especializado

Hugo Salas Ortiz  
Representante de los  
Colegios de Abogados del Perú



## **Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales**

Francisco Távara Córdova  
Juez Supremo  
Presidente del Consejo Consultivo

Iris Estela Pacheco Huancas  
Juez Superior

Gerardo Octavio Sánchez – Porturas Ganoza  
Juez Especializado

Justo Vera Paredes  
Juez de Paz Letrado

## **Centro de Investigaciones Judiciales**

Helder Domínguez Haro  
Director

**Corte Superior de Justicia de Lima**

César Javier Vega Vega  
Presidente

**Comisión de Actos Preparatorios en Materia Civil \***

Ángel Henry Romero Díaz  
Presidente

Arnaldo Rivera Quispe  
Juez Superior

María Elena Palomino Thompson  
Juez Superior

Andrés Alejandro Carbajal Portocarrero  
Juez Superior

Sara Luz Echevarria Gaviria  
Juez Superior

Rafael Eduardo Jaeger Requejo  
Juez Superior

---

\* Designados por Resolución N° 354-2009-P-CSJLI/PJ





## INDICE GENERAL

### Presentación

Dr. Ángel Romero Díaz

Presidente de la Comisión del Pleno Jurisdiccional Civil de Lima

### Temas

**1. Naturaleza de los procesos sobre pago de intereses que derivan de procesos previsionales:**

¿La pretensión principal-autónoma de pago de intereses legales provenientes de pensiones devengadas (materia previsional) debe ser conocida por la competencia civil o por la contenciosa administrativa?

¿Desde cuando debe efectuarse el cómputo de los intereses legales demandados en los procesos en materia previsional?

¿Cómo debe liquidarse en ejecución de sentencia los intereses legales demandados?

**2. Reflexiones sobre la ineficacia del acto jurídico respecto a los actos de disposición de bienes sociales:**

¿El acto jurídico de disposición de bienes sociales celebrado por uno de los cónyuges incurre en las causales de nulidad sancionada en los incisos 1) y 8) del artículo 219 del Código Civil o es un supuesto de ineficacia de acto jurídico a que alude el artículo 161 del Código Civil (Falsus Procurator)?

### **3. Indemnización por Daños y Perjuicios vinculada a Procesos de Amparo con Sentencia Fundada**

¿La indemnización (responsabilidad) por daños y perjuicios, respecto de un trabajador, cuyo vínculo laboral fue roto arbitrariamente por su empleador declarado así a través de un proceso de amparo, es de índole extracontractual o contractual (inejecución de obligaciones)?

## PRESENTACIÓN

A pesar de constituir la principal sede judicial a nivel nacional, los jueces que laboramos en la ciudad de Lima no solemos tener muchos espacios para dialogar y conversar acerca de los problemas y limitaciones que tenemos al momento de impartir justicia, de manera tal que cada uno vive, literalmente, en su propio mundo que es su despacho judicial. Así, a pesar de que los jueces que laboran en nuestro mismo piso pueden estar resolviendo conflictos similares, lo que suele ocurrir es que cada juez debe resolverlos de manera individual y aislada, de modo tal que al final, la labor jurisdiccional se convierte en un agregado disímil de decisiones, en vez de constituir un discurso claro y sólido sobre lo que debe ser la justicia en el país.

En tal sentido, la necesidad de coordinar y uniformizar criterios frente a los conflictos que resolvemos se hace más urgente si consideramos las constantes críticas y la percepción negativa que la ciudadanía mantiene frente a la labor judicial. Precisamente, hace pocos días una encuesta de opinión de la Universidad Católica registró que el 91% de personas encuestadas de diferentes distritos de la ciudad, consideraba que los jueces no daban un trato igualitario a las partes, haciendo diferencias según de quién se trate. Es claro, sin embargo, que la seguridad y la certeza que los ciudadanos deben encontrar en el sistema judicial no puede basarse en factores extra institucionales, sino que debe estar basada en el grado de coincidencia que debe existir entre las normas jurídicas objetivas –especialmente la Constitución- y el grado de cumplimiento que las mismas deben tener, especialmente cuando ellas son recogidas en las sentencias que expiden los jueces. Como recoge el Diccionario de la Real Academia Española, el término “seguridad” significa “cualidad de seguro” o “certeza”, así como “cualidad del ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad en su aplicación”<sup>†</sup>, por lo que éste es el sentido que debemos tener en mente al aplicar este principio.

En este marco, las Reglas Mínimas sobre Seguridad Jurídica en el Ámbito Iberoamericano, aprobadas en marzo del 2008 fecha de la Catorce Cumbre Judicial Iberoamericana llevada a cabo en la ciudad de Brasilia, son importantes para comprender mejor los alcances y limitaciones de la

---

<sup>†</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, 22va. Edición, Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 2040.



predictibilidad de las decisiones judiciales, vinculando este principio no solo con una mejor motivación de las sentencias, sino con aspectos de un mayor control de la profusión normativa, una mayor independencia judicial, una mayor calidad de los jueces, un mayor respeto de los derechos fundamentales y un cumplimiento más estricto de las decisiones judiciales, entre otros.

Finalmente, quisiera recalcar, que los debates que tengamos y los acuerdos a los que lleguemos el día de hoy no implican, en ningún momento, recortar la independencia de criterio que debe tener todo magistrado. Como bien resaltan las Reglas Mínimas antes señaladas, la seguridad jurídica no implica la inamovilidad de los criterios jurisprudenciales, ni una limitación de la independencia judicial, ni va en detrimento de la equidad de las decisiones. A lo que se apunta más bien es, de un lado, a establecer criterios que sean compartidos por todos los magistrados sobre lo que debe ser considerado "justo" en un tipo determinado de casos dentro del derecho vigente; y de otro lado, a que estos criterios sean públicamente conocidos a fin de evitar y prevenir la arbitrariedad y la falta de motivación de las sentencias. Más allá de eso, la justicia deja de ser predecible para convertirse en impositiva, generando temor e inamovilidad antes que estabilidad, orden y seguridad.

Invito entonces a todos los asistentes al presente Pleno Jurisdiccional a participar de manera intensa en los debates y discusiones que llevaremos a cabo, de modo que podamos generar, en forma conjunta, una nueva cultura y una nueva forma de pensar en nuestro distrito judicial, que se exprese finalmente en las decisiones que tomemos como jueces y juezas y que puedan, en algún momento, ser recogidas también por otros distritos judiciales. Con ello habremos dado un pequeño pero importante paso para mejorar la administración de justicia en nuestro país. Al concluir, expreso mi reconocimiento a los integrantes de la comisión que presido y al Centro de Investigaciones del Poder Judicial, quienes con su esfuerzo y dedicación, quitando horas a su natural descanso, han hecho posible que hoy estemos reunidos.

Lima, noviembre de 2009.

**Dr. Angel H. Romero Diaz**

Presidente de la Comisión del Pleno Jurisdiccional Civil de Lima

## TEMA N° 1

**NATURALEZA DE LOS PROCESOS SOBRE PAGO DE INTERESES  
QUE DERIVAN DE PROCESOS PREVISIONALES**

1.- ¿La pretensión principal-autónoma de pago de intereses legales provenientes de pensiones devengadas (materia previsional) debe ser conocida por la competencia civil o por la contenciosa administrativa?

**Primera Ponencia**

El pago de los intereses legales provenientes de materia previsional, demandada como pretensión principal autónoma, debe ser conocida por la competencia contenciosa administrativa

**Segunda Ponencia**

El pago de los intereses legales, provenientes de materia previsional, demandada como pretensión principal autónoma, debe ser conocida por la competencia civil.

**Fundamentación**

La primera ponencia sostiene que la competencia contenciosa administrativa es la llamada a conocer dicha pretensión en razón de que: i) El artículo 148 de la Constitución establece que: "*Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.*", ii) La Ley Número 27584, en su artículo 9 establece cuales son los órganos competentes en primera instancia para conocer los procesos contenciosos administrativos y iii) La liquidación de las pensiones devengadas están contenidas en resoluciones administrativas y sobre el monto que éstas arrojan es que se solicita el pago de intereses; por tanto, al cuestionarse actos administrativos o vinculados a la administración la contenciosa administrativa es la encargada de conocerla.

La segunda Ponencia sostiene que la demanda de pago de intereses vinculado a materia previsional, planteada como pretensión principal

autónoma, es de competencia del ámbito civil dado que: **a)** No se persigue el reconocimiento de una pensión, sino lo que se persigue es el pago de los intereses generados por el tiempo transcurrido y por el uso de la suma adeudada por concepto de pensión, en cuya relación el demandante es el acreedor y la demandada la deudora, supuestos claramente establecidos en el artículo 1242 del Código Civil: *"El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien."* y *"Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago."*, **b)** Si bien la obligación dineraria planteada emana de una obligación previsional, sus consecuencias deben regirse por la normatividad civil, porque los supuestos de hecho están regulados en el artículo 1242 y siguientes del Código Civil) y **c)** Todo acto administrativo es una declaración de la entidad pública, en el marco de normas de derecho público, empero en el presente caso la actuación de la administración no está regulada en una norma de derecho público (Deudora-demandada: ONP) puesto que la obligación reclamada se sustenta en una norma de derecho privado (artículo 1242 y siguientes del Código Civil).

2.- ¿Desde cuando debe efectuarse el cómputo de los intereses legales demandados en los procesos en materia previsional?

### **Primera Ponencia**

La obligación de pago de intereses legales debe computarse desde la fecha en que la ONP incumplió la obligación principal (entiéndase la obligación de otorgamiento de la correspondiente pensión).

### **Segunda Ponencia**

El pago de los intereses legales debe computarse desde la interposición de la demanda donde se piden.

### **Fundamentación**

La primera ponencia sustenta su posición señalando que resulta aplicable el inciso 4) del artículo 1333 del Código Civil que señala que: *"No es necesaria la intimación para que la mora exista: Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor."*; y, no el primer párrafo del artículo 1333 del aludido Código que preceptúa que: *"Incorre en mora el obligado*



*desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación."*

Asimismo, con relación a la primera ponencia otro grupo afirma que la mora automática y la mora con intimación no resultan aplicables, en tanto la obligación de pagar los intereses moratorios surgen de la propia naturaleza del derecho constitucional afectado, tal como lo prevé el inciso 2) del artículo 1333 del Código Civil que establece: *"No es necesaria la intimación para que la mora exista: Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla."*

La segunda ponencia, defendida por la Oficina de Normalización Previsional, consiste en que el pago de los indicados intereses debe computarse desde la interposición de la demanda donde se pide dichos intereses, se sustenta en el artículo 1334 del Código Civil que dispone: *"En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda"*.

3.- ¿Cómo debe liquidarse en ejecución de sentencia los intereses legales demandados?

### **Primera Ponencia**

Conforme con lo establecido por el Tribunal Constitucional en las STC Números 65-2002-PA/TC y 1087-2004-PA/TC la obligación de pago de intereses legales provenientes de materia previsional (pensiones) debe efectuarse según lo establecido en el artículo 1242 y siguientes del Código Civil. Es decir, se debe pagar el intereses legal.

### **Segunda ponencia**

Si bien el Tribunal Constitucional en las STC Números 65-2002-PA/TC y 1087-2004-PA/TC ha establecido que la obligación de pago de intereses legales provenientes de materia previsional (pensiones) debe efectuarse según el artículo 1242 y siguientes del Código Civil, no es menos cierto que, dicho intereses legal es el laboral que no contiene capitalización alguna.

**Fundamentación**

La primera ponencia señala que si bien la obligación dineraria planteada emana de una obligación previsional, no es menos cierto que sus consecuencias deben regirse por la normatividad civil, porque los supuestos de hecho están regulados en el artículo 1242 y siguientes del Código Civil).

La segunda ponencia sostiene que si bien el intereses a pagar es el legal, el laboral también es un intereses legal, aplicable al caso por no ser capitalizable.

000005

N o	DOCUMENTOS DE TRABAJO	PÁG.
1.	<b>ACEVEDO MENA, Roberto.</b> El Proceso Contencioso Administrativo Laboral y previsional a partir de la Ley N° 29364. Sitio Web: <a href="http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/el%20proceso%20contencioso%20administrativo%20laboral.pdf">http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/el%20proceso%20contencioso%20administrativo%20laboral.pdf</a>	000007
2.	<b>DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA N° 108.</b> La improcedencia del reclamo de Pago de los Devengados e Intereses en Materia de Pensiones a través de los procesos constitucionales.	000015
3.	<b>CARRASCO MOSQUERA, Jesús.</b> El pago de intereses legales en materia previsional. Sitio Web: <a href="http://www.justiciayderecho.org/revista1/articulos/El%20pago%20de%20intereses%20legales%20en%20%20materia%20previsional%20Jesus%20Carrasco.pdf">http://www.justiciayderecho.org/revista1/articulos/El%20pago%20de%20intereses%20legales%20en%20%20materia%20previsional%20Jesus%20Carrasco.pdf</a>	000026
4.	<b>ABANTO REVILLA, César.</b> Revisión de los Principales Criterios Jurisprudenciales del Decreto Ley N° 19990 y los Regimenes Especiales. Sitio Web: <a href="http://www.justiciayderecho.org/revista1/articulos/revision.pdf">http://www.justiciayderecho.org/revista1/articulos/revision.pdf</a>	000034
5.	<b>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU-</b> Centro de Estudios Constitucionales. Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral . Palestra Editores. Lima 2006.	000055
6.	<b>SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.</b> CAS. 2383-2008- LIMA.	000063
7.	<b>SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.</b> CAS. 3505-2008-LIMA.	000066
8.	<b>SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.</b> CAS. 3251-2008- LIMA.	000071





9.	SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. CAS. 3738-2007- LIMA.	000076
10	PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. CAS. 2477-2005-SANTA.	000079
11	SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. CAS. 145-2005- LA LIBERTAD.	000083
12	SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. CAS. 818-2004- LIMA.	000090
13	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SENTENCIA EXP. 1417-2005-AA/TC.	000095
14	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencias 0065-2002-AA y 1084-2004-AA	000117
15	QUINTA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Exp. 1789-2008	000121
16	TERCERA SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Exp. 536-2008.	000125
17	TERCERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Exp. 1308-2007.	000129
18	TERCERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Exp. 2604-2006.	000136
19	METODOLOGÍA DE CÁLCULO DE LOS FACTORES DIARIOS Y ACUMULADOS DE LAS TASAS DE INTERESES PROMEDIO	000142



# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**“El Proceso Contencioso Administrativo Laboral y previsional a partir de la Ley N° 29364 ”**

♦ **ACEVEDO MENA, Roberto** en sitio Web:

<http://www.justiciayderechos.org/revista/Articulos/01/20proceso%20contencioso%20administrativo%20laboral.pdf>



## **EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LABORAL Y PREVISIONAL A PARTIR DE LA LEY N° 29364**

Dr. Roberto Luis Acevedo Mena (\*)

**Resumen:** El presente artículo analiza el diseño del actual proceso contencioso administrativo en materia laboral y previsional y su configuración a partir de las últimas modificaciones introducidas por la Ley N° 29364, haciendo énfasis igualmente en el derecho constitucional objeto de protección a través de estos procesos y la actuación que ha tenido tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de Justicia de la República en el diseño de estos procesos a partir de sus resoluciones.

**Palabras Claves:** Proceso Contencioso Administrativo. Seguridad Social. Proceso Urgente. Sumarización procedimental. Precedente vinculante.

**Sumilla:** I.- Introducción. II.- El Derecho constitucional a la seguridad social como objeto de protección del proceso contencioso administrativo en materia laboral y previsional. III.- La actuación del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República en materia previsional y laboral. IV.- El proceso urgente en materia previsional. V.- La Ley N° 29364 y su repercusión en la configuración del proceso contencioso administrativo laboral y de seguridad social.

### **I. INTRODUCCIÓN**

Con fecha 28 de mayo de 2009, se ha publicado en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 29364, a través de la cual se han modificado normas del Código Procesal Civil, así como aquellas relacionadas con el proceso contencioso administrativo en materia laboral y previsional. Así, por ejemplo en la Primera Disposición Modificatoria de la Ley, se ha sustituido el texto del artículo 11° de la Ley N° 27584, atribuyendo competencia funcional para conocer el proceso contencioso administrativo al Juez Especializado y a la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, en primer y segundo grado, respectivamente, y en donde no exista Juez o Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, será competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente; lo cual comenzará a regir a los seis meses de publicada la referida Ley.

De igual modo, en su Segunda Disposición Modificatoria ha modificado el artículo 51° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial incorporando el inciso "I", que otorga a los jueces de trabajo competencia en

(\*)Juez Supremo (p) de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Presidente de la Comisión de Seguimiento de Cumplimiento de Metas de los Juzgados Contencioso Administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Comisión de Reforma Procesal Contencioso Administrativa, Procesal Constitucional y Procedimiento Administrativo del Poder Judicial y Representante Titular del Poder Judicial ante el "Grupo de Trabajo encargado de analizar y revisar el Proyecto de la Nueva Ley Procesal del Trabajo".



materia contenciosa administrativa laboral y de seguridad social a partir del 29 de mayo del presente año.

En tal sentido, conviene efectuar algunas precisiones sobre el proceso contencioso administrativo laboral y previsional.

## **II. El Derecho constitucional a la seguridad social como objeto de protección del proceso contencioso administrativo en materia laboral y previsional.**

La concepción de la seguridad social como el derecho constitucional que toda persona tiene y que el Estado reconoce como derecho universal o derecho humano con carácter inalienable, cuyo propósito es protegerlo frente a futuras contingencias elevando su calidad de vida, ha sido recogida por el artículo 10° de nuestra Constitución Política en los siguientes términos:

“El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”

El concepto de seguridad social, así enunciado permitirá comprender que la competencia asignada a los jueces laborales en materia contenciosa de seguridad social, incluye las pretensiones previsionales.

En estos tiempos, resulta plenamente aceptada la función y fin social que cumple el derecho, cuya expresión es el Derecho Social, uno de cuyo principal axioma, a juicio de Mario de la Cueva, es “la protección del débil”<sup>1</sup>. En esta línea de ideas, se considera que desde el punto de vista económico, la vida del hombre tiene dos espacios, uno de productividad y otro desprovisto de actividad económico-productiva; este segundo espacio, se evidencia en dos momentos distintos y opuestos, cuando se prepara para ser productivo y en la vejez. Mientras se prepara para ser productivo, el amparo de los padres y de la familia es el sustento que garantiza su subsistencia, pero durante la vejez, resulta indispensable un sistema de seguridad social que garantice la subsistencia digna del hombre, toda vez que con su fuerza de trabajo aportó a la sociedad y cumplió su función social dentro de ésta. Dicho sistema es de naturaleza previsional, en cuanto protege la vejez, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Sin embargo, la concepción del derecho previsional ha sufrido cierta variación en su carácter solidario a partir de la creación del sistema privado de pensiones, cuya naturaleza atenúa el principio de solidaridad, privilegiando el contrato entre las partes, como el contrato de seguro previsional.

Actualmente el Perú cuenta principalmente con tres regímenes previsionales ordinarios que son: (a) El Sistema Nacional de Pensiones – SNP, cuya expresión legislativa es el Decreto Ley 19990, (b) El Régimen de la Cédula Viva, expresado en el Decreto Ley 20530 y (c) el Sistema Privado de

---

<sup>1</sup> DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. México, Editorial Porrúa S.A, 4ta. Edición, 1977, pp.116-117.

Pensiones – SPP, expresado en el Decreto Supremo N° 054-97, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones

Los dos primeros regímenes son administrados por el Estado y forman parte del sistema público de pensiones, mientras que el tercero es administrado por entidades privadas, denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones. En este panorama, podemos distinguir en el derecho previsional, dos regímenes generales diferenciados por el sujeto que se encarga de su administración, y dentro del primero, dos regulaciones específicas (Decreto Ley N° 20530 y Sistema Nacional de Pensiones). De esta manera, en el sistema previsional, integrado desde el punto de vista del sujeto que los administra, se reconoce un sub sistema público y un sub sistema privado.

La incidencia del carácter constitucional del derecho a la seguridad social implica que éste no solo tenga una dimensión subjetiva a favor del titular del derecho, sino también una dimensión objetiva que impone al Estado, a través de sus órganos encargados de hacer efectivo este derecho, y a las entidades privadas involucradas con su administración, un deber de cumplimiento y garantía de este derecho fundamental, lo que se extiende evidentemente al Poder Judicial al atender y resolver las pretensiones derivadas de la seguridad social a través de sus órganos jurisdiccionales. De ahí que el juez encargado de resolver estos conflictos en materia previsional no solo tiene el deber de controlar la actuación de la administración sino también el de velar por el cumplimiento y garantía del derecho constitucional a la seguridad social.

Sin embargo, en nuestro país el proceso contencioso-administrativo en materia previsional padece de dificultades prácticas de orden y de sistematización legal debido, entre otros aspectos, a los problemas que genera la división entre los Regímenes Públicos y Privados previsionales y sus correspondientes vías procedimentales.

La omisión normativa de la legislación en regular la especialidad contencioso administrativa previsional ha sido una causa eficiente de la sobrecarga laboral, lo que de alguna manera ha venido siendo afrontado en los últimos años por la actuación jurisdiccional tanto del Tribunal Constitucional como del Poder Judicial en sus respectivos ámbitos competenciales.

Importante ha sido también para los efectos de la reforma destinada a la eficacia del proceso contencioso administrativo, la expedición del Decreto Legislativo 1067 (publicado el 28 de Junio del 2008), a través del cual se modificaron los artículos 26° y 27° de la Ley 27584, reemplazándose al antiguo "proceso sumarísimo", por el "proceso urgente" y cambiando algunas reglas del procedimiento especial, precisamente respecto a la obligatoriedad del dictamen del Ministerio Público.

Debe resaltarse también la intervención del Congreso en la reciente Ley N° 29364, que en su Segunda Disposición Modificatoria, dispone que los Juzgados Especializados de Trabajo conocerán de las demandas contenciosas administrativas en materia de seguridad social, conforme al nuevo texto del artículo 51° inciso l) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, propiciando que la sub especialidad previsional la tengan dichos jueces.

### **III. La actuación del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República en materia previsional y laboral.**

La Jurisprudencia emitida en los últimos años, tanto por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República, ha establecido criterios materiales y procesales que han orientado las decisiones judiciales en materia Contencioso Administrativa laboral y previsional. Dicho esfuerzo, sin embargo, requiere una ordenación, precisión y difusión adecuada en todas las instancias jurisdiccionales, a fin de ser fuente efectiva de Derecho en la práctica jurisprudencial.

La justicia constitucional principalmente a través de los procesos de amparo y cumplimiento y básicamente expresada en la actuación del Tribunal Constitucional, ha contribuido en la fijación de criterios de naturaleza previsional, al interpretarse los alcances de normas sobre derechos específicos e inespecíficos de rango constitucional, de los que son titulares los pensionistas.

Dicha actuación se ha hecho efectiva haciendo uso tanto de la jurisprudencia constitucional en general a la que se refiere el artículo VI del Título Preliminar de la Ley 28237 - Código Procesal Constitucional- como de los precedentes vinculantes, a los cuales se refiere el artículo VII del Título Preliminar del referido Código.

El mencionado artículo VI precitado establece que: “Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

A su vez, el artículo VII regula el precedente vinculante en los siguientes términos: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.”

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República en los procesos contenciosos administrativos regulados por la Ley N° 27584, ha generado doctrina y principios jurisprudenciales, en general y especialmente respecto a la justicia laboral y previsional.

Dicha facultad ha sido ejercida en función a sus atribuciones constitucionales y específicamente por la aplicación de la norma contenida en el artículo 34° de la Ley N° 27584.

El Decreto Legislativo 1067 publicado en el diario Oficial “el Peruano” el 28 de junio de 2008, modificó el texto original del Art. 34 de la Ley 27584, que se refería a la: doctrina jurisprudencial”, respecto a las decisiones adoptadas en casación por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cambiando la denominación por “Principios

Jurisprudenciales”, cuando dicha Sala así los fije en sus decisiones en materia contenciosa administrativa, agregando el concepto “precedente vinculante” para dichos fallos.

#### **IV. El proceso urgente en materia previsional.**

El Decreto Legislativo 1067 modificó diversos artículos de la Ley 27584, entre ellos el artículo 24° que regulaba el “proceso sumarísimo” cambiándolo por el denominado ahora “proceso urgente”, en el cual se deben tramitar las pretensiones relativas a materia previsional en cuanto se refieran al contenido esencial al derecho a la pensión, según se precisa en el numeral 3 de dicha disposición legal.

Al respecto, podemos señalar que el procedimiento ordinario ha sido concebido desde los orígenes de la ciencia procesal como el mecanismo procesal idóneo para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses de los sujetos. Sin embargo, la diversa naturaleza de los conflictos ha generado que se conciben nuevas formas de tutela que permitan atender cada particular situación. La tutela de urgencia es una de las formas de tutela que dispensa el Estado, dirigida a combatir el tiempo dentro del proceso, que es precisamente uno de los principales problemas y críticas que recae sobre el proceso judicial.

La tutela de urgencia se encuentra dentro de lo que se ha convenido en denominar la “sumarización de los procesos”, que puede ser de tipo sustancial o formal. La sumarización sustancial hace referencia a la posibilidad de que se dicten resoluciones de actuación inmediata, sin necesidad de llegar a un conocimiento pleno del conflicto: sumarización cognitiva. La sumarización formal por su parte, está referida a la disminución de plazos, de medios probatorios y otros actos procesales, como la concentración de audiencias que se tiene en cuenta en el diseño de un determinado procedimiento, lo que se conoce como sumarización procedimental, según lo refiere Monroy Palacios <sup>2</sup>

Dicho autor señala respecto al proceso urgente que éste hace referencia a “(...) un proceso con formalidades mínimas, que se utiliza para otorgar una tutela satisfactiva y con autoridad de cosa juzgada, en aquellos supuestos donde el particular contenido de la situación material llevada al proceso no puede soportar un tratamiento ordinario, sin que caiga un daño irreparable.”

El proceso urgente ha sido incorporado al Texto Único Ordenado de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo aprobado por el Decreto Supremo 13-2008-JUS en los Artículos 26 y 27, que exige como regla de procedimiento: traslado a la otra parte por el término de 3 días y vencido el plazo con o sin absolucón de la demanda “el juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la pretensión invocada dentro del plazo de 5 días”.

Dicho proceso urgente reemplaza al antiguo “proceso sumarísimo” con el objeto de posibilitar la tutela de casos de extrema gravedad que no consientan mayor dilación, para lo cual el solicitante deberá acreditar los presupuestos requeridos por la ley para acogerse a tal procedimiento célere.

---

<sup>2</sup> MONROY PALACIOS, Juan. Panorama Actual de la Justicia Civil. Una Mirada General desde el Proceso. En: Revista Themis N° 43, p. 184.

La tutela de urgencia es destinada a asegurar la protección jurisdiccional en casos particulares que demanden una atención pronta y oportuna, para lo cual el juez deberá verificar que concurren los siguientes presupuestos: a) El interés tutelable cierto y manifiesto, b) Necesidad impostergable de tutela; c) Única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.

El procedimiento para la tramitación del proceso urgente ha privilegiado la denominada "sumarización procedimental", que se detalla en el artículo 24 de la Ley 27584 y 26 y 27 del TUO.

Entre las principales características de este proceso urgente podemos destacar las siguientes:

1) La atenuación de las formalidades para el acceso al momento de calificar la demanda; 2) Plazos cortos para el traslado de la demanda, contestación y sentencia; 3) medios probatorios de ejecución inmediata; y 4) no exigencia de dictamen fiscal; entre otras singularidades del procedimiento.

Para que dicho proceso rinda los resultados esperados, el Poder Judicial, a través de sus órganos competentes, está impulsando el conocimiento y la aplicación del proceso urgente a fin de que se cumplan sus objetivos: eliminación de las barreras de acceso a la jurisdicción, eliminación de formalismos excesivos, ejercicio pleno de la jurisdicción respecto a la protección de derechos fundamentales, contribuyendo a la optimización de los mismos en materia pensionaria, principalmente respecto al contenido esencial de los derechos previsionales.<sup>3</sup>

De esta manera, con la sumarización procedimental del proceso contencioso administrativo en materia previsional se pretende que este tipo de pretensiones, que requiere de una atención urgente y oportuna, sea eficazmente tutelado y atendido por el Estado desde el Poder Judicial y sus respectivos órganos jurisdiccionales.

#### V. La Ley N° 29364 y su repercusión en la configuración del proceso contencioso administrativo laboral y de seguridad social.

La Ley N° 29364, en la Segunda Disposición Modificatoria ha modificado el artículo 51° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial incorporando el inciso "I", que otorga a los jueces de trabajo competencia en

---

<sup>3</sup> El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC-LIMA, caso Manuel Anicama Fernández, estableció los criterios por los que se define el contenido esencial de los derechos previsionales:

1. Las disposiciones legales que establecen los **requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social** consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.
2. En segundo lugar, las disposiciones legales que establecen **los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión.**

En tercer lugar, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busca preservar el **derecho concreto a un "mínimo vital"**.

materia contenciosa administrativa laboral y de seguridad social a partir del 29 de mayo del presente año.

Tal modificación obliga a que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Poder Judicial, de acuerdo a sus atribuciones, afronte esta problemática a fin de orientar la competencia y decisiones de los órganos jurisdiccionales de la República; asimismo será de vital importancia la labor de la Academia de la Magistratura respecto a la capacitación de los jueces laborales en materia contencioso administrativo laboral y de seguridad social.

Mientras tanto, la Corte Suprema de Justicia tendrá la responsabilidad, mediante los fallos de sus Salas Constitucionales, de fijar los principios jurisprudenciales y los precedentes vinculantes que considere necesarios para orientar la materia laboral y previsional, cuando haga uso de la facultad contenida en el Art. 34 que regula el proceso contencioso administrativo, permitiendo una justicia especializada célere y eficaz.



# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

“La improcedencia del reclamo de Pago de los Devengados e Intereses en Materia de Pensiones a través de los procesos constitucionales ”





# JURISPRUDENCIA

## LABORAL Y PREVISIONAL



ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL	La improcedencia del reclamo de pago de los devengados e intereses en materia de pensiones a través de los procesos constitucionales	193
LA LEY EN LA JURISPRUDENCIA	La nulidad de despido por queja contra el empleador	233
JURISPRUDENCIA VINCULANTE	Para el pago de los intereses por derechos pensionarios ¿Cuál es el momento efectivo de devengamiento?	208

### 1 Análisis y crítica jurisprudencial

## LA IMPROCEDENCIA DEL RECLAMO DE PAGO DE LOS DEVENGADOS E INTERESES EN MATERIA DE PENSIONES A TRAVÉS DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

César Abanto Revilla<sup>(\*)</sup>  
Magno Iván Parédez Neyra<sup>(\*\*)</sup>

### TEMA RELEVANTE

Las demandas relacionadas al tema previsional o pensionario representan más de la mitad de la carga procesal del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, instancias que desde hace algunos años reconocen que al estimarse favorablemente una pretensión constitucional sobre tales reclamos conllevaría accesoriamamente el pago de los devengados (o reintegros) e intereses legales. En tal sentido, resulta de suma importancia la variación del criterio imperante (que se debe aplicar con carácter obligatorio y vinculante), que determina la improcedencia de dichos reclamos dinerarios al no formar parte del contenido esencial del derecho a la pensión, como lo hacen ver los autores.

EXPEDIENTE N° 2877-2005-PHC/TC<sup>(\*\*\*)</sup>  
LIMA  
LUIS SÁNCHEZ LAGOMARCINO RAMÍREZ

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Paramonga, a los 27 días del mes de enero de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la

(\*) Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(\*\*) Abogado con estudios de Maestría en Relaciones Laborales en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Posgrado en Relaciones Laborales en la Universidad Complutense de Madrid (España).

(\*\*\*) Sentencia publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 11 de julio de 2006. Se han tomado en cuenta, únicamente, los extremos de fallo (que tiene más de 25 páginas) que resultan relevantes para el tema materia de este trabajo.

(\*\*\*\*) Los autores agradecen al Dr. Edwin López Trigos, colega y amigo, por su colaboración para el presente comentario.

## IRISPRUDENCIA LABORAL Y PREVISIONAL

encia de los magistrados García Toma, presidente; Gonzalves, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Ara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli

### SUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez en contra de la resolución de la Cuarta Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel y la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 89, su fecha 21 de febrero de 2005, que declara fundada la demanda de hábeas corpus de autos.

### ANTECEDENTES

#### DATOS GENERALES

##### Reclamación constitucional invocada

Proceso constitucional de hábeas corpus fue presentado por Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez contra el magistrado Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, don Manuel Iván Alcántara.

El acto lesivo fue producido por el juez demandado al emitir una resolución, en el proceso judicial signado con el número 15-2003, no conforme a derecho, debido que se declara al reo contumaz y se ordena su captura.

##### Acto recurrido constitucional

El mandante considera que se han quebrantado sus derechos de libertad personal (artículo 2, inciso 24 de la Constitución) y al proceso (artículo 139, inciso 3 de la Constitución).

Al haber sido tales actos vulneratorios, solicita consecutivamente dos recursos distintos:

En la demanda, reclama que se deje sin efecto la resolución recurrida, y que cese de esta manera la violación de sus derechos constitucionales.

En los recursos impugnatorios (apelación y RAC), pide que se sancione al juez emplazado por existir pruebas irrefutables de que los demandados cometieron dolosamente los actos de abuso de autoridad y prevaricato al emitir la resolución que vulnera los derechos del favorecido.

##### Materias constitucionalmente relevantes

En la base de la reclamación realizada por el recurrente, este ha considerado pertinente desarrollar algunos aspectos que permitan dilucidar la naturaleza del RAC. Por ello, a lo largo de esta sentencia se responderán las siguientes inquietudes:

¿Cuál es la naturaleza del RAC? Por tanto,

¿Cómo se inserta en la tramitación de un proceso constitucional de libertad?

¿Qué carácter asume, dada su calidad de medio impugnatorio?

¿Qué finalidad cumple el RAC? En consecuencia,

- Al buscar la protección superlativa de derechos fundamentales, ¿de qué manera se configura su cualidad de extraordinario como medio impugnatorio?

- ¿Qué se entiende por resolución denegatoria de protección constitucional, al ser ella la habilitante de su presentación?

- En este marco, ¿cómo habrá de entenderse un recurso de este tipo sustentado en la determinación de la responsabilidad del agresor?

• ¿Qué se requiere para que un RAC sea procedente? De esta forma,

- ¿Cómo ayuda a configurar el verdadero rol asignado al Tribunal Constitucional (TC)?

- ¿Cuál es el canon de análisis que se requiere para ingresar al fondo del asunto?

#### IV. FUNDAMENTOS

1. Antes de resolver el fondo del asunto es necesario determinar la competencia del TC en los casos de procesos constitucionales de libertad (hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento), toda vez que su oficiosidad solo será posible admitirla para determinados supuestos y en específicas circunstancias.

Solo concibiendo con claridad estos conceptos será posible establecer si el RAC interpuesto es pasible de conocimiento por este Colegiado, pues necesita estar precedido de una resolución denegatoria de protección de derechos fundamentales, hecho que, además, debe haber quedado acreditado en el transcurso del proceso.

##### A. La naturaleza del RAC

2. Para lograr tal cometido, es imprescindible, en primer término, que, captando la idea de lo que significan los procesos constitucionales de libertad, se pueda entender qué implica la existencia de medios impugnatorios, confluencia que, en un ulterior estadio, nos llevará a comprender la idea del RAC.

Sobre esta base se habrá de definir si el pedido de responsabilidad del agresor es materia de un RAC, según los parámetros que previamente se hayan establecido.

##### §1. El RAC en los procesos constitucionales de libertad

(...)

##### §2. El RAC como medio impugnatorio

(...)

##### B. La finalidad del RAC

10. Habiendo analizado a grandes rasgos lo que significa el RAC, corresponde, a continuación, observar de qué manera ha de lograrse o posibilitarse una verdadera tutela de derechos fundamentales, máxime si a partir de allí se logrará analizar si lo solicitado por el recurrente tiene o no sustento constitucional.

Además, cabe la posibilidad de ir definiendo, con la mayor precisión posible, en qué situaciones se podrá considerar que una resolución judicial es denegatoria y puede este Colegiado intervenir respecto a un proceso de tutela de libertad.

### 31. El RAC como forma de protección superlativa de derechos fundamentales

(...)

#### 32. El RAC ante la resolución denegatoria judicial

13. Tomando en cuenta la atribución asignada al TC respecto al RAC, también es importante rescatar cómo ello se conjuga con la finalidad concreta que tiene este medio impugnatorio. Una impugnación significa una alerta o un instante de reflexión frente al impulso de la rapidez de quien resuelve en las primeras instancias, que nos permita recordar que ello constituye el precio que los ciudadanos deben pagar por la custodia de sus derechos y deberes.

En todos los casos siempre cabe reclamar, como medida de garantía del derecho del individuo y de respeto al derecho en sí; la vía impugnativa esté siempre abierta y regulada eficazmente, a fin de garantizar los derechos que están en juego en el proceso, tema que adquiere una relevancia inusitada para el caso de los derechos fundamentales y su protección a través de los procesos constitucionales.

La naturaleza de los recursos –y, dentro de ellos, no puede observarse el RAC– es impugnar una sentencia o una resolución judicial que, o bien es gravosa para una parte, o bien no se ajusta a normas procesales. Como fundamentos de los medios de impugnación se tiene que estos sirven para recurrir el error de las resoluciones judiciales, si lo que se intenta en este caso es que el órgano judicial pueda reconsiderar su decisión (los defectos que se denuncian pueden consistir en vicios de la actividad procesal o un error de juicio; vale decir, una torcida interpretación de una voluntad abstracta de la ley existente), o atender, no tanto al error de las resoluciones judiciales, sino al gravamen que provoca la resolución judicial.

14. El artículo 18 del CPCo desarrolla la figura del RAC, estatuyéndolo como un recurso impugnativo que requiere de causales específicas para su interposición.

De otro lado, para los supuestos en los que se deniegue el RAC, el propio CPCo, en su artículo 19, establece el recurso de queja, que, según ya fue explicado, es una forma de recurso ordinario. Es necesario señalar que la posibilidad de interposición de un recurso de queja frente a la denegatoria del RAC implica la predictibilidad de los supuestos de denegatoria de dicho recurso, y ello es lo que está buscando a través de la presente resolución.

No es posible, entonces, aceptar el RAC ni desarrollarlo si previamente no se determina con precisión qué se entiende por una resolución que no protege adecuadamente derechos fundamentales.

15. El constitucionalismo contemporáneo se ha caracterizado por la voluntad de atribuirle una efectiva fuerza normativa a los derechos y libertades reconocidos en las Normas Constitucionales. La concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Solo configurando correctamente el RAC es que los derechos fundamentales actuarán

legitimando, creando y manteniendo consenso, siempre en la búsqueda de la libertad individual y limitando el poder estatal.

El TC ha ido determinando con claridad hasta dónde puede llegar la elucidación de aspectos y materias de un RAC, por lo que es necesario examinar la línea jurisprudencial seguida hasta el momento. Este colegiado considera que el RAC ha servido, entre otras cosas, para lo siguiente:

- a. **Determinación de la tutela objetiva de derechos**  
(...)
- b. **Establecimiento de los efectos de la protección subjetiva de derechos**  
(...)
- c. **Decisión respecto a las excepciones deducidas**  
(...)
- d. **Posibilidad de realizarse pagos accesorios**

Sobre la base de la sentencia recaída en el Expediente N° 00-2002-AA/TC, se ha señalado que los pagos pensionarios se realizan no solo sobre la base del monto de la jubilación correspondiente, sino que, además, pueden incluir los reintegros e intereses.

Sin embargo, en algunos casos, como lo sucedido en la sentencia del Expediente N° 1793-2002-AA/TC, el juzgador de segunda instancia declaró fundada la demanda en lo relativo al pago de una bonificación especial (sobre la base del Decreto de Urgencia N° 011-99), pero improcedente respecto a los devengados licitados. Frente a ello, el recurrente presentó un recurso extraordinario solicitando exclusivamente el reembolso de tales devengados. Ante ello, el TC, reconociendo explícitamente el carácter accesorio de tal pedido, resolvió en el fundamento 2 que:

"(...) habiendo la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima expedido sentencia estimatoria amparando la pretensión principal del demandante, corresponde que se le aboquen los devengados que reclama".

Es decir, declarando fundada la demanda en dicho extremo ha llegado a reconocer la posibilidad de ser analizadas a través de un RAC, materias que aparecen como accesorias a una pretensión principal.

Significativa es también la sentencia emitida en el Expediente N° 2057-2003-AA/TC, en la cual el accionante solicitó exclusivamente en la demanda el pago de reintegros e intereses devengados. Ante ello, los juzgadores de los dos grados judiciales clararon improcedente el pedido. No obstante, siguiendo la jurisprudencia ya mencionada, este colegiado declaró fundada la demanda, y ordenó el pago correspondiente.

Como se puede observar, el pago de reintegros e intereses fueron considerados por el TC como una materia que merecía protección, a la luz de los artículos 10 y 11 de la Norma Fundamental. Esto equivale a señalar que solo con tales pagos complementarios se podrá proteger integral y correctamente el derecho fundamental a la pensión.

## JURISPRUDENCIA LABORAL Y PREVISIONAL

Sin embargo, en la actualidad, este colegiado ha venido a estipular en el fundamento 37.g de la sentencia del Expediente N° 1417-2005-AA/TC, que:

“Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, prima facie, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria”

De ello se desprende que, en la actualidad, la protección constitucional de intereses y reintegros ya no serán materia de control constitucional concentrado, sino que serán derivados a vías igualmente satisfactorias para la persona. Por lo tanto, tampoco podrán ser ya materia de un RAC, pese a que en el pasado sí lo eran.

(...)

### §2. El RAC y los supuestos de admisión y procedencia

26. La búsqueda de predictibilidad y certeza, entonces, es la principal consecuencia de los criterios presentados en los fundamentos precedentes, pues determinando con claridad que significa el RAC y cuándo este puede ser presentado o postulado ante la segunda instancia judicial a fin de elevarlo ante este colegiado, se puede conseguir mejor tutela para los justiciables y el ejercicio de sus derechos.

En esta línea, es conveniente resaltar lo presentado por el artículo 5 del CPCo, el cual establece las causales de improcedencia de los procesos constitucionales. Entre ellas, es relevante hacer mención de las siguientes: que los hechos y petitorio de la demanda no refieran directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; que existan vías igualmente satisfactorias para su protección, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus; y, que a la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se haya convertido en irreparable.

Al respecto, el primero de estos acápites guarda concordancia directa con lo establecido en el artículo 38 de dicho código que ostula, aunque exclusivamente para el proceso de amparo, que o procede

(...) en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

De tal forma, consideramos que solo podrá admitirse una intervención de este colegiado si es que lo que está en juego es la búsqueda real de protección del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, y hacia ello debe estar orientada nuestra actuación.

(...)

29. Asimismo, debe perseverarse en el sentido del primero de los criterios explicados en el párrafo anterior. En el fundamento 10 de la sentencia del Expediente N° 1417-2005-AA/TC, se ha determinado que un derecho tiene sustento constitucional directo cuando la Constitución reconoce, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección, motivo por lo cual, en un marco garantista, existe una escala de tutela que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.

El sustento constitucional directo de un derecho no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal, sino que alude a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine) en la que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos y las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran y que conforman el bloque de constitucionalidad (artículo 79 del CPCo)

A colación de ello este colegiado debe analizar, para determinar si interviene en un caso concreto, si lo que está siendo demandado por el recurrente es o no parte del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido del derecho, tal como no ocurrió en el caso de autos. Para ello, habrá de utilizar una concepción de contenido esencial como el desarrollado en la sentencia de los Expedientes N° 0050-2004-PI/TC y otros. Además, la referida sentencia del Expediente N° 1417-2005-AA/TC, en el fundamento 21, expresa que:

“(...) todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental solo resulta válido en la medida en que el contenido esencial se mantenga incólume”.

**Esta debe ser la base para que el TC pueda aceptar un RAC. Solo cuando se alegue que el derecho involucrado está siendo vulnerado en el contenido esencial de su ámbito constitucionalmente protegido, se podrá llegar a analizar el fondo de lo pedido.** Ante ello, es necesario tener en cuenta lo que establece el CPCo respecto a la procedencia del recurso.

(...)

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

### HA RESUELTO

Declarar IMPROCEDENTE el recurso de agravio constitucional planteado. Asimismo, establecer como precedente vinculante normativo de observancia obligatoria lo dispuesto en los fundamentos 15, 22, 24, 25, 28 y 31.

Publiquese y notifíquese.

SS. GARCIA TOMA; GONZALES OJEDA; ALVA ORLANDINI; BARDELLI LARTIRIGOYEN; LANDA ARROYO

## I. LA RELEVANCIA (JURÍDICA Y PROCESAL) DEL TEMA BAJO COMENTO

El Tribunal Constitucional, particularmente en materia de pensiones<sup>1</sup>, ha tomado en muchas oportunidades casos comunes para establecer ciertos parámetros para el desarrollo del proceso constitucional, como en la presente causa (un habeas corpus formulado por Luis Sánchez en contra del magistrado del Cuadragésimo Juzgado Penal Lima al haber emitido una resolución presuntamente irregular— que lo declaró reo contumaz) en la que se fijan aspectos vinculados a la naturaleza del recurso de agravio constitucional (RAC), dentro de los cuales analizaremos específicamente el relativo a la improcedencia de dicho recurso —y del proceso constitucional en general— para reclamar conceptos dinerarios accesorios (como los devengados e intereses) en demandas que contengan pretensiones que versen sobre derechos pensionarios.

Si bien en las STC N° 340-99-AA/TC<sup>2</sup> y 065-2002-AA/TC<sup>3</sup> el Tribunal Constitucional había establecido desde hace algún tiempo —con carácter de precedente obligatorio— que si procedía el pago de los devengados y los intereses legales cuando se demandaba el otorgamiento y/o el reajuste de una pensión de invalidez, jubilación, cesantía o sobrevivientes, en tanto se trataba de conceptos complementarios a tales prestaciones, al verificarse que estos no formaban parte del contenido esencial y contenido constitucionalmente protegido del derecho a pensión, establecido por el propio tribunal hace dos años<sup>4</sup>; dicho organismo ha variado su criterio para declarar —como nuevo precedente vinculante— la improcedencia de demandar ambos conceptos en la vía constitucional, debiendo recurrir los accionantes a la sede ordinaria (contenciosa).

Este fallo resulta particularmente relevante si tomamos en cuenta que las demandas en materia de pensiones representan más de la mitad de la carga procesal del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional<sup>5</sup>, tanto en la sede contencioso-administrativa<sup>6</sup> como en la constitucional; por lo tanto, podemos afirmar que la sentencia bajo comentario encaja dentro de la tendencia impuesta por el tribunal de reducir las demandas formuladas en vía constitucional

(procesos de amparo y cumplimiento) a aquellas pretensiones en las cuales solamente se pretenda la protección del contenido esencial (y el constitucionalmente tutelado) de los derechos fundamentales, para de esta manera reducir el fenómeno de la “amparización” judicial<sup>7</sup>.

De lo expuesto en los párrafos precedentes

se puede concluir que no proceden actualmente la inclusión —las demandas constitucionales que versen sobre derechos pensionarios— de las pretensiones accesorias de pago de devengados (reintegros) o intereses, al no formar parte los citados conceptos del contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, debiendo currir los accionantes a la vía judicial ordinaria, razón por la cual en el presente comentario analizaremos no solo dicho contenido, sino la improcedencia de reconocer (incluso ante la sede contencioso-administrativa) el pago de los intereses, al existir una manifiesta incompatibilidad entre dicha institución (pernociencia al Derecho Civil patrimonial) y los principios estructurales del derecho a la seguridad social.

Finalmente, dejamos constancia que el precedente vinculante materia de comentario debe ser aplicado de manera inmediata obligatoria por los magistrados que conocen de procesos en sede constitucional, pues de no hacerlo, **las entidades estatales (mandadas en causas en que se ventilen pretensiones en materia de pensiones (Decretos Leyes N°s. 19846, 19990, 205 e, incluso, Sistema Privado de Pensiones) podrían recurrir ante el Tribunal Constitucional en vía de RAC**, por la habilitación excepcional dispuesta expresamente (también con

“No proceden actualmente la inclusión —en las demandas constitucionales que versen sobre derechos pensionarios— de las pretensiones accesorias de pago de devengados (reintegros) o intereses, al no formar parte los conceptos del contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión.”

(1) En cuanto al régimen del Decreto Ley N° 20530 se recordará la STC N° 189-2002-AA/TC recaída en el caso Carlos Maldonado Duarte, que 1 los criterios para la aplicación de la nivelación; también resulta fundamental la STC N° 1417-2005-AA/TC recaída en el caso Manuel Anica Hernández, en la cual se determinó el contenido constitucionalmente protegido del derecho a pensión.

(2) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de agosto de 1999.

(3) Publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 21 de abril de 2003.

(4) STC N° 050-2004-AI/TC (fundamento 107) y STC N° 1417-2005-AA/TC (fundamento 37), publicadas el 12 de junio y 12 de julio de 2005 respectivamente.

(5) De acuerdo a la Memoria del Tribunal Constitucional del 2006, el 43% del total de los expedientes que ingresaron dicho año estaban relacionados con la materia pensionaria (págs. 81 y 87).

(6) En el numeral tercero del Informe Defensorial N° 121, aprobado por la Resolución Defensorial N° 024-2007/DP, se indica que el 67% de los casos tramitados ante los juzgados contencioso administrativos se vinculan a la materia previsional.

(7) En materia laboral y previsional, con referencia justamente a un fallo del Tribunal Constitucional, ver: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Efectos de la amparización” En: *Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional*. Sociedad Peruana Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social & Academia de la Magistratura. Lima, 2004. Págs. 209-216.

## JURISPRUDENCIA LABORAL Y PREVISIONAL

vandato de carácter imperativo) en la STC N° 4853-2004-PA/CS1, que interpretando el artículo 18 de la Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional, establece que procede dicho recurso (y ante su denegatoria, el de queja) contra las sentencias estimatorias de la Corte Superior que no han tomado en consideración los precedentes fijados por el citado tribunal.

### EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSION

Se acepta pacíficamente en la doctrina que los derechos fundamentales no son absolutos, por lo tanto, pueden estar sujetos a restricciones legales, empero, la facultad del legislador de limitar estos derechos tiene como barrera infranqueable al denominado contenido esencial.

La garantía del contenido esencial, que para la mayoría de autores tiene origen en Alemania –en el numeral 2 del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949<sup>99</sup>– y está regulada también en el numeral 1 del artículo 53 de la Constitución española de 1978<sup>100</sup>, es necesaria para determinar la validez de las leyes que desarrollan y/o regulan derechos fundamentales<sup>101</sup>, sea para establecer sus elementos mínimos (y accidentales) o para verificar razonabilidad y proporcionalidad de dicha restricción sobre la base del sistema de valores de la Constitución.

El 12 de junio de 2005 fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el fallo del Tribunal Constitucional recaído en la STC N° 000-2004-A1/TC (acumulado), que resolvió las acciones de inconstitucionalidad planteadas en contra de las Leyes N°s. 28389 que reformó los artículos 11, 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993) y 28449 que estableció las nuevas reglas para el régimen pensionario de funcionarios y servidores públicos. Decreto Ley N° 20530), en el que se ha determinado el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

En efecto, el fundamento 107 de la citada sentencia (partiendo de los principios que sustentan este derecho: dignidad humana, igualdad, solidaridad, progresividad y equilibrio presupuestal) establece los elementos que constituyen el contenido esencial del citado derecho:

- El derecho de acceso a una pensión.
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de ella.
- El derecho a una pensión mínima vital.

Estos tres elementos vienen a constituir el núcleo duro de este derecho fundamental, en el cual el legislador no podrá intervenir para restringir o privar a las personas del mismo.

En la medida que Tribunal Constitucional no ha definido la configuración de cada uno de esos tres elementos, efectuamos algunas apreciaciones sobre estos:

1. El acceso a una pensión (partiendo de la premisa que acceder implica ingresar, acercarse o entrar en un lugar o situación<sup>102</sup>) alude a la posibilidad de formar parte de un régimen previsional por el hecho de satisfacer los requisitos para aportar al mismo, lo que no genera automáticamente el goce o percepción de una pensión, pues ello estará condicionado al cumplimiento de los supuestos fijados para cada prestación (edad establecida, años de aportes o servicios, incapacidad, etcétera)<sup>103</sup>.
2. El no ser privado arbitrariamente de una pensión implica la preexistencia de un derecho materializado en el cobro de una prestación o, inclusive, la garantía del goce futuro de esta (por haber cumplido los requisitos previstos por ley), el cual no podrá ser conculcado sin mediar sustento fáctico o jurídico suficiente. Por ejemplo: que el beneficiario de una pensión de cesantía reintegrese al servicio del Estado puede generar –de manera válida– la suspensión del pago de ella<sup>104</sup>.

Publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 22 de mayo de 2007 (ver, particularmente, los fundamentos 31, 32, 35, 36, 40 y 41). Si bien reconoce que es una creación del Derecho alemán, Mesia Ramírez indica que no debe olvidarse su antecedente en el Derecho latinoamericano: el anteproyecto de Constitución argentina preparado en 1852 por Alberdi, que concluía el catálogo de derechos fundamentales (a los que llamaba “garantías”) con un artículo 20 en el cual podía leerse: “Las leyes reglan el uso de estas garantías de Derecho Público; pero el Congreso no podrá dar ley que, con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja, o adultere en su esencia”. MESIA RAMÍREZ, Carlos. “Derechos de la persona. Dogmática constitucional”. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2004. Pág. 34.

La doctrina y la jurisprudencia española han referido en términos generales la cláusula del contenido esencial a la actividad del legislador limitadora de los derechos fundamentales, pese a que su Carta Magna no hace referencia a “limitar” (como sí indica la Ley Fundamental de Bonn) sino a “regular” su ejercicio, expresiones estas que no pueden considerarse coincidentes. Ello sería resultado de una recepción excesivamente mimética de la doctrina alemana, como precisa: MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”. Tabla XIII Editores. Lima, 2005. Pág. 24.

Como correctamente anota Alexy, las normas legales podrán establecer restricciones a los derechos fundamentales solo si son constitucionales (legítimas). ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997. Pág. 272.

Según el Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, 2001.

Situación antes prevista como parte del derecho fundamental a la pensión por Neves Mujica, al analizar la Constitución Política de 1979. NEVES MUJICA, Javier. “La seguridad social en la Constitución”. En: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación* (Director: Francisco Eguiguren). Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1987. Pág. 188.

Como establece el inciso d del artículo 54 del Decreto Ley N° 20530.

3. En cuanto al derecho a una pensión mínima vital, que resulta el complemento de la pensión máxima (tope), que según el propio Tribunal Constitucional formaría parte del contenido no esencial<sup>(15)</sup> del derecho fundamental a la pensión, entendemos que –de igual manera– debería formar parte de dicha configuración, mas no del contenido esencial. En efecto, un sistema de reparto estructurado sobre la base del principio de solidaridad (en que los mayores aportes de algunos proveerán las prestaciones de aquellos que aportaron menos) la pensión tiene como extremos un máximo y un mínimo, por lo tanto, ambos elementos deberían formar parte del contenido no esencial del derecho fundamental a la pensión, por lo cual podrían ser susceptibles de una determinación posterior en vía legislativa<sup>(16)</sup>. Entendemos que al incluirlo como parte del contenido esencial se pretende resguardar ciertos parámetros que permitan garantizar una prestación que, cuando menos, sirva para cubrir los gastos vinculados a las necesidades básicas del pensionista (principio de dignidad).

El Tribunal Constitucional también precisa (párrafo final del fundamento 107) que este derecho tiene un contenido no esencial, compuesto por el reajuste y el tope pensionario, además de un contenido adicional integrado por las pensiones de sobrevivientes (viudez, orfandad y/o ascendientes), los cuales si pueden ser materia de revisión para su libre configuración legal (claro que dentro de los parámetros fijados por el propio tribunal).

Sobre la base de dicha diferenciación, se consideraron constitucionales la eliminación de la nivelación, la fijación de un tope y las modificaciones en la regulación de las pensiones de sobrevivientes.

### III. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A PENSIÓN

“ El contenido constitucionalmente protegido (o declarado) de cada derecho fundamental sirve para determinar los extremos de este derecho que gozan de tutela en la sede judicial constitucional del proceso de amparo, al tener un reconocimiento en la Constitución.”

Existe consenso respecto al concepto de que debe entenderse por derechos fundamentales, coincidiendo la mayoría de listas en que se trata de los atributos de personas que concretizan exigencias de dignidad, libertad e igualdad históricamente consideradas, y se encuentran previstos y garantizados normativamente<sup>(17)</sup>; sin embargo, estos derechos requieren de un instrumento que le brinde tutela ante la vulneración consumada o la amenaza inminente de agresión para lo cual el Derecho Constitucional creado la denominada jurisdicción constitucional: procesos judiciales a través de los cuales, mediante pretensiones de diferencia según el derecho protegido<sup>(18)</sup>, se podrá

currir al Poder Judicial para reclamar la restitución del derecho afectado.

Para restituir el carácter residual al proceso de amparo y disminuir los efectos negativos de la “amparización” (en especial sobrecarga de procesos en la sede civil, que está a cargo de tramitación de estas causas luego de la desactivación de juzgados de Derecho Público) el inciso 1) del artículo 5 d Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional, establece expresamente como una causal de improcedencia de los procesos constitucionales el supuesto en que “(l)os hechos y el peticionario de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, lo cual pretende restringir el acceso a la sede constitucional solo a aquellas pretensiones en que el derecho constitucional sea la esfera subjetiva afectada, mas no para los casos en los cuales se busca proteger derechos legales que, por mucho que estén fundados en la Constitución, deben ser reclamados en la sede judicial ordinaria (léase, contencioso-administrativa)”<sup>(19)</sup>.

(15) El último párrafo del fundamento 99 de la STC N° 050-2004-A/TC.

(16) Cabe recordar que la pensión mínima no fue desarrollada en los textos originales de los Decretos Leyes N°s. 19990 ni 20530, siendo incorporada en ambos regímenes por normas posteriores, empero, en ambas leyes se prevé la existencia de la pensión máxima (artículos 78 y 57, respectivamente). De la misma manera, la no inclusión de la pensión mínima dentro del texto constitucional se resaltó al debatirse el proyecto respectivo. Consta en: CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO - CCD. “Debate Constitucional”. Tomo 1 (Primera Legislatura). Lima, 1994. Pág. 434. Con lo expuesto, se corrobora el origen legal y no constitucional, de ambos conceptos previsionales.

(17) Por todos: PÉREZ LUÑO, Antonio. “Los derechos fundamentales”. Editorial Tecnos S.A. Séptima edición. Madrid, 1998. Pág. 44; y, PEÑARANDA, Gregorio. “Derechos fundamentales”. Universidad Complutense. Madrid, 1996. Pág. 66.

(18) El artículo 200 de la Constitución Política de 1993 precisa en sus incisos 1 a 3 las acciones (en la actualidad denominadas “procesos” según el Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237) que se pueden interponer para tutelar los derechos fundamentales: (1) hábeas corpus, cuando se trata de la libertad individual o los derechos constitucionales conexos; (2) amparo, en cuanto a los demás derechos constitucionales; y, (3) habeas data, si se refiere a la protección de los derechos señalados en los incisos 5, 6 y 7 del artículo 2 de la Constitución (derecho a la información, secreto bancario, reserva tributaria, intimidad y honor). Los procesos de inconstitucionalidad y la acción popular son garantías que resguardan la Constitución y la ley, mientras que el proceso de cumplimiento tiene por fin verificar que la ley y los actos administrativos sean acatados por los funcionarios públicos, por lo cual se configura al margen de la afectación de un derecho fundamental.

(19) MESIA RAMÍREZ, Carlos. “Exégesis del Código Procesal Constitucional”. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2004. Págs. 117 y 321.



## JURISPRUDENCIA LABORAL Y PREVISIONAL

De lo expuesto en los puntos precedentes se concluye que el contenido constitucionalmente protegido (o declarado) de cada derecho fundamental sirve para determinar los extremos de este derecho que gozan de tutela en la sede judicial constitucional del proceso de amparo, al tener un reconocimiento en la Constitución, lo que en el caso peruano se determinará a partir de la definición del contenido esencial que de cada derecho fundamental efectúe el tribunal.

En materia de pensiones, el Tribunal Constitucional también ha restringido el accionar de los procesos constitucionales, cuando –partiendo del contenido esencial establecido previamente en la STC N° 050-2004-AI/TC– delimitó el ámbito o contenido constitucionalmente protegido del derecho a pensión en la STC N° 1417-2005-AA/TC (fundamento 37) estableciendo cuáles serían las únicas pretensiones viables –en dicha materia– a través del proceso de amparo:

1. **Restricción de acceso a un régimen pensionario:** el Tribunal Constitucional señala que formarán parte del contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de la seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al periodo de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones; por lo tanto, serán objeto de protección por la vía del proceso de amparo los supuestos en los que habiéndose cumplido los requisitos legales se niegue el acceso para iniciar los aportes a un régimen de pensiones<sup>20)</sup>.
2. **Denegatoria de reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía o invalidez:** se incluye también como parte de este contenido las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de una pensión en un régimen previsional; por lo tanto, aquellos asegurados que hayan cumplido los requisitos legales para obtener su pensión de invalidez, jubilación o cesantía (derecho propio) a la fecha de contingencia, es decir, reunir la edad, años de aportación, etcétera, y no se les otorgue una pensión, podrán demandar el otorgamiento de la misma a través del proceso de amparo.
3. **Derecho a gozar de una pensión mínima:** en la defensa del derecho a una pensión mínima vital el tribunal toma como referente para poder acceder al proceso de amparo el extremo más alto de la pensión mínima (S/. 415), para permitir que un asegurado o pensionista recurra al proceso de amparo para reclamar por una pretensión que no forme parte del contenido esencial del derecho a la pensión. Si la prestación del accionante es igual o mayor a dicho monto, este deberá

recurrir a la sede ordinaria (es decir, la vía contencioso-administrativa), a menos que resulte de urgente verificación y efectos de evitar consecuencias irreparables, como por ejemplo un supuesto acreditado de grave estado de salud o un estado de avanzada edad.

4. **Denegatoria de otorgamiento de una pensión de sobrevivencia:** finalmente, formarán parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión las normas que fijan los requisitos para acceder a una pensión de viudez, orfandad o ascendientes; por lo tanto, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que, a pesar de cumplir los requisitos legales para obtener dichas pensiones derivadas, se haya denegado su otorgamiento.

Como se podrá apreciar, el Tribunal Constitucional no solo establece estos lineamientos, sino que también determina algunos parámetros para la procedencia de un proceso de amparo:

uno de ellos es la protección en la vía de amparo de la afectación al derecho de igualdad como consecuencia del distinto tratamiento en la ley o en la aplicación de la ley, de tal manera que, de existir situaciones idénticas o sustancialmente análogas, serían susceptibles de ser llevadas al proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido. En el mismo sentido otro parámetro señalado por el tribunal será que quien solicite tutela a través del amparo debe acreditar la titularidad del derecho constitucional cuya protección se invoca.

El tribunal es contundente al señalar que no procede el amparo cuando se discuten temas referidos a reajustes pensionarios o aplicación del tope máximo, pues estos no se encuentran relacionados a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, debiendo ser ventilados en la vía judicial ordinaria.

Por último, el Tribunal Constitucional señaló que las pretensiones vinculadas a la nivelación (como sistema de reajuste de pensiones) o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, deben ser rechazadas de plano, er

**“ No procede el amparo cuando se discuten temas referidos a reajustes pensionarios o la aplicación del tope máximo, pues estos no se encuentran relacionados a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, debiendo ser ventilados en la vía judicial ordinaria ”**

20) En la STC N° 1776-2004-AA/TC, fallo que fijó los tres supuestos de retorno parcial a Sistema Nacional de Pensiones vía desafiliación de las Aseguradoras Privadas de Pensiones, se recurrió a esta causal cuando el propio tribunal ya había establecido en fallos anteriores que el Sistema Privado de Pensiones no era parte de la seguridad social.

medida que han sido proscritas constitucionalmente mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103 de la Carta Magna, de acuerdo a las modificaciones de la Ley N° 28389.

Dentro de esta conceptualización la sentencia materia del presente comentario (STC N° 2877-2005-PHC/TC) establece en el literal d) del fundamento 15 que, pese a que antes si lo eran, no procede en la actualidad demandar el pago de conceptos accesorios como los reintegros y los intereses al no formar parte del contenido esencial ni el contenido constitucional protegido del derecho fundamental a la pensión (en realidad, son prestaciones complementarias al derecho subjetivo previsional), debiendo recurrir los accionantes a la sede judicial ordinaria.

#### IV. LA IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE INTERESES EN MATERIA DE PENSIONES

En la medida que a partir de la fecha corresponderá al Poder Judicial (a través de los juzgados contencioso-administrativos) resolver las pretensiones relativas al pago de los devengados e intereses, nos permitimos esbozar los argumentos en virtud de los cuales postulamos que no procede el reconocimiento de pago de este concepto (intereses legales) al ser manifiestamente incompatible con los principios estructurales de la seguridad social, postura que —esperamos— sea revisada en su momento por la Corte Suprema sin sujeción a los fallos del tribunal.

Conforme establece el artículo 1245 del Código Civil de 1984, el interés legal es una tasa de referencia (fijada por el Banco Central de Reserva, según el artículo 1244) que se utiliza en los casos en que debiendo pagarse interés no se ha fijado una tasa específica.

En efecto, según el artículo 1242 del mismo código sustantivo, el interés puede ser (por su finalidad) de dos tipos: compensatorio (cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o cualquier otro bien) o moratorio (cuando su fin es indemnizar la mora en el pago).

Por su origen<sup>(21)</sup>, el interés puede ser convencional (cuando ha sido fijado por las partes) o legal (cuando es establecido de manera expresa por la ley).

Como hemos referido en el numeral I, independientemente de la naturaleza de la pretensión incoada contra la ONP<sup>(22)</sup> (aplicación de la Ley N° 23908, recálculo derivado del Decreto Ley N° 25967, reconocimiento de años de aportación, otorgamiento de jubilación, etcétera), nos encontramos ante un supuesto en el cual una entidad del Estado (sea el IPSS antes, o la ONP ahora) otorgó o denegó un derecho pensionario a partir de su interpretación de las normas en materia previsional vigentes al emitir la resolución administrativa correspondiente, acto cuya ilegalidad recién se determinará a partir de un pronunciamiento de control constitucional en instancia definitiva, en el cual se reconocía además —generalmente— el pago de los reintegros (devengados) generados por el reajuste, recálculo o reconocimiento respectivo<sup>(23)</sup>.

En este escenario, sin perjuicio de cuestionar la existencia de una obligación de pago que se pueda atribuir validamente a la ONP por dicho acto (otorgamiento o denegatoria de derechos pensionarios en base a normas cuestionadas —posteriormente— en sede constitucional), resulta claro que no podrá ser alegada la procedencia del pago de un interés compensatorio (por no existir utilización de un dinero o bien que genere contraprestación), ni convencional (no hay acuerdo previo entre las partes), limitándose la discusión a determinar si es viable reclamar el pago de un interés moratorio al cual se le asigne la tasa fijada para el interés legal.

Consideramos que en materia de seguridad social (en particular, en pensiones) no resulta de aplicación las disposiciones del Código Civil relativas al pago de intereses, en la medida que estas tienen por finalidad resarcir o indemnizar —según cada caso— los aspectos particulares de relaciones jurídicas eminentemente patrimoniales, siendo incompatibles; por lo tanto, con un sistema jurídico (el de las pensiones administradas por el Estado) estructurado en base a un fondo común de reparto en el que prima el principio de la solidaridad y donde los intereses colectivos (léase, necesidades grupales) imperan sobre los individuales.

Corrobora esta posición el hecho de que el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil señale que sus disposiciones se aplicarán supletoriamente a las relaciones y a las situaciones jurídicas de otras leyes, siempre que no sean incompatibles<sup>(24)</sup> con su naturaleza.

(21) En este sentido: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La naturaleza jurídica de los intereses". En: *Derecho* N° 45. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1991. Pág. 180; CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil de 1984". En: *Libro Homenaje a Rómulo Lanatta*. Editorial Cultural Cuzco S.A. Lima, 1986. Pág. 78.

(22) Oficina de Normalización Previsional (en adelante ONP), entidad encargada de administrar a partir del 1 de enero de 1994 —en reemplazo del IPSS— el Sistema Nacional de Pensiones.

(23) La antes citada STC N° 340-99-AA/TC.

(24) De acuerdo a la definición asignada en la 22da. Edición del Diccionario de la Lengua Española (2001) de la Real Academia Española, incompatibilidad significa: "(la) Repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí".

## JURISPRUDENCIA LABORAL Y PREVISIONAL

En este caso, consideramos que existe una clara incompatibilidad de principios estructurales.

De manera complementaria a lo expuesto, resulta pertinente recordar como referencia<sup>(25)</sup> lo establecido por el artículo 65 del Reglamento del Decreto Ley N° 19990:

**“Artículo 65.-** El Seguro Social del Perú no está obligado a otorgar prestaciones del Sistema Nacional de Pensiones a personas no comprendidas en el mismo ni a sus familiares, aún cuando aquellas hubieran estado inscritas y/o se hubiera pagado aportaciones. En este caso, se anulará la inscripción y/o se efectuará la devolución del íntegro de las aportaciones, sin intereses. (...)”.

De lo expuesto en los puntos precedentes podemos concluir que no deben ser estimadas las pretensiones que en materia pensionaria se formulen (independientemente de la vía procesal elegida: sea constitucional u ordinaria), no por una carencia de estación probatoria o razones similares, sino por la manifiesta incompatibilidad existente entre las normas civiles que regulan dicha institución y los principios que informan a la seguridad social, tesis que en un futuro —esperamos— pueda

ser evaluada por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

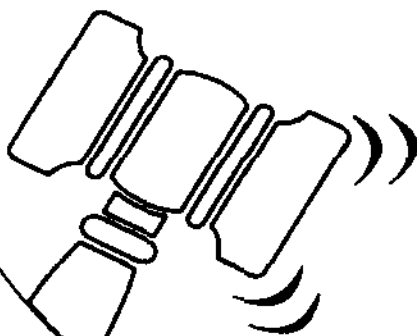
Finalmente, considerando que hasta la fecha persisten los reclamos administrativos y en sede judicial que pretenden el reconocimiento del pago de intereses en materia pensionaria sobre la base de las disposiciones del Decreto Ley N° 25920, referido solo a los adeudos laborales, recordamos que existe una exclusión expresa establecida por el Decreto Legislativo N° 817

### “Disposiciones Complementarias

**Sétima.-** Precisase que los aspectos relativos a los regímenes previsionales en general no son de naturaleza laboral sino de seguridad social”.

A través de estas páginas invocamos al Poder Judicial (en particular, a la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema) a efectuar una revisión de los fundamentos —a nuestro entender insuficientes— sobre los cuales se está acciando la pretensión accesoria de pago de intereses legales, enfocando el análisis de su procedencia (o improcedencia) a partir de lo expuesto en los fundamentos precedentes.

## Crónicas Jurisprudenciales



### Error de transcripción en el acta de protesto no anula este

El acta de protesto tiene carácter *ad probationem* y no es *ad solemnitatem*. Un error en la transcripción del título, en este caso que el acta consignó datos que no figuran en dicho título, no invalida el protesto (Caso N° 598-2000) *Diálogo con Jurisprudencia*, N° 25, *Jurisprudencia Actual*.

(25) Si bien la norma no trata del pago de devengados o similares, estamos ante un supuesto en el cual la entidad tuvo en su poder una suma de dinero abonada de manera indebida por el asegurado, la misma que al ser devuelta no estará sujeta (expresamente, por mandato legal) al pago de intereses alguno.

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

“El pago de intereses legales en materia previsional ”



## EL PAGO DE INTERESES LEGALES EN MATERIA PREVISIONAL

Jesús M. Carrasco Mosquera

### I. INTRODUCCION

Para aquellos que trabajamos en el área del derecho de pensiones, tanto para los operadores judiciales como para los abogados, es común ver en el petitorio de las demandas pretensoras de la restitución de un derecho pensionario (que incluye el pago de reintegros y pensiones devengadas), la acumulación de una pretensión accesorio denominada "**Más el pago de los intereses legales**". Dicha pretensión consiste en solicitar al Juez de la causa (dentro de un proceso de amparo o de un proceso contencioso administrativo), que eventualmente va ordenar al Estado el pago de un mayor derecho pensionario a favor de un asegurado o pensionista, el correspondiente reconocimiento de los intereses legales generados por el periodo de incumplimiento, lo que en rigor no reviste mayor problemática, en atención al antiguo aforismo jurídico *Lo accesorio sigue la suerte de lo principal*. Sumado a ello, encontramos una uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de la procedencia de su pago.

La problemática respecto al tema que estudiamos en el presente artículo, se da cuando el pago de intereses legales en materia previsional, es solicitado como pretensión principal y única en un exclusivo proceso para dicho reclamo, lo que genera no pocas controversias respecto a su procedencia y viabilidad, es decir controversias adjetivas (si es que dicho reclamo se debe efectuar dentro de un proceso contencioso administrativo o en un proceso cognitivo civil) y controversias sustantivas (si es que el pago de los intereses legales debe abonarse desde la fecha de afectación del derecho pensionario o también llamada fecha de contingencia, o desde el momento en que se notifica con la demanda al Estado).

Son estos los temas que desarrollaremos principalmente en el presente trabajo, no sin antes establecer una aproximada definición de lo que significa los intereses legales en materia previsional, cual es su naturaleza y cual es clasificación.

---

\* Abogado, socio del Estudio C & C Abogados Especialistas en Pensiones. Ex abogado de la ONP. Actual consultor de la Defensoría del Pueblo en temas pensionarios. Egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, egresado de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003-2004. Egresado del Curso de Post Grado en Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca, España. Junio 2007.  
Correo electrónico: a20034813@puccp.edu.pe.

## II. CONCEPTOS BASICOS

### 2.1.- Concepto y elementos

Si partimos de la definición general del interés legal, encontraremos que es el rédito o beneficio que, a falta de estipulación previa, señala la Ley como producto de las cantidades que se adeudan con esa circunstancia o en caso de incurrir en mora el deudor<sup>1</sup>, por tanto el interés legal en materia pensionaria no es otro que aquella compensación monetaria o rédito económico que se genera a favor de un asegurado o pensionista, como consecuencia del no pago de su derecho pensionario, al cual el Estado estuvo obligado a otorgarlo y pagarlo en un determinado momento.

No resulta complicada su definición, en la medida que encontramos los mismos elementos de cualquier deuda y generadores de un interés legal común y corriente, como son un acreedor insatisfecho por el no pago o pago inoportuno de su deuda, un deudor que ha incumplido su obligación, y ciertamente un capital que el deudor debió abonar en un momento oportuno (en el presente caso, determinado por la propia Ley). Así podemos identificar los mismos elementos en los siguientes actores:

Acreedor: Asegurado o pensionista

Deudor: Estado obligado e incumplido

Capital: Derecho pensionario no pagado oportunamente, reflejado en las pensiones devengadas.

### 2.2.- Naturaleza jurídica:

En ese sentido tampoco resulta difícil determinar cual es la real naturaleza de los intereses legales en materia pensionaria, mas aun si advertimos su equivalencia a cualquier tipo de interés legal y los mismos elementos de toda deuda civil, evidentemente concluiremos que su naturaleza jurídica también es obligacional y por ende CIVIL, en razón de que el hecho generador de dicho interés legal sigue siendo el INCUMPLIMIENTO en la obligación del acreedor, es decir del Estado al no abonar oportunamente un derecho pensionario pese a encontrarse obligado, incluso constitucionalmente conforme lo dispone la 2da Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, que expresamente prescribe: *El Estado garantiza el pago OPORTUNO de las pensiones que administra.*

Consecuentemente, los intereses legales no pueden tener una naturaleza pensionaria, en razón de que el contenido de su reclamo no reviste aspecto pensionario alguno, es decir con el reclamo de los intereses legales no buscamos un mayor derecho pensionario, ni mucho menos forma parte de las pensiones devengadas abonadas previamente, ni se derivan de estas.

<sup>1</sup> Definición efectuada por Manuel Ossorio y Florit en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. Año 2006.

Sobre este punto, el propio Tribunal Constitucional ha expedido una uniforme y reiterada línea jurisprudencial desde el año 2002<sup>2</sup> hasta la fecha<sup>3</sup>, invariable a través de sus distintas conformaciones incluyendo la actual (conformada por: Landa Arroyo, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Eto Cruz, Alvarez Miranda y Calle Hayen), señalando expresamente que los intereses legales deben ser abonados conforme al artículo 1242 y siguientes del Código Civil, es decir establece la obligación de la utilización del código sustantivo civil para su regulación, lo que conlleva a concluir su inclinación a darle el mismo carácter civil a los intereses legales en materia pensionaria.

### **2.3.- Clases de Interés legal en materia pensionaria**

Para la continuación del estudio y desarrollo del presente artículo, resulta imprescindible diferenciar los dos tipos de interés legal que encontramos en materia pensionaria, en razón de que uno de ellos (interés por fraccionamiento) no tiene mayor implicancia o conexidad con el tipo de interés legal pensionario que venimos estudiando (interés por incumplimiento), y que además resulta relevante su diferenciación para evitar su confusión entre ellos, no obstante que el primero de los nombrados si goza de una regulación normativa expresamente dirigida a ella.

Así, los tipos de interés legal pensionario son los siguientes:

**2.3.1.- Intereses legales por Fraccionamiento:** Son los que se encuentran regulados por la Ley 28266 y Decreto Supremo N° 121-2004-EF, y consisten en el interés legal que se reconoce y abona por el exceso en el fraccionamiento del pago de un devengado ya reconocido, es decir el Estado (Específicamente la Oficina de Normalización Previsional-ONP) reconoce y paga intereses legales por el periodo de exceso de 12 meses.

**2.3.2.- Intereses legales por incumplimiento:** Son los que estudiamos en el presente artículo, y se generan por el incumplimiento del Estado en abonar un derecho pensionario, desde la fecha de contingencia (inicio del derecho a la pensión) hasta el momento en que se otorga o corrige el derecho pensionario. No existe una regulación expresamente dirigida para ella, pero por analogía se regula por los artículos 1242 y ss. del Código Civil, así como por las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes 065-2002-AA/TC y 2506-2004-AA/TC, por la Ejecutoria de la Corte Suprema Casación N° 1128-2005, y diversas sentencias de las Salas Civiles Superiores, etc.

### **III. CONTROVERSIA ADJETIVA (COMPETENCIA)**

La controversia en la competencia de los intereses legales en materia pensionaria, es decir del interés legal por el incumplimiento, resulta fácilmente

<sup>2</sup> Sentencia en el Exp. 0065-2002-AA/TC

<sup>3</sup> Sentencia en el Exp 09414-2006-PA/TC, publicado el 21 de diciembre del 2007.



despejable si recordamos cuales son sus elementos y cual es su correcta naturaleza jurídica.

**Primera conclusión:**

Efectivamente, una vez determinado el carácter civil y obligacional de los intereses legales a reclamar, y descartada su naturaleza pensionaria, podemos concluir que no puede ser de competencia de un juez contencioso administrativo, en razón de que el contenido de la pretensión del reclamo de dichos intereses legales, no encierra el pedido de algún derecho pensionario adicional y menos aun de un devengado, y ciertamente tampoco cuestiona un acto administrativo que contenga dicho mandato u omisión de parte de la Administración Pública, como así lo dispone el Art. 1º de la Ley 27584<sup>4</sup> para la pertinencia del proceso contencioso administrativo.

En ese sentido es necesario tener en cuenta que no es lo mismo Estado y Administración Pública, y a esto último se refiere la Ley 27584, cuando en sus artículos 1º y 3º señalan, que **solo las actuaciones de la administración pública, sujetas al derecho administrativo y dentro de un procedimiento administrativo -Ley 27444, podrán ser impugnados en vía de acción contenciosa administrativa**, lo que significa que solo se puede recurrir a dicho fuero cuando exista previamente un acto administrativo o una omisión debida de la Administración Pública, que previamente esté contemplada y regulada como posibilidad de reclamo en los correspondientes Textos Únicos de Procedimientos Administrativos -TUPAs de cada entidad pública, conforme lo dispone la 3era Disposición Transitoria de la Ley 27444<sup>5</sup>.

Sin embargo, si analizamos solamente el TUPA de la Oficina de Normalización Previsional, aprobado por Decreto Supremo N° 141-2006-EF, encontraremos que la posibilidad de reclamar intereses legales ante dicha entidad no existe, y más aún, se encuentran regulados: todo tipo de reclamos de carácter pensionario (desde otorgamiento de pensión hasta duplicado de resoluciones, pasando por pago de devengados y diversos tipo de incrementos, Etc), por lo que al no existir manera procedimental de que se genere un acto administrativo que contenga dicho reclamo o una obligación de la administración pública, no resulta competente por ningún caso el Juez Contencioso Administrativo para tramitar dicho reclamo, toda vez que de la Ley 27584 no operan los Arts. 1º y 3º al no haber materia impugnable y tampoco opera el Art. 4º Inciso 2, al no haber omisión impugnable.

**Segunda conclusión:**

En consecuencia, y regresando a la naturaleza obligacional y civil de los intereses legales en materia pensionaria, es evidente que la competencia corresponde al Juez Civil, siendo la acción a utilizar la de Obligación de dar suma de dinero (pago de intereses legales) en vía de proceso de conocimiento, abreviado o sumarísimo, dependiendo de la cuantía de su reclamo.

<sup>4</sup> Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

<sup>5</sup> Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General

Las normas sustantivas que regulan dicha acción, en orden de jerarquía son: Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, y principalmente los Artículos 1242 y siguientes del Código Civil.

#### **IV. CONTROVERSIA SUSTANTIVA**

La segunda gran controversia respecto a los intereses legales en materia pensionaria, que es de carácter sustantiva y tal vez la más importante de ellas, porque presupone la aceptación de su pago en todos los casos, es el referido a la fecha desde que éstos deben reconocerse y honrarse. Al respecto subsisten dos interpretaciones.

##### **4.1.- Dos Interpretaciones**

###### **4.1.1.- El pago de los intereses procede desde la fecha de la contingencia**

La primera interpretación sostiene que los intereses legales deben reconocerse y abonarse desde la fecha de incumplimiento, que no es otra que la fecha de afectación del derecho o contingencia.

###### **4.1.2.- El pago de los intereses procede desde el emplazamiento con la demanda**

La segunda interpretación sostiene que el pago de los intereses debe efectuarse desde la fecha de notificación de la demanda judicial, en razón de la aplicación de la civilísima Regla de la Interpelación en Mora, prevista y regulada en los Artículos 1333<sup>6</sup> y 1334<sup>7</sup> del Código Civil.

##### **4.2.- Resoluciones judiciales**

###### **4.2.1.- Resoluciones judiciales que rechazan la segunda interpretación**

Seguidamente, citaremos una serie de singulares y valiosas interpretaciones jurisprudenciales, que recusan la aplicación de la Regla de la interpelación en mora del Código Civil, cuando se tratan de establecer el pago de los intereses legales en materia pensionaria:

- No es aplicable el Art. 1333<sup>o</sup> para establecer el cálculo de los intereses legales en materia pensionaria, por cuanto el Estado está obligado a otorgar el derecho pensionario desde la fecha en que se cumplió los requisitos para acceder a la pensión.

<sup>6</sup> Código Civil Artículo 1333<sup>o</sup>.-

Se declara en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación."

<sup>7</sup> Código Civil Artículo 1334<sup>o</sup>.-

En las obligaciones de dar sumas de dinero, cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.

En sus aplicas la otra regla lo dispuesto en el artículo 1985<sup>o</sup>

- No es aplicable el Art. 1334, por cuanto el monto del derecho a la pensión no requiere ni requería ser determinado por sentencia judicial.
- No es aplicable el Art. 1334, por cuanto el Estado está obligado a abonar los intereses legales desde que se produjo el DAÑO con su incumplimiento (Art. 1985º segundo párrafo).
- No es aplicable el Art. 1333º por cuanto, al aplicarse análogamente a los intereses legales en materia pensionaria resultan ser restrictivo del cabal derecho a la pensión. Prohibida aplicación la analogía que restringe derechos conforme al Art. IV del Título Preliminar del Código Civil

#### 4.2.2.- Resoluciones que admiten la primera interpretación

Asimismo, existen sentencias que establecen que los intereses legales deben pagarse desde la fecha de la contingencia:

- **Tribunal Constitucional:** Exp. 2506-2004-AA/TC (Alvites Torres Vs. ONP) Fundamento 7:  
*" (...) que, por la naturaleza de las pensiones y la mora en el pago de las pensiones no pagadas de acuerdo a Ley, deberá satisfacerse su inoportuna percepción, correspondiendo ordenar la adición de los intereses legales generados a las pensiones devengadas desde el 16 de julio de 1999, FECHA DESDE LA CUAL EL DEMANDANTE PERCIBE PENSIÓN DE JUBILACIÓN, (...)"*
- **Corte Suprema, Sala Derecho Constitucional y Social Transitoria,** Cas. 1128-2005 La Libertad. Fundamento 14:  
*" Que, entonces si la aplicación del artículo 1333º, primer párrafo del Código Civil restringe la posibilidad de reparar eficazmente el derecho fundamental, la pensión no podría servir como elemento normativo decisivo para determinar el término inicial, a partir del cual deben pagarse los intereses moratorios tratándose de la afectación de este derecho fundamental, pues es contundente el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, al estipular que la Ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía."*

#### V.- LA CORRECTA APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA INTERPELACIÓN (ART. 1334º DEL CÓDIGO CIVIL)

Finalmente, somos de la opinión de que los intereses legales en materia pensionaria, al tener un carácter eminentemente civil, también son moratorios y ciertamente le es aplicable la regla de la interpelación en mora regulada en los Artículos 1333 y 1334 del Código Civil, sin embargo consideramos que su correcta aplicación e interpretación, la misma que ya ha sido desarrollada por diversas instancias judiciales, es la siguiente:

- **Obligación del Estado:** Existe mandato constitucional contenido en la 2da Disposición Final y Transitoria de la Constitución y mandato legal específico de la Ley pensionaria (DL 19990 ó DL 20530) de otorgar el derecho a la pensión OPORTUNAMENTE. Existe obligación exigible desde el momento en que el Estado se encontraba obligado a otorgar un derecho pensionario.
- **Derecho de Petición:** Tiene un contenido formal y sustancial, su contenido implica la verificación, por parte del Estado, del cumplimiento de los requisitos exigidos por Ley por parte del asegurado, por lo tanto emerge la obligación del Estado de otorgar su derecho pensionario oportunamente, en su justo monto y real derecho.
- **Solicitud de otorgamiento de pensión debidamente verificado (derecho de petición):** Constituye la primera exigencia o primer requerimiento
- **Mora:** Incorre el Estado en mora desde el mismo momento en que incumplió su obligación, previamente exigida, de otorgar su derecho pensionario oportuna y correctamente.
- **Capital:** Derecho pensionario no pagado o pagado inoportunamente, reflejado en las pensiones devengadas.
- **Demanda:** Es el vehículo para advertir la exigencia incumplida y lograr el pago de los intereses legales. La intimación en mora no se da con la demanda ni con los reclamos previos que originaron el pago de los devengados, sino con la primigenia solicitud de otorgamiento de pensión (**petición**).

## VI.- CONCLUSIÓN

En conclusión, la Regla de la interpelación se satisface con la primigenia solicitud administrativa, es decir con la solicitud de otorgamiento de pensión.



# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

## Revisión de los Principales Criterios Jurisprudenciales del Decreto Ley N° 19990 y los Regímenes Especiales



**REVISIÓN DE LOS PRINCIPALES CRITERIOS**  
**JURISPRUDENCIALES DEL**  
**DECRETO LEY N° 19990 Y LOS REGÍMENES ESPECIALES**

**César Abanto Revilla**

**I. La importancia de la jurisprudencia en materia previsional**

Si bien la jurisprudencia es reconocida como una fuente del Derecho (en general), hasta hace unos años apenas si era base de consulta meramente referencial, pues no constituía precedente de observancia obligatoria para la judicatura nacional<sup>1</sup>, situación que ha variado drásticamente en el campo que nos aboca (la materia previsional), al punto que los fallos uniformes del Tribunal Constitucional han originado inclusive la emisión de normas legales que han variado algunos criterios administrativos de larga data<sup>2</sup>.

Revisar la evolución jurisprudencial, en especial en el rubro previsional, resulta indispensable para los abogados, magistrados, funcionarios públicos y todos aquellos vinculados con ésta materia, pues nos permite proyectar (con cierto margen de certeza) el resultado final de cada proceso judicial, lo cual es de gran importancia si se considera que la determinación de una pretensión cualquiera puede originar la interposición de miles de nuevas demandas<sup>3</sup>.

Lo expuesto se ve reforzado con lo señalado en el fundamento 60 de la sentencia recaída en el proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández con la Oficina de Normalización Previsional (ONP), Expediente N°

---

\* Profesor de Seguridad Social. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Asesor Legal Externo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo electrónico: [cesar\\_abanto@yahoo.com](mailto:cesar_abanto@yahoo.com).

1 Recién en 1993, con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, se establecen los precedentes de carácter obligatorio derivados de los plenos casatorios (artículo 400°); en sentido similar, en el año 1995 la Primera Disposición General de la Ley N° 26435 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) dispuso que los Jueces y Tribunales interpretarían y aplicarían las normas de acuerdo a los criterios por dictados por el supremo intérprete de la Constitución (este precepto tuvo gran incidencia en el tema previsional).

2 Dos ejemplos de ello son las Leyes N° 27561 (que dispuso una revisión administrativa de oficio a todos los casos en los cuales se hubiera aplicado indebidamente -según las pautas fijadas por el Tribunal- el Decreto Ley N° 25967) y N° 28407 (que habilitó la revisión administrativa de aquellos casos en los que se hubiera declarado la pérdida de validez de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones).

3 Una muestra de lo expuesto lo constituye el fallo recaído en el Expediente N° 703-2002-ACTC, relativo a la aplicación de la Ley N° 23908 (sobre pensión mínima y reajuste con prioridad trimestral), publicada el 20 de enero de 2003, a partir de la cual se incoaron más de 69,000 demandas judiciales en tres años.



1417-2005-AA/TC, en el cual se precisa que los criterios fijados por el Tribunal Constitucional en materia previsional son de observancia obligatoria (y vinculante) para todos los órganos jurisdiccionales, incluida la justicia ordinaria, en especial en el momento actual, en que la mayoría de procesos constitucionales están siendo derivados a la vía contencioso administrativa (Ley N° 27584), en tanto no se acredite una afectación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión.

En el campo de las pensiones, hemos asistido desde mediados de la década de los noventa a una verdadera revolución legislativa y jurisprudencial de la cual hemos seleccionado algunos pronunciamientos que, por su relevancia, constituyen los pilares de la interpretación de las normas que conforman el Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley N° 19990 y regímenes especiales), materia de revisión en el Curso Taller convocado por la Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Lima el 4 y 13 de diciembre de 2007.

## **II. El Sistema Nacional de Pensiones (SNP) en la jurisprudencia**

En el Perú, tenemos un sistema paralelo o mixto de pensiones que permite la coexistencia del Estado y la actividad privada en el campo de la administración de las pensiones, situación que genera la siguiente dicotomía:

- (i) Sistema Estatal de pensiones, conformado por:
  - ◆ Decreto Ley N° 19846, Caja de Pensiones Militar Policial
  - ◆ Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones
  - ◆ Decreto Ley N° 20530, régimen de pensiones de los funcionarios públicos<sup>4</sup>
- (ii) Sistema Privado de pensiones (AFPs)

El 1 de mayo de 1973 se creó el Sistema Nacional de Pensiones con la finalidad de unificar en un solo régimen las normas, entonces dispersas, de los trabajadores obreros y empleados. Su dispositivo matriz es el Decreto Ley N° 19990, empero, dicho sistema (en adelante, SNP) está integrado también por los regímenes especiales (grupos de trabajadores incluidos en el SNP o que se ven beneficiados con la reducción de su edad jubilatoria y/o años de aportación, tal es el caso de los trabajadores mineros, de construcción civil, amas de casa, etc.).

El Decreto Ley N° 19990 contempla tres tipos de prestaciones económicas pensionarias:

---

<sup>4</sup> Régimen previsional cerrado por mandato expreso de la Ley N° 28389, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de diciembre de 2004.

- (a) Invalidez, que se otorga cuando la incapacidad deriva de una enfermedad o accidente del asegurado, que se declare como tal por una Comisión Médica (se exige además el cumplimiento de cierta cantidad mínima de años de aportaciones).
- (b) Jubilación, a la cual se accede cuando el asegurado cumple la edad establecida por la ley (vejez), siempre que cuente con los años de aportación mínimos.
- (c) Sobrevivientes, que se otorga a determinados familiares del pensionista o asegurado (con derecho a pensión) que fallece, siempre que cumplan los requisitos fijados por ley. Puede ser dividida en tres clases: viudez, orfandad o ascendientes.

Como hemos adelantado, a continuación vamos a efectuar una suerte de resumen (en el orden que fueron dictados) de los principales pronunciamientos que en materia previsional nos han brindado el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, con las anotaciones legales que según el caso correspondan y las apreciaciones críticas que nos permitimos aportar.

#### 1. Decreto Ley N° 25967: Las modificaciones del SNP

Para acceder a la pensión de jubilación (prestación económica que se otorga al asegurado al alcanzar una edad avanzada que supone el decaimiento de su capacidad laboral)<sup>5</sup> es necesario que se cumpla con la edad y los años de aportes establecidos por la ley, de acuerdo a los parámetros fijados en las distintas modalidades jubilatorias. El texto original del Decreto Ley N° 19990 contemplaba las siguientes modalidades:

MODALIDAD	AÑOS DE EDAD	APORTACIÓN
1. Régimen General artículos 38° y 41°	60 (hombres) 55 (mujeres)	15 13
2. Régimen Especial* artículos 47° al 49°	60 (hombres) 55 (mujeres)	5 años ambos sexos
3. Pensión Reducida artículo 42°	60 (hombres) 55 (mujeres)	+ de 5 pero – de 15 + de 5 pero – de 13
4. Pensión Adelantada** artículo 44°	55 (hombres) 50 (mujeres)	30 25

\* Asegurados nacidos antes del 1 de julio de 1931 (hombres) ó 1936 (mujeres), inscritos en las Cajas de Pensiones (Caja Nacional del Seguro Obrero o en el Seguro Social del Empleado).

\*\* Si el cese fue por reducción o despedida total del personal (Decreto Ley N° 18471) los años de aportaciones son reducidos a 15 (hombres) y 13 (mujeres).

5 ROMERO MONTES, Francisco. "La Jubilación en el Perú". Lima, 1993, Servicios Gráficos José Antonio, página 74; FALCÓN GÓMEZ SÁNCHEZ, Francisco. "Manual de Seguridad Social". Trujillo, 1994, Editora Normas Legales, p. 54.

El 19 de diciembre de 1992 fue publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Ley N° 25967<sup>6</sup>, norma que introdujo una serie de modificaciones en el SNP, siendo tal vez las más resaltantes las siguientes:

- Fijó en 20 años el mínimo de aportes para acceder a una pensión jubilatoria, **derogando** de esta manera las modalidades Especial y Reducida.
- Modificó la fórmula de cálculo de la remuneración de referencia, que es la base para fijar el monto de la pensión.
- Estableció en S/. 600 nuevos soles el monto de la pensión máxima (tope), dejando de lado el uso de fórmulas que la vinculaban a conceptos laborales;
- Dispuso la creación de la ONP para que reemplace al Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) en la administración del SNP.

El problema relacionado a dicha norma se presentó porque su Única Disposición Transitoria establecía que las modificaciones se aplicarían incluso a los expediente en trámite, lo cual originó la denegatoria de cientos de solicitudes de otorgamiento de pensión y, en otros casos, la asignación de un prestación cuyo monto era considerablemente inferior al que le hubiera correspondido al asegurado de haberse aplicado la fórmula de cálculo originaria.

Ésta norma fue sometida a un proceso de inconstitucionalidad, el mismo que concluyó el 26 de abril de 1997 al ser publicada en el Diario Oficial "El Peruano" la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 007-96-I/TC, en cuyos fundamentos 10 al 12 se estableció que las nuevas disposiciones del Decreto Ley N° 25967 no podrían ser aplicadas a los asegurados que el 18 de diciembre de 1992 (un día antes de la entrada en vigencia de la citada norma) ya contaban con la edad y los años de aportaciones establecidos en el Decreto Ley N° 19990, aunque siguieran trabajando con posterioridad a esa fecha. Por ejemplo: Si Juan Pérez contaba al 18 de diciembre de 1992 con 60 años de edad y 15 de aportación, se le reconocerá el derecho a una pensión en la modalidad del Régimen General, y se le calculará la remuneración de referencia de acuerdo al artículo 73° del texto original<sup>7</sup>.

El principal fundamento para el citado pronunciamiento fue la primacía de la teoría de los derechos adquiridos en materia de pensiones, entonces recogida por la Primera Disposición Final de la Constitución Política de 1993. Según el Tribunal una vez que el asegurado reunía los requisitos fijados por ley (edad y años de aportación) incorporaba en su patrimonio el derecho a que su pensión sea evaluada y determinada en los términos legales vigentes en ese momento, independientemente que continuara laborando.

6 Dicha norma entró en vigencia el mismo día de su publicación.

7 Según esta norma, la remuneración de referencia se obtenía de dividir entre 12 la suma de las últimas 12 cotizaciones. El artículo 2° del Decreto Ley N° 25967 varió dicho criterio, estableciendo que serían las últimas 36, 48 ó 60 remuneraciones, dependiendo de la cantidad de años aportados por el asegurado.

Ante la cantidad de sentencias favorables a los pensionistas que cuestionaban la aplicación indebida del Decreto Ley N° 25967 (sobre la base de las pautas fijadas por el Tribunal), el Estado se vio forzado a dictar la Resolución Suprema N° 392-2001-EF<sup>8</sup>, mediante la cual se dispuso el allanamiento de la ONP en los procesos judiciales vinculados a dicha pretensión; posteriormente se promulgó la Ley N° 27561<sup>9</sup>, que ordenó la revisión de oficio de todos los expedientes administrativos del SNP (unos 800,000) para determinar aquellos casos en los cuales se aplicó indebidamente la norma modificatoria, procediendo a su rectificación.

## 2. La pensión máxima (tope) y su desarrollo legislativo

Para el otorgamiento de la pensión de jubilación la entidad administrativa realiza tres pasos secuenciales y preclucorios:

- (i) Se verifica que el asegurado cumpla la edad y los años de aportes exigidos por ley.
- (ii) Se determina el monto de la remuneración de referencia (base sobre la cual se establece el valor final de la pensión respectiva).
- (iii) Se aplica la pensión mínima o máxima (tope), dependiendo si el monto de pensión que le correspondería al asegurado se encuentra por debajo o por encima, respectivamente, de los valores fijados por ley de acuerdo a las posibilidades de la economía estatal.

En efecto, en tanto el Decreto Ley N° 19990 está concebido sobre la base de un sistema de reparto (fondo común o colectivo al que aportan todos los asegurados, en mayor o menor proporción, del cual se obtienen los recursos para atender el pago de las pensiones), uno de los principios básicos que lo caracterizan es el de la solidaridad, en virtud del cual quienes aportaron más (en tiempo o cantidad dineraria) colaboran con quienes aportaron menos. En tal sentido, existen pensiones máximas (tope) para quienes tendrían derecho a una prestación mayor, con el fin de proveer una pensión mínima a favor de aquellos que no alcanzarían un monto que siquiera les permitiese cubrir sus necesidades básicas.

Centrando nuestro comentario en la pensión máxima (tope), cabe recordar que se trata de un concepto previsional contemplado en el texto originario del Decreto Ley N° 19990, que en su artículo 78° señalaba expresamente:

Artículo 78°.- El Consejo Directivo del Seguro Social del Perú previo estudio actuarial propondrá al Ministro de Trabajo el monto máximo de las pensiones que otorga el Sistema Nacional de Pensiones el que será fijado por

<sup>8</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 28 de julio de 2001.

<sup>9</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 25 de noviembre de 2001.

Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros<sup>10</sup>.

Esta norma fue evolucionando desde finales de los setenta y hasta inicios de los noventa a través de fórmulas de cálculo que la vinculaban a conceptos laborales como la remuneración mínima<sup>11</sup>, hasta que el 19 de diciembre de 1992 entró en vigencia el artículo 3° del Decreto Ley N° 25967, que estableció una suma determinada (S/. 600 nuevos soles) para la pensión máxima (tope), monto que podría ser incrementado con posterioridad por decreto supremo<sup>12</sup>.

El problema de la aplicación de la pensión máxima (tope) en el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional se centró en su vinculación al Decreto Ley N° 25967, pues consideraban que el tope establecido en dicha norma constituía un nuevo status legal, en lugar de un eslabón más en la evolución de un concepto contemplado dentro del ámbito originario del SNP<sup>13</sup>.

Este criterio erróneo fue recogido por la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 001-2002-DP-ORLC-UI aprobado mediante la Resolución Defensorial N° 004-2002<sup>14</sup>, en mérito al cual se varió el sistema administrativo de calificación interno en la ONP (inclusive para los casos sujetos a la revisión de oficio dispuesta por la Ley N° 27561).

Siguiendo los parámetros mencionados, podemos poner el ejemplo siguiente: Si Juan Pérez cumplió al 18 de diciembre de 1992 la edad y años de aportación establecidos en el Decreto Ley N° 19990, pero siguió laborando hasta el 1 de febrero de 2002, la fórmula de cálculo de la pensión máxima (tope) sería el 80% de la suma de 10 RMV, pero aplicando el valor vigente en esa fecha (S/. 410 nuevos soles, según el Decreto de Urgencia N° 012-2000), por lo cual su

10 Según lo establecido por el inciso b) de la Sexta Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 19990, la primera pensión máxima (tope) de este régimen se fijó en S/. 30,000 soles oro.

11 El Decreto Ley N° 22847 del 26 de diciembre de 1979 estableció que el tope sería igual al 80% de la suma de 5 RMV; el Decreto Supremo N° 078-83-PCM del 1 de Octubre de 1983, que sería igual a la suma de 7 y 1/2 RMV; el Decreto Supremo N° 034-84-PCM del 1 de junio de 1984, que sería igual a la suma de 11 RMV; finalmente, el Decreto Supremo N° 077-84-PCM del 1 de diciembre de 1984 señaló que sería el 80% de la suma de 10 RMV (esta fórmula rigió hasta el 18 de diciembre de 1992).

12 El Decreto Supremo N° 106-97-EF del 10 de agosto de 1997 incrementó el tope a S/. 696 nuevos soles; el Decreto Supremo N° 056-99-EF del 15 de abril de 1999 lo incrementó a S/. 807.36 nuevos soles; en la actualidad, el Decreto de Urgencia N° 105-2001 del 31 de agosto de 2001 fijó el tope en S/. 857.36 nuevos soles, pese a lo cual existen pensionistas que -en mérito a un cuestionable criterio administrativo vinculado a un informe de la Defensoría del Pueblo que luego analizaremos- perciben montos mayores.

13 Existieron inclusive fallos absurdos de la extinta Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Lima en los cuales se dispuso el pago de pensión "sin tope alguna" (ver: Expedientes N° 2541-2000 y 2394-2000, sentencias publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" el 8 y 23 de octubre de 2001).

14 Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de enero de 2002.

pensión ascendería a S/. 3,280 nuevos soles, es decir, casi cuatro veces el valor de la pensión máxima (tope) vigente en la actualidad: S/. 857.36 nuevos soles.

En reciente fallo, comentado anteriormente (Expediente N° 1294-2004-AA/TC, seguido por Andrés Llamogtanta Chávez con la ONP sobre proceso de amparo)<sup>15</sup>, el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente en los literales e), f) y g) del fundamento 12 de la sentencia citada que el Decreto Ley N° 25967 es parte de la evolución legal de la pensión máxima (tope), no un nuevo esquema que sea considerado como un "punto de quiebre".

Sin embargo, entendemos que la principal modificación de criterio de esta sentencia puede ser recogida de su fundamento 15 (segundo párrafo), en el cual se establece que la aplicación ultractiva de las disposiciones del Decreto Ley N° 19990 sólo se referirán al respeto de los requisitos (edad y años de aportes) y el sistema de cálculo de la remuneración de referencia (los 12 últimos meses, en lugar de los 36, 48 y 60 fijados por el Decreto Ley N° 25967), siendo aplicables para la determinación de la pensión mínima y máxima las normas vigentes al momento de presentación de la solicitud de otorgamiento de pensión.

Es decir que, contrariamente a lo que viene sucediendo en la fecha, el campo de protección de los derechos adquiridos de los pensionistas del SNP ya no incluirá la fórmula de cálculo para determinar la pensión máxima (tope), la cual se regirá por las normas vigentes al momento en que el asegurado presentó su solicitud de pensión (en el caso anterior, a Juan Pérez se le otorgaría una pensión tope de S/. 857.36 nuevos soles, en tanto su cese laboral se produjo el 1 de febrero de 2002).

### **3. Ley N° 23908: La pensión mínima y sus criterios de aplicación**

Si bien el texto original del Decreto Ley N° 19990 no contemplaba el instituto de la pensión mínima, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 23908<sup>16</sup> se introduce dicho concepto al SNP, precisando que sería igual a tres sueldos mínimos vitales (este concepto laboral no era el equivalente al ingreso mínimo de un trabajador en actividad, sino uno de los elementos que lo conformaban<sup>17</sup>).

15 Publicada el 18 de enero del 2005 en la página web del Tribunal Constitucional: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe). Sobre dicha sentencia: ABANTO REVILLA, César. "El Tribunal Constitucional y su cambio de criterio para la aplicación de la pensión máxima (tope)". En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 81, Lima, Junio 2005.

16 El 23 de setiembre de 1984, después del periodo de *vacatio legis* de 16 días dispuesto -en ese entonces- por el artículo 195° de la Constitución Política de 1979.

17 En la fecha de dación de la Ley N° 23908 regía el Decreto Supremo N° 010-84-TR, que fijaba la Remuneración Mínima (RM) en S/. 310,500 soles oro, estando compuesto dicha figura a su vez por cuatro conceptos: unidad de referencia, sueldo mínimo vital, bonificación por costo de vida y bonificación suplementaria. El SMV era el elemento a utilizar como referente en la PM.

De la misma manera, el artículo 4º de la citada ley señalaba que los reajustes de pensiones tendrían una prioridad o tratamiento preferencial de carácter trimestral, lo que no implicaba una obligación para incrementar las pensiones cada tres meses, tal como lo ha aclarado el Tribunal Constitucional.

En relación a dicha norma (Ley N° 23908) el Tribunal Constitucional ha tenido desde inicios del 2003<sup>18</sup> una serie de pronunciamientos que han ido recortando el campo de aplicación, mismos que son de relevancia considerando la cantidad de demandas vinculadas a dicha pretensión.

### **3.1 El primer precedente: vigencia hasta 1996**

El 20 de enero de 2003 fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano" la sentencia recaída en el Expediente N° 703-2002-AC/TC, fallo cuestionado<sup>19</sup> que señalaba que tenían derecho a una pensión mínima (de acuerdo a la Ley N° 23908) aquellos asegurados que alcanzaron el punto de contingencia hasta el 23 de abril de 1996 (un día antes a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817, que estableció nuevos parámetros para la pensión mínima o PM)<sup>20</sup>.

Como hemos referido, este fallo originó una avalancha de demandas judiciales en contra de la ONP solicitando la aplicación de la citada ley, pues los pensionistas consideraron que podían acceder a una PM que fuese el equivalente a tres veces el valor de la RMV vigente, lo que era un absurdo fáctico y jurídico. En esta creencia abonaron algunos (seudo) medios de prensa y abogados inescrupulosos que lucraron con las expectativas de los pensionistas por obtener el incremento de su prestación, cuando en muchos casos se produjo exactamente lo contrario.

### **3.2 El segundo precedente: vigencia hasta 1992**

El 11 de marzo de 2004 fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano" la sentencia recaída en Expediente N° 1816-2002-AA/TC, en la cual se dispone de manera escueta que la referida Ley N° 23908 solo alcanzaba a los

18 Los fallos previos del Tribunal Constitucional se inclinaron por la improcedencia del reclamo.

19 Sobre las críticas a este pronunciamiento: PARÉDEZ NEYRA, Magno y otro. "Ley N° 23908: Pensión mínima e indexación en el Sistema Nacional de Pensiones a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional" En: Asesoría Laboral N° 156, Lima, Diciembre 2003, página 11-15; y, LÓPEZ TRIGOSO, Edwin. "Sobre el respeto al Debido Proceso en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional sobre la aplicación de la Ley N° 23908". En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 67, Lima, Abril 2004, página 55-77.

20 El citado fallo también señaló que tendría derecho a reclamar el reajuste trimestral previsto en el artículo 4º de la Ley N° 23908 los asegurados que alcanzaron el punto de contingencia hasta el 13 de noviembre de 1991 (un día antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 757).

pensionistas que alcanzaron la contingencia hasta el 18 de diciembre de 1992, un día antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967. Si bien la sentencia aludía de manera genérica al concepto "reajuste", se entendía que incluía dentro de tal definición tanto a la PM como al reajuste con prioridad trimestral.

Pese a lo genérico del pronunciamiento su importancia radicó en el hecho de reducir el campo de acción de la Ley N° 23908 del 23 de abril de 1996 al 19 de diciembre de 1992, disminuyendo así la lista de beneficiarios potenciales de dicha norma.

### 3.3 El tercer y cuarto precedentes: aclarando zonas grises

El 29 de octubre del 2004 es publicada en la página web del Tribunal Constitucional el fallo recaído en el Expediente N° 2704-2002-AA/TC, en el cual se ratifica que la Ley N° 23908 es aplicable a los asegurados que alcanzaron el punto de contingencia hasta el 19 de diciembre de 1992 (fundamento 11, literales d y g), pero a la vez se indica que la PM nunca fue igual a tres veces el ingreso de un trabajador en actividad, habiendo el legislador tomado de referente para fijar dicho concepto (PM) uno de los elementos que integraban la remuneración mínima.

Posteriormente, el 22 de noviembre del 2004 fue publicada en la misma página web el fallo recaído en el Expediente N° 198-2003-AA/TC seguido por Carlos Briones Vigo, suscrito por todos los magistrados del Tribunal (que constituye precedente obligatorio), en el cual -además de ratificar lo expuesto en la sentencia glosada en el párrafo precedente- se establece que no procede el reclamo del reajuste automático trimestral (Ley N° 23908, artículo 4°), en tanto los incrementos de pensión están condicionados a la capacidad financiera del SNP y a la situación de la economía nacional (fundamentos 13 a 15).

Estas sentencias fueron fundamentales para reducir las demandas de otorgamiento de una PM que fuera igual a tres veces el valor de la RMV actual, empero, los jueces se limitaban a constatar la fecha de la contingencia para estimar las demandas, por lo cual era necesario que el Tribunal Constitucional fijara con carácter obligatorio la realización previa del **juicio de comparación** del monto de pensión otorgado con el triple del valor del SMV (o IML) vigente a la fecha de la contingencia -en cada caso-, como dispuso el Expediente N° 5189-2005-PA/TC<sup>21</sup>. Este fallo precisa, además, que el último IML que puede ser utilizado como referente para aplicar la Ley N° 23908 es el Decreto Supremo N° 002-91-TR (IML = l/m. 12 intis millón), por lo tanto, no puede reclamarse como pensión la RMV señalada en el Decreto Supremo N° 003-92-TR.

Contingencia	Norma aplicable	Monto del IML	PM = 3 IML
18 diciembre 1992	DS.N° 002-91-TR	l/m. 12	IML x 3 = l/m. 36

21 Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 13 de octubre de 2006.



### **3.4 El quinto precedente: vinculación al artículo 81° (12 meses)**

Recientemente, el 7 de mayo de 2007, fue publicada en la página web del Tribunal Constitucional el último parámetro para la aplicación de la Ley N° 23908, cuando en el fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 07002-2006-PA/TC se ha establecido que no resulta aplicable la pensión mínima regulada en dicha norma a los demandantes cuya solicitud de pensión fue presentada 12 meses después de la derogación de la citada norma, es decir, a partir del 19 de diciembre de 1993.

En efecto, utilizando la aplicación conjunta del artículo 81° del Decreto Ley N° 19990 (por el cual la administración pública solo está obligada a reconocer hasta 12 meses de devengados, contados desde la presentación de la solicitud de pensión) con sus fallos previos sobre la Ley N° 23908, en los cuales se estableció que la derogatoria de esa norma se produjo el 19 de diciembre de 1992 al entrar en vigencia el Decreto Ley N° 25967, el Tribunal Constitucional establece que la pensión mínima no puede ser otorgada a favor de quienes presentaron su solicitud de pensión pasados los 12 meses de derogación de la norma bajo comento, a pesar que su contingencia -léase cese laboral- se haya producido antes de la citada fecha. Por ejemplo: si Juan Pérez cesó el 10 de diciembre de 1992 (con la edad y años de aportación exigidos por el Decreto Ley N° 19990 para jubilarse), pero su solicitud de pensión la presentó el 20 de diciembre de 1993, no le corresponderá la pensión mínima de la Ley N° 23908.

### **4. Ley N° 25009: La pensión de jubilación minera**

La pensión de jubilación es una prestación económica que se otorga a causa de decaimiento de la capacidad para laborar, originada en la edad avanzada (vejez) del asegurado, sin embargo, en la medida que existen actividades cuya naturaleza implica un riesgo para la salud de éstos, el legislador estableció en el artículo 38° del Decreto Ley N° 19990 que se podrían dictar normas que permitieran acceder a una jubilación con una edad que fuera inferior (hasta en 5 años) a la estipulada para las modalidades regulares. En ese supuesto se encontraban los trabajadores dedicados a la actividad minera.

En atención a dicha norma permisiva se dictó el Decreto Supremo N° 001-74-TR, que habilitó la jubilación de los trabajadores de las minas metálicas subterráneas a partir de los 55 años de edad, de acuerdo a la siguiente escala:

- a) A los 55 años de edad, que trabajaron en dicha modalidad por 5 años o más;
- b) A los 56 años de edad, los que hubieran trabajado 4 años;
- c) A los 57 años de edad, los que hubieran trabajado 3 años;
- d) A los 58 años de edad, los que hubieran trabajado 2 años; y,
- e) A los 59 años de edad, los que hubieran trabajado por lo menos 1 año.

Sin embargo, en la medida que en la actividad minera existe modalidades que no se agotan en la prevista por dicha norma (minas metálicas subterráneas), el 25 de enero de 1989 entró en vigencia la Ley N° 25009 (Ley de Jubilación Minera)<sup>22</sup>, que estableció los siguientes supuestos:

MODALIDAD	EDAD	APORTACIÓN	LABOR MÍNIMA
Mina Subterránea	45	20	10
Mina de Tajo Abierto	50	25	10
Centro de Producción	50 a 55	30	15

Como se aprecia claramente, a diferencia de la pensión de jubilación regulada por el Decreto Ley N° 19990 (en la que basta con acreditar la edad legal y los años de aportación respectivos), para acceder a la jubilación minera es necesario, además de edad y los aportes, acreditar un mínimo de años laborado en la modalidad a la cual se pretende acceder (mina subterránea, tajo abierto o centro de producción).

Dejamos constancia que en el caso de los trabajadores de centros de producción<sup>23</sup> existe un requisito adicional: acreditar haber estado expuestos en la realización de sus labores a los riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad según la escala fijada en el artículo 4° del Reglamento (Decreto Supremo N° 029-89-TR)<sup>24</sup>

El supuesto de hecho de la norma bajo comentario alude a desarrollar labores en una situación en la cual es probable la producción de un daño futuro (riesgo)<sup>25</sup> por presentarse en el medio de trabajo -de modo concurrente-

22 Como correctamente señala Eduardo Marcos Rueda ("Jubilación de los Mineros Peruanos". En: Asesoría Laboral, Lima, Marzo 1994, página 23), esta norma se alejaría un poco del texto del artículo 38° del Decreto Ley N° 19990, al establecer el derecho a jubilarse con edades por debajo del margen permitido (5 años menos).

23 Se considera centro de producción **minera** los lugares o áreas en que realizan actividades directamente vinculadas al proceso de extracción, beneficio, transformación, fundición y refinación de los minerales (artículo 16° del Reglamento). De acuerdo con el párrafo final del artículo 1° de la Ley N° 25009, también están incluidos en los alcances de dicha ley los trabajadores de centros de producción **metalúrgicos** (lugares o áreas en que realizan el conjunto de procesos físicos, químicos o físico-químicos requeridos para concentrar y/o extraer la sustancia valiosa de los minerales: artículo 17° del Reglamento) y **siderúrgicos** (lugares o áreas en que realizan las actividades de reducción de los minerales de hierro hasta su estado metálico en forma de hierro cochino: artículo 18° del Reglamento).

24 En este sentido se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional desde hace varios años, como consta en la STC N° 0386-2001-AA/TC del proceso de amparo seguido por Epifanio Hualpa, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de febrero de 2002.

25 "Diccionario de la Lengua Española". Barcelona, 2001, Editorial Planeta, página 1255.

elementos de toxicidad (grado de virulencia de una toxina o veneno)<sup>26</sup>, peligrosidad (situación que implica la posibilidad de un daño)<sup>27</sup> e insalubridad (ausencia de los elementos mínimos de salud)<sup>28</sup>. Dichos riesgos están valorizados en base a una escala de enfermedades profesionales ocupacionales detalladas de acuerdo a la edad del trabajador, su tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de exposición a los agentes riesgosos en el artículo 4º del Reglamento de la Ley N° 25009.

De lo expuesto en los puntos precedentes, se aprecia que existen particularidades propias del régimen especial de jubilación minera, sin embargo, nos referiremos a continuación de algunos puntos que generan controversia en sede judicial.

#### **4.1 La acreditación de labores en la actividad minera**

Según establece el artículo 196º del Código Procesal Civil<sup>29</sup>, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión; por lo tanto, un primer tema fundamental en cuanto al régimen especial de jubilación minera será la exigencia de acreditar (por parte del accionante) que las labores cuya tutela se pretende se encuentran dentro de los supuestos previstos por la Ley N° 25009.

En efecto, no bastará con la alegación del accionante en el sentido que se habría laborado en la actividad minera, sino que es necesario acreditar documentalmente dicha afirmación, de manera tal que la titularidad del derecho invocado no deje -a la vista del juzgador- margen alguno de duda, pues existen no pocos casos en los que trabajadores de áreas de centros de producción que no estaban expuestos a los riesgos precisados por ley (toxicidad, peligrosidad e insalubridad) pretenden el acceso a una jubilación bajo los menores requisitos de la Ley N° 25009, como se aprecia en los Expedientes N° 3379-2004-AA/TC<sup>30</sup> y N° 9719-2006-PA/TC; en que dos trabajadores (uno, mecánico del taller de una mina, y el otro, mozo del restaurante del Departamento Administrativo de un centro minero) reclamaron indebidamente ser incorporados al mencionado régimen especial.

Como correctamente indica la doctrina nacional<sup>31</sup>, en el proceso de amparo - igual que en cualquier otro proceso- será preciso comprobar la veracidad de los hechos pues la sola afirmación del actor no es bastante para colegir su certeza, en tanto una demanda sin pruebas no puede declararse fundada, particularmente en sede constitucional, al tratarse de procesos sumarísimos

26 Ibidem, p. 1413.

26 Ibidem, p. 1070.

27 Ibidem, p. 1282 (contrario sensu).

28 Dicho principio es aplicable supletoriamente en los procesos constitucionales, conforme a lo establecido por el artículo IX del Título Preliminar de la Ley N° 28237.

29 Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 1 de julio de 2005.

30 BOREA ODRÍA, Alberto. "Evolución de las Garantías Constitucionales". Lima, 2000, Editorial Fe de Erratas, Segunda Edición, pp. 389-390.

destinados a reestablecer con urgencia derechos fundamentales vulnerados. Dicha afirmación también será de aplicación válida para las pretensiones de naturaleza pensionaria<sup>32</sup>.

En la medida que el proceso de amparo carece de una estación probatoria (Ley N° 28237, artículo 9°) se entiende que para recurrir a ella el accionante deberá ser el legítimo tenedor de un derecho pensionario incuestionable y, a la vez, acreditar que sus afirmaciones tienen un asidero probatorio inmediato, por lo tanto, el juez debe constatar si los documentos presentados (certificado o constancia de trabajo o similares) acreditan de manera fehaciente e indubitable que el accionante se ha desempeñado en alguna de las modalidades previstas por la Ley N° 25009 (mina subterránea, de tajo abierto o centro de producción; en este último caso, además, la acreditación de haber laborado bajo la exposición riesgosa exigida por ley).

Dejamos constancia que en la medida que el fundamento 60 del Expediente N° 1417 -2005-AA/TC ha establecido que los criterios uniformes y reiterados contenidos en los fallos expedidos por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria tendrán efectos vinculantes, los preceptos antes reseñados (y los que analizaremos luego) serán de obligatorio cumplimiento por la justicia ordinaria (contenciosa).

#### **4.2 El caso de los trabajadores mineros con silicosis**

Otro de los temas que generan cierta confusión a nivel de los administrados y del Tribunal Constitucional es el relativo a la situación de los trabajadores minero que adolecen el primer grado de silicosis (o equivalente en la tabla de enfermedades profesionales), para efectos de determinar el beneficio que les corresponde según el artículo 6° de la Ley N° 25009 para acceder a una pensión de jubilación.

Como hemos indicado anteriormente, para acceder a la pensión de jubilación minera es necesario que el trabajador acredite la edad, los años de aportes y los mínimos de labor en la modalidad respectiva, por tanto, la exoneración prevista por el citado artículo 6° únicamente permite exonerar a los asegurados que padecen del primer grado de silicosis<sup>33</sup> (o su equivalente) de los años de aportación correspondientes, más no de la edad y la labor mínima.

32 HEREDIA ESPINOZA, Madeleine. "La acción de amparo y el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530". En: Gaceta Jurídica N° 30, Lima, Mayo 1996, pp. 39-46.

33 La neumoconiosis es una enfermedad pulmonar producida por la inhalación de partículas de polvo mineral que produce alteraciones en el alvéolo pulmonar de tipo irreversible; una de sus formas más comunes de presentación son la silicosis (causada por la exposición, entre 6 a 8 años, al sílice libre) y la asbestosis (que es producida por la exposición al asbesto, amianto, silicato de magnesio, etc.). Los lineamientos para evaluar y diagnosticar la neumoconiosis se realiza en base a la Clasificación Radiográfica Internacional de la OIT que fue adoptada por el Perú a través de la Resolución Suprema N° 014-93-TR.

Pese a la claridad de la norma mencionada, algunos accionantes que padecen la enfermedad profesional antes referida solicitan en sede administrativa y/o judicial el otorgamiento de una pensión del régimen especial minero con la exoneración de todos los requisitos de la Ley N° 25009, pretensión que incluso ha sido acogida recientemente por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 7635-2005-PA/TC.

En efecto, consideramos que la norma es precisa al señalar que de los requisitos exigidos sólo se exonerará al trabajador minero de los años de aportación, por lo tanto, la administración estará en la obligación de requerirle el cumplimiento de la edad y los años mínimos laborados en la modalidad minera respectiva, y para el caso de los trabajadores de centro de producción, además debe exigir se acredite haber laborado expuesto a los riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad.

Otro punto que resulta de actual trascendencia es la determinación de la entidad que es **competente** para la expedición del certificado o evaluación médica, que a nuestro entender serían solamente las Comisiones Médicas de EsSalud, en tanto el artículo 298° del Decreto Supremo N° 003-94-EM (Reglamento del T.U.O. de la Ley General de Minería), norma especial en temas de minería -concordante con la Ley N°25009- establece que la evaluación de las incapacidades resultantes de las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo relacionados con la actividad minera deben ser realizadas únicamente por dicha entidad (EsSalud), sin hacerse mención alguna a los órganos y direcciones médicas del Ministerio de Salud.

Debe tenerse en cuenta, respecto a los certificados del Ministerio de Salud, que a la fecha es de conocimiento público el incremento exponencial de la falsificación de evaluaciones médicas de incapacidad, tanto para acceder a pensión de invalidez como a prestaciones jubilatorias del régimen especial minero, justamente a través del beneficio previsto por el artículo 6° de la Ley N° 25009, por lo cual, resulta de capital importancia que el juzgador (constitucional y ordinario) aplique el criterio obligatorio previsto por el Expediente N° 1763-2005-PA/TC, en el sentido que debe ser requerida la Historia Clínica que sustenta el dictamen médico presentado por los demandantes, y lo dispuesto en el Expediente N° 10063-2006-PA/TC, en el sentido que únicamente puede acreditarse el padecimiento de una enfermedad profesional en base a certificados emitidos por Comisiones Médicas Evaluadores de EsSalud, el Ministerio de Salud o una EPS, bajo los parámetros previstos por ley, restando la validez probatoria de los expedidos por entidades privadas (como INVEPROMI) o las públicas que no sean Comisiones Médicas (como DIGESA o CENSOPAS).

##### **5. El pago fraccionado de las pensiones devengadas**

Es de conocimiento público que una vez concluido un proceso administrativo o judicial en el cual se obtuvo el otorgamiento de una pensión (de invalidez,

jubilación o sobreviviente), el reconocimiento de un derecho previsional (pensión mínima, máxima, etc.), o el recálculo de la pensión (por aplicación de una norma indebida, el incremento de los años de aportes, etc.), el Estado deberá reconocer el pago de las pensiones devengadas (meses impagos que se generaron durante el trámite del proceso) o los reintegros (diferencial entre el monto de pensión recibida y el que se debió percibir) correspondientes, situación que ha originado el incremento exponencial de las proyecciones de gastos previsionales en los últimos años.

En efecto, producto de la combinación del incremento de los procesos judiciales en materia pensionaria (en especial, los relacionados al SNP), la reducción de la recaudación previsional (la morosidad bordea el 80%), y la dación de normas por las cuales se ha dispuesto la revisión en sede administrativa de los criterios aplicados para la calificación de derechos pensionarios (a partir de los precedentes uniformes del Tribunal Constitucional, como el caso del Decreto Ley N° 25967), el Estado se ha visto obligado a establecer un sistema de pago gradual o fraccionado de los devengados o reintegros que se deriven de los procesos administrativos o judiciales en materia pensionaria.-

Desde el primer intento en 1999, a partir de la normatividad interna del SNP, se han suscitado una serie de dispositivos legales dirigidos a establecer un proceso de fraccionamiento aplicable en un inicio a los procesos administrativos, que luego ha sido extendido también a los devengados y reintegros derivados de procesos judiciales, mediante el cual se pretende programar los adeudos reconocidos por el Estado bajo dichos conceptos, a fin de garantizar su cancelación sin poner en peligro el pago de las pensiones en general, o requerir un mayor endeudamiento (interno y externo) del Tesoro Público.

El acto de fraccionamiento del pago de los devengados no constituye un acto ilegal por parte de la ONP, sino que -por el contrario- es una medida con respaldo constitucional que tiene por finalidad resguardar los fondos y las reservas previsionales para asegurar el pago oportuno a todos los pensionistas.

Si bien el Estado reconoce en el artículo 10° de la Constitución Política de 1993 el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley (vejez, accidente, muerte, enfermedad, etc.), no es menos cierto que el artículo 12° y la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna establecen la aplicación de los fondos y reservas de la seguridad social en la forma establecida por la ley, asimismo, que el pago oportuno de las pensiones (y sus devengados) es garantizado por el Estado, condicionado a las previsiones presupuestaria y dependiendo las posibilidades de la economía nacional.

Es justamente al amparo de dicha disposición que el Estado dictó inicialmente los decretos supremos que dispusieron el fraccionamiento del pago de los

devengados (administrativos al principio, luego también los judiciales), y la misma que sirvió de basamento para que el Tribunal Constitucional reconozca la validez y legalidad de este proceso (por todos, ver el Expediente N° 840-2004-AA/TC, seguido por Pablo Gonzales Reyes con la ONP)<sup>34</sup>.

La Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 constituye, como hemos referido anteriormente<sup>35</sup>, el reconocimiento de la vinculación de los aspectos económicos y financieros con la base real de atención de las pensiones estatales, por tanto, no pueden ejecutarse medidas en dicha área sin verificar previamente las posibilidades del Tesoro Público para satisfacer los reclamos sociales.

Como muestra concreta de la situación financiera del SNP, con relación a la problemática derivada del pago de devengados y reintegros, debe tenerse en cuenta que en la actualidad la ONP cuenta con más de 86,000 procesos judiciales, de los cuales 66,900 son nuevas demandas incoadas entre los años 2003 a junio de 2006, causas que representan U\$ 1,500 millones de dólares proyectados como futuros devengados que tendrán que ser atendidos por el Estado en los próximos cinco años, quedando por demás justificado el mantenimiento del proceso de fraccionamiento en el pago de dicho concepto.

En tal sentido, queda claro que el fraccionamiento de pensiones devengadas es una medida con respaldo legal y constitucional que se ha establecido para resguardar el pago oportuno de las pensiones de todos los beneficiarios del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990, pues la cancelación en una sola armada de tal concepto hubiera afectado los fondos previsionales, poniendo en riesgo el pago de las obligaciones mensuales, pues en un sistema financiado sobre el reparto de un fondo colectivo o común deberá primar el interés colectivo respecto del particular.

En el plano normativo, la Ley N° 28798 estableció algunas pautas para flexibilizar dicho proceso de pago, señalando plazos fijos para cancelación de los devengados y reintegros que varían según el monto de la deuda y la edad de los beneficiarios, que luego fueron complementadas por su Reglamento (Decreto Supremo N° 175-2006-EF) y el Decreto Supremo N° 188-2006-EF. En ese escenario encaja el Decreto Supremo N° 101-2007-EF, que precisa las nuevas reglas para el pago fraccionado.

Este dispositivo indica en su artículo 2° que el pago de las pensiones devengadas que se adeuden se cancelará -a partir de **enero de 2008**- de la siguiente manera:

---

34 Sentencia publicada el 15 de diciembre de 2004 en la página web del Tribunal Constitucional.

35 ABANTO REVILLA, César. "Pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones". En: AA.VV. La Constitución comentada. Lima, 2005, Gaceta Jurídica Editores, Tomo II, pp. 1168-1172.

- 1) En 12 meses, mediante cuotas mensuales que serán equivalentes al 100% del monto de la pensión.
- 2) En el caso de pensionistas con 80 o más años de edad, el pago total de lo adeudado se efectuará en un plazo de 6 meses.

El Decreto Supremo dispone un pago excepcional a las cuotas de fraccionamiento; asimismo, efectúa una precisión en su artículo 5º sobre los regímenes especiales del SNP a considerar dentro del proceso de pago fraccionado: Ley N° 16124, Decreto Ley N° 17262 (Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares - FEJEP), Decreto Ley N° 21952 (trabajadores marítimos, fluviales y lacustre), Ley N° 24705 (que reconoce a las amas de casa y/o madres de familia como aseguradas independientes), Ley N° 24795 (jubilación para periodistas), Ley N° 25009 (jubilación de los trabajadores mineros), Ley N° 27986 (trabajadores del hogar), Decretos Supremos N° 004-78-TR (aviadores comerciales) y N° 018-82-TR (trabajadores de construcción civil).

De lo expuesto, se puede concluir que el Estado reconoce la existencia de un adeudo que se origina en un proceso administrativo o judicial, pero sujeta las pautas para su cancelación a un sistema de pago gradual (fraccionado), compatible con el artículo 12º y la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 (avalado en su legalidad por el propio Tribunal Constitucional) con la finalidad garantizar su pago pero sin poner en peligro el abono de las pensiones en general con cargo a un mayor endeudamiento, lo que debe tomarse en cuenta como un acto de compromiso con las necesidades sociales, cuando asistimos a una época en la cual la evasión de las obligaciones constituye práctica común.

## **6. Los cuestionamientos sobre el pago de intereses legales**

Conforme establece el artículo 1245º del Código Civil de 1984 el interés legal es una tasa de referencia (fijada por el Banco Central de Reserva, según el artículo 1244º) que se utiliza en los casos en que debiendo pagarse interés no se ha fijado una tasa específica.

En efecto, según el artículo 1242º del mismo código sustantivo, el interés puede ser (por su finalidad) de 2 tipos: compensatorio (cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o cualquier otro bien) o moratorio (cuando su fin es indemnizar la mora en el pago).

Por su origen<sup>36</sup>, el interés puede ser convencional (cuando ha sido fijado por las partes) o legal (cuando es establecido de manera expresa por la ley).

---

36 En ese sentido: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La naturaleza jurídica de los intereses". En: Derecho N° 45, Lima, 1991, Fondo Editorial de la PUCP, página 180; CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil de 1984". En: Libro Homenaje a Rómulo Lanatta, Lima, 1986, Editorial Cultural Cuzco S.A., p. 78.



En materia de pensiones del SNP, independientemente de la naturaleza de la pretensión incoada contra la ONP (aplicación de la Ley N° 23908, recálculo derivado del Decreto Ley N° 25967, reconocimiento de años de aportación, otorgamiento de jubilación, etcétera), nos encontramos ante un supuesto en el cual una entidad del Estado (sea el IPSS antes, o la ONP ahora) otorgó o denegó un derecho pensionario a partir de su interpretación de las normas en materia previsional vigentes al emitir la resolución administrativa correspondiente, acto cuya ilegalidad recién se determinará a partir de un pronunciamiento de control constitucional en instancia definitiva, en el cual se reconoce además -generalmente- el pago de los reintegros (devengados) generados por el reajuste, recálculo o reconocimiento respectivo<sup>37</sup>.

En este escenario, sin perjuicio de cuestionar la existencia de una obligación de pago que se pueda atribuir validamente a la ONP por dicho acto (otorgamiento o denegatoria de derechos pensionarios en base a normas cuestionadas -posteriormente- en sede constitucional), resulta claro que no podrá ser alegada la procedencia del pago de un interés compensatorio (por no existir utilización de un dinero o bien que genere contraprestación), ni convencional (no hay acuerdo previo entre las partes), limitándose la discusión a determinar si es viable reclamar el pago de un interés moratorio al cual se le asigne la tasa fijada para el interés legal.

Consideramos que en materia de Seguridad Social (en particular, en pensiones) no resulta de aplicación las disposiciones del Código Civil relativas al pago de intereses, en la medida que éstas tienen por finalidad resarcir o indemnizar -según cada caso- los aspectos particulares de relaciones jurídicas eminentemente patrimoniales, siendo incompatibles por tanto con un sistema jurídico (el de las pensiones administradas por el Estado) estructurado en base a un fondo común de reparto en el que prima el Principio de la Solidaridad, y donde los intereses colectivos (léase, necesidades grupales) imperan sobre los individuales.

Corroborar esta posición el hecho que el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil señale que sus disposiciones se aplicarán supletoriamente a las relaciones y a las situaciones jurídicas de otras leyes, siempre que no sean incompatibles<sup>38</sup> con su naturaleza. En este caso consideramos que existe una clara incompatibilidad de principios estructurales.

Debe tenerse en cuenta que el pago de intereses -en general- nace de la existencia de las obligaciones y éstas, a su vez, tienen su origen únicamente

37 El Tribunal Constitucional ha establecido, a partir de la sentencia recaída en el Expediente N° 340-99-AA/TC (publicada el 24 de agosto de 1999), que se deberá proceder al reconocimiento de los reintegros (devengados) derivados del reajuste del monto de una pensión de jubilación.

38 De acuerdo a la definición asignada en la 22da. Edición del Diccionario de la Lengua Española (2001) de la Real Academia Española, incompatibilidad significa: "(la) Repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí".

en dos fuentes: la ley o el convenio (acuerdo privado entre partes). En materia previsional no existe un dispositivo legal que reconozca la obligación del Estado de pagar intereses por las pensiones devengadas (salvo en el caso del fraccionamiento, que es distinto del que se reclama), asimismo, tampoco existe un acuerdo o convenio con el pensionista en que se le establezca a la ONP dicha obligación de pago, por lo tanto, resulta claro que dicha obligación nace recién con un pronunciamiento judicial que la establezca, en consecuencia -aún cuando recusamos la procedencia de tal obligación por existir incompatibilidad jurídica estructural- para determinar el momento a partir del cual se deberá iniciar el cálculo de pago de los intereses a pagar se debe aplicar el artículo 1334° del Código Civil, pues ha sido una RESOLUCIÓN JUDICIAL la que determinó la existencia de la obligación de pago de los intereses a favor del pensionista: para la aplicación del artículo 1333° se requiere la existencia de una obligación vencida y exigible, y en este caso -como referimos- no existe norma legal ni convenio sobre el cual se pueda atribuir la fuente del pago cuya exigibilidad se reclama.

De manera complementaria, debemos recordar como referencia<sup>39</sup> lo establecido por el artículo 65° del Reglamento del Decreto Ley N° 19990, que señala:

Artículo 65°.- El Seguro Social del Perú no está obligado a otorgar prestaciones del Sistema Nacional de Pensiones a personas no comprendidas en el mismo ni a sus familiares, aún cuando aquellas hubieran estado inscritas y/o se hubiera pagado aportaciones. En este caso, se anulará la inscripción y/o se efectuará la devolución del íntegro de las aportaciones, sin intereses. (...)

Por lo expuesto, podemos concluir que no deben ser estimadas las pretensiones que en materia pensionaria se formulen (independientemente de la vía procesal elegida: sea constitucional u ordinaria), no por una carencia de estación probatoria o razones similares, sino por la manifiesta incompatibilidad existente entre las normas civiles que regulan dicha institución y los principios que informan a la Seguridad Social, tesis que en un futuro -esperamos- pueda ser (re) evaluada por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

En cuanto al reclamo de pago de intereses en procesos constitucionales, de deberá tener en cuanto lo dispuesto en el Expediente N° 2877-2005-PHC/TC, en cuyo literal d) del fundamento 15 el Tribunal Constitucional ha sido claro al señalar, con carácter de precedente obligatorio, que al tratarse de un concepto dinerario accesorio que no forma parte del contenido constitucional protegido del derecho a la pensión, no debe ser reclamado en vía de proceso de amparo, debiendo ser rechazada tal pretensión.

39 Si bien la norma no trata del pago de devengados o similares, estamos ante un supuesto en el cual la entidad tuvo en su poder una suma de dinero abonada de manera indebida por el asegurado, la misma que al ser devuelta no estará sujeta (expresamente, por mandato legal) al pago de interés alguno.

Finalmente, en cuanto al reclamo de pago de los intereses legales derivados de las pensiones devengadas reconocidas administrativa o judicialmente en la sede civil a través de demandas de Obligación de Dar Suma de Dinero, dejamos constancia que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema ha reconocido en la Casación N° 2883-2006, en concordancia con lo dispuesto por el fundamento 51 del Expediente N° 1417-2005-AA/TC, que tales reclamos deben plantear ante los jueces contenciosos administrativos, al tratarse de cuestionamientos de origen previsional.

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral**



IV

PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
LABORALES A TRAVES DEL AMPARO

CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL PROCESO DE AMPARO

*Sumilla:*

No proceden las demandas constitucionales cuando existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. (EXP.0206-2005-AA/TC Fundamento 3)

NIVELES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

*Sumilla:*

Los jueces del Poder Judicial constituyen el primer nivel de protección de los derechos fundamentales. (EXP.0206-2005-AA/TC, Fundamento 5)

PROCEDENCIA DEL AMPARO EN LOS SUPUESTOS DE DESPIDO NEGRO

*Sumilla:*

Los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, por licencia de maternidad, por condición de impedido (físico mental) y la discriminación sobre la base del estado civil. (EXP.206-2005-AA/TC, Fundamento 15)

IMPROCEDENCIA DEL AMPARO EN CASO DE HECHOS CONTRVERTIDOS

*Sumilla:*

El amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido. (EXP.0206-2005-AA/TC, Fundamento 19)

*Extracto:*

«(...)de autos se observa la existencia de un plazo de interposición correspondiente a fines de abril de 2002 –como también lo ha manifestado la emplazada a fines 51 de autos– período respecto del cual, el actor no ha acreditado haber desarrollado labores efectivas

000056

000000

*Al no haber controversia que no ha sido esclarecida por las partes, y por ende, no contar este asunto con la certeza suficiente, el Tribunal Constitucional no puede concluir que, en el caso, resulte aplicable el artículo 1º de la Ley N.º 24041, toda vez que el actor no ha acreditado haber prestado servicios para su empleador de modo ininterrumpido...» (Exp. N.º 3204-2003-AI/TC, Fundamento 2).*

#### PRECEDENCIA DEL AMPARO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS LABORALES COLECTIVOS

##### *Sustilla:*

**El Tribunal Constitucional protege tanto a los trabajadores sindicalizados como a los dirigentes sindicales. (EXP. 0206-2005-AA/TC, Fundamento 13)**

#### PROTECCIÓN ESPECIAL PARA SINDICATOS, MADRES EMBARAZADAS Y MENESVALEDES

##### *Sustilla:*

**El Estado protege especialmente a la madre, adoptando medidas para eliminar cualquier discriminación en la esfera laboral, así también protege al impedido físico mental. (EXP. 0206-2005-AA/TC, Fundamento 15)**

#### CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE TRABAJO POR RAZÓN DE LA MATERIA

##### *Sustilla:*

**Los jueces de trabajo serán competentes en los despidos por actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, etc. (EXP. 0206-2005-AA/TC, Fundamento 20)**

EXP. N.º CERES-2005-PA/TC  
 FLORETA  
 CÉSAR ANTONIO BAYLÓN FLORES

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Tonia, Vergara Getelli y Landa Atroyo, pronuncia la siguiente sentencia

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Antonio Baylón Flores contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 461, su fecha 9 de diciembre de 2005, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 21 de abril de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y don Victor Manuel Hacen Bernaola, en su calidad de Gerente General de la citada empresa, solicitando que se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo de 2004, y que, por consiguiente, se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir. Asimismo, solicita que los demandados le paguen una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 10,000.00 nuevos soles y que se disponga la apertura de instrucción al Gerente General por ser responsable de la agresión sufrida.

Manifiesta haber sido despedido debido a que, con posterioridad a la época en que ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, se detectaron una serie de irregularidades con motivo del «Examen especial sobre presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del sistema SICI» llevado a cabo por el órgano de control de la empresa. Al respecto, refiere que no se hizo una adecuada calificación de la causa justa de despido y que no se observó el principio de inmediatez, contemplado en el artículo 31.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, toda vez que el despido se produjo mucho tiempo después de la fecha en que ocurrieron los hechos por los cuales fue despedido. Agrega que tales actos vulneran sus derechos constitucionales su derecho constitucional al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.

E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. propone la excepción de incompetencia por razón de la materia, aduciendo que la vía del amparo no resulta idónea para este tipo de casos, pues existe una vía laboral donde se puede dilucidar mejor la controversia con el despliegue de una amplia actuación de material probatorio. Sostiene que en el caso del actor se procedió a su despido por la gravedad de las faltas cometidas, respetándose, en todo momento, el debido proceso y sus derechos constitucionales, por lo que solicita que la demanda sea declarada infundada.

El codemandado Victor Manuel Hacen Bernaola solicita que la demanda sea declarada infundada, alegando que no le une vínculo alguno con el actor y que la sanción impuesta se debió única y exclusivamente a la configuración de una falta grave cometida por el recurrente. Manifiesta que el proceso de despido del demandante se realizó sin mala fe, dolo y arbitrariedades.

El Tercer Juzgado Civil de Huaura, con fecha 5 de julio de 2004, declara infundada la excepción propuesta considerando que el proceso de amparo tiene carácter alternativo, es decir, que ante la violación de un derecho constitucional, el demandante puede escoger dicha vía para defender sus derechos constitucionales; e, infundada la demanda argumentando que el actor cometió las faltas graves que se le imputan, observándose para su despido el debido proceso que establece la ley.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos fundamentos.

#### FUNDAMENTOS

1. En el caso sobre la Ley Marco del Empleo Público, Exp. N.º 0008-20-5-FI, la (Fundamentos 17 a 42), este Tribunal precisó una serie de principios que

que, en materia de derechos laborales constitucionales, tales como la igualdad de oportunidades, la no discriminación en el empleo laboral y la irrenunciabilidad de derechos, igualmente, se debe considerar a los derechos colectivos de los trabajadores que reconoce la Constitución Política y de huelga. Al respecto, se sostuvo que tales disposiciones, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen laboral privado como al público. El Tribunal Constitucional se ratifica, en tales criterios y reitera su carácter vinculante para la resolución de los casos, en materia laboral que se resuelvan en sede constitucional u ordinaria.

En esta oportunidad y complementando la jurisprudencia constitucional en materia laboral individual, emitida en los casos derivados del régimen laboral privado (en particular los casos Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Ferratel, Exp. N.º 1124-2001-AA/TC, y Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2001-AA/TC), así como en los casos vinculados al régimen laboral público, se formularán determinados criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, referidos a las vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional al trabajo y derechos conexos, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, constituirán precedentes vinculantes.

Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado

La vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. En efecto, conforme al artículo 5.º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

Al respecto, este Colegiado precisó que «(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.º 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al Amparo Alternativo y al Amparo Residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, está no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario». (Exp. N.º 1136-2004-AA/TC, Fundamento 6).

En efecto, en la jurisprudencia constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138.º de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también gozarán una abstracción

protección de los derechos y libertades reconocidas por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que solo el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, más aun, la Constitución les habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138.º.

Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautele del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.

El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.

Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29.º y 34.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.



laboral, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28 de la Constitución (Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28) e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11.º del Convenio N.º 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1.º del Convenio N.º 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva).

En la misma línea argumentativa, en el citado Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, se dejó establecido que la libertad sindical no sólo tiene una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical y en su personería jurídica (fundamento 26). Esta dimensión de la libertad sindical se justifica por cuanto el artículo 3.1. del Convenio N.º 87 de la OIT, anteriormente citado, precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción, en tanto que el artículo 1.2. del Convenio N.º 98 de la OIT, como ya se dijo, establece la protección a los trabajadores sindicalizados contra todo acto que tenga por objeto despedirlos o perjudicarlos en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o por su participación en actividades sindicales.

Por tanto, debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionan libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga.

Es por ello que, a criterio del Tribunal Constitucional, la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no sólo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados (como fue reconocido por este Colegiado en el Exp. N.º 1124-2001-PA/TC, Fundamento 11), sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos,

detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado.

14. Este Tribunal Constitucional, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), así como, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8.1.A. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o «Protocolo de San Salvador»). Consecuentemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.

15. Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23.º de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, basarse en sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y b de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico o mental, a tenor de los artículos 77 y 23 de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18.º del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o «Protocolo de San Salvador», sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

16. Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.

17. Por otro lado, la Ley Procesal del Trabajo, N.º 26636, prevé en su artículo 4.º la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2 de la misma ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes:

19. Los actos de hostilidad del empleador.

El acto de hostilidad del empleador, incluidas los actos de hostigamiento, se define como a la ley sobre la materia.

El amparo consiste de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.

a) El acto de hostilidad incluye los beneficios económicos.

Acuerdo (artículo 3º) del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Ley N.º 27494 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, considera que el acto de hostilidad incluye los beneficios económicos.

b) El acto de hostilidad incluye la oportunidad correspondiente, salvo en casos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el trabajador.

c) Los actos de hostilidad incluyen la remuneración o de la categoría.

d) El acto de hostilidad incluye el lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.

e) Los actos de hostilidad incluyen las medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.

f) El acto de hostilidad incluye el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.

g) Los actos de hostilidad incluyen por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

Consecuentemente, los amparos que se refieran a la materias descritas (fundamentos 17 y 18), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo.

19.

De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N.º 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que en este supuesto, para que se pueda declarar la certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, se requiere sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente teniendo en cuenta la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en el momento de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras cosas, a todas se le agregan con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de actas, libros de nóminas), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio.

Consecuentemente, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del amparo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo.

al acto de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento, se define como a la ley sobre la materia. El amparo consiste de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza. El acto de hostilidad incluye los beneficios económicos. Acuerdo (artículo 3º) del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Ley N.º 27494 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, considera que el acto de hostilidad incluye los beneficios económicos. El acto de hostilidad incluye la oportunidad correspondiente, salvo en casos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el trabajador. Los actos de hostilidad incluyen la remuneración o de la categoría. El acto de hostilidad incluye el lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio. Los actos de hostilidad incluyen las medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador. El acto de hostilidad incluye el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia. Los actos de hostilidad incluyen por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. Consecuentemente, los amparos que se refieran a la materias descritas (fundamentos 17 y 18), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo.

Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral público

21. Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública. Por ello, el artículo 4.º literal e) de la Ley N.º 27564, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.

22. En efecto, si en virtud de la legislación laboral pública (Decreto Legislativo N.º 276, Ley N.º 24041) y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias que se derivan de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (Ley N.º 24041), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas.

23. Lo mismo sucederá con las pretensiones por conflictos derivados de las relaciones respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, asignaciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, asignación de funciones, reubicaciones, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos, reasignaciones, promociones, impugnación de procesos administrativos, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, asignación de funciones, reubicaciones, reasignaciones, compensación por tiempo de servicios, etc., que se derivan de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27564.

24. Por tanto, conforme al artículo 5.º, inciso 2.º del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos y que se rijan bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes por no ser vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones.

000060

cioso administrativa. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 supra.

El Tribunal Constitucional estima que, de no hacerse así, el proceso de amparo terminará sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, desnaturalizándose así su esencia, caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario.

#### Análisis del presente caso

El recurrente fue despedido el 17 de marzo de 2004, previo procedimiento de despido, imputándosele las faltas graves previstas en los incisos a) y c) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, concordadas con los incisos a), d) y f) del artículo 74.º del Reglamento Interno de Trabajo de la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. A tal efecto, en autos se advierte que se le cursó la carta de preaviso y que pudo efectuar sus descargos; de manera que la empleadora cumplió con la ley laboral afín a este tipo de procesos. Consiguientemente, no se advierte vulneración del debido proceso.

Por otro lado, el demandante sostiene que se habría vulnerado el principio de imparcialidad. Sobre este punto debe precisarse que la causa de despido se origina en el Informe N.º 009-2003 EPS EMAPA-HUACHO-OCI «Examen especial: sobre presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del SICI», sistema informático comercial integrado, llevado a cabo por el órgano de control interno de la empresa demandada, en el que se concluyó que se favoreció a terceras personas en la facturación del servicio de agua en perjuicio de la empresa. Dicho informe determinó la responsabilidad administrativa del recurrente, así como la de otros empleados.

Si bien es cierto que los hechos se produjeron durante el período 2002-2003, en que el demandante ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, no lo es menos que las responsabilidades por las irregularidades sólo se pudieron conocer una vez que culminó el informe llevado a cabo por el órgano de control de la empresa, y que fue comunicado a la alta dirección en enero de 2004, previa investigación en la que el recurrente también ejerció su derecho de defensa. Consiguientemente, el Tribunal Constitucional estima que el procedimiento de despido, recomendado por el asesor legal externo, no vulneró el principio de inmediación, toda vez que se inició dentro de un plazo razonable (Exp. N.º 0585-2002-AA). Por tal razón, este extremo de la demanda también debe desestimarse.

Asimismo, el recurrente cuestiona los hechos que se invocan como causas justas de despido. Entre otros, que la demanda, apoyándose en el informe del órgano de control interno de la empresa, concluye que el demandante concedió, de manera irregular, rebajas al personal fuera de procedimiento de Transportistas S.A.

LITSA, que se emitieron facturas a la empresa EMISAL cuando tales servicios y facturas habían sido cancelados, con su consiguiente ingreso en el registro de ventas de la empresa; que se hizo una rebaja en el cobro del servicio al señor Estanislao Loyola Hurtado; y que se cometieron irregularidades en la facturación del cliente Molitalia S.A. por la instalación de un medidor y la conexión de agua.

El recurrente niega tales imputaciones y afirma que se deben a los defectos del sistema informático; asimismo, refiere que a nivel de la Fiscalía se decidió archivar la denuncia penal por los mismos hechos, puesto que no se comprobó responsabilidad penal alguna. Independientemente de las responsabilidades civiles o penales, el Tribunal Constitucional estima que, en el presente caso, de los actuados se advierte la existencia de hechos controvertidos, relativos a la declaración de responsabilidad del demandante en la causa justa de despido, cuya dilucidación no es posible en el proceso de amparo por su anotado carácter sumario. Por tanto, este extremo de la demanda debe declararse improcedente.

Con relación a los pedidos de pago de remuneraciones dejadas de percibir y de indemnización por daños y perjuicios, deben ser declarados improcedentes, pues el amparo no es la vía idónea para resolver tales reclamos. Lo mismo debe declararse sobre la solicitud de que se demarque penalmente al gerente general de la demandada.

#### Precedente vinculante

Hasta la fecha de dilucidación del presente caso los criterios de la jurisdicción constitucional habrán sido sumamente flexibles y amplios en la evaluación de una gran variedad de controversias laborales de carácter individual, sea en el ámbito laboral privado o en el público, sobre la base del carácter alternativo del proceso constitucional del amparo. Sin embargo, y dentro del marco de la función de ordenación del Tribunal Constitucional, se hace indispensable, para los casos de materia laboral individual, privada o pública, tramitados en la vía del proceso de amparo, la aplicación de los criterios establecidos en el presente caso, con relación al carácter residual del proceso de amparo y de los criterios jurisdiccionales sustantivos relativos a los derechos laborales desarrollados a través de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a fin de no desnaturalizar el carácter extraordinario, breve y expeditivo del proceso de amparo.

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos 7 a 25 supra, constituyen precedente vinculante, puesto que son indispensables para determinar la procedencia de la vía del proceso constitucional de amparo.

Con ello el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de amparo a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo. Por tanto, el precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite e igualmente no reúnan tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes. Vía procedimental específica y reglas procesales aplicables a los procesos de amparo en materia laboral en trámite

0000061

1. En el presente caso, por haberse agotado la vía de la sentencia del caso Manuel Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), el Tribunal Constitucional estableció los casos de contencioso administrativo que concierne, encausándose a la vía contenciosa administrativa de demandas que, por tal razón, se declarasen improcedentes.

2. En consecuencia, y por la aplicación de similares criterios respecto a la procedencia de procesos, las demandas de amparo que sobre las materias laborales de carácter individual, sean del régimen laboral público o privado descritos en la presente sentencia, deberán ser encausadas a través de las vías igualmente satisfactorias para resolver las controversias individuales de carácter laboral, privadas o públicas, y que son:

a) El proceso laboral ordinario, para las controversias de carácter laboral individual de carácter privado;

b) El procedimiento especial contencioso administrativo (artículos 4.º inciso 6 y 25 de la Ley N.º 27584), para las materias de carácter laboral individual de carácter público;

3. Por lo tanto, haciendo uso de las funciones de ordenación y pacificación inherentes a este Tribunal Constitucional, se dispone que las demandas de amparo sobre materia laboral, que en aplicación de los criterios previstos en los fundamentos 21 a 25 supra, de la presente sentencia, sean declaradas improcedentes, deberán seguir las reglas procesales establecidas en los fundamentos 53 a 58 y 60 a 61 del caso Manuel Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), con las adaptaciones necesarias a la materia laboral pública.

4. Para los casos de procesos de amparo en materia laboral individual privada, fundamentos 7 a 20 supra, los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N.º 26636, observando los principios laborales que se hubiesen establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

## HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que denuncia la vulneración del principio de inmediatez.
2. Declararla **IMPROCEDENTE** en los demás extremos, por cuanto el amparo no es la vía idónea para esclarecer hechos controvertidos sometidos a probanza no para determinar montos por daños y perjuicios.
3. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, supra, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CTConst; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, toda demanda de amparo que

señalada, en adelante, deberá ser declarada improcedente.

4. Declarar que las leyes 77 y 78, que modificaron el artículo 139 de la Constitución Política de la República, en materia laboral pública que a la fecha de la presente sentencia ya han sido derogadas, no serán aplicables en el presente caso Manuel Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC) y sus procesos de amparo, serán vinculantes tanto para los jueces que actúan en los procesos de amparo como para los jueces que resulten competentes para conocer de las demandas contenciosas administrativas a que se refiere la Ley N.º 27584.

5. Declarar que las demandas de amparo de materia laboral individual privada, precisadas en los fundamentos 7 a 20 supra, deberán ser adaptadas al proceso laboral que corresponda según la Ley N.º 26636 por los jueces laborales conforme a los principios laborales que han establecido en su jurisprudencia laboral y a los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha establecido en su jurisprudencia para casos laborales.

Publíquese y notifíquese.

S5.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA IOMA

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

000062

00000



000063

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**CAS. 2383-2008- LIMA**



**Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria**  
**Corte Suprema de Justicia**

CAS. N° 2983 - 2006

LIMA

Lima, veinte de Abril  
del dos mil siete.-

**VISTOS:** y **CONSIDERANDO:** **Primero:** Que, de acuerdo con el artículo ciento treinta y nueve, inciso tercero de la Constitución Política del Estado establece que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, por lo que este Colegiado debe cumplir con su deber de garantizar la validez de la relación jurídico procesal, controlando la competencia de los órganos jurisdiccionales como presupuesto procesal de dicha validez; **Segundo:** Que, la Ley número veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro, viene a partir del dieciséis de Abril del dos mil dos, en su artículo noveno establece cuáles son los órganos competentes funcionalmente en primera instancia para conocer los procesos contencioso administrativo; **Tercero:** Que, el demandante pretende el pago de treinta y cuatro mil sesenta y un nuevos soles con doce céntimos por concepto de intereses legales que han generado sus pensiones devengadas desde el primero de Octubre de mil novecientos noventa y dos hasta el treinta y uno de diciembre del dos mil dos, según liquidación de pensiones devengadas elaborada en mérito a las Resoluciones números cero cincuenta y dos - dos mil tres -EF y ciento sesenta y uno - dos mil tres -EF/ cuarenta y tres cero uno expedidas por el Ministerio de Economía y Finanzas, en cumplimiento de la Ejecutoria número dos mil cuatrocientos once - dos mil del quince de Noviembre del dos mil uno; **Cuarto:** Que, según el artículo ciento cuarenta y ocho de la Constitución Política del Estado, "las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa administrativa"; la misma que se interpone para poner fin a la negación de la administración o por una disposición administrativa; siendo así recurre al Poder Judicial para que se brinde una efectiva tutela a una situación jurídica subjetiva que ha sido lesionada o que viene siendo amenazada por actuación legal o inconstitucional de la administración; **Quinto:** Que, apreciándose en el presente



**Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria**  
**Corte Suprema de Justicia**

**CAS. N° 2883 – 2006**

**LIMA**

caso que la demanda se ha interpuesto el veintisiete de Junio del dos mil cinco ante el Juzgado Especializado en lo Civil, en contravención del mandato imperativo de la Ley número veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro, corresponde la actuación de oficio de este órgano jurisdiccional de conformidad con el inciso quinto del artículo ciento ochenta y cuatro de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo treinta y cinco del Código Procesal Civil, normas de desarrollo constitucional respecto del principio del Juez natural, contenido en el citado inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado; **Sexto**: Que, efectivamente, el artículo treinta y cinco del citado Código Procesal, establece enfáticamente que la incompetencia se declara de oficio en cualquier estado y grado del proceso; por estas consideraciones y de conformidad con el artículo diez de la acotada Ley número veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro: declararon, **NULO** todo lo actuado desde el auto admisorio de demanda obrante a fojas treinta y cinco; **DISPUSIERON** que los autos sean remitidos al Juzgado Contencioso de Turno de Lima, con conocimiento del Veintitún Juzgado Especializado en lo Civil de Lima; en los seguidos por don Lorenzo Vallejos Fernandez contra la Oficina de Normalización Previsional sobre Pago de Intereses; y los devolvieron.-

**S.S.**

**VILLA STEIN**

**VILLACORTA RAMIREZ**

**ACEVEDO MENA**

**ESTRELLA CAMA**

**ROJAS MARAVI**

Erb.

000066

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Casación N° 3505-2008 - Lima.**



**SENTENCIA**  
CAS. NRO.3505-2008  
LIMA

Lima, once de noviembre del dos mil ocho.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**; vista la causa en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente conforme a ley, emite la siguiente sentencia:

**1. MATERIA DEL RECURSO:**

Es materia del recurso de casación interpuesto a fojas ciento cincuenta y dos por don Arturo Bravo Sánchez, la resolución de vista número dos, obrante a fojas ciento quince, su fecha nueve de noviembre del dos mil siete, que revocando la resolución apelada de primera instancia de fojas noventa y siete, su fecha primero de diciembre del año dos mil seis, declara fundada la excepción de incompetencia propuesta por la entidad demandada, nulo todo lo actuado y concluido el proceso; en los seguidos contra Petróleos del Perú sobre obligación de dar suma de dinero.-

**2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:**

Esta Sala Civil mediante resolución de fecha veintitrés de setiembre del año en curso, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la causal prevista en el inciso 3º del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativa a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; denunciando el impugnante que la Sala Superior al momento de resolver olvida los criterio fijados anteriormente en casos similares por el Tribunal Constitucional, respecto a la vía procedimental para la cobranza de intereses derivados de pensiones devengados; señalando también que los intereses legales tienen una naturaleza civil, dado que con su reclamación no se pretende una mayor declaración del

**SENTENCIA**  
CAS. NRO.3505-2008  
LIMA

derecho pensionario, ni constituye tampoco devengados, razón por la cual debe ser competencia de un juez civil.-

**3. CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, examinado el error in procedendo denunciado, es del caso señalar que en materia casatoria si es factible ejercer el control casatorio de las decisiones jurisdiccionales para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso, teniéndose en cuenta que éste supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio.

**SEGUNDO:** Que, en el caso de autos, conforme es de verse del escrito de demanda fotocopiado a fojas veintiuno, don Arturo Bravo Sánchez interpone demanda sobre obligación de dar suma de dinero, reclamando que la empresa demandada Petróleos del Perú Sociedad Anónima le abone el importe de los intereses legales a determinarse mediante la designación de peritos, generados como consecuencia del recorte por la imposición de topes a su pensión mensual de cesantía, durante el período comprendido entre el primero de julio del año mil novecientos sesenta y seis hasta el treinta de junio del dos mil uno.

**TERCERO:** Que, al respecto, cabe señalar que la Ley número 27719 no resulta de aplicación al presente proceso, dado que el petitorio de la demanda no está dirigido a que se declare, califique y se ordene el pago de pensiones obtenidas al amparo del Decreto Ley 20530.

**CUARTO:** Que, el petitorio de la presente acción está dirigido a obtener que la empresa demandada cumpla con pagar al accionante el importe de los intereses legales generados como consecuencia del uso de su patrimonio económico durante el periodo comprendido entre el primero de

**SENTENCIA**  
CAS. NRO.3505-2008  
LIMA

julio del año mil novecientos noventa y seis hasta el veintiséis de mayo del dos mil tres.

**QUINTO:** Que, a mayor abundamiento, debe expresarse que el actor inició contra la empresa demandada una acción de amparo que concluyó con sentencia favorable que dispuso se pague al actor su pensión de cesantía sin tope y el pago de los reintegros correspondientes, dejando a salvo su derecho para reclamar el pago de los intereses legales en la vía pertinente.-

**SEXTO:** Que, conforme a uniforme y reiterada jurisprudencia se encuentra determinado el carácter civil y obligacional de los intereses legales a reclamar y descartada su naturaleza pensionaria, resultando competente para su conocimiento el juez civil.

**SÉTIMO:** Que, siendo esto así, la actuación de la Sala Superior contraviene lo previstos en el artículo 122, inciso 3º del Código Procesal Civil afectando el derecho al debido proceso del demandante, por lo que la causal examinada debe ampararse.

**OCTAVO:** Que, en consecuencia, configurándose la causal prevista en el inciso 3º del artículo 386 del citado Código; y en aplicación del acápite 2.1 del inciso 2. del artículo 396 del propio texto legal proceso.

**4. DECISIÓN:**

- a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas 1528 por don Arturo Bravo Sánchez; y en consecuencia, **NULA** la Resolución de Vista número dos, corriente a fojas ciento quince, su fecha nueve de noviembre del dos mil siete, expedida por la Sétimo Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- b) **ORDENARON** que la Sala Superior a la brevedad posible expida nueva resolución con arreglo a las consideraciones precedentes y conforme a ley, bajo responsabilidad.-

000070

**SENTENCIA**  
CAS. NRO.3505-2008  
LIMA

**ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Narciso Oscar Morales Rodríguez con Municipalidad Provincial del Collao - Ilave, sobre obligación de dar suma de dinero; intervino como Vocal Ponente el Señor Mansilla Novella, y los devolvieron.-

SS.  
SANCHEZ-PALACIOS PAIVA  
CAROAJULCA BUSTAMANTE  
MANSILLA NOVELLA  
MIRANDA CANALES  
VALERIANO BAQUEDANO

e.c.

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**CAS. 3251-2008-Lima**





**SENTENCIA**

CAS. N° 3251-2008  
LIMA

Lima, once de noviembre del dos mil ocho.

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**; vista la causa número tres mil doscientos cincuenta y uno – dos mil ocho, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, **con lo expuesto** con el Dictamen Fiscal Supremo, emite la siguiente sentencia:

**1. MATERIA DEL RECURSO:**

Se trata del recurso de casación interpuesto por don **Eduardo Antonio Stucchi Camogliano**, mediante escrito de fojas setenta y siete, contra el auto de vista de fojas cincuenta y tres, su fecha tres de marzo del año en curso, que confirma el auto apelado, de fecha nueve de mayo de dos mil siete, de fojas dieciocho, que declara improcedente la demanda, dejando a salvo el derecho del actor para que lo haga valer en la judicatura respectiva.

**2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:**

El recurso de casación fue declarado procedente, mediante resolución de fecha ocho de setiembre último por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, denunciándose lo siguiente: *se está afectando las formas esenciales al interpretarse antojadizamente las disposiciones de la Ley Contenciosa Administrativa, y que no venimos a impugnar ninguna resolución administrativa, ni cualquier otro derecho que este trámite otorga, pues, estamos conforme y satisfecho con la resolución administrativa de jubilación y los reintegros por pensiones, sino por el contrario que se abone los intereses legales de la obligación principal que me ha reconocido la emplazada, por lo que debe entenderse como un derecho de naturaleza civil, por lo tanto el juzgado civil es el competente para resolver mi pretensión.*

**SENTENCIA**CAS. N° 3251-2008  
LIMA**3. CONSIDERANDOS:**

**Primero:** Dentro de las garantías del derecho fundamental al debido proceso, el inciso 3° del artículo 139 de la Constitución, ha previsto que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometido a los procedimientos distintos a los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. En virtud a esta garantía procesal, se determina que el juez y el procedimiento deben preexistir a la pretensión y al proceso, no siendo permitidos los Tribunales post-facto así como los juzgamientos por comisión o por delegación; igualmente, integra el debido proceso el derecho al libre acceso a la jurisdicción, este derecho se afecta si los órganos jurisdiccionales imponen exigencias excesivas o irrazonablemente formalistas; es por ello, que las reglas que regulan los requisitos de procedibilidad, deben interpretarse de conformidad con el principio *pro accione*; es decir, en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito.

**Segundo:** En el caso que nos ocupa, se advierte: **a)** don Eduardo Antonio Stucchi Camogliano, plantea su demanda de obligación de dar suma de dinero pretendiendo se ordene a la Oficina de Normalización Previsional el pago de los intereses legales respecto de los reintegros de pensiones que le fueron reconocidos mediante Resolución de Jubilación número 0000030952-2004-ONP/DC de fecha cuatro de mayo del dos mil cuatro y que dichos intereses se generan hasta el cumplimiento de la obligación; **b)** las instancias de mérito se declaran incompetentes para conocer de la presente acción, señalando que lo petitionado por el actor se orienta a la exigencia de una obligación a cargo de la administración que hasta la fecha no ha sido satisfecha, situación que se encuentra dentro del supuesto contenido en la Ley número 27584, que regula el proceso

**SENTENCIA**CAS. N° 3251-2008  
LIMA

contencioso administrativo, por lo que la causa debe ser ventilada ante el juez contencioso administrativo; c) el recurrente en su recurso de casación alega que la pretensión, es uno de naturaleza civil, no esta cuestionando ninguna resolución administrativa, por lo que el juez civil es el competente para resolver la causa.

**Tercero:** Que, debe dejarse establecido que con la presente demanda no se pretende el acceso o reconocimiento a una pensión, dicho sea de paso ya le fue reconocido al demandante, sino lo que se persigue es el pago de intereses, donde el accionante se atribuye la condición de acreedor de la demandada solicitando el pago de una determinada suma de dinero por los intereses legales que se habrían generado por el tiempo transcurrido y por el uso de la suma adeudada por concepto de pensión, aspecto que se encuentra regulado por normas de derecho civil como son los artículos 1242 y siguientes del Código Civil; asimismo, si bien la obligación dineraria planteada con la presente acción emana de una obligación previsional, sus consecuencias deben regirse por la normatividad civil. ---

**Cuarto:** De otro lado, el inciso 4° del artículo 5 de la Ley número 27584 ha regulado como una de las pretensiones pasibles de plantearse en el proceso contencioso administrativo el de pedir se ordene a la administración pública realice una determinada actuación a la que se encuentra obligada por mandato de ley o en virtud de un acto administrativo firme; pero no debe perderse de vista que todo acto administrativo es una declaración de la entidad pública, que en **el marco de normas de derecho público**, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados. En tal sentido la pretensión regulada en la disposición legal antes citada es posible sólo en la medida en que la obligación de actuación a cargo de la administración esté regulada en una norma de derecho publico, lo que no se da en el presente caso, pues la obligación reclamada por el accionante se sustenta en una norma de derecho

**SENTENCIA**

CAS. N° 3251-2008  
LIMA

privado, como es el artículo 1246 del Código Civil, por lo que la pretensión planteada es una de naturaleza civil.

**Quinto:** En consecuencia, las instancias de mérito al declararse incompetentes para conocer la pretensión planteada vulneran el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, específicamente el acceso a la jurisdicción predeterminada por Ley, por lo que el recurso de casación debe ser amparado, anulándose todo lo actuado hasta que el *a quo* vuelva a calificar la demanda planteada.

**DECISIÓN:**

Por las razones expuestas, de conformidad con lo dispuesto por el acápite 2.4 del inciso 2° del artículo 396 del Código Procesal Civil. Declararon:

- a) **FUNDADO** el recurso de casación de fojas setenta y siete, interpuesto por don Eduardo Antonio Stucchi Camogliano; en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas cincuenta y tres, e **INSUBSISTENTE** los actuados hasta la resolución apelada de fojas dieciocho, su fecha nueve de mayo del dos mil siete.
- b) **ORDENARON** el reenvío de los autos al Juzgado de origen a fin que el *a quo* califique nuevamente la demanda, con arreglo a ley.
- c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos con la Oficina de Normalización Previsional, sobre Pago de Intereses; intervino como Vocal ponente el señor Miranda Canales; y los devolvieron.-

SS.  
SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA  
CAROAJULCA BUSTAMANTE  
MANSILLA NOVELLA  
MIRANDA CANALES  
VALERIANO BAQUEDANO

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Casación N° 3738-2007 - Lima**



**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**CAS. N° 3738 – 2007**

**LIMA**

Lima, ocho de agosto del dos mil ocho.-

**VISTOS; y CONSIDERANDO:** Primero: Que, el demandante Luis Alberto de la Cruz Yauri pretende el pago de cuarentitres mil quinientos veinte nuevos soles con sesenticinco céntimos por concepto de intereses legales que habrían generado sus pensiones devengadas desde el veintiuno de febrero de mil novecientos noventitrés al treintiuno de octubre del dos mil tres, según liquidación elaborada en mérito a la Resolución N° 000064031-2003-ONP/DC/DL 19990 de fecha quince de agosto del dos mil tres; Segundo: Que, teniendo en cuenta que la pretensión que se demanda (intereses legales) es accesoria de la principal (pensiones devengadas), la materia a ser ventilada en este proceso es de naturaleza previsional, de la cual resulta ser competente esta Sala Suprema a tenor de lo dispuesto en la Resolución Administrativa de Presidencia número cero cero seis guión dos mil uno guión P guión CS del treinta de abril del dos mil uno; Tercero: Que, el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado establece que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por Ley, por lo que este Colegiado debe cumplir con su deber de garantizar la validez de la relación jurídica procesal, controlando la competencia de los órganos jurisdiccionales como presupuesto procesal de dicha validez; Cuarto: Que, asimismo, el artículo 148 de la Constitución Política del Estado señala que "las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa administrativa", la misma que se interpone para poner fin a la negación de la administración o por una disposición administrativa; siendo así, se recurre al Poder Judicial para que se brinde una efectiva tutela a una situación jurídica subjetiva que ha sido lesionada o que viene siendo amenazada por actuación ilegal o inconstitucional de la administración; Quinto: Que, la Ley N° 27584 vigente a partir del dieciséis de abril del dos mil dos, en su artículo 9 establece que es competente para conocer el proceso contencioso administrativo, en primera instancia, el



**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**CAS. N° 3738 – 2007**

**LIMA**

Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo; **Sexto:** Que, en ese sentido, apreciándose que la presente acción se ha interpuesto el diez de agosto del dos mil cinco ante el Quincuagésimo Tercer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en contravención del mandato imperativo de la Ley N° 27584, corresponde la misma ser tramitada ante el Juzgado Contencioso Administrativo conforme así lo ha dilucidado la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante resolución de fecha nueve de enero del dos mil siete, corriente a fojas ciento cinco; **Sétimo:** Que, en tal virtud, y al amparo del principio de economía y celeridad procesal, el cual postula que para una rápida e imparcial prosecución y resolución del proceso, debe adoptarse los medios técnicos, logísticos y humanos más eficaces, evitando la dilación innecesaria, los trámites superfluos y redundantes, todo ello en beneficio de una pronta y mejor administración de justicia, por lo que corresponde a este Supremo Tribunal reconducir el presente proceso; por lo que declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante Luis Alberto De la Cruz Yauri, a fojas, ciento treinta, contra la sentencia de vista de fecha nueve de enero del dos mil siete, corriente a fojas ciento cinco; **ORDENARON** la publicación en el Diario Oficial El Peruano, conforme a Ley; en los seguidos contra la Oficina de Normalización Previsional; sobre impugnación de Resolución Administrativa; y, los devolvieron; Interviniendo como Vocal Ponente el señor Villacorta Ramírez.-

**S.S.**

**ALMENARA BRYSON**

**VILLACORTA RAMÍREZ**

**ACEVEDO MENA**

**HUAMANI LLAMAS**

**ESTRELLA CAMA**

11 DIC 201

SE PUBLICO CONFORME

Dra. Rosalinda Huamani  
Vocal Ponente  
Sala de Derecho Constitucional y Social Transitorio  
CORTE SUPREMA

Mmp.

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Casación N° 2477-2005 - Santa**



**FICHA DE DATOS:****RESOLUCIÓN N°:** 002477-2005

**MATERIA:** CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO>ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL PREVISIONAL

**MAGISTRADO PONENTE:** VILLA STEIN

**SALA SUPREMA:** 1° SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA

**PROCEDENCIA:** CORTE SUPERIOR DEL SANTA

**TIPO DE PROCESO:** ESPECIAL

**TIPO DE RECURSO:** CASACION

**TIPO DE FALLO:** INFUNDADO

**FECHA DE RESOLUCIÓN:** 2007.03.14

**MAGISTRADOS:** VILLA STEIN, VILLACORTA RAMIREZ, ESTRELLA CAMA, ROJAS MARAVI, SALAS MEDINA

Lima, catorce de marzo del dos mil siete.- la sala de derecho constitucional y social transitoria de la corte suprema de justicia de la republica vista; con el acompañado; la causa numero dos mil cuatrocientos setenta y siete del dos mil cinco; de conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo; en audiencia publica llevada a cabo en la fecha; y luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: Materia del recurso se trata del recurso de casación interpuesto a fojas cuatrocientos por la oficina de normalización previsional, contra la sentencia de vista de fojas trescientos noventa y cuatro, de fecha primero de agosto del dos mil cinco, que confirma la sentencia apelada de fojas trescientos veintiocho, de fecha doce de julio del dos mil cuatro, que declara fundada la demanda; con lo demás que contiene; causales del recurso el recurso casación ha sido declarado procedente mediante resolución de fecha veintitrés de enero del dos mil seis, que corre a fojas cuarenta y uno del cuadernillo, por la causal de inaplicación del primer párrafo del artículo mil trescientos treintitrés del código civil, por cumplir con los requisitos señalados en el artículo trescientos ochenta y ocho del código procesal civil; considerando: primero: que, los derechos fundamentales deben ser concebidos no solo como derechos públicos subjetivos, sino también como verdaderos valores que constituyen el componente estructural básico del orden constitucional en razón de ser su expresión jurídica que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción, que reciben de ella sus líneas orientativas y su impulso, lo que significa que los derechos fundamentales no solo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos; segundo: que, bajo este marco el derecho a la seguridad social y el derecho a la pensión son elementos esenciales que configuran el mínimo existencial necesario

para garantizar una vida plena tanto en su aspecto formal, como en la dimensión o, en otras palabras, una vida digna. Por tal razón, una pensión constitucionalmente protegida solo será aquella que se sustenta en el principio de dignidad de la persona humana; tercero: que, conforme con los artículos diez y once de la constitución política del estado, la seguridad social se instituye como una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros correspondientes a un estado social y democrático de derecho y se concreta en un complejo normativo estructurado al amparo de la doctrina de la contingencia y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida, pero que para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración de rango legal; cuarto: que, así el derecho a la pensión se constituye en una manifestación de la garantía institucional de la seguridad social, pero como todo derecho fundamental prestacional no puede ser considerado como simples emanaciones de normas programáticas, si con ello pretende describirseles como atributos diferidos carentes de toda exigibilidad en el plano jurisdiccional, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para la real vigencia de otros derechos fundamentales, y, en última instancia, para la defensa misma de la persona humana y el respeto de su dignidad; quinto: que, justamente a fin de cautelar la plena satisfacción y cautela del derecho a la pensión inescindiblemente vinculado al derecho a la vida y al derecho principio de dignidad humana la segunda disposición transitoria de la constitución política del Perú señala que el estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que este destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional. Esta disposición impone expresamente al estado su deber de pagar las pensiones que administra (que por principio general deben reunir las características de identidad entre lo ejecutado y lo debido, integridad del pago, esto es que la prestación se haya ejecutado totalmente e indivisibilidad del pago, es decir la prestación no puede ser cumplida en forma parcial) y de hacerlo en forma oportuna, esto es en dentro del plazo legal contemplado; sexto: que, obviamente cuando la administración pública incumple con su deber de pagar una pensión o lo hace en forma inoportuna o diminuta no solo transgrede este deber particular, sino que esta conducta resulta pluriofensiva al importar a su vez la infracción a su deber especial de protección de los derechos fundamentales habida cuenta que se ven lesionados también los derechos fundamentales a la pensión, lo que comporta la vulneración del derecho a la seguridad social y finalmente una agresión al respecto del derecho a la dignidad humana; sétimo: que, en ese sentido es necesario tener presente que la pensión de jubilación esta destinada a cubrir las contingencias económicas que se producen como consecuencia del cese en la vida laboral, siendo su monto predeterminado por criterios de calculo estrictamente legales de aplicación obligatoria para la administración. La determinación judicial de un error en la administración, cometido al momento de otorgar la pensión, significa que el pensionista no ha recibido el monto que resulta de la aplicación de dichos criterios que predetermina la ley; octavo: que, este error legal de la administración causa un daño manifiesto al pensionista, el cual debe ser necesariamente resarcido, lo cual implica entonces el resarcimiento efectivo de un derecho constitucional. No

se trata de la restitución del derecho que tiene naturaleza preventiva de daños futuros y que es ordenada por el juez en un proceso de amparo, sino de la naturaleza estrictamente indemnizatoria de orden patrimonial. Tratándose de una deuda dineraria pagada de manera extemporánea, el mecanismo pertinente para la indemnización es el interés moratorio, conforme lo establece el artículo mil doscientos cuarenta y dos del código civil que establece propiamente dicha naturaleza indemnizatoria; noveno: que, el resarcimiento efectivo de un derecho constitucional con contenido patrimonial, exige que el pago del interés se realice desde el momento efectivo en que se debió pagar la pensión en su integridad. Este momento es determinado por la administración de acuerdo con las normas pertinentes de orden administrativo, que establecen el deber de pagar la pensión desde el momento en que habiendo cesado el actor en sus labores se produce la contingencia en la que ocurren una edad determinada y años de aportación. El artículo mil trescientos treinta y tres del código civil que regula la mora automática y la mora con intimación no resulta de aplicación inmediata al presente caso, en tanto la obligación de pagar los intereses moratorios por los daños producidos por el retardo en el pago surge de la propia naturaleza del derecho constitucional afectado; décimo: que, la relación de deuda dineraria entre el estado y el pensionista admite que sea aplicada la naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios que propiamente es de orden general, pero no la regla específica civil respecto a las reglas del momento en que surge la obligación de pagar intereses moratorios, pues la naturaleza del daño es de orden distinto y superior, es decir de rango constitucional, siendo necesario que el momento en que se inicia la obligación de pagar el resarcimiento sea acorde con la finalidad del estado respecto de las agresiones sufridas por derechos constitucionales;

resolucion

por estas consideraciones declararon: infundado el recurso de casación de fojas cuatrocientos interpuesto por la oficina de normalización previsional; en consecuencia, no casaron la sentencia de vista de fojas trescientos noventa y cuatro, de fecha primero de agosto del dos mil cinco; condenaron a la recurrente al pago de una multa ascendente a dos unidades de referencia procesal; ordenaron la publicación de la. Presente resolución en el diario oficial "el peruano" por sentar precedente de observancia obligatoria en el modo y forma previsto en la ley; en los seguidos por marcelino mendieta baca, sobre impugnación de resolución administrativa; y los devolvieron

s.s. Villa stein villacorta ramirez estrella cama rojas maravi salas medina  
Sala De Derecho Constitucional Y Social Transitoria Corte Suprema De Justicia  
De La Republica Cas. Prev. No 2477 - 2005 del santa



# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Casación N° 145-2005 - La Libertad**





SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

CASACIÓN N° 0145 - 2005  
LA LIBERTAD

Quinta, diecisiete de marzo de dos mil seis.-

LA SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL  
TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA:

VISTA: la causa numero ciento cuarenticinco - dos mil cinco; con el expediente administrativo acompañado, de conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal Supremo en lo Contencioso administrativo; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; y luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

**MATERIA DEL RECURSO:**

Se trata del Recurso de Casación interpuesto a fojas doscientos setentidós por la demandante **ADELA GLORIA TORRES VERA**, contra la sentencia de vista de fojas doscientos sesenticuatro, de fecha veintitrés de noviembre de dos mil cuatro, que revocando la sentencia apelada de fojas ciento noventitrés su fecha doce de abril del mismo año, que declara fundada la demanda interpuesta, reformándola la declara infundada.

**CAUSALES DEL RECURSO**

El recurso casación ha sido declarado procedente mediante resolución de fecha doce de mayo de dos mil cinco, que corre a fojas veintiocho del cuadernillo formado en esta Sala Suprema, por la causal de aplicación indebida del artículo mil trescientos treintitrés del Código Civil, alegando que al presente caso no correspondería aplicar la regulación de la intimación extrajudicial, pues se trata de un supuesto de mora automática; y por la causal de inaplicación del inciso cuarto del artículo mil trescientos treintitrés del mismo Código, argumentando que esta norma regula la mora automática, complementando la causal anterior.

**CONSIDERANDO:**

Primeramente.- Que, analizando las denuncias de aplicación indebida y de inaplicación de la norma de derecho material contenidos en el recurso de casación de fojas

LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

CASACION N° 0145 - 2005

LA LIBERTAD

En sus fundamentos, cabe señalar que éste incide concretamente en referir, en la primera causal, que el Ad-quem aplica indebidamente este precepto puesto que no toma en cuenta que el pago de intereses legales se debe desde la fecha en que se afectó el derecho pensionario de la actora; es decir, el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y no que es a partir de la resolución extrajudicial, es decir, desde la fecha en que se ha reclamado el pago de los intereses legales ante la Oficina de Normalización Previsional; y no a la segunda causal que el pago de intereses legales por concepto de pensiones devengadas se da desde el momento en que se origina la indebida aplicación del Decreto Ley veinticinco mil novecientos sesentisiete, y que fue lo que ocasionó el pago de las pensiones diminutas en perjuicio de la demandante, producido desde la fecha de otorgamiento de su pensión de jubilación;

Por lo tanto, se ordenó que la Oficina de Normalización Previsional expida Resolución Administrativa con arreglo al Decreto Ley diecinueve mil novecientos noventa y cinco que ordena el pago de los intereses de los reintegros de la pensión de jubilación de los jubilados de percibir por aquella en aplicación del artículo segundo de la Ley veintitres mil quinientos seis que establece el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional sobre cuya base deben regularse los intereses previstos en el artículo mil doscientos cuarentidós, segundo párrafo, del Código Civil, porque la mora no se produce desde la fecha en que se notifica la resolución de vista que ordena el reajuste de la pensión de jubilación de la actora y el pago de intereses a partir de la notificación de la demanda, sino desde el momento en que se origina la indebida aplicación del Decreto Ley veinticinco mil novecientos sesentisiete, esto es, desde la fecha de

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

**CASACIÓN N° 0145 - 2005  
LA LIBERTAD**

percepción de la pensión de jubilación disminuida: el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventidós.

Tercero.- Que, el Colegiado Superior ha revocado la sentencia apelada que declara fundada la demanda y reformándola la declara infundada, sosteniendo que la solicitud presentada por la actora ante la administración para el pago de intereses data del ocho de abril de dos mil dos, habiéndose interpuesto la demanda el cinco de diciembre del mismo año, esto es, con posterioridad a la expedición de la nueva resolución administrativa y del consiguiente pago a la actora de los reintegros dispuestos en las resoluciones recaídas en el proceso de Amparo, de lo que se colige que la pretensión del pago de intereses legales se ha formulado con posterioridad al cumplimiento de la obligación asumida por la entidad recurrente por disposición jurisdiccional, aplicando al caso de autos el primer párrafo del artículo mil trescientos treintitrés que establece que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

Cuarto.- Que, la causal de aplicación indebida de una norma de derecho material se da cuando se actúa una norma impertinente a la relación fáctica establecida en la propia sentencia; mientras que la causal de inaplicación de una norma de derecho material significa que cuando el Juzgador comprueba circunstancias, que son supuestos obligados de la aplicación de una norma determinada; no obstante, lo cual, no la aplica.

Quinto.- Que, la parte recurrente argumenta que ha sido aplicado indebidamente el primer párrafo del artículo mil trescientos treintitrés del Código Civil, señalando que es a partir de la intimación extrajudicial que corresponde el pago de los intereses, es decir desde la fecha en que el actor ha reclamado el pago de los intereses legales ante la Oficina de Normalización Previsional - ONP.

Sexto.- Que, efectivamente el primer párrafo del artículo mil ciento treintitrés del Código Civil establece que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exige judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación, ante lo cual la Sala Superior interpreta que el requerimiento formulado ante la Oficina de Normalización Previsional se produjo con posterioridad al cumplimiento de la

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

CASACIÓN N° 0145 - 2005

LA LIBERTAD

...ción y por tanto no se ha incurrido en mora ni retardo e incumplimiento del mandato judicial.

Septimo.- Que, siendo la obligación de pago de pensiones surge de la Ley y no de la sentencia judicial, la cual en todo caso es declarativa respecto de la existencia del derecho, sin perjuicio de la orden de pago de pensión; de acuerdo con los hechos acreditados en la sentencia de Primera Instancia, según los cuales el derecho previsional de la actora se produjo desde el momento de la contingencia, debe indicar que la intimación en mora si existe en el presente caso, desde que se vence el plazo para que la Administración resuelva satisfactoriamente el pedido de pensión planteado por el actor en sede administrativa, por lo que el artículo mil trescientos treintitrés primer párrafo del Código Civil se ha aplicado debidamente al caso sub-judice; y si el actor no esta conforme con la argumentación glosada por la Sala Superior, debió denunciar la causal de interpretación errónea y no la de aplicación indebida del artículo mil trescientos treintitrés del Código Civil.

Octavo.- Que, respecto a la denuncia de inaplicación del inciso cuarto del artículo mil trescientos treintitrés del Código acotado, que señala que no es necesaria la intimación para que la mora exista: 4.-. " cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor"... , ocurre en el caso sub-judice en función de los hechos acreditados que reseña la sentencia de primera instancia: la administración que otorga pensión a la actora en forma disminuida al aplicar indebidamente el Decreto Ley veinticinco mil novecientos sesenta y siete, la que lo obliga a recurrir al Amparo constitucional para lograr la restitución de su derecho a que se le pague el monto de su pensión íntegra desde el primer día en que devengó la obligación pecuniaria, el cuyo marco no puede estimarse posible la intimación en mora regulado en el primer párrafo del artículo mil trescientos treintitrés del Código Civil, de donde se concluye que la demandada si se encuentra obligada a pagar intereses legales desde la fecha en que la Oficina de Normalización Previsional incumplió la obligación principal. .

Noveno.- Que, asimismo cabe señalar que de conformidad con el artículo doscientos cuarentiséis del Código Civil, el interés moratorio que indemnizará al actor por la demora en el pago, se calculará según la tasa del interés legal

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

CASACIÓN N° 0145 - 2005  
LA LIBERTAD

concordancia con el artículo mil doscientos cuarentidós del mismo Código; que, este Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia recaída en el expediente número cero cero sesenticinco - dos mil dos -AA/TC, ratificada por la sentencia en el expediente número mil ochentisiete - dos mil cuatro -AA/TC "la Oficina de Normalización Previsional esta obligada a pagar los intereses conforme a lo que establece el artículo mil doscientos cuarentidós del Código Civil, concordante con el artículo mil trescientos treintitrés del mismo cuerpo de leyes, el que debe ejecutarse de acuerdo al interés establecido por el Banco Central de Reserva del Perú".

Segundo.- Que, por los fundamentos expuestos, configurándose la causal de aplicación de una norma de derecho material, cabe amparar el recurso interpuesto, por lo que en aplicación del inciso primero del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil, así como del artículo trescientos noventa y siete, párrafo segundo en lo que respecta a la sentencia de Primera Instancia:

**RESOLUCION:**

Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos cuarentidós por doña Adela Gloria Torres Vera, en consecuencia **NULA** la sentencia revista de fojas doscientos sesenticuatro, su fecha veintitrés de noviembre de dos mil cuatro; y actuando en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia apelada a fojas ciento noventa y tres, su fecha doce de abril de dos mil cuatro, que declara fundada la demanda interpuesta por doña Adela Gloria Torres Vera, en consecuencia nulas y sin efecto legal las resoluciones administrativas fictas por silencio administrativo negativo, que deniegan la solicitud de pago de intereses legales de los reintegros de pensiones devengadas así como el recurso de apelación respectivamente; y ordena que la Oficina de Normalización Previsional expida resolución administrativa disponiendo el pago de los intereses legales de los reintegros de la pensión de jubilación otorgada a la actora a partir del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y dos, con lo demás que contiene; en los expedientes seguidos contra la Oficina de Normalización Previsional, sobre impugnación de

000089

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

**CASACIÓN N° 0145 - 2005**

**LA LIBERTAD**

...ción administrativa, **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", y los devolvieron.

**LA STEIN  
BIATE REINA  
EVEDO MENA  
SUSQUIZA ROCA  
OJAS MARAVI**

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Casación N° 818-2004 - Lima**





**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

**CAS. N° 818 - 2004**

**LIMA**

Lima, dieciocho de abril del dos mil seis.-

**VISTOS;** la causa número ceo cero cero ochocientos dieciocho – dos mil cuatro; de conformidad con el señor Fiscal Supremo en lo contencioso administrativo; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; y luego de verificada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

**MATERIA DEL RECURSO:**

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas doscientos ochenta y dos por la Oficina de Normalización Previsional, contra la sentencia de vista de fojas doscientos sesenta y cuatro, su fecha veintinueve de setiembre del dos mil tres, que confirma la sentencia de primera instancia de fojas doscientos cuatro, su fecha nueve de julio del dos mil dos, que declaró fundada la demanda interpuesta por Pedro Pablo Monzón Abatte.

**CAUSALES DEL RECURSO:**

El recurso de casación ha sido declarado procedente mediante resolución de fecha dieciocho de enero del dos mil cinco, corriente a fojas veinticuatro del cuadernillo, formado en este Supremo Tribunal, por la causal de inaplicación de las normas de derecho material siguiente: a) El supuesto normativo contenido en la séptima disposición complementaria del Decreto Legislativo ochocientos diecisiete - Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado; b) La sexta disposición Complementaria, Transitoria y Final del texto único Ordenado del régimen Pensionario del Estado, Decreto Supremo número cero setenta -noventa y ocho - EF; y, c) El numeral siete punto cinco del anexo del Decreto Supremo número ciento cincuenta y nueve - dos mil dos – EF.

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

El recurrente sostiene, que la determinación evacuada por la Sala Superior de ordenar se proceda a una nueva liquidación del monto de pensión en base al artículo

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

CAS. N° 818 - 2004

LIMA

cuarenta y cuatro del Decreto Ley diecinueve mil novecientos noventa, y los criterios de cálculo contenidos en el Decreto Ley veinticinco mil novecientos sesenta y siete, entran en colusión en el extremo de la sentencia que ha dispuesto que la nueva liquidación del monto de pensión incluya el cálculo de los intereses legales que se hayan generado, inobservando de este modo, las normas expresas que regulan las prestaciones previsionales derivadas de los diferentes regímenes de seguridad social no generan intereses legales.

**CONSIDERANDO:**

**Primero.-** Que, de conformidad con el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Procesal Civil, el recurso extraordinario de casación tiene por fines esenciales, la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y, la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

**Segundo.-** Que, conforme se advierte de la demanda de fojas dieciocho el demandante Pedro Pablo Monzón Abatte, solicita la nulidad e inaplicabilidad de la Resolución numero cero veintitrés mil trescientos treinta y cinco- noventa y ocho/ONP-DC de fecha diez de setiembre de mil novecientos noventa y ocho y la Resolución mil ochocientos uno- noventa y nueve -GO/ONP de fecha tres de junio de mil novecientos noventa y nueve, y que en aplicación de las leyes que regulan los de la materia se le reconozca la pensión máxima de jubilación y por consiguiente se le otorgue el pago de los devengados generados desde el tres de julio del año de mil novecientos noventa y cinco.

**Tercero.-** Que, respecto a la inaplicación de la séptima disposición Complementaria del Decreto legislativo ochocientos diecisiete, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado y la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Texto Único Ordenado del régimen pensionario del Estado, Decreto Supremo cero setenta- noventa y ocho - EF, señalan lo siguiente: "Precisase que los aspectos relativos a los regímenes previsionales en general, no son de naturaleza laboral, sino de seguridad social", el representante de la Oficina de Normalización Previsional

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

CAS. N° 818 - 2004

LIMA

sustenta esta causal en que la Sala de mérito, al expedir la sentencia, no ha tenido en cuenta los alcances de dicha disposición que tiene por objeto definir la diferencia existente entre normas que reglamentan el Sistema de Seguridad Social y el Régimen Laboral; al respecto debe precisarse que en la resolución apelada no se evidencia aplicación alguna de normas de naturaleza laboral sino la debida aplicación de normas relativas a la seguridad social en materia pensionaria, las mismas que tienen amparo constitucional y deben ser incorporadas en el patrimonio jurídico de los pensionistas.

**Cuarto.-** Que, con relación a la inaplicación del numeral siete punto cinco del anexo del Decreto Supremo numero ciento cincuenta y nueve - dos mil dos -EF, referido a la improcedencia de pago de Intereses Legales, que textualmente señala "El artículo uno del Decreto Ley numero veinticinco mil novecientos veinte ha establecido que "el interés que corresponda pagar por adeudos de carácter laboral, es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. El referido interés no es capitalizable". Que habiéndose establecido legalmente la distinción entre aspectos laborales y de seguridad social, y siendo el Decreto Ley veinticinco mil novecientos veinte un dispositivo que regula estrictamente aspectos de naturaleza laboral, no procede pago alguno por concepto de intereses. "La Oficina de Normalización Previsional, argumentan que las normas previsionales contenidas en el Decreto Ley diecinueve mil novecientos noventa, sus modificatorias y ampliatoria no prevé el pago de intereses reclamados por la accionante y que la Sala de merito ha ordenado el pago de intereses legales a favor del actor, desconociendo los alcances vinculantes del dispositivo legal en cuestión.

**Quinto.-** Que, es del caso anotar que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente sesenta y cinco -dos mil dos-AA/TC, publicada el veintiuno de abril del dos mil tres, sobre Acción de Amparo seguida por Alvarez Príncipe de la Cruz contra la Oficina de Normalización Previsional ha señalado: "..La petición de pago de los intereses que las pensiones no pagadas de acuerdo a ley han generado, debe ser amparada según lo expuesto en el artículo mil doscientos cuarenta y dos y

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

CAS. N° 818 - 2004

LIMA

siguientes del Código Civil" concluyéndose que la Sala de mérito no ha expedido resolución contraria a ley al amparar la petición referida a los intereses legales reclamados por el accionante.

**RESOLUCION:**

Por estos fundamentos declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos ochenta y dos por la demandada Oficina de Normalización Previsional, contra la sentencia de vista de fojas doscientos sesenta y cuatro, de fecha veintinueve de setiembre del dos mil tres; en los seguidos por Pedro Pablo Monzón Abatte, sobre acción contencioso administrativa; en consecuencia **CONDENARON** a la recurrente al pago de una multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano"; y, los devolvieron. -

S.S.

VILLA STEIN

ZUBIATE REINA

ACEVEDO MENA

BALCAZAR ZELADA

EGUSQUIZA ROCA

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Sentencia 1417-2005-AA/TC**



EXP. N.º 1417-2005-AA/TC  
LIMA  
MANUEL ANICAMA HERNÁNDEZ

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes julio de 2005, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Anicama Hernández, contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 148, su fecha 6 de octubre de 2004, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 6 de mayo de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por considerar que vulnera su derecho fundamental a la pensión, toda vez que resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada.

Manifiesta que cesó en sus actividades laborales el 25 de mayo de 1992 contando con más de 20 años de aportaciones, luego de que la Autoridad Administrativa de Trabajo autorizó a su empresa empleadora a reducir personal; sin embargo, al calificar su solicitud de pensión de jubilación, la entidad demandada consideró que las aportaciones efectuadas durante los años 1964 y 1965 habían perdido validez conforme al Reglamento de la Ley N.º 13640, por lo que, incluso si realizara la verificación de las aportaciones efectuadas desde 1973 a 1992 no reuniría los 20 años de aportación al Sistema Nacional de Pensiones que se requieren como mínimo para obtener el derecho a la pensión de jubilación por reducción de personal. Agrega que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que los períodos de aportación no pierden validez, y que sumados sus períodos de aportaciones, acredita los exigidos por la legislación vigente, razón por la que solicita el reconocimiento de su derecho a la pensión, así como los devengados e intereses generados desde la vulneración de su derecho fundamental.

La demandada deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de caducidad, y solicita que se declare improcedente la demanada, por considerar que la vía del amparo no es la adecuada para dilucidar la pretensión del recurrente, siendo necesario acudir a la vía judicial ordinaria donde existe una estación probatoria.

El Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 8 de enero de 2003, declaró fundada la demanda en el extremo en que se solicita la validez de las aportaciones efectuadas en los años 1964 y 1965, ordenando su reconocimiento y la verificación del periodo de aportaciones de 1973 a 1992, respecto del cual no se ha emitido pronunciamiento administrativo.

La recurrida reformó la apelada declarándola improcedente, por estimar que es necesario que la pretensión se ventile en la vía judicial ordinaria, toda vez que el proceso de amparo carece de estación probatoria.



## FUNDAMENTOS

1. El inciso 2) del artículo 200° de la Constitución, establece que el proceso de amparo procede contra el acto u omisión, por parte de cualquier persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, distintos de aquellos protegidos por el hábeas corpus (libertad individual y derechos conexos) y el hábeas data (acceso a la información y autodeterminación informativa). En tal sentido, es presupuesto para la procedencia del proceso de amparo (y en general, de cualquier proceso constitucional) que el derecho que se alegue afectado sea uno reconocido directamente por la Constitución.

### §1. Los derechos fundamentales de la persona humana

2. El concepto de derechos fundamentales comprende
 

“tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.” (Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37).

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución).

3. Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1°) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2°, prevé en su artículo 3° que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III),
 

“ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.
4. De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.
5. Así, por ejemplo, con relación al derecho a la verdad el Tribunal Constitucional ha sostenido que
 

“[n]uestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3°, una `enumeración abierta´ de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.

Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado (...) de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. (...) [E]l Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar” (STC 2488-2002-HC/TC, Fundamentos 13 a 15).

Consecuentemente, expresos o implícitos, los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente.

6. Por su parte, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para “designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales” (Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. 4ta. ed. Madrid: Tecnos, 1991, p 31)
7. A lo cual cabe agregar que, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

## §2. Proceso de amparo y derechos fundamentales

8. Reconocer que el proceso de amparo sólo procede en caso de afectación directa de los derechos fundamentales (expresos o implícitos), implica, ante todo, determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto u omisión reputada de inconstitucional, en efecto, incide sobre el ámbito que resulta directamente protegido por dicho derecho.

Este presupuesto procesal, consustancial a la naturaleza de todo proceso constitucional, ha sido advertido por el legislador del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), al precisar en el inciso 1) de su artículo 5° que los procesos constitucionales no proceden cuando

“[l]os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Asimismo, y con relación al proceso de amparo en particular, el artículo 38° del CPCConst., establece que éste no procede

“en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

En estricto, pues, con los dispositivos citados, el legislador del CPCConst. no ha incorporado al ordenamiento jurídico una nueva regla de procedencia para los procesos constitucionales *de la libertad*. Tan sólo ha precisado legislativamente determinados presupuestos procesales que son inherentes a su naturaleza. En efecto, en tanto procesos constitucionales, el hábeas corpus, el amparo

y el hábeas data, sólo pueden encontrarse habilitados para proteger derechos de origen constitucional y no así para defender derechos de origen legal.

Sin embargo, es preciso que este Tribunal analice, de un lado, el sustento constitucional directo del derecho invocado, y de otro, el contenido constitucionalmente protegido del derecho, como presupuestos procesales del proceso de amparo.

### §2.1 Los derechos de sustento constitucional directo

9. Existen determinados derechos de origen internacional, legal, consuetudinario, administrativo, contractual, etc., que carecen de fundamento constitucional directo, y que, consecuentemente, no son susceptibles de ser protegidos a través del proceso de amparo.

La noción de “sustento constitucional directo” a que hace referencia el artículo 38° del CPConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55° de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado cánón de control constitucional o “bloque de constitucionalidad”.

De ahí que el artículo 79° del CPConst., establezca que

“[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales”.

10. Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.

Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente.

### §2.2 Los derechos fundamentales de configuración legal

11. La distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre “normas regla” y “normas principio”. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.

En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27° de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. *Cfr.* STC 0976-2001-AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales.

12. Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese

sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos “en blanco”, es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.

Aquí se encuentra de por medio el principio de “libre configuración de la ley por el legislador”, conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

### §2.3 La distinta eficacia de los derechos fundamentales

13. De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (STC 0011-2002-AI, Fundamento 9).

A esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercerlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución, al establecer que

“[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

14. Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean “creación” del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste.

Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social.

15. Lo expuesto significa que en determinadas circunstancias los DESC no pueden ser objeto de una pretensión susceptible de estimación al interior del proceso de amparo (vg. la exigencia judicial al Estado de un puesto de trabajo o una prestación de vivienda). Ello, sin embargo, no puede ser considerado como una regla absoluta.

En efecto, tal como se ha precisado en otro momento, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la UDFT de la Constitución,

“no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”. (STC 2945-2003-AA, Fundamento 36).

En esa perspectiva, entre los deberes del Estado previstos en el artículo 44° de la Constitución, no sólo se encuentra el garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, sino también

“promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

16. Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los DESC requiere la actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.
17. Los DESC cumplen efectos positivos, vinculando al Estado y a los particulares en la promoción de las condiciones para su cabal eficacia. Asimismo, generan efectos negativos, al proscribir toda conducta gubernamental o particular que niegue u obstaculice su goce y ejercicio.
18. Debe recordarse que  
 “toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social.  
 Por esta razón, sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución (*Morón Diaz, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. Anuario de Derecho Constitucional. CIEDLA. Buenos Aires 2000. Pág. 668*). (...).  
 En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales”. (STC 2945-2003-AA, Fundamentos 18 y 33).
19. Así las cosas, en el Estado social y democrático de derecho, la *ratio fundamentalis* no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio-derecho de dignidad humana.

#### §2.4 El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales

20. Tal como refiere Manuel Medina Guerrero,

“en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que

el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales” (*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 41)

21. Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad de la Constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto.

22. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental.

### **§2.5 La estructura de los derechos fundamentales: las disposiciones, las normas y las posiciones de derecho fundamental**

23. Tal como expresa Bernal Pulido, siguiendo la doctrina que Robert Alexy expone en su *Teoría de los derechos fundamentales*. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997),  
 “todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental” (Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 76).

De esta forma cabe distinguir entre las disposiciones de derecho fundamental, las normas de derecho fundamental y las posiciones de derecho fundamental.

24. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo

válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.

25. Tal como refiere el mismo Bernal Pulido,

“Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que (...) presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo”. (Op. cit. pág. 80. Un criterio similar, Cfr. Alexy, Robert. *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático*, D&L, Nro. 8, 2000, pág. 12 y ss.).

Por ello, cabe afirmar que las posiciones de derecho fundamental, son los derechos fundamentales *en sentido estricto*, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos.

26. Estas atributos que, como se ha dicho, vinculan a todas las personas y que, por tanto, pueden ser exigidas al sujeto pasivo, se presentan en una relación jurídica sustancial, susceptibles de ser proyectadas en una relación jurídica procesal en forma de pretensiones al interior de los procesos constitucionales *de la libertad* (sea el amparo, el hábeas corpus o el hábeas data).

27. Así las cosas, la estimación en un proceso constitucional de las pretensiones que pretendan hacerse valer en reclamo de la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental, se encuentran condicionadas, cuando menos, a las siguientes exigencias:

- a) A que dicha pretensión sea válida, o, dicho de otro modo, a que sea consecuencia de un sentido interpretativo (norma) que sea válidamente atribuible a la disposición constitucional que reconoce un derecho.

Por ejemplo, no sería válida la pretensión que amparándose en el derecho constitucional a la libertad de expresión, reconocido en el inciso 4) del artículo 2º de la Constitución, pretenda que se reconozca como legítimo el insulto proferido contra una persona, pues se estaría vulnerando el contenido protegido por el derecho constitucional a la buena reputación, reconocido en el inciso 7º del mismo artículo de la Constitución.

En consecuencia, la demanda de amparo que so pretexto de ejercer el derecho a la libertad de expresión pretenda el reconocimiento de la validez de dicha pretensión, será declarada infundada, pues ella no forma parte del contenido constitucionalmente protegido por tal derecho; o, dicho de otro modo, se fundamenta en una norma inválida atribuida a la disposición contenida en el inciso 4) del artículo 2º constitucional.

- b) A que en los casos de pretensiones válidas, éstas deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional. En otras palabras, una demanda planteada en un proceso constitucional *de la libertad*, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él. Y, *contrario sensu*, resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales.

En efecto, dado que los procesos constitucionales *de la libertad* son la garantía jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, no pueden encontrarse orientados a la defensa de los derechos creados por el legislador, sino sólo aquellos reconocidos por el Poder Constituyente en su creación; a saber, la Constitución.

En consecuencia, si bien el legislador es competente para crear derechos subjetivos a través de la ley, empero, la protección jurisdiccional de éstos debe verificarse en los procesos ordinarios. Mientras que, por imperio del artículo 200° de la Constitución y del artículo 38° del CPConst., a los procesos constitucionales *de la libertad* es privativa la protección de los derechos de sustento constitucional directo.

Lo expuesto no podría ser interpretado en el sentido de que los derechos fundamentales de configuración legal, carezcan de protección a través del amparo constitucional, pues resulta claro, en virtud de lo expuesto en el Fundamento 11 y ss. *supra*, que las posiciones subjetivas previstas en la ley que concretizan el contenido esencial de los derechos fundamentales, o los ámbitos a él directamente vinculados, no tienen sustento directo en la fuente legal, sino, justamente, en la disposición constitucional que reconoce el respectivo derecho fundamental.

Sin embargo, es preciso tener presente que *prima facie* las posiciones jurídicas que se deriven válidamente de la ley y no directamente del contenido esencial de un derecho fundamental, no son susceptibles de ser estimadas en el proceso de amparo constitucional, pues ello implicaría pretender otorgar protección mediante los procesos constitucionales a derechos que carecen de un sustento constitucional directo, lo que conllevaría su desnaturalización.

Y si bien la distinción concreta entre aquello regulado por la ley que forma parte de la delimitación del contenido directamente protegido por un derecho fundamental y aquello que carece de relevancia constitucional directa no es una tarea sencilla, los criterios de interpretación que sirvan a tal cometido deberán encontrarse inspirados, en última instancia, en el principio-derecho de dignidad humana, pues, como ha señalado Ingo Von Münch, si bien resulta sumamente difícil determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad humana,

“manifiestamente sí es posible fijar cuándo se la está vulnerando” (Von Münch, Ingo. *La dignidad del hombre en el derecho constitucional*. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Año 2, Nro. 5, mayo – agosto, 1982, pág. 21).

### §3. La garantía institucional de la seguridad social

28. El artículo 10° de la Constitución reconoce

“el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

Por su parte, el artículo 11° constitucional, estipula la obligación del Estado de garantizar y supervisar eficazmente el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

29. Tal como ha establecido el Tribunal Constitucional en el Fundamento 54 de la STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI (acumulados)

“La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la ‘doctrina de la contingencia’ y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una



presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en 'la elevación de la calidad de vida'".

#### La seguridad social

"es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones" (STC 0011-2002-AI, Fundamento 14).

30. Su condición de sistema institucionalizado imprescindible para la defensa y desarrollo de diversos principios y derechos fundamentales, permite reconocer a la seguridad social como una garantía institucional.

El Tribunal Constitucional español, en criterio *mutatis mutandis* aplicable al contexto constitucional peruano, ha señalado que la seguridad social es una garantía institucional

"cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador (...), de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar" (STC 37/1994, Fundamento 3).

#### §4. El derecho fundamental a la pensión

31. Tal como se ha precisado, los derechos fundamentales reconocidos por la Norma Fundamental, no se agotan en aquellos enumerados en su artículo 2º, pues además de los derechos implícitos, dicha condición es atribuible a otros derechos reconocidos en la propia Constitución. Tal es el caso de los derechos a prestaciones de salud y a la pensión, contemplados en el artículo 11º, y que deben ser otorgados en el marco del sistema de seguridad social, reconocido en el artículo 10º.

32. El Tribunal Constitucional ha referido que el derecho fundamental a la pensión

"tiene la naturaleza de derecho social -de contenido económico-. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la 'procura existencial'. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección -negativas- y de garantía y promoción -positivas- por parte del Estado." (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 74)

"Este derecho es una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al *telos* constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

'(...) la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado'.

De esta forma, nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo.

Es de esta forma como el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico, que supera las posiciones liberales que no aceptan un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco supone privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para conseguir y mantener la desigualdad.

En la definición del contenido de este derecho fundamental es factor gravitante el esfuerzo económico que el proceso pensionario exige de los poderes públicos y de la capacidad presupuestaria.” (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 76).

#### **§4.1 El derecho fundamental a la pensión como derecho fundamental de configuración legal**

33. Tal como ha referido este Colegiado

“[e]l artículo 11 de la Constitución no tiene la naturaleza de una norma jurídica tradicional, pues se trata de una disposición de textura abierta que consagra un derecho fundamental; en esa medida hace referencia a un contenido esencial constitucionalmente protegido, el cual tiene como substrato el resto de bienes y valores constitucionales; pero, a su vez, alude a una serie de garantías que no conforman su contenido irreductible, pero que son constitucionalmente protegidas y sujetas a desarrollo legislativo -en función a determinados criterios y límites-, dada su naturaleza de derecho de configuración legal.” (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 73).

34. Referir que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal, alude a que la ley constituye fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental y dotarle de plena eficacia.

En efecto, tal como ha establecido el Tribunal Constitucional,

“Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares, no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias.

En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que tienen por objeto precisar los beneficios o prestaciones relacionadas con materia previsional, dotan de contenido esencial al derecho fundamental a la pensión. Sólo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera

directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen). Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida que no se comprometa el mínimo vital), topes, mecanismos de reajuste, entre otros, no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido, sino como contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales, y, en tal medida, tampoco como disposiciones legales que lo configuran." (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 120).

35. Así las cosas, cuando el inciso 20) del artículo 37° del CPConst. establece que el amparo procede en defensa del derecho a la pensión, ello no supone que todos los derechos subjetivos que se deduzcan de las disposiciones contenidas en el régimen legal relacionado al sistema previsional público o privado, habilitan un pronunciamiento sobre el fondo en un proceso de amparo, pues un razonamiento en ese sentido apuntaría a una virtual identidad entre derecho legal y derecho constitucional de configuración legal, lo que a todas luces resulta inaceptable.

#### **§4.2 Determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión**

36. El análisis sistemático de la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental a la pensión (artículo 11°) con los principios y valores que lo informan, es el que permite determinar los componentes de su contenido esencial. Dichos principios y valores son el principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad.
37. En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:
- a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.
  - b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

Tal como ha tenido oportunidad de precisar la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Colegiado comparte, el derecho a la pensión

"adquiere el carácter de fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o la amenaza de derechos o principios de esa categoría y su protección resulta indispensable tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión

guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo el cumplimiento de las exigencias legales.” (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-608 del 13 de noviembre de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

- c) Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un ‘mínimo vital’, es decir, “aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.” (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.

Por ello, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado “pensión mínima”, asciende a S/. 415,00 (Disposición Transitoria de la Ley N.º 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28449), el Tribunal Constitucional considera que, *prima facie*, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto, deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

- d) Asimismo, aún cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.
- e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

En efecto, en tanto derecho fundamental *relacional*, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias.

- f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe

encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo “no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado”. (STC 0976-2001-AA, Fundamento 3).

- g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103° de la Constitución, respectivamente.

#### **§5. Determinación de la procedencia de la pretensión en la presente causa**

38. Analizados los componentes que por derivar directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, merecen protección a través del proceso de amparo, corresponde analizar si la pretensión en el presente caso se encuentra referida a alguno de dichos ámbitos y si, en consecuencia, corresponde expedir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.
39. En el presente caso el demandante pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal, que le fue denegada porque a juicio de la ONP no reunía el mínimo de aportaciones necesarias para obtener el derecho. En consecuencia, al recurrente le ha sido denegada la pensión, a pesar de que, según alega, cumple con los requisitos legales para obtenerla. Consecuentemente, la pretensión del recurrente ingresa dentro del supuesto previsto en el Fundamento 37.b, motivo por el cual este Colegiado procede a analizar el fondo de la cuestión controvertida.

#### **§6. Análisis del agravio constitucional alegado**

40. El segundo párrafo del artículo 44° del Decreto Ley N.° 19990, el artículo 1° Decreto Ley N.° 25967 y el artículo 17° de la Ley N.° 24514, constituyen las disposiciones legales que configuran el derecho constitucionalmente protegido para acceder a la pensión reclamada. En ellos se establece que en los casos de reducción o despido total del personal, tienen derecho a pensión de jubilación los trabajadores afectados que: i) tengan cuando menos 55 o 50 años de edad, según sean hombres o mujeres; ii) acrediten por lo menos 20 años de aportaciones; y, iii) el empleador haya sido autorizado por el Ministerio de Trabajo para despedir a su personal luego de seguir el procedimiento previsto en la Ley N.° 24514, sustitutoria del Decreto Ley N.° 18471.
41. Este Tribunal ha precisado en reiteradas ejecutorias, que constituyen precedentes de observancia obligatoria, que para la calificación de las pensiones se debe tener en cuenta que:
- a) A tenor del artículo 57° del Decreto Supremo N.° 011-74-TR, Reglamento del Decreto Ley N.° 19990, los períodos de aportación no pierden su validez, excepto en los casos de caducidad de las aportaciones declaradas por resoluciones consentidas o ejecutoriadas con fecha anterior al 1 de

mayo de 1973. En ese sentido, la Ley N.º 28407, vigente desde el 3 de diciembre de 2004, recogió este criterio y declaró expedito el derecho de cualquier aportante para solicitar la revisión de cualquier resolución que se hubiera expedido contraviniendo lo dispuesto en los artículos 56º y 57º del decreto supremo referido, Reglamento del Decreto Ley N.º 19990.

- b) En cuanto a las aportaciones de los asegurados obligatorios, los artículos 11º y 70º del Decreto Ley N.º 19990 establecen, respectivamente, que “Los empleadores (...) están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios (...)”, y que “Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7º al 13º, aún cuando el empleador (...) no hubiese efectuado el pago de las aportaciones”. Más aún, el artículo 13º de esta norma dispone que la emplazada se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas. A mayor abundamiento, el inciso d), artículo 7.º de la Resolución Suprema N.º 306-2001-EF, Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), dispone que la emplazada debe “Efectuar la verificación, liquidación y fiscalización de derechos pensionarios que sean necesarias para garantizar su otorgamiento con arreglo a Ley”.

42. En ese sentido, para acreditar la titularidad de derecho a la pensión y el cumplimiento de los requisitos legales que configuran el derecho, el demandante ha acompañado una serie de documentos, respecto de los cuales este Tribunal determina los siguiente:

#### 42.1. Edad

- 1) Copia de su Documento Nacional de Identidad, con el cual se constata que nació el 16 de junio de 1945, y que, por tanto, cumplió la edad requerida para la pensión reclamada el 16 de junio de 2000.

#### 42.2 Años de aportaciones

- 1) Copia de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990 (Expediente N.º 01300311802) y del Cuadro de Resumen de Aportaciones, de donde se evidencia que en aplicación del artículo 95º del Decreto Supremo N.º 013-61-TR, Reglamento de la Ley N.º 13640, la ONP desconoció la validez de las aportaciones realizadas durante 1 año y 1 mes en los años 1964 y 1965, y decidió no continuar su labor inspectiva porque presumió que el demandante no acreditaría el mínimo de años de aportaciones requeridos.
- 2) Copia de dos Certificados de Trabajo expedidos por Motor Perú S.A. en el año 1992, en papel membretado y en formato del IPSS, y adicionalmente, otro Certificado de Trabajo otorgado en el año 1994 por Motor Perú S.A. en liquidación, en todos los cuales se certifica que el demandante trabajó en la empresa desde el 5 de marzo de 1973 hasta el 25 de mayo de 1992, es decir, por un periodo de 19 años, 2 meses y 20 días.

#### 42.3 Autorización de la Autoridad de Trabajo y afectación por reducción de personal

- 1) Copia de la Resolución Sub-Directoral N.º 018-92-1SD-NEC y la Resolución Directoral N.º 046-92-DR-LIM, del 21 de febrero y 24 de marzo de 1992, respectivamente, en las que consta la autorización de la Autoridad de Trabajo para que Motor Perú S.A. reduzca personal al haber acreditado causal económica conforme a lo señalado en la Ley N.º 24514.
- 2) Copia del Acta de Extraproceso de fecha 3 de julio de 1992, suscrita ante el Director Regional de Trabajo de Lima, por los representantes de Motor Perú S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la empresa, en la cual se transcribe la relación del personal afectado por la reducción de personal, entre los que se encuentra el demandante. Asimismo, el cronograma de pago de los beneficios sociales que se entregará conjuntamente con el certificado de trabajo, previa presentación de las cartas de renuncia de los trabajadores con fecha 25 de mayo de 1992.

43. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que aun cuando en el proceso de amparo no se encuentra prevista una etapa probatoria, el demandante ha presentado suficientes medios probatorios que no requieren actuación (artículo 9° del CPConst.), que demuestran: i) que cumple con el requisito de edad exigido para obtener la pensión solicitada; ii) que fue cesado en el empleo por causal de reducción de personal; y, iii) que teniendo en cuenta su tiempo de servicios en Motor Perú S.A. – corroborados previamente por la Autoridad de Trabajo– y las aportaciones realizadas durante el período cuya validez indebidamente no se reconoció, acredita por lo menos 20 años de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

En tal sentido, ha acreditado que reúne todos los requisitos legales exigidos para la percepción de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal reclamada, y consiguientemente, que se ha desconocido arbitrariamente el derecho constitucional a la pensión que le asiste, por lo que la demandada debe reconocer su derecho a la pensión de jubilación y disponer su percepción desde la fecha en que se verifica el agravio constitucional, es decir, en la fecha de la apertura del expediente N.º 01300311802 en el que consta la solicitud de la pensión denegada.

Adicionalmente, se debe ordenar a la ONP que efectúe el cálculo de los devengados correspondientes desde la fecha del agravio constitucional, así como el de los intereses legales generados de acuerdo a la tasa señalada en el artículo 1246.º del Código Civil, y proceda a su pago, en la forma y modo establecido por el artículo 2.º de la Ley N.º 28266.

#### **§7. Precedente vinculante**

44. Es evidente que con relación al derecho fundamental a la pensión reconocido en el artículo 11º de la Constitución, en la jurisprudencia de este Tribunal ha existido un criterio de procedibilidad más flexible que aquel desarrollado en el Fundamento 37 *supra*. Ello, en su momento, se encontraba plenamente justificado en aras de proyectar desde la jurisprudencia de este Colegiado las pautas de interpretación que permitan convertir al sistema de seguridad social, y, concretamente, al derecho fundamental a la pensión, en uno plenamente identificado con los principios constitucionales que lo informan (dignidad, igualdad y solidaridad).
45. Las materias que son competencia de la jurisdicción constitucional no se desarrollan sobre un espectro rígido e inmutable. Por el contrario, la incuestionable ligazón existente entre realidad social y Constitución en los Estados sociales y democráticos de derecho, imponen un margen de razonable flexibilidad al momento de decidir las causas que merecen un pronunciamiento por parte de la jurisdicción constitucional, sobre todo en aquellas latitudes en las que ésta tiene reciente data. Sólo así es posible sentar por vía de la jurisprudencia las bases mínimas para una verdadera identidad constitucional en cada uno de los ámbitos del derecho, y sólo así es posible que este Tribunal mantenga incólumes sus funciones de valoración, ordenación y pacificación.
46. El Tribunal Constitucional considera que dicho cometido ha sido cubierto con la abundante jurisprudencia emitida en materia pensionaria, motivo por el cual considera pertinente, a partir de la presente sentencia, restringir los criterios de procedibilidad en dicha materia sobre la base de pautas bastante más identificadas con la naturaleza de urgencia del proceso de amparo.
47. En tal sentido, este Tribunal advierte que los criterios jurídicos contenidos en el Fundamento 37 *supra* para determinar la procedencia de demandas de amparo en materia pensionaria, a partir de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, reconocido en el artículo 11º de la Constitución, constituyen precedente vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.
48. Por lo demás, dicho cambio de precedente se encuentra amparado por el principio de autonomía



procesal que informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación de este Tribunal, conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del CPCConst.).

El artículo III del Título preliminar del CPCConst. establece la obligación del juez constitucional de “adecuar la exigencia de las formalidades previstas en éste Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”,

por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos constitucionales.

En efecto, mediante su autonomía procesal el Tribunal Constitucional puede establecer reglas que tengan una pretensión de generalidad y que puedan aplicarse posteriormente a casos similares, siempre que estas reglas tengan como finalidad perfeccionar el proceso constitucional, y se encuentren limitadas por el principio de separación de poderes, la ya mencionada vigencia efectiva de los derechos fundamentales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

49. El precedente sentado es de vinculación inmediata, motivo por el cual a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión (Fundamento 37 *supra*), debe ser declarada improcedente.

**§8. Vía jurisdiccional ordinaria para la dilucidación de asuntos previsionales que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión**

50. No obstante, en atención a su función de ordenación, el Tribunal Constitucional no puede limitarse a precisar los criterios que procedibilidad del amparo constitucional en materia pensionaria, sino que, a su vez, debe determinar la vía judicial en las que deban ventilarse la pretensiones sobre dicha materia que por no gozar de protección constitucional directa, no son susceptibles de revisarse en sede constitucional. Asimismo, debe determinar las reglas necesarias para encausar las demandas de amparo en trámite cuya improcedencia debe ser declarada tras la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*.

51. La vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, es el proceso contencioso administrativo. En efecto, en tanto que es la Administración Pública la encargada de efectuar el otorgamiento de las pensiones específicas una vez cumplidos los requisitos previstos en la ley, es el proceso contencioso administrativo la vía orientada a solicitar la nulidad de los actos administrativos que se consideren contrarios a los derechos subjetivos que a pesar de encontrarse relacionados con materia previsional, sin embargo, no derivan directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión. Así lo estipula el artículo 1º de la Ley N.º 27584.

“La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. (...)”

52. Por ende, en los supuestos en los que se pretenda la estimación en juicio de pretensiones que no se encuentren relacionadas con el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, los justiciables deberán acudir el proceso contencioso administrativo a efectos de dilucidar el



asunto controvertido.

En tal perspectiva, el artículo 3° de la Ley N.° 27584 establece, de conformidad con el principio de exclusividad, lo siguiente:

“las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo en los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales”,

es decir, salvo en los casos en los que la actuación (u omisión) de la Administración Pública genere la afectación del contenido directamente protegido por un derecho constitucional.

53. De conformidad con los artículos 8° y 9° de la Ley N.° 27584 es competente para conocer la demanda el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (o el Juez Civil o Mixto en los lugares en que no exista Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo), del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación impugnada, a elección del demandante.

**§9. Reglas procesales aplicables a las demandas de amparo en trámite que sean declaradas improcedentes como consecuencia del precedente vinculante contenido en esta sentencia**

54. Las demandas de amparo en trámite que, en aplicación de los criterios de procedibilidad previstos en el Fundamento 37 *supra*, sean declaradas improcedentes, deberán ser remitidas al juzgado de origen (Juez Civil encargado de merituar el proceso de amparo en primera instancia), quien deberá remitir el expediente judicial al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (en los lugares en los que éstos existan) o deberá avocarse al conocimiento del proceso (en los lugares en los que no existan Jueces Especializados en lo Contencioso Administrativo).

Una vez que el Juez competente del proceso contencioso administrativo se avoque al conocimiento de la causa, deberá entenderse presentada y admitida la demanda contencioso administrativa, y, en aplicación del principio de suplencia previsto en el inciso 4) del artículo 2° de la Ley N.° 27584, se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso contencioso administrativo. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

Estas reglas son dictadas en virtud del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional al que se ha hecho alusión en el Fundamento 48 *supra*.

55. Por otra parte, en aplicación del principio *pro actione* que impone al Juez interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción, en los supuestos en los que en el expediente de amparo obre escrito en el que la Administración contradiga la pretensión del recurrente, el Juez del contencioso administrativo, no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa.

En efecto, dado que la finalidad de la interposición de los recursos administrativos de impugnación consiste en darle la oportunidad a la propia Administración de revisar su actuación o reevaluarla y, en su caso, disponer el cese de la vulneración del derecho, sería manifiestamente contrario al principio de razonabilidad y al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, exigir el agotamiento de la vía administrativa en los casos en los que resulta evidente que la propia Administración se ha ratificado en la supuesta validez del acto considerado ilegal.

56. Por el contrario, los expedientes de amparo en los que no sea posible verificar si la Administración se ha o no ratificado en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos previsionales que no configuran el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la

pensión, no serán remitidos al Juez del contencioso administrativo, pues dado que en estos supuestos es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa prevista en el artículo 18° de la Ley N.º 27584, los recurrentes deberán agotarla para encontrarse habilitados a presentar la demanda contencioso administrativa.

57. En todo caso, es deber del Juez del contencioso administrativo, aplicar el principio de favorecimiento del proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 2° de la Ley N.º 27584, conforme al cual:

“Principio de favorecimiento del proceso.- El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.

Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma.”

58. Por otra parte, dado que en los asuntos previsionales, es la Administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez de los medios probatorios que coadyuven a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficientes que permitan acreditar su pretensión, en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda. En tales circunstancias, es obligación del Juez recabar de oficio los medios probatorios que juzque pertinentes; máxime si el artículo 22° de la Ley N.º 27584, establece que:

“Al admitir a trámite la demanda el Juez ordenará a la entidad administrativa que remita el expediente relacionado con la actuación impugnada.

Si la entidad no cumple con remitir el expediente administrativo el órgano jurisdiccional podrá prescindir del mismo o en su caso reiterar el pedido bajo apercibimiento de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público para el inicio del proceso penal correspondiente (...).

El incumplimiento de lo ordenado a la entidad administrativa no suspende la tramitación del proceso, debiendo el juez en este caso aplicar al momento de resolver lo dispuesto en el Artículo 282 del Código Procesal Civil.”

Dicho artículo del Código Procesal Civil, establece:

“El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.”

Por su parte, el artículo 29° de la Ley N.º 27584, dispone:

“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnada, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.”

#### **§10. Vulneración continuada y ausencia de plazos de prescripción en asuntos que versen sobre materia pensionaria**

59. Todos los poderes públicos, incluida la Administración Pública, deberán tener presente, tal como lo ha precisado este Colegiado de manera uniforme y constante —en criterio que *mutatis mutandis* es aplicable a cualquier proceso judicial o procedimiento administrativo que prevea plazos de prescripción o caducidad— que las afectaciones en materia pensionaria tienen la calidad de una vulneración continuada, pues tienen lugar mes a mes, motivo por el cual no existe posibilidad de rechazar reclamos, recursos o demandas que versen sobre materia previsional, argumentando el vencimiento de plazos prescriptivos o de caducidad.

En tal sentido, en los casos de demandas contencioso administrativas que versen sobre materia pensionaria, el Juez se encuentra en la obligación de considerar el inicio del cómputo de los plazos de caducidad previstos en el artículo 17° de la Ley N.º 27584, a partir del mes inmediatamente anterior a aquel en que es presentada la demanda, lo que equivale a decir, que, en ningún caso, podrá declararse la improcedencia de tales demandas por el supuesto cumplimiento del plazo de caducidad.

#### §11. Jurisprudencia vinculante y exhortación

60. Es preciso enfatizar que los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado.
61. Finalmente, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder Judicial a aumentar el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y a crearlos en el resto de Distritos Judiciales de la República, a efectos de atender con diligencia y celeridad las pretensiones que correspondan ser dilucidadas por la jurisdicción ordinaria, como consecuencia de la expedición de la presente sentencia.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica,

#### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Declarar la **NULIDAD** de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990.
3. Ordena que la entidad demandada cumpla con reconocer la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal que corresponde al demandante, y abone las pensiones devengadas, reintegros e intereses legales correspondientes, conforme a los Fundamentos 40 a 43 *supra*.
4. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo que versen sobre materia pensionaria, previstos en el Fundamento 37 *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPCConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente.
5. Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de amparo que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, previstas en los Fundamentos 54 a 58 *supra*, resultan vinculantes tanto para los Jueces que conocen los procesos de amparo, como para los Jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas.
6. Se **EXHORTA** al Poder Judicial, para que, de conformidad con el Fundamento 61 *supra*, aumente el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y los cree en el resto de Distritos Judiciales de la República.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA  
VERGARA GOTELLI  
LANDA ARROYO**



# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Sentencia Expediente N° 1789-2008**



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
QUINTA SALA CIVIL**

**SS.: CARBAJAL PORTOCARRERO  
ECHEVARRIA GAVIRIA  
CESPEDES CABALA**

**Exp. N°1789-2008**

**Resolución número  
Lima, 11 de junio del 2009.-**

**AUTOS, Y VISTOS:** Interviniendo como vocal ponente la señora Echevarría Gaviria.

**ASUNTO:** Es materia de grado el AUTO emitido mediante la Resolución Número 10 de fecha 07 de julio del 2008 que declara infundada la observación.

**ATENDIENDO:**

**PRIMERO:** Mediante escrito de fecha 16 de febrero de 2009, el recurrente formula recurso de apelación contra la Resolución N° 10 alegando que el los intereses deben ser pagados desde la fecha en que se produjo la contingencia.

**SEGUNDO:** Mediante Sentencia de Vista de fecha 10 de octubre de 2007 (Fks. 69 a 73) se declara fundada la demanda. Debe tenerse presente que la Sentencia ha adquirido la calidad de cosa juzgada y que al encontrarse el proceso en etapa de ejecución, ésta debe cumplirse en sus propios términos, de conformidad con el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 139 inciso 2) de la Constitución Política del Perú.

**TERCERO:** Respecto al pago de los intereses, debe señalarse, que , lo planteado por la parte demandada carece de fundamento; puesto que, siendo indiscutible que el presente caso versa sobre un tema relativo a la afectación de derechos fundamentales en materia de previsional, resuelto favorablemente para el actor mediante Sentencia de Vista de fecha 08 de agosto del 2007 (Fks. 72 a 75) es claro, que corresponde que los intereses legales sean pagados a partir de la fecha de la contingencia ya que de esta forma se estaría cumpliendo con la finalidad de los Procesos Constitucionales. En ese mismo sentido se ha estado pronunciado Corte Suprema en las Casaciones N°s. 2955-2006, 3066-2006, 3142-2006, 000846-2006, 003004-2006, 003005-2006, 003111-2006, 002405-2005, 02627-2005, 1982-2006, 2290-2005 entre otras.

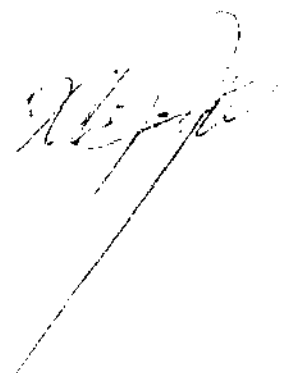
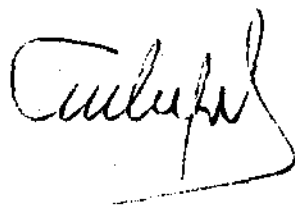


duodécimo: que, sin embargo en este caso el examen para definir el termino inicial a partir del cual corresponde el abono de los intereses moratorios, esto es, desde cuando se produce la mora tratándose de la trasgresión del derecho a la pensión debe considerarse: a) la naturaleza fundamental del derecho lesionado; b) su carácter de derecho social con contenido alimentario por ello indispensable para la propia subsistencia del afectado y la de su familia; y c) la íntima relación de este derecho con el derecho a la vida que de alguna forma también resulta amenazado ante su vulneración; décimo tercero: que, estos parámetros nos permiten sin duda alguna reafirmar que la afectación que se pretende reparar tiene consecuencia directa e inmediata en la propia subsistencia y existencia con dignidad del pensionista, derecho vinculado al derecho a la vida, que constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos, por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación, supuesto que se configurarían de aplicarse lo contemplado en la norma general, contenida en el primer párrafo del artículo mil trescientos treintitres del código civil, habida cuenta que esta norma identifica la configuración de la mora (término inicial a partir del cual se van a pagar los intereses moratorios) a partir del requerimiento de pago que efectúe el acreedor a su deudor, ello en suma nos llevaría implícitamente a reconocer que el derecho afectado sería objeto de resarcimiento sólo desde el momento en que este hecho se produce, dejando sin protección el periodo anterior a este evento, asumir esta posición significaría limitar la eficacia del derecho fundamental a la pensión, que resulta a todas luces contraria a la noción de estado social y democrático de derecho que se concreta en los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida, entre ellos el compromiso social de garantizar el pago de una pensión; décimo cuarto: que, entonces si la aplicación del artículo mil trescientos treintitres primer párrafo del código civil restringe la posibilidad de reparar eficazmente el derecho fundamental, la pensión no podría servir como elemento normativo decisivo para determinar el término inicial a partir del cual debe pagarse los intereses moratorios tratándose de la afectación de este derecho fundamental, pues es contundente el artículo cuarto del título preliminar del código civil al estipular que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía; décimo quinto: que, tratándose de la posibilidad de indemnizar la afectación del derecho fundamental a la pensión vía el pago de intereses, esta reparación sólo sería absolutamente eficaz desde el momento en que se produce la afectación, que para el caso se origina desde que el pensionista alcanzó el punto de contingencia, al haber la administración liquidado su pensión aplicando indebidamente el sistema de cálculo instaurado a partir del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventidos por el decreto ley numero veinticinco mil novecientos sesentisiete, cuando esta prestación debió ser calculada conforme a las normas del decreto ley ni mero diecinueve mil novecientos noventa, al haber reunido los requisitos antes que el referido decreto ley entrara en vigencia, como así se ha establecido por sentencia con autoridad de cosa juzgada recaída en un proceso de amparo anterior; décimo sexto: que, en conclusión el cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación del estado de pagar la pensión de jubilación determina su responsabilidad no solo de cumplir debidamente con el pago de esta prestación, sino además de reparar tal afectación de este derecho fundamental, pagando en armonía con el segundo párrafo del artículo mil doscientos cuarentidos y siguientes del código civil, los intereses generados respecto del monto cuyo pago fue incumplido a partir del momento en que se produce la afectación, lo cual responde a los principios pro homine y pro libertatis, según las cuales ante diferentes soluciones se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Empero en aquellos casos donde por omisión y retardo del accionista se contemple el pago efectivo de las pensiones a partir de un momento posterior, tal es el caso del artículo ochentiuno del decreto ley numero diecinueve mil novecientos noventa que señala que sólo se abonarán las pensiones devengadas correspondientes a un periodo no mayor de doce meses anteriores a la prestación de la solicitud del beneficiario, corresponde fijar que los intereses se generan desde cuando la administración tiene la obligación de efectivizar su pago, con lo cual se busca proscribir el ejercicio abusivo del derecho como expresamente manda el ultimo párrafo del artículo ciento tres de la constitución política del estado."

**CUARTO:** Respecto a la Tasa de interés que se debe aplicar, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha establecido que los

intereses debe abonarse conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil, es decir, la tasa de interés legal fijada por el BCR sin capitalizar los intereses de conformidad con el artículo 1249 del Código Civil.

Por estos fundamentos, **REVOCARON** el AUTO emitido mediante la Resolución Numero 10 de fecha 07 de julio del 2008 que declara infundada la observación. **REFORMÁNDOLA** declararon fundada la observación. Ordenaron que la emplazada realice una nueva liquidación de los intereses conforme a los fundamentos expuestos en la presente Resolución. En los seguidos por Mejía Villaran, Fausto con la Oficina de Normalización Previsional sobre Proceso de Amparo; y los devolvieron.-





# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Sentencia Expediente N° 536-2008**



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**  
**TERCERA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SS.: VERA LAZO**  
**ECHEVARRIA GAVIRIA**  
**DÁVILA BRONCANO**

**Expediente N° 536-2008**

**RESOLUCIÓN NÚMERO**

La Victoria, 14 de enero del 2009.-

**AUTOS y VISTOS;** Interviniendo como Vocal ponente la señora Echeverría Gaviria y con lo opinado por el señor Fiscal Superior en su Dictamen de fecha 12 de diciembre del 2008 (ffs. 38 a 40).

**ASUNTO:** Es materia grado el AUTO expedido mediante Resolución N° 02 de fecha 29 de mayo del 2008 (ffs. 25) que rechaza la demanda y archivándose definitivamente los autos. Y;

**ATENDIENDO:**

**PRIMERO:** Antes de revisar lo que es materia de grado, es pertinente señalar que la obligación de pago de intereses tiene naturaleza civil, regulado en los artículos 1242 y ss. del Código Civil; sin embargo, estando a la Ejecutoria Casación N° 2883-2006 de fecha 20 de abril del 2007 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema establece que la solicitud de pago de intereses como pretensión principal derivada de una obligación de la Administración es materia contenciosa administrativa, y a que mediante **Resolución Administrativa N° 002-2009-P-CSJLI/PJ** con su fe de erratas de fecha **08 de enero del 2009**, la ponente conforma Colegiado en una Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo asume este criterio en esta Sede de conformidad con el **artículo 34° de la Ley 27584**-Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo:

**"Cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante.**

Los órganos jurisdiccionales podrán apartarse de lo establecido en el precedente vinculante, siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan del precedente.

(...).".

**SEGUNDO:** Mediante escrito de fecha 10 de octubre del 2007, José Antonio Perez Cordova, interpone demanda contenciosa administrativa contra la

Oficina de Normalización Previsional a fin que cumpla con el pago de los intereses legales desde la fecha en que adquirió su derecho a pensión, esto es, desde el 01 de noviembre de 1999, pago que no se ha considerado al efectuar el recálculo de su pensión de jubilación, en mérito a que ésta se calculo indebidamente aplicando de manera retroactiva los criterios del Decreto Ley N° 25967, efectuado mediante Resolución N° 0000081423-2004-ONP/DC/DL19990 de fecha 03 de noviembre del 2004.

**TERCERO:** De conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, concordado con el artículo 148° de la Constitución, la acción contenciosa administrativa tiene por finalidad del control de legalidad y constitucionalidad de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y que causen estado.

**CUARTO:** De la Resolución materia de grado se observa que el A quo rechaza la demanda interpuesta por el actor por considerar que la resolución cuyo cumplimiento se pretende no se advierte que se haya ordenado el pago intereses además de que no se ha cumplido con el agotamiento de la vía administrativa.

**QUINTO:** El actor solicita como *pretensión principal* el pago de intereses legales, por tanto al momento de calificar el juez deberá tener en cuenta los requisitos de procedibilidad previstos en los artículo 424 y 425 del Código Procesal Civil concordado con el artículo 21 de la Ley N° 27584; por tanto, el argumento referido a que en la Resolución Administrativa no se ha ordenado el pago de intereses legales es un argumento de fondo y no formal que de ser el caso deberá ser evaluado con la sentencia y no en la calificación.

**SEXTO:** Por otra parte, mediante Carta Notarial de fecha **12 de setiembre del 2006**, el actor solicita que la administración cumpla con el pago de los intereses legales en merito de la Resolución de Jubilación N° 81423-2004-ONP/DC/DL19990, operando la denegatoria ficta al haberse excedido el plazo de los 30 días establecido en el artículo 142 de la Ley 27444. Mediante carta notarial de fecha **27 de setiembre del 2007** el actor da por agotado la vía administrativa de conformidad con el artículo 188.5 de la ley de Procedimientos Administrativos que establece "**El silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación.**". Dando cumplimiento, a lo previsto en el artículo 18° de la Ley de Proceso Contencioso Administrativo - Ley 27584 respecto a la exigencia del agotamiento de la vía administrativa.

**SEPTIMO:** Consecuentemente, se advierte que al emitirse la resolución apelada se ha incurrido en causal de nulidad insubsanable según lo dispuesto por los Artículos 122.3 y 171 del Código Procesal Civil.

Por estos considerandos, declararon **NULO** el AUTO expedido mediante Resolución N° 02 de fecha 29 de mayo del 2008 (fjs 25) que rechaza la demanda y archivándose definitivamente los autos. **Ordenaron** que el A quo

prosiga con el proceso en el estado que se encuentre de conformidad con lo expuesto en la presente resolución. En los seguidos por **Pérez Córdova, José Antonio** contra la **Oficina de Normalización Previsional** sobre **Acción Contenciosa Administrativo**; y los devolvieron.–





# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Sentencia Expediente N° 1308-2007**




**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
TERCERA SALA CIVIL**

---

**EXPEDIENTE N°: 1308-2007**

**RESOLUCIÓN NÚMERO:**

Lima, seis de noviembre  
de dos mil ocho.-

 **VISTOS;** Interviniendo como Vocal Ponente el señor Carbajal Portocarrero. Es materia de grado, la sentencia expedida por resolución número nueve, de fecha 21 de mayo de 2007, corriente de fojas setenta y siete a setenta y nueve, que declara fundada la demanda incoada sobre obligación de dar suma de dinero de fojas diecisiete a diecinueve, subsanada de fojas veinticinco a veintiséis; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** La pretensión demandada consiste en que el Órgano Jurisdiccional ordene a la emplazada que cumpla con pagar a favor del actor los intereses moratorios generados del capital por concepto de pensiones devengadas en virtud de la sentencia de vista expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; **SEGUNDO:** Que, si bien es cierto, el criterio asumido por el recurrente anteriormente al dilucidarse controversias de ésta naturaleza (pago de intereses legales derivados de la liquidaciones de pensiones devengadas, que tienen su origen en una resolución administrativa), era de que dichas pretensiones debían ser encausadas a través del proceso contencioso administrativo, ello en razón de que lo peticionado emanaba de una resolución Administrativa expedida en la ejecución de un proceso constitucional; sin embargo, el suscrito ha venido a variar tal criterio, por cuanto, el Tribunal Constitucional en la STC N° 2877-2005-HC, ha determinado en el fundamento 15.d que la protección de intereses y reintegros ya no son materia de control constitucional concentrado, sino que serán derivados a vías igualmente satisfactorias para la persona; que siendo ello así, es de advertirse del peticitorio de la demanda que lo que persigue el actor es el pago de intereses legales que han generado las pensiones devengadas impagas (incumplimiento particular de la ONP), y sustentado su pretensión en los artículos 1242°, 1245° y 1246° del Código Civil a través del Proceso de Obligación de Dar Suma de Dinero, de lo que queda claro entonces que la pretensión incoada no constituye una actividad

administrativa, sino que estamos ante una obligación de naturaleza civil, conforme lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, por lo que corresponde analizar la presente pretensión a la luz de las disposiciones contenidas en el Código Civil; **TERCERO.-** Que los intereses legales constituyen un porcentaje establecido en la ley para incrementar la deuda por el transcurso del tiempo desde el momento en que hubiera debido abonarse; así también se define a los intereses como el rendimiento de una obligación de capital en proporción al valor de aquel y por el tiempo por el cual se está privando de la utilización del mismo; el artículo 1324° del Código Civil señala: *"las Obligaciones de Dar Suma de Dinero devengan intereses legales que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día que el deudor incurra en mora (...)";* **CUARTO.-** En tal contexto, se tiene que, el pago de intereses legales petitionado por el demandante, tiene su origen en la Resolución Administrativa N° 436, de fecha 28 de mayo del 2003, expedida por la Oficina de Normalización Previsional, en ejecución de sentencia, mediante la cual se otorgó pensión de jubilación y se emitió la hoja de liquidación de pensiones devengadas ascendente a la suma de S/. 16,2121.30 Nuevos Soles, no habiéndose liquidado los intereses legales que correspondían, según señala el demandante; advirtiéndose del petitorio de la demanda que ésta contiene una obligación dineraria ilíquida, derivada del reconocimiento de devengados; **QUINTO.-** Que, siendo ello así, se tiene que las pensiones devengadas no pagadas en su oportunidad por la parte demandada, hacen que se haya incurrido en mora desde el momento mismo en que se incumplió la obligación previamente exigida de otorgar su derecho pensionario oportuna y correctamente; consiguientemente estando acreditados en autos, las pensiones dejadas de percibir por el accionante así como el incumplimiento por parte de la Administración; el resarcimiento de ello, no debe ser limitativo ni restrictivo, ya que de ocurrir así se afectaría el derecho del demandante, vulnerándose la seguridad jurídica que prevé la Constitución Política del Perú, en tal sentido corresponde se ampare la presente demanda; **SEXTO.-** Que, a efectos de determinar a partir de cuando corresponde el abono de los intereses moratorios, esto es, desde cuando se produce la mora tratándose de la trasgresión del derecho a la pensión, debe considerarse: a) la naturaleza fundamental del derecho lesionado; b) su carácter de derecho social con contenido alimentario, indispensable para la subsistencia del afectado y de su familia; y c) la intima-

relación de este derecho con el derecho a la vida, que de alguna forma también resulta afectado ante su trasgresión; estos parámetros nos permiten sin duda alguna reafirmar que la afectación que se pretende reparar tiene consecuencia directa e inmediata en la propia subsistencia y existencia del pensionista; ahora bien tratándose de la posibilidad de indemnizar la afectación del derecho fundamental a la pensión, vía el pago de intereses, esta reparación sólo sería absolutamente eficaz desde el momento en que se produce la afectación, que para el caso de autos se produce desde que el pensionista alcanzó el punto de contingencia esto es, a partir del 1 de mayo de 1990, al haber determinado la Administración que al demandante le corresponde percibir pensión a partir de dicha fecha; **SÉTIMO.-** En tal sentido los intereses legales corresponden ser determinados en ejecución de sentencia y a través de una liquidación que deberá ser practicada por un perito judicial y aplicando la Tasa de Interés Legal aplicable a los créditos laborales, la misma que deberá liquidarse a partir del 9 de diciembre de 1993 hasta al 31 de julio del 2002, (periodo de devengue) conforme lo ha liquidado la propia entidad demandada, y que se corrobora de la notificación de fecha 23 de setiembre del 2003, obrante a fojas seis, cursada por la ONP al accionante; fundamentos por los cuales: **REVOCARON** la sentencia expedida mediante resolución número nueve, de fecha 21 de mayo del 2006, obrante de fojas setenta y siete a setenta y nueve, que declara fundada la demanda de obligación de Dar Suma de Dinero de fojas 17 a 19, subsanada de fojas veinticinco a veintiséis, **REFORMÁNDOLA** declararon **FUNDADA EN PARTE** la misma; en consecuencia **ORDENARON** que la demandada pague al demandante los intereses legales que se han devengado desde el periodo comprendido del 9 de diciembre de 1993 hasta el 31 de julio del 2001 (periodo de devengue), intereses que se liquidarán en ejecución de sentencia por un perito judicial, sin costas ni costos del proceso; y los devolvieron; en los seguidos por Ruperto Maresca Arias con la Oficina de Normalización Previsional sobre Obligación de Dar Suma de Dinero.-


SS.:

  
CARBAJAL PORTOCARRERO

  
ENCINAS LLANOS

CARRASCO ALARCÓN

PODER JUDICIAL

  
Luis B. C.



# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Sentencia Expediente N° 2604-2006**





**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
TERCERA SALA CIVIL**

**EXPEDIENTE NÚMERO: 2604-2006**  
**RESOLUCIÓN NÚMERO: CATORCE**  
 Lima, treinta de julio  
 de dos mil ocho.

<b>CRONICA</b>
TERCERA SALA CIVIL DE LIMA
Resolución N° <u>S</u>
Fecha: <u>30 JUL 2008</u>

**VISTOS;** En discordia, interviniendo como Vocal ponente la señora Echevarria Gaviria; con el Expediente N°14968-2003 del 19° Juzgado Civil de Lima, seguido por Carmen Elma Sandoval Cadenas contra la Oficina de Normalización Previsional sobre obligación de dar suma de dinero; y; **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, viene en apelación la Sentencia contenida en la Resolución N°5 de fecha 10 de julio de 2006, obrante de fojas 42 a 45, que declaró infundada la demanda de fojas 13, subsanada a fojas 20, interpuesta por doña Carmen Elma Sandoval Cadenas contra la Oficina de Normalización Previsional - ONP, sobre Obligación de Dar Suma de Dinero.

La referida demanda está dirigida a que la administradora de pensiones emplazada pague a la accionante la suma de S/. 30,969.20 nuevos soles correspondiente a los intereses legales de los reintegros de pensiones y/o pensiones devengadas dejadas de percibir reconocida por la propia ONP mediante Resolución N°0000048549-2003-ONP/DI/DL 19990 y hoja de liquidación, emitidas por mandato judicial dentro de un proceso de amparo al habersele aplicado indebidamente el Decreto Ley N°25967. Asimismo, solicita el pago de los intereses que se generen hasta el cumplimiento de la obligación en ejecución de Sentencia, así como el pago de los gastos, costas y costos del proceso.

**SEGUNDO:** Que a fin de resolver el grado debe considerarse que de acuerdo al artículo 1° de la Ley No.27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, "*la acción contenciosa administrativa prevista en el artículo 148° de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados...*"

Sobre este punto, y a efectos de verificar la incompetencia de los órganos jurisdiccionales civiles para conocer esta demanda que se afirma en la Ponencia, es importante preguntarse entonces ¿Cuándo estamos ante actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo? Al respecto, Roberto Dromi en su obra Derecho Administrativo, señala que la función administrativa constituye el objeto propio del derecho administrativo y cuando la actividad administrativa tiene en vista el *bien común* y la *justicia retributiva*, hablamos de Administración Pública<sup>1</sup>. En igual sentido, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández exponen que "... se han de aplicar las instituciones propias del Derecho Administrativo en los casos en que la Administración pública realiza una "*función típica*" que no es más que el ejercicio de una potestad que sólo puede dictarse en función a un presupuesto de hecho tipificado por la norma de cuya aplicación se trata, asimismo, el fin de la norma creadora de tal potestad siempre ha de ser un *fin público...*"<sup>2</sup>. El Derecho

<sup>1</sup> Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", Gaceta Jurídica, Lima, 2005, Primera Edición peruana, Tomo I, pág. 197 y 221)

<sup>2</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo", Palestra-TEMIS, Lima-Bogotá (2006) duodécima Edición, Versión Latinoamericana, Tomo I, págs.44, 61, 594 y 595.)

Administrativo pues, como lo señalan los citados tratadistas "es un Derecho Público, del que constituye una de sus ramas más importantes. Siendo la Administración Pública la única personificación del Estado, cuyos fines asume, y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos (en tanto que las funciones no administrativas del Estado son de actuación intermitentese y, o bien no se expresan en un sistema de relaciones jurídicas con los ciudadanos, o cuando esto ocurre tales relaciones afectan sólo a contados y excepcionales sujetos)..."<sup>3</sup>.

**TERCERO:** En este contexto, del escrito de demanda podemos advertir que la pretensión de la actora consiste en que el juzgado especializado en lo civil, ordene a la entidad emplazada (Oficina de Normalización Previsional) el pago de los intereses moratorios generados del capital que por concepto de pensiones devengadas se ordenó pagar mediante Sentencia dictada por el 19° Juzgado Civil de Lima; pretensión sustentada principalmente en los artículos 1242° y 1324° del Código Civil. Que, siendo el petitorio de la demanda uno de obligación de dar suma de dinero (pago de intereses legales) por las pensiones de la accionante que no fueron pagadas debidamente desde la producción de su contingencia, es claro que esta pretensión, no constituye para la Administración Pública (ONP) actividad administrativa con vista al *bien común*, no importa el ejercicio de una *función típica*, no persigue un *fin público* y *no es instrumento de relación permanente y general con todos los ciudadanos*; pues, ésta es una pretensión generada por un incumplimiento particular de la ONP, que atañe únicamente a la demandante y al que la legislación civil ha sancionado con el pago de intereses legales.

**CUARTO:** Por tanto, como se ha consignado en la parte final del considerando tercero, si la relación jurídica en esta demanda constituye una función no administrativa del Estado; la demanda resulta entonces, fuera de los alcances del artículo 1° de la Ley No.27584, más aún, si su artículo 4° precisa que procede la demanda contenciosa administrativa contra toda actuación (de la Administración) realizada *en ejercicio de potestades administrativas*, aspecto tal, que como ya se ha expuesto, no se encuentra patente en esta demanda.

**QUINTO:** Que, lo antes expuesto, me hace concluir que el cobro de los intereses legales, como pretensión principal, debe ser tramitado de conformidad con los artículos 5° y 9° del Código Procesal Civil, ante el juez especializado en lo civil, pues la competencia por razón de materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan, asimismo *corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de todo aquello que no está atribuido por ley a otros órganos jurisdiccionales*. Por ello, no se comparte la posición que considera que la pretensión planteada debe ser ventilada en la vía contencioso administrativa.

**SEXTO:** Que, de otro lado, dilucidada la competencia a favor de los órganos jurisdiccionales civiles para el conocimiento de lo pretendido, corresponde efectuar en segunda instancia el análisis respectivo sobre la resolución materia de grado. Así tenemos que en la Sentencia recurrida el A-quo declara infundada la demanda incoada señalando que para poder ampararla es menester que en la resolución en la cual se declaró fundada la acción de amparo y dispuso la expedición de una resolución administrativa así como el pago de los reintegros correspondientes (Expediente N°14968-2003), se haya ordenado también el pago de intereses legales derivados de las pensiones devengadas, por lo que al no existir mandato en tal sentido, la demanda es infundada.

<sup>3</sup> op.cit.

**SÉTIMO:** Que, la posición asumida por el Juez de primera instancia resulta errónea toda vez que: 1) no existe dispositivo legal alguno que para el amparo de una demanda de obligación de dar suma de dinero sustentada en el pago de intereses legales generados por reintegros de pensiones exija que previamente exista un mandato judicial de pago, puesto que precisamente la instauración del proceso judicial es para obtener dicho mandato (nótese que de existir un pronunciamiento sobre el pago de intereses legales, favorable o no a la accionante, no se podría instaurar un proceso cognitivo al respecto puesto que se atentaría contra la autoridad de cosa juzgada); y, 2) porque en caso de haberse expedido el referido mandato de pago de intereses legales sobre las pensiones devengadas en la Sentencia emitida en el proceso de amparo seguido ante el 19° Juzgado Civil -situación que no se ha producido y que en el Juzgado se exigiría correspondería disponer su pago en el mismo proceso durante la etapa de ejecución, o de ser el caso, en un proceso de ejecución de resoluciones judiciales conforme al artículo 713° y siguientes del Código Procesal Civil, pero no en una demanda de obligación de dar suma de dinero como la presente.

En el caso de autos, de la revisión del expediente acompañado se observa que tal pretensión no fue planteada en la demanda de amparo y menos aún concedida en la Sentencia expedida en dicho proceso constitucional, por lo que no existe impedimento para su dilucidación en un proceso ordinario, civil en este caso, conforme a la competencia fundamentada en las consideraciones precedentes.

Sin embargo, estando a que el A-quo no ha emitido pronunciamiento de mérito sobre la pretensión incoada y los fundamentos de hecho que la sustentan, al considerar equívocamente que para la viabilidad de la presente demanda de obligación de dar suma de dinero se requiere de un mandato judicial que ordene el pago de los intereses legales reclamados, la recurrida adolece de nulidad por denegar la petición demandada por falta de un requisito inexistente y sin invocar norma legal alguna que sustente tal rechazo, siendo de aplicación la causal de nulidad prevista en el artículo 122° inciso 4 y segundo párrafo del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1° de la Ley N°27524.

Por estos fundamentos, declararon **NULA** la Sentencia de primera instancia contenida en la Resolución N°5 de fecha 10 de julio de 2006, obrante de fojas 42 a 45, que declaró infundada la demanda de obligación de dar suma de dinero interpuesta por doña Carmen Elma Sandoval Cadenas contra la Oficina de Normalización Previsional, sobre obligación de dar suma de dinero; **ORDENÁNDOSE** que el juez de la causa emita nueva Sentencia teniendo en cuenta lo glosado en las consideraciones precedentes; en los seguidos por Carmen Elma Sandoval Cárdenas contra la Oficina de Normalización Previsional sobre Obligación de dar suma de dinero.-

  
TAVARA MARTINEZ

  
ECHEVARRIA GAVIRIA

  
ROSSELL MERCADO

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA VOCAL TAVARA MARTINEZ SON COMO SIGUEN:** La vocal que suscribe se adhiere al

sentido de la resolución emitida por el Vocal ponente; sin embargo considera pertinente hacer las siguientes precisiones:

**PRIMERO:** Que, las normas que establecen el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990 pertenecen al "Derecho (de la Seguridad) Social" tal y conforme lo estatuye el artículo 11° de la Constitución Política del Estado; es más, debe puntualizarse que su administración se confía a una entidad pública que en aplicación de una normatividad específica determina el derecho que le corresponde a cada uno de los beneficiarios del citado régimen (Constitución, Decreto Ley N° 19990, reglamentos, leyes especiales, leyes complementarias, entre otros);

**SEGUNDO:** Que, así, se tiene que las normas especiales de carácter sustantivo que establecen el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990 no regularon el pago de intereses legales sino hasta la dación de las Leyes N° 28266 y 28798; y, así también se tiene que las normas especiales de carácter adjetivo tampoco regularon el procedimiento para reclamar el pago de intereses legales en el régimen de pensiones del D.L. 19990; aún más, ni las propias normas generales de carácter sustantivo (Decreto Ley N° 19990, leyes modificatorias, leyes complementarias, reglamento, entre otras) ni las propias normas generales de carácter adjetivo (Ley N° 27444, Ley 27584, entre otras) regularon el pago de intereses legales a favor de las personas que cumplieran con los requisitos establecidos en dicho régimen para obtener una pensión de jubilación;

**TERCERO:** Que, por ello, es obvio que por aplicación del principio de razonabilidad y de lo dispuesto por el artículo IX del título preliminar del Código Civil, a la situación jurídica en que se encontraba el demandante se le debe aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Civil, siempre que no sea incompatible con su naturaleza; puesto que no proceder de tal manera implica desconocer no sólo el sistema de fuentes que orienta la interpretación de normas en nuestro ordenamiento jurídico sino, además, las obligaciones que a todo magistrado le imponen los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código Civil;

**CUARTO:** Que, desde esta perspectiva, no hay duda que la obligación principal de la cual deriva la pretensión que se intenta en este proceso de obligación de dar suma de dinero pertenece al ámbito del Derecho (de la Seguridad) Social y no así del Derecho Público, por ello no nos encontramos ante una relación de derecho privado ni ante una relación de Derecho Público, aun cuando el funcionamiento de las entidades públicas encargadas de la administración del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 19990 estén sometidas a las normas del Derecho Administrativo;

**QUINTO:** Que, el otorgamiento por mandato judicial de la pensión de jubilación es obvio que creó una obligación de pago de devengados a favor del demandante; y tal obligación se constituyó no por que en sede jurisdiccional y/o administrativa se le declaró su derecho al pago de dicha pensión; sino por que el demandante cumplió con los requisitos que la propia Ley - D.L. 19990- estableció para acceder a su pago; es decir, se creó una obligación -la principal- por imperio de la ley y no por que en la declaración de su otorgamiento hubiera existido un "acto administrativo";

**SEXTO:** Que, por lo anotado precedentemente, no es válido concluir que la "obligación de pago de intereses" que reclama en este Proceso Civil de obligación de dar suma de dinero y que resulta ser una "obligación principal" que "tiene naturaleza administrativa", pues lo válido es afirmar que tal "obligación" se creó como consecuencia de una "obligación Principal nacida de la propia ley por el cumplimiento de los requisitos que se establecieron para la obtención del derecho reclamado";

**SEPTIMO:** Que, en ese orden de ideas, dado que el derecho subjetivo que reclama el demandante se encuentra en el ámbito del Derecho de lo Social, el vocal ponente -aun

cuando entiende que lo adecuado hubiera sido solicitar el pago de los intereses a la entidad pública administradora del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 19990 –es decir la ONP-, sujetándose a la normativa de carácter general a que es sometida su funcionamiento (Ley N° 27444, Ley N° 27584, entre otras), no se encuentra del todo invalido que dicha pretensión se ejercite en la vía del Proceso Civil de obligación de dar suma de dinero, siempre que se realice con plena observancia de las normas de carácter especial que determinan el modo y forma en que se deben pagar dichas “obligaciones de intereses”(Ley N° 28266, Ley N° 28798), toda vez que, no proceder de tal modo no sólo sería desconocer la naturaleza del derecho que le asiste al demandante, sino también no tener en cuenta que es el propio Tribunal Constitucional el que “en las sentencias recaídas en los Exp. N° 956-2001-AA/TC y 574-2003-AA/TC, ha manifestado que en los casos de restitución de derechos y en los que el pago de prestación resultara insignificante, por equidad, debe de aplicarse el criterio expuesto en el artículo 1236° del Código Civil”; y el que, también a tenor de lo dispuesto en los artículos 1242°, 1246° y siguientes del Código Civil, ha señalado que el abono de los intereses legales debe hacerse “en la forma y modo establecido por el artículo 2° de la Ley N° 28798”;


  
TAVARA MARTINEZ

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES VOCALES CARBAJAL PORTOCARRERO Y ROMERO ROCA SON COMO SIGUEN:**


**PRIMERO.-** Es materia de revisión la sentencia pronunciada mediante resolución número 5 de fecha 10 de julio del 2006, inserta de fojas 42 a 45, que declara infundada la demanda sobre Obligación de dar suma de dinero; **SEGUNDO.-** La apelante fundamenta el recurso en los siguientes argumentos: a) yerra el A quo cuando desestima la pretensión al considerar que no existe mandato que ordene el pago de intereses legales, pues en los procesos de garantías no existe actuación de medios probatorios y este acto procesal se hace necesario para determinar la cuantía de los intereses que sólo es posible en un proceso ordinario como el instaurado en autos; y, b) por mandato de los artículos 1324° y 1242° del Código Civil la deuda no pagada oportunamente genera un interés legal y existiendo una suma de dinero a favor de la recurrente corresponde el pago de los intereses legales; **TERCERO.-** Que, la demanda de autos y aclaratoria respectiva tiene como objeto la determinación y cancelación, por parte de la Oficina de Normalización Previsional, de la suma de dinero por concepto de intereses legales de las pensiones devengadas canceladas, que la actora ha liquidado en el monto de S/. 30,969.20 nuevos soles; **CUARTO.-** Se desprende de autos que la pretensión dineraria demandada tiene su origen en la Resolución Administrativa N° 12300055896 del 17 de junio del 2003, obrante a fojas 2 y 3, la misma que resuelve otorgar, por mandato judicial dictado en proceso de amparo seguido ante el 19° Juzgado Especializado Civil de Lima, “(...) Pensión de Jubilación dentro de los alcances del Decreto Ley N° 19990, a doña CARMEN ELMA SANDOVAL CADENAS, por la suma de S/. 1,056.00 Nuevos Soles, a partir del 21 de Octubre de 1995”; **QUINTO.-** En tal sentido, debe tenerse en cuenta que estando referido el citado proceso de garantía constitucional

  
TAVARA MARTINEZ  
FISCAL

(donde emana y se sustenta la obligación demandada) a una afectación de los derechos pensionarios adquiridos es que se determina que la demanda contiene una obligación de carácter eminentemente previsional; **SEXTO.-** Al respecto, el supremo interprete de la Constitución en la sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC ha establecido que la vía procedimental ordinaria para los efectos de la protección de los derechos previsionales, derechos conexos o derivados del derecho de pensión es la vía contenciosa administrativa; **SÉTIMO.-** Así también, a través de la sentencia Casatoria recaída en la causa signada con N° 2883-2006-Lima, pronunciada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, ha dejado establecido, en relación a un proceso donde se peticionaba el pago de intereses legales, que es la vía contenciosa administrativa la competente funcionalmente para conocer de estas pretensiones; **OCTAVO.-** Como se ha precisado en los precedentes considerando la demanda de autos es de materia previsional a cargo de la Oficina de Normalización Previsional; por tanto, la actora debió acudir al procedimiento administrativo regulado por la Ley 27444 a efectos de hacer valer su derecho; y en caso de no ampararse lo peticionado proceder conforme lo previsto en los artículos 4° y 5° de la Ley N° 27584 – Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo -; **NOVENO.-** Que, teniendo en cuenta las precitadas normas legales, la competencia funcional ha sido asignada a los Juzgados Contenciosos Administrativos, conforme lo dispone artículo 9° de la Ley última citada, no siendo competentes para avocarse al conocimiento de pretensiones de naturaleza previsional los Órganos Jurisdiccionales Civiles; **DÉCIMO.-** Atendiendo a las consideraciones expuestas se concluye que el Órgano Jurisdiccional Civil no es competente, tanto, por razón de la materia, atendiendo a la naturaleza de la pretensión demandada que deriva de un derecho previsional; así como por razón funcional, al estar la pretensión reclamada asignada por ley a la competencia de los Juzgados Contenciosos Administrativos, según Ley 27584; por cuyos fundamentos, **NUESTRO VOTO** es por que se **REVOQUE** la sentencia pronunciada mediante resolución número 5 de fecha 10 de julio del 2006, anexa de fojas 42 a 45, que declara infundada la demanda, subsanada; **REFORMÁNDOLA** se declare Improcedente; debiendo **DISPONERSE** que secretaría de Sala devuelva los autos al juzgado de origen, oportunamente; notificándose. En los seguidos por Carmen Elma Sandoval Cárdenas contra la Oficina de Normalización Provisional sobre Obligación de dar suma de dinero.

  
CARBAJAL PORTOCARRERO

  
ROMERO ROCA

  
DR. LUIS A. CAMACHO CHAVEZ  
SECRETARIO TITULAR  
TERCERA SALA CIVIL  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LIMA

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Sentencias 0065-2002-AA/TC y 1084-2004-AA/TC**





EXP. N.º 065-02-AA/TC  
LIMA  
ÁLVAREZ PRÍNCIPE DE LA CRUZ

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de octubre de 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Presidente; Revoredo Marsano, Vicepresidenta; Aguirre Roca, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Álvarez Príncipe de la Cruz contra la sentencia expedida por la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 103, su fecha 20 de agosto de 2001, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

El recurrente interpone acción de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional con el objeto de que se declare la inaplicabilidad de la Resolución N.º 0068-95-IPSS, de fecha 18 de enero de 1995, y solicita que se ordene el otorgamiento de su pensión de jubilación conforme a las disposiciones del Decreto Ley N.º 19990, reconociéndosele los reintegros correspondientes e intereses legales, por habersele aplicado en forma retroactiva el Decreto Ley N.º 25967.

La demandada contesta manifestando que la emisión de la resolución cuestionada a través de la cual se otorgó al demandante la pensión de jubilación adelantada se produjo el 18 de enero de 1995, es decir fue emitida con posterioridad a la vigencia del Decreto Ley N.º 25967, por lo que no puede alegarse que haya habido aplicación retroactiva de este dispositivo legal.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, con fecha 4 de abril de 2001, declaró fundada en parte la demanda, por considerar que el demandante cesó el 30 de setiembre de 1992, esto es, antes de la vigencia del Decreto Ley N.º 25967, y por lo tanto reunía los requisitos contemplados en el artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990. Asimismo, declaró improcedente el pago de los reintegros e intereses legales.

La recurrida revocó la apelada y declaró infundada la demanda, por considerar que no se ha aplicado retroactivamente el Decreto Ley N.º 25967, confirmándola en los demás que contiene.

### FUNDAMENTOS

1. De autos se advierte que el demandante cesó en sus actividades laborales el 30 de noviembre de 1992, por reducción de personal, de acuerdo con la Ley N.º 25715, tal como se advierte de la notificación de fojas 5, contando a esa fecha 55 años de edad y 26 años completos de aportaciones; por lo que su derecho de jubilación debe estar regulado por el artículo 44º segundo párrafo y siguientes del Decreto Ley N.º 19990.
2. Teniendo en cuenta lo señalado en el fundamento precedente y conforme se ha expresado en la sentencia recaída en el expediente N.º 007-96-I/TC, este Tribunal ha señalado que el nuevo sistema de cálculo de la pensión, así como los requisitos para acceder a la pensión de jubilación establecidos en el Decreto Ley N.º 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, se aplicarán y serán exigibles sólo a los asegurados que, a dicha fecha, no hayan cumplido aún con los requisitos señalados en el

Decreto Ley N.º 19990, y no a aquellos que los cumplieron con anterioridad. En consecuencia, al haberse aplicado el cuestionado decreto ley al demandante, pese a que la contingencia ocurrió antes de la fecha en que entró en vigencia, se ha vulnerado el artículo 103º y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política vigente.

3. La petición de pago de los intereses que las pensiones no pagadas de acuerdo a ley han generado, debe ser amparada según lo expuesto en el artículo 1242º y siguientes del Código Civil, criterio que es adoptado por este Colegiado, conforme el artículo 55º de su Ley Orgánica N.º 26435.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

### **FALLA**

**REVOCANDO** en parte la recurrida, que, revocando la apelada, declaró infundada la demanda; y, reformándola, declara **FUNDADA** la acción de amparo; en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución N.º 0068-95, de fecha 18 de enero de 1995 y ordena que la demandada Oficina de Normalización Previsional cumpla con dictar nueva resolución de acuerdo con el Decreto Ley N.º 19990, estableciendo la pensión de jubilación correspondiente, así como disponga el pago de los reintegros a que hubiese lugar, con el pago de los intereses correspondientes y la **CONFIRMA** en lo demás que contiene. Y para los efectos del cumplimiento del artículo 11.º de la Ley N.º 23506, oficiese al Ministerio Público con copia de la presente, para que actúe según sus atribuciones legales dando cuenta a este Tribunal. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

**REY TERRY**  
**REVOREDO MARSANO**  
**AGUIRRE ROCA**  
**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**GARCÍA TOMA**

EXP. N.º 1084-2004-AA/TC  
PUNO  
ROSALÍA NELLY  
PÉREZ VÁSQUEZ

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a 27 de agosto de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Rosalía Nelly Pérez Vásquez contra la Resolución de la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, de fojas 305, su fecha 29 de enero de 2004, que declara infundada la acción de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 2 de julio de 2003, la recurrente interpone acción de amparo contra la vicepresidenta del Gobierno Regional de Puno, Lic. Sonia Frisancho Pacheco; y la Sub- directora de la Aldea Infantil Virgen de la Candelaria, doña Elena Flores Nájjar, solicitando que cese la vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso y de trabajar con sujeción a la ley; que se deje sin efecto el Memorándum N.º 037-2003-AIVC-GRP, de fecha 30 de mayo de 2003, expedido por la Subdirección de la Aldea, y el Memorándum Múltiple N.º 003-20031-GR-PUNO/VP, de fecha 31 de mayo del mismo mes, a través de los cuales se le ordena hacer entrega del cargo; y que, en consecuencia, se disponga su inmediata reposición en el cargo que desempeñaba. Manifiesta tener la condición de enfermera titular de dicha aldea infantil; haber ingresado en el mes de mayo de 2000, fecha desde la cual ha prestado servicios en forma ininterrumpida, y que, habiendo transcurrido más de tres años sujeta a subordinación y dependencia, el vínculo contractual no puede considerarse prestación de servicios no personales, pues ha sido de naturaleza laboral, por lo que debió someterse a proceso disciplinario.

La Vicepresidenta del Gobierno Regional contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, aduciendo que la demandante prestó servicios en la modalidad de servicios no personales y de locación de servicios, regulados por el Código Civil y la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; agregando que la relación contractual nunca fue continua, pues en el año 2001, la demandante no prestó servicios durante el mes de enero, ni tampoco los días 30 y 31 de julio; en el año 2002 no laboró del 1 al 30 de enero, del 19 al 25 de julio, del 3 al 11 de setiembre y del 11 al 18 de noviembre; durante el año 2003, no sirvió durante todo el mes de enero, del 29 al 31 de marzo, ni durante todo el mes de abril.

La Dirección Regional de Puno solicita que se declare infundada la demanda, alegando que la accionante nunca prestó servicios en forma continua; que los periodos no fueron consecutivos y que, en consecuencia, no se encuentra protegida por la Ley N.º 24041; asimismo, precisa que en el Cuadro de Asignación de Personal no existe el puesto de enfermera, que es una plaza que no se encuentra vacante.

El Primer Juzgado Mixto de Puno, con fecha 25 de agosto de 2003, declara fundada la demanda, por considerar que la relación contractual fue de naturaleza laboral

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, estimando que la demandante

no acreditó haber laborado de forma permanente durante más de un año ininterrumpido.

## FUNDAMENTOS

1. En el caso de autos, es preciso determinar si hubo una relación contractual de naturaleza civil o laboral y si la demandante fue contratada para realizar labores de naturaleza permanente, por más de un año ininterrumpido, conforme al artículo 1° de la Ley N.° 24041.
2. Con respecto a la naturaleza del vínculo contractual, es necesario resaltar que en virtud del principio de primacía de la realidad *-elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la naturaleza tuitiva de nuestra Constitución-*, en caso de discrepancia entre los hechos y los documentos o contratos, prevalecen aquellos. Siendo ello así, resulta evidente que las labores de la recurrente, independientemente del texto de los contratos (f. 2 - 81); han tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, lo que ha aceptado implícitamente la demandada al no formular contradicción respecto a que durante los tres años de permanencia en el cargo siempre laboró como enfermera, en la misma aldea infantil y subordinada a la misma patronal, la Dirección Regional de Puno.
3. En relación con los alegatos de las accionadas, según los cuales el vínculo laboral no fue continuo y que la demandante no lo había acreditado, es necesario advertir que la política administrativa tendiente a impedir que surta efectos la Ley N.° 24041, interrumpe tendenciosamente la vigencia de los mismos para evitar la generación de derechos; por lo que es de aplicación el artículo 26° de la Constitución, que regula los principios de la relación laboral, estableciendo la igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos, así como la interpretación favorable de una norma al trabajador en caso de duda insalvable, más aún cuando los demandados no han acreditado que durante el lapso de interrupción de los contratos contaron con los servicios de otra persona que cumpliera las funciones de la amparista.
4. En este orden de ideas, a la fecha de su cese, la demandante había adquirido la protección del artículo 1° de la Ley N.° 24041, sustentada en el principio de protección al trabajador que la Constitución ha consagrado en su artículo 26°, inciso 3). Consecuentemente, y en virtud de la precitada ley, la demandante no podía ser destituida sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N.° 276, y con sujeción al procedimiento establecido en él, por lo que al haber sido despedida sin observarse tales disposiciones, se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

## HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo .
2. Ordena que la emplazada reponga a la demandante en su condición de contratada, en el cargo que desempeñaba al momento de la violación de sus derechos constitucionales, o en otro de igual nivel o categoría.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI**

**GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA**



# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Metodología de Cálculo de los Factores diarios y acumulados  
de las Tasas de Interés Promedio**





### Metodología de Cálculo de los factores diarios y acumulados de las Tasas de Interés Promedio

La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) calcula y difunde diariamente los factores diarios y acumulados de las siguientes tasas de interés:

- TAMN, TAMN + 1, TAMN + 2
- TAMEX
- Tasa Pasiva en Moneda Nacional a más de 360 días
- Tasa de Interés Legal Efectiva
- Tasa de Interés Legal Laboral
- Tasa de Interés de los Depósitos Administrativos y Judiciales en el Banco de la Nación

La fórmula utilizada para calcular los factores diarios y acumulados de la tasa de interés efectiva anual, es decir con capitalización de intereses, es la siguiente:

$$FD_t = \sqrt[360]{(1 + i_t)} - 1$$

$$FA_t = (1 + FD_t) \times FA_{t-1}$$

Donde:

$i_t$ : Tasa de interés efectiva anual del día "t". La tasa está expresada en decimales.

$FD_t$ : Factor diario correspondiente a la tasa de interés del día "t".

$FA_t$ : Factor acumulado correspondiente a la tasa de interés del día "t".

En cambio, el cálculo del factor acumulado de la tasa de interés legal para actualizar una deuda laboral supone que los intereses no son capitalizados. Por lo tanto, la fórmula utilizada para calcular el factor acumulado legal laboral es la siguiente:

$$FA_t = FD_t + FA_{t-1}$$

En todos los casos, los factores diarios y acumulados son calculados con 8 (ocho) decimales de precisión y publicados con 5 (cinco) decimales.

#### Ejemplo 1

Hallar el factor acumulado de la tasa de interés legal efectiva en moneda nacional para el 29 de enero de 2005, sabiendo que la tasa de interés legal en moneda nacional a dicha fecha fue 2,52% y que el factor acumulado de dicha tasa al 28 de enero fue 5,21714273.

$$\text{Factor diario: } \sqrt[360]{(1 + 0,0252)} - 1 = 0,00006921$$

$$\text{Factor acumulado: } (1 + 0,00006921) \times 5,21714273 = 5,21786491$$

#### Ejemplo 2

Hallar el factor acumulado de la tasa de interés legal laboral en moneda nacional para el 29 de enero de 2005, sabiendo que la tasa de interés legal en moneda nacional a dicha fecha fue 2,52% y que el factor acumulado de dicha tasa al 28 de enero fue 1,57733869.

$$\text{Factor acumulado: } 0,00006921 + 1,57733869 = 1,5774079$$

### Actualización de Montos de Dinero

Para actualizar un monto de dinero utilizando los factores acumulados publicados por la SBS se aplica la siguiente metodología:

Sea:

- C:** Capital o deuda base por actualizar.
- i*:** Intereses generados por el capital en el periodo.
- $t_0$ :** Día de origen de la operación cuyo capital se va a actualizar.
- $t_T$ :** Día al que se va a actualizar el capital (corresponde al día anterior a la fecha de pago).
- $FAt_0$ :** Factor acumulado correspondiente a la tasa de interés del día de origen de la operación.
- $FAt_T$ :** Factor acumulado correspondiente a la tasa de interés del día al que se va a actualizar el capital.

Para calcular los intereses generados por un capital C entre el día  $t_0$  y el día  $t_T$  según la tasa de interés correspondiente al factor acumulado que se está usando, excepto para el factor acumulado legal laboral, se aplica la siguiente fórmula:

$$I = C \times \left( \frac{FAt_T}{FAt_0} - 1 \right)$$

Para el caso del factor acumulado legal laboral, se utiliza la siguiente fórmula:

$$I = C \times (FAt_T - FAt_0)$$

#### Ejemplo 1

Actualizar una deuda por S/. 18 350 que venció el 15 de agosto de 1999 y se paga el día 24 de marzo de 2005, usando la tasa de interés legal efectiva.

Para el cálculo de intereses se considera las tasas de interés legales vigentes desde el vencimiento de la deuda hasta el día anterior a la fecha de pago.

Factor acumulado al 23/03/2005: 5,23674 → (factor acumulado al día anterior de la fecha de pago)  
Factor acumulado al 15/08/1999: 3,77861

Intereses generados entre el 15/08/1999 y el 23/03/2005:  $18350 \times \left( \frac{5,23674}{3,77861} - 1 \right) = 7\,081,09$

Monto actualizado al 23/03/2005:  $18\,350,00 + 7\,081,09 = \text{S/. } 25\,431,09$

#### Ejemplo 2

Actualizar una deuda por S/. 18 350 que venció el 16 de junio de 1992 y se paga el 24 de marzo de 2005, usando la tasa de interés legal efectiva.

Desde abril de 1991 hasta el 15 de septiembre de 1992, el BCRP estableció que la Tasa de Interés Legal en moneda extranjera equivalía a la TAMEX mientras que la de moneda nacional equivalía a la TAMN, TAMN + 1 y TAMN + 2, dependiendo del plazo del contrato. A partir del 16 de septiembre de 1992, las Tasas de Interés Legal en moneda nacional y moneda extranjera son calculadas sobre la base de la TIPMN y TIPMEX, respectivamente.

Para actualizar dicho monto de dinero al 23 de marzo de 2005 (día anterior a la fecha de pago), primero se calculan los intereses generados entre el 16 de junio de 1992 y el 15 de septiembre de 1992 (fecha en que termina el primer periodo de acumulación) sobre el monto inicial y después se calculan los intereses generados entre el 15 de septiembre de 1992 y el 23 de marzo de 2005 sobre el monto al 15 de septiembre de 1992 (que incluye monto inicial e intereses capitalizados).

Considerando que la deuda original fue pactada a un plazo menor a 360 días, para el periodo comprendido entre el 16 de junio de 1992 y el 15 de septiembre de 1992 se aplica el factor acumulado correspondiente a la TAMN.

Factor acumulado al 15/09/1992: 6,90796

Factor acumulado al 16/06/1992: 5,50261

Intereses generados entre el 16/06/1992 y el 15/09/1992:  $18350 \times \left( \frac{6,90796}{5,50261} - 1 \right) = 4\ 686,53466$

Monto actualizado al 15/09/1992:  $18\ 350,00 + 4\ 686,53466 = S/. 23\ 036,53466$

Factor acumulado al 23/03/2005: 5,23674

Factor acumulado al 15/09/1992: 1,00000

Intereses generados entre el 15/09/1992 y el 23/03/2005:  $23036,53466 \times \left( \frac{5,23674}{1,00000} - 1 \right) = 97\ 599,80786$

Monto actualizado al 23/03/2005:  $23\ 036,53466 + 97\ 599,80786 = S/. 120\ 636,34$

Una forma de cálculo alternativa y equivalente para hallar el valor de los intereses generados entre el 16 de junio de 1992 y el 23 de marzo de 2005 es la siguiente:

$$\left[ \left( \frac{6,90796}{5,50261} \times 5,23674 \right) - 1 \right] = 102286,34$$

Monto actualizado de S/. 18 350 al 23/03/2005:  $18\ 350 + 102\ 286,34 = S/. 120\ 636,34$

### Ejemplo 3

Actualizar una deuda laboral de S/. 4 250, generada el 8 de febrero de 2002 que se paga el 14 de junio de 2005. En este caso, se usa el factor legal laboral.

Factor acumulado al 13/06/2005: 1,58695

Factor acumulado al 08/02/2002: 1,48952

Intereses generados entre el 08/02/2002 y el 13/06/2005:  $4250 \times (1,58695 - 1,48952) = 414,08$

Monto actualizado al 13/06/2005:  $4\ 250,00 + 414,08 = S/. 4\ 664,08$



**TEMA N° 2****REFLEXIONES SOBRE LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO  
RESPECTO A LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE BIENES SOCIALES**

¿El acto jurídico de disposición de bienes sociales celebrado por uno de los cónyuges incurre en las causales de nulidad sancionada en los incisos 1) y 8) del artículo 219 del Código Civil o es un supuesto de ineficacia de acto jurídico a que alude el artículo 161 del Código Civil (Falsus Procurator)?

**Primera Ponencia**

Cuando se dispone de bienes sociales se requiere de la intervención de los cónyuges, conforme a lo previsto en el artículo 315 del Código Civil.

Al estar prohibidos los actos de disposición unilateral de bienes inmuebles o de bienes muebles registrales sin la intervención de ambos cónyuges se incurre en nulidad absoluta por las causales de falta de manifestación de voluntad y por contravención a las leyes que interesen el orden público.

**Segunda Ponencia**

El supuesto previsto en el artículo 315 del Código Civil no constituye causal de nulidad de acto jurídico sino de ineficacia de dicho acto, contemplado en el artículo 161 del Código Civil, toda vez que la falta de presencia de ambos cónyuges en actos de disposición de bienes sociales implica que uno de ellos ha participado en el negocio jurídico excediendo los límites de las facultades de representación que le asigna la norma sustantiva.

Tal inobservancia puede ser objeto de ratificación por parte del cónyuge afectado.

**Fundamentación**

La primera ponencia sostiene que el Código Civil establece la regla de que corresponde, sobre los bienes sociales, a ambos cónyuges practicar los actos de disposición que exceden de la potestad doméstica de administración; sin embargo, no contempla expresamente una solución

legislativa al supuesto en que uno de los cónyuges no haya intervenido en el acto de disposición.

Al requerir el artículo 315 del Código Civil la voluntad concordante de los cónyuges en el acto de disposición, entonces dicha voluntad es un elemento constitutivo necesario de validez del aludido acto jurídico de disposición; por consiguiente, el acto jurídico practicado sin la intervención de uno de los cónyuges es nulo por falta de manifestación de voluntad, incurriendo en el supuesto regulado en el inciso 1) del artículo 219 del Código Civil.

Agregando, además, que no se trata de un caso de ineficacia de acto jurídico, puesto que en el acto de disposición el cónyuge interviniente lo hace a título personal (generalmente como soltero), siendo que en la ficha registral aparece como bien propio o no se dice nada respecto a dicha cualidad del bien, es decir, en el acto de disposición para nada se alude al otro cónyuge.

La segunda ponencia afirma que el acto jurídico de disposición celebrado por uno de los cónyuges configura un supuesto de ineficacia de acto jurídico, tal como está regulado en el artículo 161 del Código Civil, en razón de que el cónyuge participante en el negocio jurídico en cuestión lo realiza excediendo los límites de las facultades de representación que le asigna la norma sustantiva (artículo 315 del Código Civil).

En este supuesto el interés afectado no es otro que el del cónyuge -o los hijos y no directamente la sociedad- que no intervino en el acto jurídico de disposición; por lo que no corresponde sancionar dicho acto con una nulidad radical, absoluta e insalvable, sino más bien con una sanción de anulabilidad, cuya legitimación para incoarla corresponde al cónyuge perjudicado, o en su caso pueda convalidarlo vía la ratificación.

Nº	DOCUMENTOS DE TRABAJO	PÁG.
1.	<b>PRIORI POSADA, GIOVANNI en CÓDIGO CIVIL comentado</b> Tomo I, pág 699 a 705. representación Directa sin Poder.	000149
2.	<b>ESCOBAR ROZAS, FREDDY en CÓDIGO CIVIL comentado</b> Tomo I, pág 913 a 917. Causales de nulidad absoluta.	000157
3.	<b>Intervención de ambos cónyuges para disponer los bienes sociales no supone un requisito de validez del acto jurídico , sino de legitimidad para contratar.</b> Material proporcionado por la comisión.	000163
4.	<b>TORRES VÁSQUEZ, ANIBAL. Acto Jurídico.</b> Ineficacia del Acto realizado fuera de los límites del poder o sin tener representación. Tratamiento legal de la ineficacia.	000169
5.	<b>SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. CAS. 336-2006 - LIMA</b>	000176
6.	<b>SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. CAS. 994-2004 - TACNA.</b>	000182
7.	<b>SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. CAS. 2235-2003 - LIMA.</b>	000184
8.	<b>SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. CAS. 1854-2000 - LAMBAYEQUE.</b>	000191





# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**“Representación directa sin poder”**



## REPRESENTACIÓN DIRECTA SIN PODER

### ARTÍCULO 161

*El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.*

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

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. 140 inc. 1), 162
LEY 26887	arts. 12, 13

---

## Comentario

*Giovanni Priori Posada*

---

### 1. Los supuestos de hecho de la norma

El artículo bajo comentario establece las siguientes normas:

1. Si el representante ha celebrado el negocio jurídico excediéndose del límite de las facultades conferidas, el negocio así celebrado es ineficaz, sin perjuicio de las responsabilidades del representante frente al representado y frente a terceros.
2. Si el representante ha celebrado el negocio jurídico violando las facultades conferidas, el negocio así celebrado es ineficaz, sin perjuicio de las responsabilidades del representante frente al representado y frente a terceros.
3. Si una persona a la cual no se le ha otorgado un poder de representación celebra un negocio jurídico a nombre de otra, dicho negocio jurídico es ineficaz en la esfera jurídica de ésta.

El primer supuesto regula el caso en el cual quien celebra el negocio jurídico en nombre del representado, en realidad lo es, sin embargo, al momento de celebrar el negocio jurídico se excede en las facultades que le han sido conferidas; es decir, realiza un negocio jurídico para el cual no contaba con autorización.

El segundo supuesto es un caso en el cual quien celebra el negocio jurídico en nombre del representado, en realidad lo es, sin embargo, viola las facultades que le ha conferido el representado; conforme será analizado más adelante.

El tercer supuesto regula el supuesto típico del *falsus procurator*, es decir, de

alguien que celebre un negocio jurídico en nombre del supuesto representado, sin que este último le haya conferido las facultades de representación, o habiéndoselas conferido ya se hayan extinguido.

El primero y tercer supuestos son los típicos casos de exceso y defecto del poder de representación, lo que da lugar a lo que se conoce como la ausencia de la legitimación representativa. Sobre el segundo supuesto nos referiremos más adelante.

## 2. La ausencia de legitimación representativa

La ausencia de legitimación representativa se puede producir en los siguientes tres supuestos:

- (i) el caso en el cual el supuesto representante haya tenido la legitimación representativa en el pasado, pero ésta ha cesado por cualquier motivo;
- (ii) el caso en el cual el supuesto representante jamás ha tenido la legitimación representativa; y,
- (iii) el caso en el cual el sujeto tiene actualmente la legitimación representativa, pero ésta no lo legitima a celebrar el negocio jurídico concreto, es decir la celebración de dicho negocio jurídico no entra en los límites del poder.

Los dos primeros son casos de defecto de representación, en cambio el último es un caso de exceso de representación, sin embargo ambas situaciones son expresiones de un mismo fenómeno: la ausencia de legitimación representativa, con lo que en ambos casos se producen las mismas consecuencias jurídicas: la ineficacia del negocio jurídico celebrado por el *falsus procurator* en la esfera jurídica del representado, y el nacimiento en el tercero del derecho a exigir al representante un resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos (SALOMONI); sin perjuicio, claro está, de los supuestos de representación tolerada o de representación aparente.

## 3. Las consecuencias de la actuación del *falsus procurator*

Con relación a los actos realizados por el representante sin la debida legitimación representativa, la doctrina se encuentra dividida, de forma tal que se pueden distinguir fundamentalmente tres tesis:

- (i) aquella conforme a la cual el negocio concluido por el *falsus procurator* es inválido, tesis que tiene entre sus partidarios a Emilio Betti;
- (ii) aquella conforme a la cual el negocio jurídico concluido por el *falsus procurator* es válido, pero es ineficaz, tesis que tiene entre sus partidarios a Massimo Bianca; y,
- (iii) aquella conforme a la cual, el negocio jurídico concluido por el *falsus procurator* es imperfecto.

### (i) Tesis que sostiene que el negocio concluido por el *falsus procurator* es inválido

La doctrina que sostiene la invalidez del negocio jurídico celebrado por el *falsus procurator*, se encuentra a su vez dividida, pudiéndose distinguir entre:

000152

- (a) aquellos que sostienen la anulabilidad del referido negocio; y,
- (b) aquellos que sostienen su nulidad.

(a) *La anulabilidad del negocio celebrado por el falsus procurator*

Para quienes sostienen la anulabilidad del negocio, el representante trasmite de forma inexacta la declaración de poder, debiéndose en consecuencia aplicar a dicho supuesto las normas sobre error obstativo. Las críticas que se le formula a esta teoría son fundamentalmente dos:

De acuerdo con dichas normas el contrato sería eficaz hasta que no se produzca la sentencia de anulación, sin embargo el contrato celebrado por el *falsus procurator* es ineficaz hasta que se produzca la ratificación, la que tiene efectos retroactivos; y,

La tesis sería inaplicable en los casos de ausencia de poder, en los que el representante no podría haber transmitido una declaración del *dominus* que no existe.

(b) *La nulidad del negocio celebrado por el falsus procurator*

Para quienes sostienen la nulidad del negocio, en el negocio jurídico celebrado por el *falsus procurator* faltaría un elemento intrínseco y esencial, cual es, la declaración del interesado. Sin embargo, la principal crítica que se hace en la doctrina a esta tesis es que en los casos de contratos celebrados por *falsus procurator*, se permite la posibilidad de "ratificación", instituto que no puede configurarse ante un negocio nulo ni anulable.

**(ii) Tesis que sostiene que el negocio concluido por el *falsus procurator* es ineficaz**

La teoría predominante es aquella conforme a la cual el negocio jurídico celebrado por el *falsus procurator* es válido, pero ineficaz. Siguiendo a esta teoría, el negocio jurídico es válido y perfecto, en cuanto la declaración de voluntad no contiene ningún vicio del consentimiento, y en el negocio jurídico se pueden distinguir todos los elementos que lo conforman. El vicio es la ausencia de legitimación, y ello determina que el negocio celebrado por el *falsus procurator* no genere efectos en la esfera jurídica del representado.

Ahora bien, algunas legislaciones (como el artículo 552 del Código Civil chileno y el artículo 1933 del Código Civil argentino) establecen que el negocio jurídico celebrado por el *falsus procurator* es eficaz respecto del representante, norma que no se encuentra establecida en nuestro Código Civil. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el negocio jurídico celebrado por el representante éste ha actuado en nombre del supuesto representado, es decir en nombre de otro, razón que determina que el negocio jurídico celebrado por el *falsus procurator* no pueda tener eficacia en la esfera jurídica del representante.

Siendo que el contrato es ineficaz respecto del representante como del representado, es evidente que también lo es respecto del tercero; pues, no puede nacer nin-

guna obligación ni ningún derecho frente al tercero pues estas situaciones jurídicas solo encontrarían justificación en la medida que el contrato pueda surtir algún efecto, sea en el representante o en el representado.

**(iii) Tesis que sostiene que el negocio concluido por el *falsus procurator* es imperfecto**

La tesis que establece que el negocio es imperfecto parte de considerar que el negocio concluido por el *falsus procurator* constituye un elemento de un caso de formación progresiva, inexistente hasta que se produzca la ratificación, la cual tiene la tarea de perfeccionar el negocio (BIANCA, SALOMONI).

El artículo en comentario del Código Civil claramente ha optado por una de las tesis propuestas, cual es la de declarar ineficaz el negocio jurídico celebrado por el *falsus procurator*, tesis que, a nuestro modo de ver, resulta la más adecuada.

**4. La violación de las facultades conferidas por el representado**

Habría que preguntarse qué se entiende por violar las facultades. En principio, no debe entenderse por violar las facultades de representación aquellos casos en los cuales el representante ha hecho algo distinto a aquello para lo cual estaba facultado, pues es evidente que en este caso nos hallaríamos ante un caso de exceso en las facultades de representación que ya se encuentra regulado en el primer supuesto; sino más bien debe interpretarse de dicha norma que violar las facultades, en realidad supone que en el negocio jurídico celebrado por el representante en nombre del representado se ha vulnerado el interés de este último; lo que supone que para nuestro Código civil, el interés del representado sería relevante a efectos de determinar la eficacia del negocio jurídico, como lo es para el *Codice civile* de 1942; con la diferencia que este último establece con claridad que el representante debe tener en cuenta el interés del representado al momento de ejercer el poder representativo.

Es por ello que la doctrina italiana habla del “abuso del poder representativo” para referirse a cualquiera de estas hipótesis:

- (i) cuando el representante actúa en conflicto de intereses con el representado;
- (ii) cuando el representante lesiona el interés del representado; o,
- (iii) cuando se aleja de las instrucciones (que no es lo mismo que facultades) impartidas por el representado. Decimos que instrucciones no es lo mismo que facultades pues mientras la facultad consiste en qué es aquello que el representante puede hacer, las instrucciones indican cómo es el que representante debe actuar.

Creemos que esa misma interpretación es la que da Lohmann cuando se refiere a que la violación de las facultades supone un caso de abuso del poder representativo.

Además de ello, compartimos la opinión del citado autor nacional en el sentido que, no puede establecerse la ineficacia del negocio jurídico celebrado por el representante con el tercero en los casos que este último no haya tenido conocimiento del interés del representado pues, como hemos sostenido, nuestro Código Civil adopta fundamentalmente la tesis de la autonomía del poder respecto del negocio de gestión.

## 5. La responsabilidad del *falsus procurator*

La norma establece que en caso el representante se encuentre en alguno de los supuestos contemplados en ella responderá por los daños y perjuicios que hayan sufrido el representante y el representado.

Ahora bien, a fin de configurar la responsabilidad del *falsus procurator*, la doctrina (SALOMONI) exige que se presenten cuatro presupuestos: (i) que el *falsus procurator*, indicando el nombre del *dominus*, haya estipulado un contrato con un tercero, contrato que debe ser idóneo a producir efectos jurídicos en caso de producirse la ratificación; (ii) que el tercero no haya tenido culpa al confiar en la eficacia del contrato y en la subsistencia de la legitimación del *falsus procurator*; (iii) que el *falsus procurator* haya actuado con dolo o culpa, pues son los presupuestos que las normas de responsabilidad civil exigen para que sea procedente el derecho a la indemnización de daños y perjuicios; y, (iv) que no se haya producido la ratificación por parte del *dominus*.

● Por otro lado, la mayor parte de la doctrina se inclina por pensar que la naturaleza de la responsabilidad del *falsus procurator*, es extracontractual, ubicándose específicamente en el ámbito precontractual (BIANCA, SALOMONI). Ello debido a que el *falsus procurator* no ha violado ningún tipo de deber u obligación derivante del contrato, sino más bien un deber establecido de forma previa y anterior al contrato. En ese sentido, el hecho ilícito del representante es la lesión de la libertad contractual del tercero.



### DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica. Lima, 1998. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Edizione Scientifiche Italiane: Napoli, 1994. BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Tomo III: Il contratto*. Giuffrè: Milano, 1998. ESCOBAR SANÍN, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales. Tomo I: Negocios de Sustitución*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1987. FLUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*. Traducción al castellano por José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Tomo II. Cuarta edición. Fundación cultural del notariado. Madrid, 1998. HINESTROSA FORERO, Fernando. *Estudios Jurídicos*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 1983. HINESTROSA, Fernando. *De la representación*. En: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)"*. Tomo II. Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Centro di Studi Latinoamericani: Roma, 1998. Págs. 181 - 200. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley: Lima, 1994. MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Reimpresión de la tercera edición. Giuffrè: Milano. NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffrè: Milano, 1977. SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM: Padova, 1997. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Cultural Cuzco: Lima, 1985. VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Cedam: Padova, 1992.



**JURISPRUDENCIA**

*“El artículo 161 del Código Civil regula la figura del llamado falsus procurator, por el que los actos celebrados por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubieren conferido o violándolas es ineficaz con relación al representado, pero no constituyen un acto nulo, porque puede ser objeto de ratificación por el representado”*

*(Cas. Nº 2021-97-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 5/12/98, p. 2148)*

*“Que, disponiendo el artículo 161 del Código Civil la ineficacia de los actos jurídicos del representante cuando excede de las facultades que se le hubiera conferido, la garantía hipotecaria constituida en estas condiciones resulta ineficaz y no se puede proceder al remate del inmueble de propiedad de los demandantes”*

*(Cas. Nº 818-98-Cusco, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 16/10/98, p. 1936)*

*“El contrato realizado por un representante excediéndose de los límites de las facultades que se le hubieran conferido, no puede ser definido como causal de incapacidad relativa, sino debe considerársele conforme lo que dispone el artículo 161 del Código Civil”*

*(Cas. Nº 1019-96-Huaura, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 23/04/98, p. 751)*

*“Que cuando el apoderado se excede de las facultades otorgadas, conforme a la regla del artículo 161 del Código Civil, en principio el acto resulta ineficaz frente a su representado; pero éste puede ratificarlo conforme a la norma del artículo 162 siguiente, de tal manera que solo el representado y no otro puede objetar el acto jurídico efectuado en su nombre, así como también puede ratificarlo, como resulta de su simple interpretación gramatical (...). Que en consecuencia, el acto jurídico celebrado por el apoderado excediendo sus facultades es solamente anulable y no puede ser alegado por otra persona que aquella en cuyo beneficio la establece la Ley, como dispone el artículo 222 del Código Civil”*

*(Cas. Nº 738-99. Diálogo con la Jurisprudencia Nº 38. Enero 2001. Pág. 237)*

*“Como se ha expresado anteriormente, don José Ramón Cruz Farro no transfirió su parte alícuota, sino la totalidad de los derechos en la parte del inmueble que se vendía, incluyendo los de sus representados; (...) pero se puede admitir una compraventa por un representante que no tiene la facultad de vender, situación que conocía perfectamente el demandado en el juicio de desalojo, porque corría en autos el testimonio del poder, por lo que no era necesario ejercitar ninguna acción*

*de nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, porque el acto jurídico era ineficaz de acuerdo con el artículo ciento sesenta y uno acotado"*

*(Cas. Nº 91-T-97. Diálogo con la Jurisprudencia Nº 38. Enero 2001. Pág. 236)*

*"Que, en efecto, el artículo 156 del Código Sustantivo señala que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad, norma que debe ser concordada con el artículo 167 del mismo Código que señala que el representante legal requiere autorización expresa para disponer o gravar los bienes del representado, de lo que se concluye, también sobre la base de los hechos probados, que los representantes de la demandante no constituyeron la prenda conforme a las formalidades de las normas antes aludidas; lo que daría lugar a una eventual nulidad de la prenda sublitis que por la naturaleza de la sanción no ha lugar a la convalidación o confirmación del acto jurídico (...). Que por otro lado, conforme a lo previsto en el artículo 161 del Código Civil que regula la figura del falsus procurator los actos celebrados por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido o violándolas es ineficaz con relación al representado; sin embargo, es evidente que aquel acto del representante que actúa conforme a los supuestos que contiene la norma, no es precisamente nulo sino ineficaz con respecto al representado, tal es así que incluso, dicho acto puede ser objeto de ratificación por el representado, como señala el artículo 162 del mismo Código, siendo así, mal se puede invocar como lo hace la recurrente, que se apliquen al caso de autos los artículos 156 y 161 del precitado Código cuando ambas normas contienen supuestos y efectos distintos".*

*(Cas. Nº 2021-97. Diálogo con la Jurisprudencia Nº 38. Enero 2001. Pág. 236)*



# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

Causales de nulidad absoluta



# TÍTULO IX

## NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO

### CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA

#### ARTÍCULO 219

*El acto jurídico es nulo:*

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

---

#### CONCORDANCIAS:

C.C.	arts. V, 43, 140 incs. 2), 3) y 4), 141, 190, 220, 274, 808, 813, 814, 1286, 1287, 1308, 1309, 1310, 1358
C. de C.	art. 53
C.T.	art. 109
LEY 27287	art. 21
LEY 26702	art. 179
D.L. 26002	arts. 123 a 126
LEY 26887	arts. 33, 38, 139, 150, 343, 365
LEY 27444	art. 10

---

La nulidad es la forma más grave de la invalidez negocial (BIANCA). La invalidez negocial presupone la existencia de un "juicio de conformidad" en virtud del cual se concluye que el negocio no cumple con las "directrices" establecidas por el ordena-

miento jurídico. El fenómeno indicado ("incumplimiento de las directrices") se presenta cuando por lo menos alguno de los "elementos" (manifestación de voluntad, objeto o causa) o de los "presupuestos" (sujetos, bienes y servicios) del negocio no presenta alguna de las condiciones o características exigidas por el ordenamiento jurídico.

La invalidez negocial viene a constituir una sanción que el ordenamiento jurídico impone al negocio que presenta "irregularidades". Esta sanción puede determinar (i) que dicho negocio no produzca las consecuencias jurídicas a las cuales está dirigido (lo que significa que es absolutamente ineficaz); o, (ii) que dicho negocio produzca las consecuencias a las cuales está dirigido, pero que éstas puedan ser "destruidas" (lo que significa que es precariamente eficaz) (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI).

La invalidez negocial puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando el requisito no cumplido por un elemento o un presupuesto del negocio tutela intereses que no son "disponibles" por la parte o las partes, sea porque los mismos comprometen principios básicos del ordenamiento jurídico o porque comprometen necesidades de terceros o de la colectividad en general (piénsese en el requisito de la licitud o en el de la posibilidad física y jurídica). Es relativa cuando el requisito en cuestión tutela intereses "disponibles" por las partes (piénsese en el requisito de la seriedad o en el de la ausencia de vicios). La invalidez absoluta supone la nulidad del negocio; la invalidez relativa, en cambio, la anulabilidad del mismo.

La invalidez se distingue de la inexistencia. En efecto, la invalidez supone la presencia de un acto de autonomía privada al cual puede dársele la calificación de "negocio". La inexistencia, en cambio, supone la ausencia de tal acto, de modo que resulta vano cualquier intento por otorgar la referida calificación. La legislación comparada no recoge la figura de la inexistencia y los casos en los que ésta se presenta son generalmente reconducidos a la figura de la nulidad (piénsese en la nulidad por falta de manifestación de voluntad). No obstante ello, como quiera que el Código Civil no contempla todos los casos de inexistencia como supuestos de nulidad, la categoría de la inexistencia debe mantenerse vigente. De este modo, por ejemplo, el negocio que no tenga causa no será nulo sino inexistente.

La invalidez también se distingue de la ineficacia. En efecto, la invalidez supone que el negocio es valorado negativamente por el ordenamiento, de manera que este último no le presta a aquél la "tutela" que le otorgaría de ser valorado positivamente. Como se anticipó, la ausencia de semejante tutela puede provocar la inexistencia de efectos negociales (cosa que ocurre en la nulidad) o la existencia de efectos negociales precarios, que sin embargo pueden tornarse en definitivos por el transcurso del tiempo (cosa que ocurre en la anulabilidad). La ineficacia, por su parte, únicamente supone que el negocio no es apto para desplegar las consecuencias a las que naturalmente tiende. La falta de tal "aptitud" puede obedecer a distintas circunstancias. Así, por ejemplo, puede explicarse en la invalidez absoluta del negocio, en la existencia de una condición suspensiva o en la existencia de un plazo suspensivo.

Ahora bien, por lo menos teóricamente, la nulidad (del negocio jurídico) supone lo siguiente:

- a) La ineficacia total y original del negocio.
- b) La imposibilidad de que el negocio sea "saneado".
- c) La naturaleza declarativa de la sentencia (o laudo) que compruebe su existencia.
- d) La posibilidad de que el juez (o el árbitro) la declare de oficio.
- e) La imprescriptibilidad de la acción para que sea declarada.
- f) La posibilidad de que terceros con interés puedan accionar para que sea declarada.

El Código Civil recoge expresamente casi la totalidad de las características enunciadas. Así, en su artículo 220 establece que la nulidad no puede subsanarse por confirmación y que el juez la "declara" a pedido de quienes tengan interés o del Ministerio Público, o de oficio cuando resulte manifiesta. Evidentemente, el Código Civil no necesita prescribir expresamente que el negocio nulo no produce efectos.

Respecto de la característica de la imprescriptibilidad de la acción para que se declare la nulidad del negocio, sorprendentemente el Código Civil no la acoge, al contemplar, en el inciso 1 de su artículo 2001, que la acción de nulidad prescribe a los diez años. Es cierto que esta postura no es desconocida en la legislación comparada (p. e. el Código Civil español también la acoge), pero es cierto también que las razones esgrimidas para su consagración positiva carecen de sustento. En efecto, no tiene sentido establecer la prescripción de la acción de nulidad a fin de tutelar el interés en conservar las "situaciones" adquiridas como consecuencia de la "ejecución" del negocio, pues semejante interés resulta protegido con creces por dos institutos especialmente contemplados al efecto: la usucapión y el decaimiento de las acciones de repetición por pago indebido o por enriquecimiento sin causa (SCOGNAMIGLIO).

Tomando en consideración que el mero transcurso del tiempo no puede, *per se*, convertir lo ilícito en lícito, lo imposible en posible, lo indeterminado en determinado, etc., resulta claro que el cumplimiento del plazo prescriptorio en ningún caso puede legitimar a las partes (o a los terceros beneficiarios) para "reclamar" el cumplimiento de lo establecido en el negocio. En realidad, el vencimiento del plazo prescriptorio únicamente impide que se revise, en sede judicial, la validez del negocio (PASQUAU). Ahora bien, si el negocio aún no se ejecutó, el transcurso del plazo prescriptorio adquiere relevancia únicamente en caso de que una de las partes pretenda el cumplimiento del mismo. En tal supuesto, la parte que, sobre la base de la nulidad, no está dispuesta a ejecutar el negocio, tendrá que esperar que la otra interponga la demanda correspondiente a fin de oponer una excepción de nulidad, la cual no está sujeta a plazo prescriptorio alguno. Si, por el contrario, el negocio ya se ejecutó, el transcurso del plazo prescriptorio adquiere relevancia únicamente en caso de que no hubiese funcionado la usucapión o no hubiese prescrito la acción de repetición por pago indebido, pues en tal supuesto dicho plazo impediría exigir, a través de una demanda, la restitución de lo ejecutado.

La nulidad de un negocio no supone la total "irrelevancia" del mismo (FLUME). Así es, si bien es cierto que todos los efectos jurídicos emanan directamente de la nor-



ma, también lo es que cuando la misma contempla la figura del negocio jurídico, los efectos que establece se “nutren” de la reglamentación de intereses fijada o acordada, respectivamente, por la parte o las partes que celebran dicho negocio. A estos efectos se les denomina “negociales”. Junto a los efectos “negociales” normalmente surgen otros, denominados “no negociales”, que no se “alimentan” de la referida reglamentación. Cuando el negocio es válido, en líneas generales la función de estos últimos efectos consiste, por un lado, en “corregir” las desviaciones que pueda presentar la reglamentación ya indicada; y, por el otro, en “complementar” el contenido de la misma, cuando existan determinados aspectos de la operación económica no tomados en consideración por la parte o las partes que celebran el negocio jurídico.

Ahora bien, la nulidad determina que el negocio jurídico no produzca los efectos “negociales”, que son los efectos deseados por la parte o las partes que lo celebran. En ciertos casos, sin embargo, la nulidad no impide que surjan efectos “no negociales”, derivados del hecho de la celebración del negocio (nulo) o de la ejecución del mismo. En tales casos, la función de los referidos efectos consiste en tutelar ciertos intereses de una de las partes. Lo descrito ocurre, por ejemplo, cuando transgrediendo las reglas de la buena fe objetiva, una de las partes induce a la otra a celebrar un negocio nulo; o cuando, ignorando la existencia de una causal de nulidad, una de las partes ejecuta en favor de la otra una de las prestaciones previstas en el negocio. En el primer caso el ordenamiento jurídico le otorga “relevancia” a la celebración del negocio nulo a fin de concederle a la parte que sufre el engaño, el derecho de exigirle a la otra el pago de una indemnización (supuesto de responsabilidad precontractual). En el segundo caso el ordenamiento jurídico le otorga “relevancia” a la ejecución del negocio nulo a fin de concederle a la parte que realizó la prestación el derecho de exigirle a la otra la restitución de la misma (sea *in natura* o por equivalente).

### **a) Inciso 1**

La falta de manifestación de voluntad supone, en principio, no la nulidad del negocio sino la inexistencia del mismo, pues sin aquella resulta imposible que se forme el supuesto de hecho en el que se resuelve este último (o sea el negocio). El inciso materia de comentario, sin embargo, considera que el “negocio” es nulo cuando no está presente el componente “volitivo”.

En general y desde una perspectiva exclusivamente teórica, la ausencia de manifestación de voluntad supone la imposibilidad de referir o imputar eficazmente (y para fines negociales) dicha manifestación a su pretendido autor. Por tanto, se tiene falta de manifestación de voluntad en los siguientes casos:

- a) Cuando el sujeto al que se le imputa la declaración (en virtud de la cual se “celebra” el negocio) carece de existencia jurídica.
- b) Cuando la manifestación de voluntad no ha sido materialmente efectuada por el sujeto al cual se atribuye la misma. Esto sucede, por ejemplo, cuando la firma del sujeto al que se le atribuye la manifestación (escrita) ha sido falsificada.
- c) Cuando la manifestación de voluntad materialmente efectuada carece de relevancia comercial. Esto sucede en tres supuestos genéricos, a saber:

- En caso de que la manifestación no sea comercial, esto es, en caso de que la misma no esté dirigida a crear, modificar, regular o extinguir una reglamentación de intereses.
- En caso de que la manifestación no sea "seria", esto es, en caso de que la misma no demuestre la existencia de la intención de su autor de quedar jurídicamente vinculado. Evidentemente, tal intención debe ser objetiva y razonablemente perceptible por terceros. La falta de seriedad se presenta, por ejemplo, cuando el sujeto actúa con fines didácticos o lúdicos.
- En caso de que la manifestación dirigida a concluir un contrato no "concuerde" con la de la otra parte (disenso).

d) Cuando la manifestación de voluntad ha sido "arrancada" por la presión física ejercida sobre el sujeto (*vis compulsiva*).

Sin perjuicio de lo indicado, es menester destacar que, de acuerdo con el Código Civil, no en todos los casos en los que falte manifestación de voluntad el negocio será nulo. En efecto, en algunos supuestos (piénsese en los casos en los que existe violencia física o error obstativo) y por mandato expreso de la ley, la ausencia de este elemento únicamente determina la anulabilidad del negocio.

## b) Inciso 2

La capacidad jurídica (también denominada "capacidad de goce" o "subjetividad") es la aptitud de un sujeto para ser titular de derechos, deberes o, más genéricamente, de situaciones jurídicas subjetivas. Por su parte, la capacidad de obrar (también denominada "capacidad de ejercicio") es la idoneidad de un sujeto para realizar una actividad jurídicamente relevante (consistente en "actuar" el contenido de las situaciones jurídicas subjetivas), por medio de una manifestación de la propia voluntad (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, NATOLI, BUSNELLI).

La incapacidad a la que se refiere la norma materia de comentario supone que el sujeto goza de capacidad jurídica mas no de capacidad de obrar plena o absoluta, de modo que el mismo no puede "actuar" válida y personalmente el contenido de las situaciones jurídicas subjetivas que le corresponden (ejercer poderes o derechos, cumplir deberes, etc.).

De acuerdo con el artículo 43 del Código Civil, se tiene incapacidad de obrar absoluta cuando el sujeto tiene menos de dieciséis años de edad (salvo para aquellos actos determinados por la ley); cuando (por cualquier causa) se encuentra privado de discernimiento; o cuando, siendo sordomudo, ciegosordo o ciegomudo, no puede expresar su voluntad de manera indubitable.

Ahora bien, no todos los actos realizados por el sujeto afectado por incapacidad de obrar absoluta están viciados de nulidad. En efecto, según lo previsto por la norma bajo comentario y por el artículo 1358 del Código Civil, cuando dicho sujeto no se encuentre privado de discernimiento, los actos o negocios que celebre para satisfacer las necesidades ordinarias de su vida diaria serán perfectamente válidos. Se considera que el sujeto no se encuentra privado de discernimiento cuando tiene la



# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

Intervención de ambos cónyuges para disponer los bienes no supone un requisito de validez del acto jurídico, sino de legalidad para contratar



008

**LA INTERVENCIÓN DE AMBOS CÓNYUGES PARA DISPONER FORTINES SOCIALES NO SUPONE UN REQUISITO DE VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO, SINO DE LEGITIMIDAD PARA CONTRATAR**

*Es decir, la intervención de ambos cónyuges supone dar cumplimiento a un requisito de eficacia denominado legitimidad para contratar, el cual implica el "poder de disposición que tiene el sujeto en relación a una determinada situación jurídica" (Massimo Bianca. "Diritto Civile". Tomo tres. Il Contratto. Giuffrè Editore. Milán, mil novecientos noventa y ocho. Páginas sesenta y cinco-sesenta y seis). Tal supuesto resulta plenamente reconocido por nuestro sistema jurídico, ya que el mismo puede ser encontrado también en el artículo 161 del Código Civil, a propósito de los efectos realizados por el denominado "falsus procurator". La diferencia con el caso materia de autos es que, en la celebración del contrato de constitución de garantía hipotecaria, la demandada doña Monnsy de Fátima Chong Arrunátegui se presentó ante el Banco demandado como única propietaria del bien inmueble y además declarando su calidad de soltera.*

**CAS. Nº 111-2006 LAMBAYEQUE**

(Publicado el 31 de Enero de 2007)

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO- PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD, LEGITIMIDAD Y BUENA FE REGISTRAL**

Lima, treinta y uno de octubre de dos mil seis.

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, vista la causa ciento once - dos mil seis, con los acompañados, en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

**1. MATERIA DEL RECURSO**

Se trata del recurso de casación interpuesto por Aldo Antonio Zeballos Picco contra la resolución de vista de fojas cuatrocientos veintidós, su fecha catorce de noviembre del año dos mil cinco, que revocando la sentencia apelada que declaraba fundada la demanda y declaraba nulo el acto jurídico y el contrato de garantía hipotecaria contenido en la escritura pública del diez de agosto del año mil novecientos noventa y ocho, así como el documento que lo contiene, con lo demás que en ella contiene; y reformándola declara infundada la demanda en todos sus extremos.

**FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO**

Esta Corte por resolución de fecha veinticuatro de enero del dos mil seis, ha estimado procedente el recurso de casación por las causales previstas en los incisos 2 y 1 del artículo 386 del Código Procesal Civil: a) Inaplicación del artículo 315 del Código Civil, ya que teniendo conocimiento el Banco, que la demandada Monnsy de Fátima Chong Arrunátegui tenía la condición de casada, requería necesariamente para la constitución de la hipoteca de su intervención, en su calidad de cónyuge; por lo que, al haberse celebrado un acto jurídico de gravámen respecto

de un bien inmueble social, sin la intervención conjunta de los cónyuges, no resulta oponible la publicidad registral por el conocimiento previo de la inexactitud del registro; b) Aplicación indebida de los artículos 2012, 2013 y 2014 del Código Civil, pues al momento de la celebración del acuerdo hipotecario no concurrían "los elementos objetivos ni subjetivos de la buena fe registral como es la exactitud registral y la buena fe" (sic), pues al tenerse conocimiento de la situación jurídica de casada de la demandada, se desvanece la presunción juris tantum del artículo 2014 del Código sustantivo; asimismo, señala que los magistrados no han reparado que existe inexactitud en el registro, esto es, discordancia entre el registro y la realidad jurídica.

### 3. CONSIDERANDO

**Primero:** Que, la inaplicación de una norma sustantiva se presenta cuando el juzgador, luego de haber identificado los hechos del caso, al momento de buscar la subsunción, no logra identificar la norma pertinente, por lo que no la aplica.

**Segundo:** Que, se ha denunciado la inaplicación del artículo 315 del Código Civil, buscando con ello en el fondo, tal como lo estableció la sentencia de Primera Instancia, establecer que en los autos se está ante un supuesto de nulidad del acto jurídico, y así, buscar que el Banco beneficiario con la garantía hipotecaria, al conocer de la naturaleza social del bien inmueble hipotecado, no se beneficie con la publicidad registral.

**Tercero:** Que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha discutido sobre el supuesto de hecho previsto en el artículo 315 del Código sustantivo, siendo que con esta Sentencia Suprema, se procede a variar criterios anteriormente establecidos, a fin de concluir que, el supuesto previsto en la referida norma sustantiva no recoge un supuesto de nulidad del acto jurídico, sino uno de ineficacia, el mismo que origina que el acto jurídico cuestionado no sea oponible al patrimonio de la sociedad de gananciales.

**Cuarto:** A mayor abundamiento, conforme lo establece el artículo 292 del Código Civil, la sociedad conyugal se encuentra representada por los dos cónyuges, la misma que además debe ser ejercida de manera conjunta; atendiendo a ello, el artículo 315 del Código en mención establece que, para disponer o gravar un bien social se requiere de la intervención de ambos cónyuges; supuesto que no descarta la posibilidad que uno de ellos pueda otorgar poder al otro, posibilidad legal que se encuentra recogida tanto en el artículo 315 como en el artículo 292 del Código glosado, lo cual lleva a concluir que, la presencia de ambos cónyuges en un acto de disposición o gravamen, no supone un requisito de validez del acto jurídico, sino supone una adecuada legitimidad para contratar.

**Quinto:** Es decir, la intervención de ambos cónyuges supone dar cumplimiento a un requisito de eficacia denominado legitimidad para contratar, el cual implica el "poder de disposición que tiene el sujeto en relación a una determinada situación jurídica" (Massimo Bianca. "Diritto Civile". Tomo tres. Il Contratto. Giuffrè Editore. Milán, mil novecientos noventa y ocho. Páginas sesenta y cinco-sesenta y seis). Tal supuesto resulta plenamente reconocido por nuestro sistema jurídico, ya que el mismo puede ser encontrado también en el artículo 161 del Código Civil, a propósito de los efectos realizados por el denominado "falsus procurator". La diferencia con el caso materia de autos es que, en la celebración del contrato de constitución de garantía hipotecaria, la demandada doña Monnsy de Fátima Chong

Arrunátegui se presentó ante el Banco demandado como única propietaria del bien inmueble y además declarando su calidad de soltera.

**Sexto:** Siendo así, atendiendo a que se ha demandado la nulidad de un acto jurídico, la norma sustantiva materia de análisis, al no recoger un supuesto de nulidad, no resulta aplicable a los autos, por lo que esta primera denuncia debe ser desestimada.

**Séptimo:** En cuanto a la aplicación indebida del artículo 2012 del Código Civil, tal dispositivo recoge el denominado principio de publicidad, en virtud al cual se presume que toda persona tiene conocimiento de las inscripciones, sin admitirse prueba en contrario. Al respecto se aprecia que, tal norma resulta pertinente a los autos, al recoger un principio registral necesario de ser analizado ante el pedido de nulidad de un acto jurídico inscrito, por tanto, esta denuncia también debe ser desestimada.

**Octavo:** En cuanto a la denuncia de aplicación indebida del artículo 2013 del Código Civil, esta norma recoge el denominado principio de legitimación, en virtud al cual, el contenido de las inscripciones se presume cierto, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez. Conforme se aprecia de su texto, tal dispositivo recoge un mecanismo de seguridad a favor de quienes contratan en base a la información registral, pero, ofrece una protección relativa, ya que en caso se demostrara la inexactitud del registro, respecto de quien contrató en base a su información, el efecto de la invalidez o ineficacia le alcanzará también al adquirente. A fin de establecer su contenido de manera concreta, se debe apreciar que, aquél que contrata basándose en la información registral y luego inscribe su derecho, goza de una protección relativa (dada la presunción "iuris tantum" contenida en el dispositivo materia de análisis), debiendo indicarse también que, el hecho de la inscripción registral no implica la desaparición de las causales de invalidez o ineficacia en las que se pudiera encontrar el acto jurídico en cuestión.

**Noveno:** Conforme se aprecia, esta presunción resulta aplicable a los autos, en la medida en que la situación jurídica existente entre el Banco demandado y quien ha otorgado en garantía un inmueble viene siendo cuestionada, manifestándose así la presunción relativa, pues de determinarse el supuesto de nulidad que se ha denunciado, sus efectos alcanzarán al Banco demandado, dado que respecto de él no se rompe la "cadena de arrastre de la nulidad"; empero, conforme se ha expuesto, al haberse demandado la nulidad del acto jurídico, y al no haberse declarado ésta, la aplicación del artículo 2013 del Código Civil en nada va a afectar el sentido de la decisión final, entonces, esta denuncia también debe ser desestimada.

**Décimo:** En cuanto a la aplicación del artículo 2014 del Código Civil, esta norma recoge el denominado "principio de buena fe registral", en virtud al cual, a diferencia del supuesto anteriormente analizado, al tercero registral se le otorga una protección absoluta, de tipo "iure et de jure", es decir, donde no cabe prueba en contrario, principio que beneficia a un sujeto particular al que se le denomina tercero registral, quien para recibir tal calificación y protección debe encontrarse dentro del supuesto de hecho de la norma en análisis, lo cual supone establecer: a) Que exista una adquisición válida a título oneroso; b) Que la adquisición del derecho se haya realizado, de persona que aparece en el registro con facultades para otorgarlo; c) Que exista buena fe en el adquirente, es decir, que ignore los motivos de nulidad, rescisión o resolución que afectan el contrato antecedente



en el que confía el tercero; d) Que no debe constar en el registro público las causales de nulidad o ineficacia del contrato antecedente; y, e) Que el tercero haya inscrito su título.

**Undécimo:** Conforme se desprende de lo establecido en el artículo 2014, el tercero registral al que hace referencia la norma, es el sujeto de derecho que no interviene, es decir que no es parte, en el acto jurídico que es materia de anulación, rescisión o resolución. Este supuesto no ocurre en los de autos, ya que es el recurrente quien argumenta que el acto de gravamen realizado por su cónyuge no se encuentra amparado bajo el principio de la fe pública registral, pero, tal acto de gravamen es específicamente aquel cuya validez viene siendo cuestionada en autos; de manera que, el Banco demandado no es tercero registral bajo los alcances previstos en la norma bajo análisis; siendo así, dado que la aplicación del artículo 2014 del Código Civil, según alcances que se le ha dado, en nada va a afectar el sentido de la decisión final, entonces, esta denuncia tampoco debe ser estimada.

**Duodécimo:** Que, conforme a los argumentos expuestos, el recurso de casación debe ser declarado infundado, frente a lo cual este Supremo Tribunal no puede dejar de apreciar que, el acto de constitución de hipoteca, materia de nulidad fue constituido por doña Monnsy de Fátima Chong Arrunátegui, a fin de garantizar las deudas que tuviera la firma Diseños Exclusivos Sociedad Responsabilidad Limitada, la misma que mantiene una deuda de dieciséis mil novecientos doce dólares americanos con el Banco demandado (se aún mandato de ejecución de fojas cuarenta y dos del expediente acompañado), lo cual dio lugar al inicio de un proceso de ejecución de garantía, conforme se advierte del expediente acompañado; apreciándose también que, en tales autos, a fojas ciento veintinueve, la firma Diseños Exclusivos Sociedad Responsabilidad Limitada, se ha apersonado a tal proceso, actuando representada por su Gerente, don Aldo Antonio Zeballos Picco (cónyuge de doña Monnsy de Fátima Chong Arrunátegui y demandante en los de autos), advirtiéndose también que, a fojas doscientos noventa y cuatro del referido expediente, se ha dispuesto la suspensión del proceso de ejecución, en virtud a la tercería de propiedad interpuesta por doña Liliana Carmen Julia Márquez Mori, quien ha señalado haber adquirido el inmueble sub lite antes de la constitución de la hipoteca; lo expuesto se indica para efectos de advertir que, conforme al artículo 109 del Código Procesal Civil, las partes tienen el deber de proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en sus intervenciones en el proceso.

#### 4. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas; estando a lo establecido en el artículo 397, 398 y 399 del Código Procesal Civil; declararon

- a) **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Aldo Antonio Zeballos Picco, mediante escrito de fojas cuatrocientos treinta y dos; en consecuencia **NO CASAR** la resolución de vista de fojas cuatrocientos veintidós, su fecha catorce de noviembre del año dos mil cinco, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- b) **CONDENARON** a la parte recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación de este recurso, así como al pago de multa de una Unidad

de Referencia Procesal; en los seguidos con Banco Santander (hoy Banco de Crédito del Perú) y otra, sobre nulidad de acto jurídico.

- c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; interviniendo como Vocal Ponente el Dr. Miranda Canales, y los devolvieron.-

**SS. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, SANTOS PEÑA, MANSILLA NOVELLA, HERNANDEZ PEREZ, MIRANDA CANALES**

#### **BASE LEGAL:**

##### **C.C.: Artículo 292.- Representación de la sociedad conyugal**

La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Civil. Cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial.

Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges.

Si cualquiera de los cónyuges abusa de los derechos a que se refiere este artículo, el Juez de Paz Letrado puede limitárselos en todo o parte. La pretensión se tramita como proceso abreviado.

##### **C.C.: Artículo 315.- Disposición de los bienes sociales**

Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Sin embargo, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.

##### **C.C.: Artículo 2012.- Principio de publicidad**

Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

##### **C.C.: Artículo 2013.- Principio de legitimación**

El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

##### **C.C.: Artículo 2014.- Principio de Buena Fe Registral**

El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no constan en los libros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.



# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Ineficacia del Acto realizado fuera de los límites del poder o sin tener representación. Tratamiento legal de la ineficacia**



anterior, prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua (art. 1136). Si los actos realizados son de arrendamiento se aplica el art. 1670.

#### 60.18. INEFICACIA DEL ACTO REALIZADO FUERA DE LOS LÍMITES DEL PODER O SIN TENER REPRESENTACIÓN

*Artículo 161.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.*

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

Como sabemos, en la esencia de la representación directa está el poder, siendo presupuesto necesario para el ejercicio de la representación que el representante en su actuación con los terceros exhiba el nombre del representado y proceda dentro de los límites del poder, por tanto, no es posible la representación directa cuando se carece totalmente de poder, como cuando una persona se presenta al exterior atribuyéndose una representación de la que en la realidad carece (*falsus procurator* —representante falso—), o cuando teniendo poder el representante se excede en los *límites de su contenido*, atribuyéndose facultades que no le han sido conferidas o violando las otorgadas (por ejemplo, el representante tiene poder para vender, pero dona el bien; o tiene poder para arrendar por una renta no menor de mil, pero arrienda por cien) o bien se excede los *límites temporales* del poder por haberse extinguido, por ejemplo, por vencimiento del plazo o por revocación. En realidad, tanto en la falta de poder, porque nunca fue otorgado o porque el otorgado ya se extinguió, como en el rebazamiento de facultades conferidas mediante la realización de un acto no autorizado estamos frente a un *falsus procurator*.

Se habla de *defecto de representación* para referirse a la hipótesis en la cual falta el poder de representación, y de *exceso de representación* cuando el representante está dotado de poder, pero no para el acto que ha concluido.

En todos los casos de falta o exceso de poder no es posible que actúe el mecanismo de la representación, por lo que el acto llevado a cabo por el falso representante no es susceptible de producir efectos para el *dominus*, o sea, es ineficaz para él. Nótese que, según la norma del art. 161, el acto realizado por el *falsus procurator* no es nulo (acto que no produce ningún efecto) ni anulable (acto que produce efectos mientras no sea declarado judicialmente nulo), sino solamente ineficaz y

amente para el *dominus*. En otros términos, el acto concluido por el *falsus procurator* es inoponible al *dominus*, porque el sustituto no gozaba del poder necesario. Pero también es eficaz entre las partes que lo celebraron, porque no han estipulado para sí, sino para el *dominus*.

Como el acto realizado por el *falsus procurator* no afecta el patrimonio del *dominus*, aumentándolo, disminuyéndolo o modificándolo, éste puede comportarse como si el acto no se hubiese realizado y, si tiene algún interés, puede solicitar que se declare respecto de él la ineficacia de dicho acto por cuanto él no ha manifestado su voluntad directamente ni mediante representante.

Hay que distinguir el acto realizado por el *falsus nuntius* del celebrado por el *falsus procurator*. Mientras el acto del falso procurador es válido pero ineficaz, en cuanto es efectivamente creado por la declaración de voluntad del falso o excesivo representante (desprovisto de poder); el acto de falso nuncio es radicalmente nulo, ya que falta la base subjetiva. Es un acto sin sujeto: no es del *nuntius*, el cual se autoexcluye de la paternidad; no es del *dominus*, por definición extraño a la declaración. Esta suerte de suspensión implica la nulidad radical de la declaración, por defecto de un elemento esencial<sup>31</sup>.

Si el *dominus* o el tercero de buena fe han sufrido daños, tienen derecho a ser indemnizados por el falso o excesivo representante.

El tercero perjudicado por la actuación del *falsus procurator* podrá dirigirse contra éste por la vía penal, ya que el hecho de arrogarse una representación que no se tiene con el fin de obtener un provecho ilícito en perjuicio de otro puede constituir delito de estafa. El art. 196 del Código Penal dispone: «El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de seis años».

Si el representante obra dentro de los límites de las facultades conferidas pero excediéndose de las instrucciones recibidas, el acto representativo es válido y eficaz, pero responderá por los daños causados al representado.

Hipótesis distinta del *defecto de representación* y del *exceso de representación* es el *abuso de representación*, que se da cuando el representante concluye un acto jurídico persiguiendo un interés propio o ajeno en contraste con el del representado (conflicto de intereses). El Código italiano en su art. 1394 prescribe: «El con-

Orlandi, Mauro, 'Falsus nuntius e falsus procurator', en *Rivista di diritto civile*, Anno XL.I, N° 3, Maggio-Giugno, 1995, p. 348.

*trato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado podrá ser anulado a instancia del representado, si el conflicto era conocido o conocible por el tercero».* Nuestro Código carece de un dispositivo como éste. En nuestro Derecho positivo, una hipótesis de conflicto de intereses lo constituye el acto *juridico consigo mismo* a que se refiere el art. 166.

#### 60.19. RATIFICACIÓN DEL ACTO INEFICAZ

*Artículo 162.- En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.*

*La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.*

*El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.*

*La facultad de ratificar se trasmite a los herederos.*

El acto ineficaz por falta o exceso de poder puede ser ratificado por el representado<sup>32</sup>. La ratificación vale solamente para los actos de disposición y para los de asunción de responsabilidad, pero no es necesaria para los actos de liberación de vínculos jurídicos, dado a que, por ejemplo, el pago se puede hacer por cualquier persona, sea con el consentimiento del deudor o sin él (art. 1222).

El acto realizado sin poder o excediendo los límites del poder se encuentra en un estado de *pendencia*, puesto que el *dominus* puede atribuirle eficacia retroactiva mediante la ratificación.

La ratificación es un acto jurídico unilateral, en virtud del cual el *dominus* acepta como suya la declaración de voluntad hecha en su nombre por el *falsus procurator*, para quedar el mismo vinculado con el tercero. Esta adhesión sucesiva que presta el *dominus* a lo hecho por el falso representante es equivalente a la autorización previa.

La ratificación puede ser expresa o tácita, como, por ejemplo, el hecho de que el propietario reciba el precio de la venta llevada a cabo sin su autorización. Pero si se trata de un acto formal solemne, el acto de ratificación para que sea válido debe hacerse observando la forma prescrita para la celebración del acto que se

<sup>32</sup> El art. 177 del Código alemán dispone que «la eficacia de un contrato celebrado en nombre de otra persona, sin poder a favor suyo o en su contra, dependerá de su ratificación».





*nulidad o rescisión*». El contrato celebrado por incapaz es únicamente rescindible. El art. 1237 (copia del art. 1101 del francés) dispone: *El error, causa la nulidad del contrato cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto o sobre cualquiera circunstancia que fuese la causa principal de su celebración*». El art. 1241 prescribe: *«Son nulos los contratos celebrados por fuerza o violencia que recae sobre los contratantes o alguno de ellos, ya se haya empleado por una de las partes o por un tercero»*. El art. 1239 dispone: *«El dolo produce nulidad en los contratos, cuando es de tal naturaleza que sin él no se habría celebrado»*.

El Código Civil de 1936 Regula sobre la nulidad absoluta en los arts. 1123 y 1124. El 1123 prescribe: *«El acto jurídico es nulo: 1º Cuando se ha practicado por persona absolutamente incapaz; 2º Cuando su objeto fuese ilícito o imposible; 3º Cuando no revistiese la forma prescrita por la ley, salvo que ésta establezca una sanción diversa; 4º Cuando la ley lo declare nulo»*. Según el art. 1124, la nulidad puede ser alegada por los que tengan interés y por el ministerio fiscal, siempre que le cupiere intervenir. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por confirmación. La nulidad relativa está regulada en los arts. 1125 y 1126. El art. 1125 establece: *«El acto jurídico es anulable: 1º Por incapacidad relativa del agente; 2º Por vicio resultante del error, dolo, violencia, intimidación, simulación o fraude»*. El art. 1126 dispone que los actos anulables sólo se tendrán por nulos desde el día en que quede ejecutoriada la sentencia que los invalide. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte, y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la hubiere establecido la ley. En los arts. 1127 a 1131 se dan disposiciones diversas aplicables tanto a la nulidad absoluta como a la relativa.

## 150. TRATAMIENTO LEGAL DE LA INEFICACIA

Nuestra legislación no distingue claramente entre la *invalidéz* y la *ineficacia* del acto jurídico. Como hemos dicho, el acto es *inválido* cuando le falta o está viciado alguno de los requisitos exigidos para que llegue a configurarse, teniendo en cuenta tanto los requisitos generales comunes a todo tipo de acto, señalados en el art. 140, como los requisitos específicos adicionales exigidos para cada acto en particular, además de los añadidos por voluntad de las partes; y es *ineficaz* cuando, siendo válido o inválido, no puede producir todos o parte de los efectos que le son peculiares o cuando los efectos no son oponibles a ciertos terceros.

No se puede identificar validez con eficacia, porque reuniendo el acto los requisitos de validez y sin vicio alguno que los afecte, una circunstancia de hecho extrínseca o intrínseca (que no constituye requisito de validez) puede impedir su eficacia. De acuerdo a esta consideración, la ineficacia puede deberse: a) a la invalidéz del acto, es decir, a causas internas, y b) a causas externas a un acto válido.

El ordenamiento jurídico regula tanto la *ineficacia por invalidez* como la *ineficacia debida a causas externas a un acto válido* (*supra*, 143). En este estudio nos referimos solamente a la ineficacia por invalidez.

El Código Civil reconoce como únicas *formas de invalidez*, la nulidad y la anulabilidad. En sentido conforme y reforzando este criterio legal se ha pronunciado la jurisprudencia nacional: «*Para que el acto jurídico tenga existencia jurídica es necesaria la presencia de elementos tales como la manifestación de voluntad, la capacidad, el objeto, la finalidad y la forma, que vienen a constituir los requisitos esenciales para su validez; que la carencia de uno de estos requisitos es la que conduce a la nulidad de dicho acto; que nuestro ordenamiento civil distingue dos clases de nulidades: la que tiene por principio el interés público (absoluta) y la que se concede en favor de determinadas personas por perjudicar su derecho (relativa), la primera conduce al acto nulo y la segunda al acto anulable ... que al producir inicialmente sus efectos, a pedido de parte, puede devenir nulo*» (Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Exp. 1640-91).

El Código utiliza como sinónimas las expresiones nulidad absoluta e inexistencia del acto jurídico y vincula la invalidez con la nulidad (ver redacción de los arts. 140 y 219). No hay una terminología constante para indicar a la nulidad: unas veces se habla de nulidad (ejemplo, art. 219), otras de invalidez (ejemplo, art. 171) y otras se dice «no hay» acto jurídico (ejemplo, art. 1359), «no tiene eficacia», «no pueden adquirir derechos» (ejemplo, art. 1366), etc.

Con la nulidad absoluta, el ordenamiento jurídico priva al acto jurídico de la fuerza vinculante que tiene como autorregulador de intereses privados. Por tanto, el acto nulo adolece de ineficacia absoluta, salvo que excepcionalmente el ordenamiento jurídico lo vincule efectos. Así, el acto jurídico nulo puede ser fuente de efectos, aun de aquellos negociales, en la medida en que las partes, si bien no vinculadas, han ejecutado prestaciones que no parece justo sean afectadas por la nulidad: por ejemplo, la nulidad del contrato de trabajo, no puede tener efecto respecto de la parte del trabajo ya realizado; la nulidad del contrato de arrendamiento no puede afectar el derecho del arrendador de cobrar la renta por el tiempo en que el arrendatario ya usó el bien; la declaración de nulidad del acto constitutivo de sociedad no puede afectar la eficacia del acto realizado en nombre de la sociedad (relaciones contractuales de hecho). Otras veces el ordenamiento jurídico dispone que el acto jurídico nulo produce todos sus efectos frente a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso; por ejemplo, el acto nulo por simulación absoluta no puede ser opuesto a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente (art. 194). O, en fin, el acto nulo puede producir algún efecto singular, que si bien no sirve para realizar ni siquiera en parte la finalidad perseguida por los estipulantes, encuentra su razón de ser en la actuación de mala fe de una de las partes, con la consiguiente sanción del resarci-

miento del daño causado (interés negativo). En sentido aproximado al expuesto se ha pronunciado la jurisprudencia española al sostener que «no toda disconformidad con la ley ha de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad, ni que sea preciso por la validez de los actos contrarios a la ley, que tal validez sea dispuesta de modo textual en la Ley misma. El art. 6.3<sup>37</sup> del Código Civil no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que da lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: a) aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo disponga; b) actos contrarios a la Ley, en que la Ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo reconocerles validez a tales actos «contra legem», y c) actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez» (Sentencia de 26-10-1990 del Juzgado de Primera Instancia de Cáceres, Extremadura, España. En Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, N° 8 - año 1990).

Además, el acto jurídico nulo puede tener eficacia indirecta a través de la figura de la conversión, a la que nos referimos en el punto siguiente.

### 151. LA CONVERSIÓN DEL ACTO JURÍDICO NULO

Por la conversión, el acto jurídico nulo puede considerarse válido y eficaz como un acto jurídico de tipo diverso, en aplicación del principio de conservación, siempre que existan los requisitos de validez exigidos para el nuevo acto y que con éste las partes alcancen la finalidad práctica perseguida, digna de tutela jurídica.

Esta es la denominada *conversión sustancial*. Por ejemplo, considerar la prenda como derecho de retención, a la letra de cambio nula como reconocimiento de deuda, al endoso irregular de un título valor como cesión de crédito. Trabucchi<sup>38</sup> señala como ejemplo, una disposición testamentaria de segundo grado prohibida (esto es, no comprendida en los pocos casos admitidos por la ley italiana de sustitución fideicomisaria), la cual no puede valer como tal, pero tendrá efecto como designación de un sustituto ordinario: «Dejo el castillo de San Colombano a Tizio con la obligación de conservarlo y retransmitirlo a su muerte a Cayo»; el fideicomiso no vale, pero si Tizio muere antes que el testador, el legado pasará a Cayo como sustituto ordinario. Scognamiglio<sup>39</sup> nos dice que la reciente jurisprudencia italiana se ha pronunciado sobre la hipótesis de la letra de cambio nula, que vale como promesa de pago; la deliberación social de transformación de la sociedad nula, que puede valer como acto constitutivo de una nueva sociedad; la venta de

<sup>37</sup> Código Civil español, art. 6.3º: *Los actos contrarios a las normas imperantes y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*

<sup>38</sup> Trabucchi, Alberto, *Instituzioni di diritto civile*, 7ª ed., Padova, Ccdam, 1953, p. 176.

<sup>39</sup> Scognamiglio, Renato, *ob. cit.*, p. 241.



# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**CAS. 336-2006- LIMA**



000177



**PODER JUDICIAL**  
República del Perú

Corte Suprema de Justicia de la República  
Jurisprudencia Sistemática

[Inicio](#) [Búsqueda rápida](#) [Búsqueda avanzada](#) [Contáctenos](#)

Descargue las páginas dando un click en estos vínculos: 1 2 3 4 5

1 2 3 4 5

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL TRANSITORIA**

CAS 336-2006

LIMA

Nulidad de Acto Jurídico

Lima, veintiocho de agosto  
del dos mil seis.-

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE**

**SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, en la causa vista en audiencia pública de la fecha emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante Luzmila Montes Gamarra, contra la sentencia de vista de fojas quinientos dieciocho, su fecha seis de junio del dos mil cinco, que declara *Nula* la apelada de fojas doscientos cuarenticinco, fechada el seis de diciembre del dos mil, que declaraba *Fundada* la demandada, en los seguidos por Luzmila Montes Gamarra contra el Banco Continental y otros sobre Nulidad de Actos Jurídico y otro; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La Corte mediante resolución de fecha ocho de mayo del año en curso, ha estimado *Procedente* el recurso por las causales de: i) *inaplicación* de los artículos ciento cuarenta inciso primero, doscientos diecinueve inciso primero, trescientos quince y dos mil doce del Código Civil; y, ii) *aplicación indebida* del artículo dos mil catorce del mismo Código; expresando la recurrente como fundamentos: I) *inaplicación*: que en la sentencia de vista no se ha tenido en cuenta los artículos ciento cuarenta inciso primero, doscientos diecinueve inciso primero, trescientos quince y dos mil doce del Código Sustantivo, puesto que en la constitución de la hipoteca no ha intervenido la sociedad conyugal la cual para gravar sus bienes requiere de la intervención de ambos, lo que no ha ocurrido en autos, ya que no ha intervenido la actora; que la información de que la fábrica sobre el terreno sub-judice es de propiedad de la sociedad conyugal ya constaba de la misma declaratoria inscrita cuatro años antes de la hipoteca, no modificando esta situación el hecho de que con posterioridad a la hipoteca se inscriba una aclaración expresa sobre el estado civil; ii) *Aplicación indebida*.- que la Sala Revisora ha aplicado indebidamente el artículo dos mil catorce del Código Civil, dado que el principio de fe pública registral no opera cuando las causas de nulidad constan del mismo registro; y esto se presenta en el presente caso desde que en la misma Ficha del inmueble sub-judice aparece inscrita no sólo la fábrica a nombre de la actora y del co-demandado, sino también un Contrato de Mutuo

**FICHA DE DATOS:** Resolución N° 000336-2006  
**Materia:** CIVIL>ACTO JURIDICO  
**Sala Suprema:** Sala Civil Transitoria  
**Procedencia:** CORTE SUPERIOR DE LIMA  
**Tipo de Proceso:** CONOCIMIENTO  
**Tipo de Recurso:** CASACION  
**Tipo de Fallo:** INFUNDADO  
**Fecha de Resolución:** 2006-08-28 10:27:22.0  
**Magistrados:** ROMAN SANTISTEBAN, TICONA POSTIGO, CARRION LUGO, PALOMINO GARCIA, MIRANDA CANALES

[Anterior...](#)



000173



**PODER JUDICIAL**  
República del Perú

Corte Suprema de Justicia de la República  
Jurisprudencia Sistemática

[Inicio](#) [Búsqueda rápida](#) [Búsqueda avanzada](#) [Contáctenos](#)

Descargue las páginas dando un click en estos vínculos: 1 2 3 4 5

1 2 3 4 5

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CAS 336-2006**

**LIMA**

**Nullidad de Acto Jurídico**

**FICHA DE DATOS:** Resolución N°  
000336-2006

**Materia:** CIVIL>ACTO JURIDICO

**Sala Suprema:** Sala Civil Transitoria

**Procedencia:** CORTE SUPERIOR DE LIMA

**Tipo de Proceso:** CONOCIMIENTO

**Tipo de Recurso:** CASACION

**Tipo de Fallo:** INFUNDADO

**Fecha de Resolución:** 2006-08-28  
10:27:22.0

**Magistrados:** ROMAN SANTISTEBAN, TICONA POSTIGO, CARRION LUGO, PALOMINO GARCIA, MIRANDA CANALES

[Anterior...](#)

con Garantía Hipotecaria del treinta de junio de mil novecientos ochentiséis otorgada a la actora y el co-demandado, que sirvió precisamente para construir la casa; así como la correspondiente Cancelación del Mutuo y Levantamiento de Hipoteca; **CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Que, este Supremo Tribunal en reiterada y uniforme jurisprudencia ha establecido que, de acuerdo a la Ley y a la doctrina, la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales es la de un patrimonio autónomo e indivisible que goza de garantía institucional, integrado por un universo de bienes, en el que no existen cuotas ideales las cuales son propias al instituto jurídico de co-propiedad o condominio; **SEGUNDO.-** Que, en efecto, los bienes gananciales o *sociales* son aquellos que adquieren los cónyuges a título común, lucrativo u oneroso, durante la vigencia del matrimonio, de conformidad con los artículos trescientos diez y trescientos once del Código Civil y tiene fin cuando el régimen de sociedad de gananciales fenece, de acuerdo a los artículos trescientos diecinueve y trescientos veintitrés del mismo Código; distinguiéndose de la co-propiedad, en tanto ésta se define como el dominio de un bien tenido en común por varios sujetos, quienes son titulares de cuotas ideales en igual proporción respecto del bien; **TERCERO.-** Que, en ese orden, de acuerdo al artículo trescientos diez, in fine, del citado Código, tienen también la calidad de *bienes sociales* los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al momento del reembolso; **CUARTO.-** Que, en tal virtud, para disponer bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer, salvo que uno de ellos dé poder al otro para ese efecto, de acuerdo al artículo trescientos quince del Código Civil, por lo que están prohibidos los actos de disposición unilateral de bienes inmuebles o los bienes muebles registrables sin intervención de ambos cónyuges; de modo tal que si, contraviniendo dicha norma, se practica actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges se incurrirá en la causal de nulidad absoluta de acto jurídico prevista en el artículo doscientos diecinueve inciso primero del Código Civil, por falta de manifestación de voluntad de los titulares del dominio del bien y por ser contrario a las leyes que interesan el orden público según artículo V del Título Preliminar del Código Civil; **QUINTO.-**

000179

Corte Suprema de Justicia de la República  
Jurisprudencia SistemáticaPODER JUDICIAL  
República del Perú

:: Inicio :: Búsqueda rápida :: Búsqueda avanzada :: Contáctenos

Descargue las páginas dando un click en estos vínculos: 1 2 3 4 5

1 2 3 4 5

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL TRANSITORIA

CAS 336-2006

LIMA

Nulidad de Acto Jurídico

**FICHA DE DATOS:** Resolución N° 000336-2006

**Materia:** CIVIL>ACTO JURIDICO

**Sala Suprema:** Sala Civil Transitoria

**Procedencia:** CORTE SUPERIOR DE LIMA

**Tipo de Proceso:** CONOCIMIENTO

**Tipo de Recurso:** CASACION

**Tipo de Fallo:** INFUNDADO

**Fecha de Resolución:** 2006-08-28 10:27:22.0

**Magistrados:** ROMAN SANTISTEBAN, TICONA POSTIGO, CARRION LUGO, PALOMINO GARCIA, MIRANDA CANALES

Anterior...

Que, ahora bien, además del derecho de familia, nuestro Código Civil ha contemplado también en su Libro IX, el Derecho Registral, el mismo que descansa en el principio de la fe pública registral la cual responde a la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial, cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen terceros adquirentes y que se hayan confiados en el contenido del registro; para ello, la ley reputa exacto y suficiente el contenido de los asientos registrales, vale decir, la Ley ha preferido la seguridad jurídica que produce el efecto *erga omnes* de las inscripciones registrales; de tal modo que el contenido y alcance de las normas registrales deben ser armonizadas con las disposiciones del derecho de familia; **SEXTO**.- Que, entonces, continuando con el fundamento de la fe pública registral, se tiene que, en consonancia con dicho propósito, se contempla, entre otros, los principios de publicidad y legitimación, recogidos en los artículos dos mil doce y dos mil trece del Código Sustantiva, en cuyas virtudes se presume de modo "*jure et de jure*" que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones, y de modo "*juris tantum*" que dicho contenido se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez; **SETIMO**.- Que, otro de los pilares del derecho registral es la buena fe con que actúa el usuario de los Registros Públicos; es así que el artículo dos mil catorce del Código Civil, que regula el principio de Buena Fe Pública Registral, establece claramente que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos; dispositivo que concluye señalando que "La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro"; lo que significa que la presunción de buena fe del tercero adquirente puede ser quebrada acreditando el interesado que el referido tercero, pese a lo que informaba el Registro, conocía por otros medios, que dicha información era inexacta y perjudicaba un futuro acto jurídico; **OCTAVO**.- Que, en tal virtud, armonizando ahora las disposiciones de derecho de familia y registrales

000180



**PODER JUDICIAL**  
República del Perú

Corte Suprema de Justicia de la República  
Jurisprudencia Sistemática

[:: Inicio](#) [:: Búsqueda rápida](#) [:: Búsqueda avanzada](#) [:: Contáctenos](#)

Descargue las páginas dando un click en estos vínculos: 1 2 3 4 5

1 2 3 4 5

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CAS 336-2006**

**LIMA**

**Nulidad de Acto Jurídico**

**FIGURA DE DATOS:** Resolución N° 000336-2006  
**Materia:** CIVIL>ACTO JURIDICO  
**Sala Suprema:** Sala Civil Transitoria  
**Procedencia:** CORTE SUPERIOR DE LIMA  
**Tipo de Proceso:** CONOCIMIENTO  
**Tipo de Recurso:** CASACION  
**Tipo de Fallo:** INFUNDADO  
**Fecha de Resolución:** 2006-08-28 10:27:22.0  
**Magistrados:** ROMAN SANTISTEBAN, TICONA POSTIGO, CARRION LUGO, PALOMINO GARCIA, MIRANDA CANALES

[Anterior...](#)

precitadas se concluye: i) que aun cuando el terreno o la fábrica o ambos hayan sido de propiedad de una sociedad conyugal si en los Registros Públicos aparece inscrito solo a nombre de uno de los cónyuges con estado civil de soltero, el adquirente de algún derecho respecto del referido bien o bienes de parte de la referida persona, conserva su derecho una vez que inscriba éste así se anule, rescinda o resuelva el del otorgante, lo que significa que con mayor razón el título del adquirente no puede ser objeto de nulidad ni de cualquier declaración de ineficacia; ii) que la precitada conservación de derechos del adquirente desaparece si se acredita, ya sea por la misma información que aparece en los Registros o cualquier otro medio válido, que dicho adquirente tomó conocimiento o se encontró en la aptitud de conocer sobre el real estado civil del otorgante y de la naturaleza del bien o bienes que aparecen a su nombre, haciéndose acreedor el título del tercero de la declaración de nulidad y en la extensión que corresponda conforme a los artículos doscientos diecinueve y doscientos veinticuatro del Código Civil; **NOVENO.-** Que, como puede apreciarse, definido el marco interpretativo y aplicativo de las normas pertinentes, el tema se traslada al escenario fáctico; el mismo que es ajeno al presente recurso de casación no solo porque dicho punto no es materia de este especial medio impugnatorio dado los fines asignados al mismo por el artículo trescientos ochentycuatro del Código Procesal Civil, sino también porque la sentencia de vista no resuelve el fondo de la pretensión sino que consiste en una resolución nulificante, que ordena a su vez que el A Quo dicte nueva sentencia a fin de que determine cuestiones fácticas relacionadas a la construcción del inmueble y su aclaratoria registral; por tanto; no se configuran los errores jurídicos denunciados; debiendo desestimarse el recurso, de conformidad con el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; estando a las consideraciones que preceden; declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas quinientos treinta y cinco por Luzmila Montes Gamarra, en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista de fojas quinientos dieciocho, su fecha seis de junio del dos mil cinco; **CONDENARON** a la recurrente al pago de las costas y costos del recurso, así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **ORDENARON** la



[:: Inicio](#) [:: Búsqueda rápida](#) [:: Búsqueda avanzada](#) [:: Contáctenos](#)

Descargue las páginas dando un click en estos vínculos: 1 2 3 4 5

1 2 3 4 5

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CAS 336-2006**

**LIMA**

**Nullidad de Acto Jurídico**

publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano"; en los seguidos por Luzmila Montes Gamarra con el Banco Continental y otros sobre Nullidad de Acto Jurídico y otros *v. los devolvieron.*

S.S.

**ROMAN SANTISTEBAN**

**TICONA POSTIGO**

**CARRION LUGO**

**PALOMINO GARCIA**

**MIRANDA CANALES**

crb

**FICHA DE DATOS:** Resolución N° 000336-2006  
**Materia:** CIVIL>ACTO JURIDICO  
**Sala Suprema:** Sala Civil Transitoria  
**Procedencia:** SUPERIOR DE LIMA  
**Tipo de Proceso:** CONOCIMIENTO  
**Tipo de Recurso:** CASACION  
**Tipo de Fallo:** INFUNDADO  
**Fecha de Resolución:** 2006-08-28 10:27:22.0  
**Magistrados:** ROMAN SANTISTEBAN, TICONA POSTIGO, CARRION LUGO, PALOMINO GARCIA, MIRANDA CANALES

[Anterior...](#)



# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Casación N° 994-2004 - Tacna**



**CAS. Nº 994-2004 TACNA.** Nulidad de Acto Jurídico. Lima, diecinueve de julio dos mil cinco. - LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, vista la causa en la audiencia pública en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA: DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Carmen Rosa Herrera Gómez, contra la resolución de fojas trescientos setenta y dos, su fecha treinta de diciembre del dos mil tres, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, y Moquegua, que confirmando la apelada de fojas trescientos diecinueve, en el extremo referido, declara infundada la nulidad de la escritura pública número cuatro mil doscientos treinta y cinco, Kardex número quince mil seiscientos cuarenta y tres, de fecha treinta de setiembre de mil novecientos noventa y siete, inscrita en la ficha número mil seiscientos cuarenta y tres; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Mediante resolución de fecha veintidós de mayo del dos mil cuatro, expedida por esta Suprema Sala, se declaró **PROCEDENTE** el presente recurso, por las causas previstas en los incisos primero y segundo del artículo trescientos ochenta y dos del Código Procesal Civil; sustenta como agravios: la aplicación indebida del artículo dos mil cuatro del Código Civil, y la inscripción del artículo doscientos diecinueve inciso primero del mismo Código, pues el Banco de Crédito no es tercero registral sino parte en la relación jurídica contractual, precisando que debió aplicarse la segunda norma mencionada, pues al haberse declarado nulos los poderes especiales que sirvieron de antecedente para la constitución de fianza solidaria respaldada con hipotecas; consecuentemente la nulidad también comprende a éste documento; **CONSIDERANDO:** Primero: Que, atendiendo a las alegaciones planteadas corresponde empezar a analizar la pertinencia de la inscripción del artículo doscientos diecinueve inciso primero del Código Civil al presente caso; antes de abordar el análisis debemos dejar establecido el presupuesto de hecho que nos servirá de base, el mismo que ha sido fijado en las instancias de mérito y que debe ser confrontado con la hipótesis legal contenida en la norma antes citada; Segundo: Que, se ha establecido en autos -y ello ha quedado consentido por las partes- la nulidad de poder especial -Kardex número cero mil doscientos veinticuatro guión noventa y siete, de fecha catorce de agosto de mil novecientos noventa y siete-, a favor de Leonidas Zegarra Chambiá, a que se refiere la instrumental de fojas cuatro y la inscripción en el registro de personas naturales en la ficha número cinco mil novecientos setenta y tres (fojas cinco vuelta); asimismo, nulo y sin valor legal la escritura de ampliación de poder de fecha catorce de octubre de mil novecientos noventa y siete, que corre a fojas seis, inscrita en la ficha número cinco mil novecientos setenta y tres, del registro de personas naturales; Tercero: Que, en virtud de dichos poderes se constituyó la Escritura Pública número cuatro mil doscientos treinta y cinco, de fecha treinta de setiembre de mil novecientos noventa y siete, de fianza solidaria con garantía hipotecaria otorgada a favor del Banco de Crédito del Perú - sucursal Tacna - en respaldo de las deudas de Leonidas Zegarra Chambiá y Valentín Bertha Aquino Villalba de Zegarra; Cuarto: Que, plantea la defensa de la recurrente que al ser nulos los poderes en virtud de los cuales se constituyó dicha garantía real es nulo también el acto jurídico de constitución de dicha garantía; Quinto: Que, al respecto tenemos que el artículo doscientos diecinueve inciso primero del Código Civil, invocado en el recurso, señala que un acto jurídico es nulo "cuando falta la manifestación de voluntad del agente", así el sustento del acto jurídico es la voluntad privada tendiente a crear una determinada situación jurídica; derivada de la decisión de las partes intervinientes conscientemente dirigida; Sexto: Que, conviene concordar la norma sub examine con lo dispuesto en el artículo trescientos quince del Código Civil, según el cual "para disponer de los bienes sociales

o graveros, se requiere la intervención de ambos cónyuges; sin embargo, cualquiera de ellos puede ejecutar tal facultad, si tiene poder especial del otro ... (sic)"; Séptimo: Que, de otro lado, el artículo doscientos veinticuatro del referido Código Sustantivo, precisa que "la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables ... (sic)"; Octavo: Que, al supuesto de la norma antes glosada se refiere a la nulidad de un acto solo en una fracción de su contenido; esto ocurre en los actos de contenido heterogéneo, como aquellos en los que una parte de la prestación deviene en imposible por falta de aprobación de una persona; supuesto que se presenta en el caso de autos, ya que conforme a lo señalado con anterioridad, la disposición de un bien social requiere la manifestación de voluntad de ambos cónyuges, de modo que un acto celebrado prescindiendo de la aprobación de alguno de ellos determina la nulidad del negocio respecto de éste; es decir, estaríamos ante un supuesto de nulidad parcial; Noventa: Que, siendo esto así, esta regulación contemplada en el artículo doscientos diecinueve inciso primero del Código Civil es aplicable al supuesto de hecho establecido en autos; norma que excluye la aplicación del artículo dos mil cuatro del referido Código, cuya aplicación indebida ha sido denunciada; sobre este punto cabe destacar, que aun imputándose al caso de autos deriva además de la imposibilidad de subsanar o convalidar un acto jurídico afectado por invalidez absoluta; **RESOLUCIÓN:** Estando a las consideraciones expuestas, y conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil, declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas trescientos setenta y dos, por Carmen Rosa Herrera Gómez; en consecuencia **CASARON** la resolución de vista de fojas trescientos setenta y dos del treinta de diciembre del dos mil tres; y actuando en cada una de las instancias **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas trescientos diecinueve, su fecha diez de abril del dos mil tres, en cuanto declara infundada la demanda respecto a la pretensión de nulidad de escritura pública de fecha treinta de setiembre de mil novecientos noventa y siete; con lo demás que al respecto contiene; reformar la declaración **FUNDADA** la propia demanda en dicho extremo; en consecuencia declararon **NULA** la referida escritura pública número cuatro mil doscientos treinta y cinco, Kardex número quince mil seiscientos cuarenta y tres, de fecha treinta de setiembre de mil novecientos noventa y siete; inscrita en la ficha número cinco mil seiscientos cuarenta y tres del Registro de la Propiedad Inmueble de Tacna; solo respecto a doña Carmen Rosa Herrera Gómez; quedando subsistente en sus demás disposiciones contractuales con lo demás que contiene; en la causa seguida por Carmen Rosa Herrera Gómez contra Leonidas Zegarra Chambiá y otros; sobre nulidad de acto jurídico; **ORDENARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad de los devolvieron. - SS. ROMAN SANTISTEBAN TICONA POSTIGO LOZA ZEA; SANTOS PEÑA, PALOMINO GARCIA C-49846.





# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Casación N° 2235-2003 - Lima.**





[:: Inicio](#) [:: Búsqueda rápida](#) [:: Búsqueda avanzada](#) [:: Contáctenos](#)

Descargue las páginas dando un click en estos vínculos: 1 2 3 4 5 6

1 2 3 4 5 6

**FIGURA DE DATOS:** Resolución N° 002235-2003

**Materia:** CIVIL>ACTO JURIDICO

**Sala Suprema:** Sala Civil Permanente

**Procedencia:** CORTE SUPERIOR DE LIMA

**Tipo de Proceso:** CONOCIMIENTO

**Tipo de Recurso:** CASACION

**Tipo de Fallo:** INFUNDADO

**Fecha de Resolución:** 2004-11-09 08:47:10.0

**Magistrados:** ALFARO ALVAREZ, VASQUEZ VEJARANO, SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, PACHAS AVALOS, ESCARZA ESCARZA

[Anterior...](#)

**SENTENCIA**  
CAS. N° 2235-2003  
LIMA

6

Estando a las consideraciones precedentes, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal Supremo en lo Civil, resulta de aplicación la disposición contenida en el artículo 397 del Código Procesal Civil:

- a) Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas; en consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas ciento setentiocho, su fecha doce de mayo del dos mil tres.
- b) **CONDENARON** a la parte recurrente a la multa de una Unidad de Referencia Procesal, encontrándose **exenta** del pago de las costas y costos del recurso en virtud de lo dispuesto en el artículo 413 del Código Procesal Civil.
- c) **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por doña Dora Castilla Amao de Castro, sobre nulidad de acto jurídico y otro concepto; y los devolvieron.-

SS.  
ALFARO ALVAREZ  
VASQUEZ VEJARANO  
SANCHEZ-PALACIOS PAIVA  
PACHAS AVALOS  
ESCARZA ESCARZA

jd.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. CARLOS A. VARGAS GARCIA  
SECRETARIO  
Sala Civil Permanente  
CORTE SUPREMA

000186



**PODER JUDICIAL**  
República del Perú

Corte Suprema de Justicia de la República  
Jurisprudencia Sistemizada

:: Inicio :: Búsqueda rápida :: Búsqueda avanzada :: Contáctenos

Descargue las páginas dando un click en estos vínculos: 1 2 3 4 5 6

1 2 3 4 5 6

**FICHA DE DATOS:** Resolución N° 002235-2003  
**Materia:** CIVIL>ACTO JURIDICO  
**Sala Suprema:** Sala Civil Permanente  
**Procedencia:** CORTE SUPERIOR DE LIMA  
**Tipo de Proceso:** CONOCIMIENTO  
**Tipo de Recurso:** CASACION  
**Tipo de Fallo:** INFUNDADO  
**Fecha de Resolución:** 2004-11-09 08:47:10.0  
**Magistrados:** ALFARO ALVAREZ, VASQUEZ VEJARANO, SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, PACHAS AVALOS, ESCARZA ESCARZA

Anterior...

**SENTENCIA**  
CAS. N° 2235-2003  
LIMA

5

señala como atribución del Fiscal Superior en lo Civil emitir dictamen previo a la resolución que pone fin a la instancia, empero su numeral 2 precisa que el "dictamen será meramente ilustrativo y su omisión no causará nulidad procesal en los casos que expresamente señale la ley"; por lo que siendo así, resulta razonable concluir que el dictamen del Fiscal Superior no habría influido en el sentido de la sentencia de vista como tampoco incidiría en sus conclusiones fácticas, no configurándose la contravención al debido proceso denunciada deviniendo también en infundado este extremo de la casación.

**Octavo.-** Que, de otro lado, la entidad recurrente ha denunciado la interpretación errónea del artículo 310 del Código Civil que precisa que "son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad...".

**Noveno.-** Que a ese respecto, el Ad quem, estableció que de acuerdo a lo previsto en el artículo 310 del Código Civil las pensiones, sus devengados e intereses tienen la calidad de bienes sociales y cualquier acto de disposición sobre los mismos requiere la intervención de ambos cónyuges, a menos que alguno otorgue poder especial al otro, coligiéndose de ello que la Sala revisora no ha incurrido en error respecto al sentido o contenido de la norma invocada toda vez que la renuncia voluntaria que realizó el cónyuge de la demandante de lo que le correspondía por concepto de intereses liquidados en ejecución de sentencia -diecisiete mil setecientos treinta y dos nuevos soles- corresponden a la acción de amparo seguida por aquel contra la entidad recurrente sobre pago de devengados de pensiones, los que constituyen bienes sociales; razón por la cual este extremo de la casación tampoco resulta amparable.

**4. DECISIÓN:**



:: Inicio :: Búsqueda rápida :: Búsqueda avanzada :: Contáctenos

Descargue las páginas dando un click en estos vínculos: 1 2 3 4 5 6

1 2 3 4 5 6

**FIGURA DE DATOS:** Resolución N° 002235-2003

**Materia:** CIVIL>ACTO JURIDICO

**Sala Suprema:** Sala Civil Permanente

**Procedencia:** CORTE SUPERIOR DE LIMA

**Tipo de Proceso:** CONOCIMIENTO

**Tipo de Recurso:** CASACION

**Tipo de Fallo:** INFUNDADO

**Fecha de Resolución:** 2004-11-09 08:47:10.0

**Magistrados:** ALFARO ALVAREZ, VASQUEZ VEJARANO, SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, PACHAS AVALOS, ESCARZA ESCARZA

Anterior...

**SENTENCIA**  
CAS. N° 2235-2003  
LIMA

4

efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus resoluciones o lo hace en forma incoherente en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

Quinto.- Que en ese orden, el artículo 65 del Código Procesal Civil referido a la representación procesal del patrimonio autónomo establece que cuando se trata de sociedades conyugales que intervienen en el proceso en calidad de demandantes, ésta podrá estar representado por cualquiera de sus partícipes.

Sexto.- Que en el caso de autos, los magistrados de mérito han establecido que la renuncia al pago de los intereses lo realizó el cónyuge de la accionante sin su intervención siendo que necesariamente la demandante tenía que participar en tal acto de disposición puesto que al tratarse de bienes sociales forzosamente se requiere la intervención de ambos cónyuges, o en su defecto, cualquiera pudo realizarla siempre que hubiese contado con poder especial del otro tal como lo establece el artículo 315 del Código Civil, circunstancia que no se advierte de autos no pudiendo considerarse que existió manifestación de voluntad tácita de la actora conforme alega el recurrente tanto más si el artículo 141 del Código Civil precisa que cuando la ley exige una declaración expresa como lo señala el citado artículo 315 la manifestación de voluntad tiene que darse con la intervención personal del otro cónyuge o mediante poder expreso, consecuentemente no se configura la contravención en este extremo por lo que el agravio *in procedendo* identificado como cargo a) no resulta amparable.

Sétimo.- Que ocurre lo propio con el vicio adjetivo a que se contrae el punto b), relacionado con la falta de dictamen fiscal en segunda instancia, pues si bien es cierto el artículo 21 de la Ley 17537 establece que el Ministerio Público está obligado a dictaminar en todas las instancias en los litigios en que el Estado sea parte, también lo es que concordando esta norma de carácter general con una especial como lo es el artículo 89 numeral 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que



[Inicio](#) [Búsqueda rápida](#) [Búsqueda avanzada](#) [Contáctenos](#)

Descargue las páginas dando un click en estos vínculos: 1 2 3 4 5 6

1 2 3 4 5 6

**FIGURA DE DATOS:** Resolución N° 002235-2003

**Materia:** CIVIL>ACTO JURIDICO

**Sala Suprema:** Sala Civil Permanente

**Procedencia:** CORTE SUPERIOR DE LIMA

**Tipo de Proceso:** CONOCIMIENTO

**Tipo de Recurso:** CASACION

**Tipo de Fallo:** INFUNDADO

**Fecha de Resolución:** 2004-11-09 08:47:10.0

**Magistrados:** ALFARO ALVAREZ, VASQUEZ VEJARANO, SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, PACHAS AVALOS, ESCARZA ESCARZA

[Anterior...](#)

**SENTENCIA**  
CAS. N° 2235-2003  
LIMA

3

**Segundo.-** Que la Sala de vista al absolver el grado revocó la sentencia apelada que declaró infunda la demanda y reformándola amparó la pretensión incoada en todos sus extremos arribando a la conclusión de que en la renuncia voluntaria realizada por el cónyuge de la actora al pago de los intereses liquidados en ejecución de sentencia, conforme se aprecia del acompañado, se requería la intervención tanto del codemandado Hernán Castro como de la demandante pues de conformidad con el artículo 310 del Código Civil tal concepto constituye bien social y cualquier acto de disposición sobre aquel requiere la intervención de ambos cónyuges a menos que uno otorgue poder especial al otro; asimismo, estableció que el a-quo incurre en error *in iudicando* cuando justifica que el mencionado codemandado renunció al pago de los intereses liquidados por cuanto tenía la administración de dicho bien social porque su cónyuge no intervino en la acción de garantía que determinó el pago sub-materia, sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 65 del Código Procesal Civil; no haber considerado el concepto de frutos civiles que corresponde a los intereses y no haber considerado además que no existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario como lo señala el artículo 141 -in fine- del Código Civil.

**Tercero.-** Que al haberse declarado la procedencia del recurso de casación por las causales previstas en los incisos 1° y 3° del artículo 386 del Código Procesal Civil es necesario analizar en primer término el error *in procedendo* toda vez que si se estima fundado la consecuencia directa es la nulidad de la recurrida, resultando innecesario todo pronunciamiento respecto al vicio *in iudicando*.

**Cuarto.-** Que existe contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso cuando en el desarrollo del mismo no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido



[Inicio](#)   [Búsqueda rápida](#)   [Búsqueda avanzada](#)   [Contáctenos](#)

Descargue las páginas dando un click en estos vínculos: 1 2 3 4 5 6

1   2   3   4   5   6

**FICHA DE DATOS:** Resolución N° 002235-2003

**Materia:** CIVIL>ACTO JURIDICO

**Sala Suprema:** Sala Civil Permanente

**Procedencia:** CORTE SUPERIOR DE LIMA

**Tipo de Proceso:** CONOCIMIENTO

**Tipo de Recurso:** CASACION

**Tipo de Fallo:** INFUNDADO

**Fecha de Resolución:** 2004-11-09 08:47:10.0

**Magistrados:** ALFARO ALVAREZ, VASQUEZ VEJARANO, SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, PACHAS AVALOS, ESCARZA ESCARZA

[Anterior...](#)

**SENTENCIA**  
CAS. N° 2235-2003  
LIMA

2

adquiridas por el cónyuge, es decir que sean incorporados en la esfera de la sociedad conyugal; que la norma hace la precisión de señalar que los bienes "adquiridos" por cualquiera de los cónyuges por su trabajo, industria o profesión son bienes sociales, de lo que se tiene que para considerarse sociales deben haberse incorporado en la esfera del patrimonio de los bienes conyugales y que, en tanto no sea así, los mismos no tienen la calidad de sociales; II) Respecto a la causal *in procedendo*, denuncia la contravención al debido proceso, señalando: a) Que no se ha considerado que el cobro de los intereses reclamados deriva del proceso judicial en que el codemandado Hernán Castro (entonces demandante) tenía la representación de su cónyuge conforme al artículo 65 del Código Procesal Civil, por lo tanto estaba facultado a renunciar a los intereses; y, b) Que al no haberse remitido los autos al Ministerio Público para el dictamen, como lo dispone el artículo 21 de la Ley 17537, se ha incurrido en nulidad por ser un vicio insubsanable que agrede el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil y el artículo 21 del Decreto Ley antes citado.

**3. CONSIDERANDOS:**

**Primero.-** Que de autos fluye que Dora Castillo de Castro interpuso demanda contra su cónyuge Hernán Castro Moreno y el Ministerio de Economía y Finanzas a efectos de que se declare la nulidad del acto jurídico contenido en la renuncia de pago de intereses efectuada por su cónyuge sin contar con su consentimiento, argumentando que lesiona el derecho de la recurrente pues al tratarse de un acto de disposición que afecta el patrimonio de la sociedad conyugal se requiere la participación de ambos cónyuges por lo que es nulo de pleno derecho al no haber participado la actora en él; accesoriamente, en forma acumulativa objetiva originaria, solicitó se disponga el pago de la suma que se le adeuda a su cónyuge en el marco de lo resuelto por la Resolución Directoral número 606-95-EF/43.40





[:: Inicio](#) [:: Búsqueda rápida](#) [:: Búsqueda avanzada](#) [:: Contáctenos](#)

Descargue las páginas dando un click en estos vínculos: 1 2 3 4 5 6

1 2 3 4 5 6

**FECHA DE DATOS:** Resolución N° 002235-2003

**Materia:** CIVIL>ACTO JURIDICO

**Sala Suprema:** Sala Civil Permanente

**Procedencia:** CORTE SUPERIOR DE LIMA

**Tipo de Proceso:** CONOCIMIENTO

**Tipo de Recurso:** CASACION

**Tipo de Fallo:** INFUNDADO

**Fecha de Resolución:** 2004-11-09 08:47:10.0

**Magistrados:** ALFARO ALVAREZ, VASQUEZ VEJARANO, SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, PACHAS AVALOS, ESCARZA ESCARZA

[Anterior...](#)

**SENTENCIA**  
CAS. N° 2235-2003  
LIMA

Lima, nueve de noviembre del dos mil cuatro.-

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, vista la causa número dos mil doscientos treinticinco – dos mil tres, con el acompañado, en audiencia pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

**1. MATERIA DEL RECURSO:**

Es materia del presente recurso la sentencia de vista de fojas ciento setentiocho, su fecha doce de mayo del dos mil tres, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la sentencia apelada de primera Instancia de fojas ciento veintisiete, su fecha veintidós de julio del dos mil dos que declaraba infundada la demanda y, reformándola, declara fundada la demanda en todos sus extremos ordenando que el Ministerio de Economía y Finanzas abone a la demandante el saldo pendiente de la suma recorrida por Resolución Directoral número 606-95-EF/43.40

**2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:**

Mediante resolución corriente en el cuaderno de casación, su fecha veinticuatro de febrero de dos mil cuatro, se ha declarado procedente el recurso interpuesto por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas por las causales previstas en los incisos 1° y 3° del artículo 386 del Código Procesal Civil relativas a la interpretación errónea de una norma de derecho material y a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, denunciando: 1) En cuanto a la causal *in iudicando* acusa la interpretación errónea del artículo 310 del Código Civil, toda vez que del mismo se infiere que para que las pensiones, sus devengados o intereses tengan la calidad de sociales es preciso que hayan sido

000191

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**Casación N° 1854-2000 - Lambayeque**



000192

Corte Suprema de Justicia de la República  
Jurisprudencia Sistemática**PODER JUDICIAL**  
República del Perú

:: Inicio :: Búsqueda rápida :: Búsqueda avanzada :: Contáctenos

Descargue las páginas dando un click en estos vinculos: 1 2

1 2

CAS. 1854-2000  
LAMBAYEQUE

Otorgamiento de Tarjeta de Propiedad

Lima, diecisiete de agosto  
del dos mil.-

**VISTOS; y, CONSIDERANDO:** **Primero.-** Que, don Cosme Larrain Cisneros en su condición de apoderado de don Alfonso Delgado Paz, recurre en casación a fojas doscientos once, contra la sentencia de vista de fojas ciento ochentiséis, invocando las causales previstas en los incisos primero, segundo y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil; **Segundo.-** Que, fundamentando la primera causal denuncia la interpretación errónea del artículo trescientos quince del Código Civil, expresando que la Sala Civil revoca la apelada declarando infundada la demanda al considerar que la cónyuge doña Alix Adelema Prado Palomino de Rengifo no ha intervenido en el contrato de compra venta del vehículo número XG - mil sesenticinco y su carreta, como debió ocurrir, por tratarse de un bien social y que en consecuencia dicho negocio jurídico es nulo por la falta de manifestación de voluntad de la nombrada esposa; sin advertir que ésta reconoce a fojas treintisiete el derecho del accionante, poniendo de manifiesto que ha tenido conocimiento y ha consentido expresamente la venta de los mencionados bienes, convalidando de este modo la falta de autorización requerida por la precitada norma; **Tercero.-** Que, en cuanto a la segunda causal acusa la inaplicación de los artículos mil trescientos cincuentiuno, mil trescientos cincuentidós, mil cuatrocientos doce, mil quinientos veintinueve, mil quinientos cuarentinueve y mil quinientos cincuentiuno del Código Civil, porque al prestar la cónyuge su consentimiento en la venta de los bienes se ha probado que existe un contrato entre las partes y es obligación del vendedor perfeccionar la transferencia del bien vendido y entregar la documentación respectiva; **Cuarto.-** Que, finalmente alega la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, específicamente de los artículos trescientos treinta y

...///

**FICHA DE DATOS:** Resolución N° 001854-2000  
**Materia:** CIVIL>OBLIGACIONES  
**Sala Suprema:** Sala Civil Transitoria  
**Procedencia:** CORTE SUPERIOR DE LAMBAYEQUE  
**Tipo de Proceso:** SUMARISIMO  
**Tipo de Recurso:** CASACION  
**Tipo de Fallo:** PROCEDENTE  
**Fecha de Resolución:** 2000-08-17 19:14:10.0  
**Magistrados:** URRELLO ALVAREZ, SANCHEZ PALACIOS PAIVA, ROMAN SANTISTEBAN, ECHEVARRIA ADRIANZEN, DEZA PORTUGAL

[Anterior...](#)



[:: Inicio](#) [:: Búsqueda rápida](#) [:: Búsqueda avanzada](#) [:: Contáctenos](#)

Descargue las páginas dando un click en estos vínculos: [1](#) [2](#)

1 2

**CAS. 1854-2000**  
**LAMBAYEQUE**

**Otorgamiento de Tarjeta de Propiedad**

///...

trescientos treintitrés del Código Procesal Civil, porque existe el escrito de reconocimiento de fojas treintisiete, conforme al cual los esposos demandados admiten haber cedido a título oneroso la transferencia de los mencionados bienes a favor del demandante, por lo que la Sala ha violado la esencia y validez de dicho acto de conclusión del proceso, cuando en base al allanamiento debió confirmar la apelada; **Quinto.-** Que, de lo expuesto, las causales antes referidas reúnen los requisitos de fondo que exige el apartado dos punto uno dos punto dos y dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil y de conformidad con lo previsto en el artículo trescientos noventitrés del Código Procesal Civil, **declararon PROCEDENTE** el recurso de casación de fojas doscientos once contra la sentencia de vista de fojas ciento ochentiséis, su fecha primero de junio del presente año; en los seguidos por don Alfonso Delgado Paz con don Oscar Mariño Rengifo Ruiz y otra, sobre Otorgamiento de Tarjeta de Propiedad; en consecuencia **DESIGNESE** oportunamente para la vista de la causa.-

**S.S.**  
**URRELLO A.**  
**SANCHEZ PALACIOS P.**  
**ROMAN S.**  
**ECHEVARRIA A.**  
**DEZA P.**

**FICHA DE DATOS:** Resolución N° 001854-2000  
**Materia:** CIVIL>OBLIGACIONES  
**Sala Suprema:** Sala Civil Transitoria  
**Procedencia:** CORTE SUPERIOR DE LAMBAYEQUE  
**Tipo de Proceso:** SUMARISIMO  
**Tipo de Recurso:** CASACION  
**Tipo de Fallo:** PROCEDENTE  
**Fecha de Resolución:** 2000-08-17 19:14:10.0  
**Magistrados:** URRELLO ALVAREZ, SANCHEZ PALACIOS PAIVA, ROMAN SANTISTEBAN, ECHEVARRIA ADRIANZEN, DEZA PORTUGAL

[Anterior...](#)

# **Pleno Jurisdiccional Distrital Civil**

**“Los Daños derivados del Despido de un Trabajador”**



## LOS DAÑOS DERIVADOS DEL DESPIDO DE UN TRABAJADOR ¿Son de naturaleza extracontractual?

CAS. N° 1916-2007-SAN MARTÍN  
SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA  
CORTE SUPREMA

**DEMANDANTE** Darío Hidalgo Meléndez

**DEMANDADA** Municipalidad Provincial de San Martín

**MATERIA** Indemnización por daños y perjuicios

**FECHA** 7 de julio del 2008 (publicada en la separata Sentencias en Casación del diario oficial El Peruano del 02/02/2009)

**TEMA  
RELEVANTE**

*La indemnización por los daños ocasionados al trabajador y a su familia al no percibir ingresos durante los meses que duró el proceso de amparo hasta su reincorporación, es una de naturaleza extracontractual, pues no se requiere el resarcimiento de un daño producto de la inexecución o incumplimiento de un contrato de trabajo, sino que es consecuencia de la declaración de arbitrariedad de un despido dictado por el juez constitucional.*

### BASE LEGAL:

Código Civil: arts 1969 y ss.

**CAS. N° 1916-2007-SAN MARTÍN.** Indemnización por daños y perjuicios. Lima, siete de julio del año dos mil ocho.- **LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número, mil novecientos dieciséis - dos mil siete, con los acompañados, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, con lo expuesto en el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Civil, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Darío Hidalgo Meléndez mediante escrito de fojas setenta y ocho, contra la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas setenta y cuatro, su fecha primero de diciembre del año dos mil seis, que confirma la sentencia apelada de fojas cincuenta y dos que declara infundada la demanda

interpuesta, sin costas ni costos; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución del quince de agosto del año dos mil siete, por la causal prevista en el inciso tercero del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual el recurrente denuncia la **contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**, pues la no presentación de pruebas que acrediten la pretensión indemnizatoria, no es determinante para verificar si existe o no un daño ocasionado al suscrito y a su familia durante el tiempo que no tuvo trabajo, porque para determinar si hubieron o no daños, se tiene que tomar en cuenta que todo despido arbitrario trae como consecuencia un daño y este, a su vez, debe ser resarcido. Para determinar el *quantum* indemnizatorio, se debe verificar la relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido, así como el daño moral y el lucro cesante, hechos que no han sido analizados por la Sala Superior y que, en el caso concreto, se han fundamentado en el despido

FALLO  
ANTERIOR

*"Todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo sufre, (...) razón por la cual nuestra legislación laboral ha establecido una tarifa indemnizatoria; que este sistema tarifario es interpretado por la doctrina tradicional como aquella que cubre la totalidad de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que se consiga directa o indirectamente por la resolución del contrato, mientras que otros autores opinan que la indemnización tarifaria solo involucra el aspecto laboral, mas no el civil" (Cas. N° 399-99-Lima).*



**[ENTRE CORCHETES]: COMENTARIOS Y ANOTACIONES**

arbitrario reconocido en el proceso de amparo a través del cual se ordenó su reincorporación. Su despido ilegal y arbitrario fue un acto unilateral causado por la entidad demandada, quien rompió el vínculo laboral, a sabiendas que existía la Ley veinticuatro mil cuarenta y uno, y esperó siete meses y cuatro días para ser reincorporado, tiempo en el que el recurrente no percibió su remuneración, acarreando consecuencias dañinas tanto para él como para su familia las que merecen ser resarcidas. La Sala Superior debió tener en cuenta el principio *iura novit curia* y corregir el derecho mal o insuficientemente invocado por las partes, siempre y cuando guarde congruencia con los hechos planteados en la demanda, y no como erróneamente se aduce que por haberse enmarcado la demanda dentro de los alcances de la responsabilidad extracontractual y no de responsabilidad contractual, el litigante puede ser el perjudicado, hecho arbitrario que contraviene toda la normatividad vigente; y, **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, constituye un hecho probado que se acredita con el expediente seguido entre las mismas partes sobre acción de amparo (hoy proceso de amparo), que el demandante Darío Hidalgo Meléndez fue despedido de forma arbitraria de su centro de labores, la Municipalidad Provincial de San Martín, no obstante encontrándose este protegido por los alcances del artículo primero de la Ley veinticuatro mil cuarenta y uno y que, por tanto, tenía derecho a la estabilidad laboral, por lo que la entidad demandada no podía separarlo salvo la comisión de una falta grave y previo proceso administrativo disciplinario; supuestos que no se configuraron en dicho caso; **Segundo.-** Que, sobre la base de tal hecho acreditado, Darío Hidalgo Meléndez interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios, para efectos de obtener un resarcimiento por el lucro cesante y el daño moral ocasionados a él y a su familia, al no haber percibido ingresos durante más de siete meses que duró el proceso de amparo hasta su reincorporación; **Tercero.-** Que, tanto la sentencia apelada como la sentencia de vista han declarado infundada la demanda por improbanza de la pretensión; al no existir –a criterio de las instancias de mérito– pruebas que acrediten los daños que se alegan, habiendo incluso señalado el a quo, en el noveno considerando de su resolución, que la Municipalidad actuó en el ejercicio regular de un derecho al disponer el cese del trabajador, no obstante que –como se dijo– en el proceso de amparo se estableció que tal despido era arbitrario y contravenía normas constitucionales y legales; **Cuarto.-** Que, los magistrados no han tenido en cuenta que el expediente de amparo se tramitó bajo los alcances de la derogada Ley de Hábeas Corpus y Amparo número veintitrés mil quinientos seis, en cuyo artículo décimo primero se establecía que: “Si al concluir los procedimientos de Hábeas Corpus y Amparo, se ha identificado al responsable de la agresión, se mandará abrir la instrucción correspondiente. Tratándose de alguna autoridad o funcionario público, además de la pena que corresponda, se le impondrá la destitución en el cargo y no podrá ejercer función pública hasta pasados dos años de cumplida la condena principal. Se condenará asimismo al responsable al pago de las costas del juicio y a una indemnización por el daño causado”. Si bien es cierto que

en el expediente de amparo el juez constitucional no se pronunció sobre tales aspectos, ello no impide al agraviado solicitar en vía de acción el resarcimiento que la ley reconoce a su favor por la violación de sus derechos constitucionales; **Quinto.-** Que, en tal sentido, se tiene que la prueba que acredita la existencia del daño, para el caso concreto, se constituye básicamente en el expediente de amparo, cuyo análisis debe complementarse recurriendo a los sucedáneos de los medios probatorios, teniendo en cuenta la declaración asimilada de la entidad emplazada y los términos expuestos en su escrito de contestación. Por lo demás, como quiera que el actor persigue igualmente un resarcimiento por el daño moral debido a la aflicción psicológica causada a consecuencia del despido, tal aspecto merece ser igualmente motivado; **Sexto.-** Que, de otro lado, respecto al derecho aplicable en autos, el juez de la causa estableció con claridad –coincidiendo con los términos de la demanda– que la pretensión indemnizatoria es una por responsabilidad extracontractual que se rige por lo dispuesto en los artículos mil novecientos sesenta y nueve, mil novecientos ochenta y cuatro y mil novecientos ochenta y cinco del Código Civil, aunque finalmente declaró infundada la demanda según se detalla en el tercer considerando de la presente resolución. Si bien es cierto que al apelar la sentencia, el demandante señaló erradamente que aquella resolución se sustentó en los artículos mil trescientos veintiuno, mil trescientos veintidós y mil trescientos veintitres del Código Civil, tal incongruencia no fue advertida por la Sala Superior quien, por el contrario, estimó correcto el presunto (e inexistente) razonamiento del a quo y concluyó que la responsabilidad en debate es una de carácter contractual por derivar de un incumplimiento de contrato; **Sétimo.-** Que, no obstante ello, debe quedar en claro que la indemnización que se reclama es una de naturaleza extracontractual, pues no se requiere el resarcimiento de un daño producto de la inexecución o incumplimiento de un contrato de trabajo, sino que es consecuencia de la declaración de arbitrariedad de un despido dictado por el juez constitucional[1]; **Octavo.-** Que, siendo así, al configurarse la causal procesal denunciada, en virtud a los fundamentos señalados en los considerandos precedentes, el recurso de casación debe ampararse y proceder conforme a lo dispuesto en el numeral dos punto tres inciso segundo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil; **RESOLUCIÓN:** declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Darío Hidalgo Meléndez mediante escrito de fojas setenta y ocho; **CASARON** la resolución impugnada; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas setenta y cuatro, su fecha primero de diciembre del año dos mil seis; **MANDARON** que la Sala Superior emita nueva resolución, con arreglo a derecho y a lo actuado; **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Darío Hidalgo Meléndez contra la Municipalidad Provincial de San Martín; sobre indemnización por daños y perjuicios; y los devolvieron; interviniendo como Vocal Ponente el señor Ticona Postigo.

SS. TICONA POSTIGO, SOLÍS ESPINOZA, PALOMINO GARCÍA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA

**ENTRE CORCHETES:  
COMENTARIOS Y ANOTACIONES**

**[1]** *En este caso el trabajador solicitó en sede civil un resarcimiento por daños y perjuicios (lucro cesante y daño moral) ocasionados por el tiempo que duró el proceso de amparo que ordenó su reposición; lo cual nos genera las siguientes preguntas: ¿procede el pago de un resarcimiento por daños y perjuicios o basta con el pago de las remuneraciones caídas? ¿Quién tiene la competencia para pronunciarse sobre esta clase de pretensiones?*

*Desde nuestra perspectiva, no existe ningún inconveniente para que un trabajador, luego de su reposición, solicite un resarcimiento por los daños ocasionados por el despido arbitrario; ya que, en primer lugar, el cobro de remuneraciones caídas es un concepto totalmente distinto de esta clase de resarcimiento, si traemos a colación lo que señala la jurisprudencia en el sentido de que "si bien es cierto el incumplimiento unilateral del empleador de su obligación contractual de proporcionar trabajo a sus servidores, con posterior reincorporación, produce el cese temporal de los mismos, puede generar daños; también lo es, que no es la vía de cobro de remuneraciones, la pertinente para resarcirlos, estando a que jurídica y gramaticalmente significa 'la remuneración', en el sentido de ser una contraprestación por el trabajo efectivamente realizado"<sup>(1)</sup>. Como se puede colegir existe una clara diferencia entre ambos conceptos, al cumplir funciones diferentes; las remuneraciones caídas apuntan al pago de todas las contraprestaciones dejadas de percibir en una relación jurídica que nuestras cortes entienden suspendidas (esta clase de cese carece de validez y eficacia jurídica para extinguir la relación laboral)<sup>(2)</sup>; mientras que el resarcimiento cumple la función de reparar integralmente cualquier desmedro económico o aflicción emocional que puede el trabajador haber sufrido producto de actos que tuvieron como origen el despido.*

*En segundo lugar, el resarcimiento solicitado difiere de la indemnización por despido arbitrario, si tenemos en cuenta que esta no pretende el restablecimiento por equivalencia del statu quo ante, es decir, del estado de cosas anterior al evento dañoso; lo que se hace es menos ambicioso: asignar, sencillamente, una cantidad en dinero que puede o no corresponder a los daños causados. La indemnización por despido arbitrario no es debida en virtud de que se ha ocasionado un daño, sino del hecho ulterior de que las condiciones económicas de las partes son distintas entre sí; en ese sentido, las reglas que le aplicamos son distintas. En la indemnización por despido arbitrario no entran a colación los componentes normales del resarcimiento (daño emergente, lucro cesante y daño moral), sino que corresponde una restauración económica que es inferior, en todo caso, al resarcimiento íntegro. El resarcimiento, en cambio, siempre debe cubrir el monto del daño jurídicamente relevante, tiene como fundamento la imputación del daño a un sujeto ("responsable" de este) y es estimado en su quantum según la dimensión del daño mismo; en ese sentido, el resarcimiento es el instrumento típico de reparación de los daños<sup>(3)</sup>.*

*En suma, podemos apreciar que no existe divergencia ni contraposición en que se reclamen los conceptos de indemnización por despido arbitrario y de daños y perjuicios por separado si el trabajador hubiera sufrido un daño jurídicamente relevante producto del despido, que dependiendo del caso concreto, puede abarcar el daño emergente, el lucro cesante e, incluso, el daño moral. Así por ejemplo, si hubiera despedido a un trabajador bajo la acusación de haber sustraído bienes de la empresa, y luego se descubriera la falsedad de la imputación, podría demandarse el resarcimiento por los daños que se ocasionaron al cuestionarse el honor, los cuales si bien tienen su origen en el despido, no son alcanzados a ser indemnizados por el monto señalado por ley; con ello no señalamos que procede el resarcimiento en todos los casos, sino que dependerá necesariamente de las circunstancias que envuelvan el despido en cada caso particular.*

*Por otro lado, nos parece cuestionable que se señale que estos daños son de naturaleza extracontractual, bajo el argumento de que no es "un daño producto de la inexecución o incumplimiento de un contrato de trabajo, sino que es consecuencia de la declaración de arbitrariedad de un despido dictado por el juez constitucional". Esto*

(1) Cas. N° 1793-2000-Lima, Data 35,000. Gaceta Jurídica.

(2) Cas. N° 1724-2004-Lima, Data 35,000. Gaceta Jurídica.

(3) Sobre el particular, revítese la autorizada opinión de: LEÓN, Leysser L. "Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 63, Normas Legales, Trujillo, julio-agosto del 2005, p. 136 y ss.

---

**[ENTRE CORCHETES]: COMENTARIOS Y ANOTACIONES**

no nos parece correcto si tenemos en cuenta que existe un claro nexo de causalidad entre el hecho dañoso y el incumplimiento del contrato de trabajo (el despido), pues de todas las condiciones que pueden ocasionar el daño, el despido viene a ser la más idónea y no la sentencia del juez constitucional; esta solo tiene un efecto declarativo al reconocer que se produjo el daño, mas no es el origen de este. En ese sentido, dado que el evento dañoso deriva del incumplimiento del contrato de trabajo, la naturaleza jurídica de esta clase de daños debe ser contractual y no extracontractual.

Finalmente, otro tema que nos llama la atención es la competencia del juez civil en este caso. Traemos ello a colación, porque según el pleno jurisdiccional del año 2000: "[e]s competencia de los jueces de trabajo conocer y resolver las demandas de indemnización por daños y perjuicios originadas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo". Presumimos que los jueces civiles al haber catalogado esta clase de daños como extracontractuales consideraron que era de su competencia avocarse al proceso, pero, como estos daños son de naturaleza contractual, necesariamente deben verse en sede laboral. Esperemos que la Corte Suprema cambie de criterio en este extremo.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Quinta edición corregida, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- LEÓN, Leysser L. "Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 63, Normas Legales, Trujillo, julio-agosto del 2005.
- QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. *El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**“Incapacidad de Discernimiento e Indemnización Equitativa. Apuntes sobre el Artículo 1977 del Código Civil Peruano”**



# INCAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO E INDEMNIZACIÓN EQUITATIVA APUNTES SOBRE EL ARTÍCULO 1977 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

LEYSSER L. LEÓN\*

**Sumario:** 1. Propósito y orden de la exposición. 2. Planteamiento del problema. Antecedentes del artículo 1977. Retrospectiva del artículo 2047, 2º párrafo del Código Civil italiano. El legado germánico y las raíces iusnaturalistas de la equidad aplicada en los casos de daños cometidos por incapaces naturales. Referencias sobre el derecho romano. 3. Explicación de la llamada "responsabilidad" del incapaz de discernimiento. Su pretendida naturaleza objetiva. Argumentos para su calificación como figura de responsabilidad por culpa: de la culpa "subjetiva" a la culpa "objetiva". Posición personal: razones para excluir el supuesto del ámbito de la responsabilidad civil. 4. El papel de la equidad en la "responsabilidad" del incapaz de discernimiento. Negación de su valor como principio de responsabilidad civil y como criterio de imputación (de responsabilidad civil). La situación económica de las partes como verdadero criterio de imputación (de consecuencias jurídicas). El aspecto "equitativo" de la indemnización judicialmente determinada. 5. Cuestiones prácticas. El carácter subsidiario de la indemnización y su liquidación equitativa en la experiencia jurisprudencial italiana. Otros aspectos aplicativos importantes. 6. Consideraciones finales. Política del derecho y tendencias actuales de la doctrina hacia el reconocimiento de la plena responsabilidad civil de los incapaces de discernimiento.

---

\* Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Honorario de la Universidad Particular de Chiclayo. Doctorando en Derecho Civil en la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Diplomado en Lengua y Cultura italianas por la Università per Stranieri di Perugia (Italia). Diplomado en Derecho de las Nuevas Tecnologías por la Universidad Complutense de Madrid (España). *Visiting researcher* en la Universität Hamburg y en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (mayo-octubre, 2005).

### 1. Propósito y orden de la exposición.

No podía pasar inadvertida para nuestra mejor doctrina la creciente circulación de membretes que se asocian, sin ninguna reflexión de por medio, con artículos del Código Civil y que "van poco a poco adhiriéndose a las mentes y creando un andamio interpretativo que orienta al legislador y al juez por una dirección equivocada"<sup>1</sup>.

Acerca del artículo 1977 de nuestro Código Civil circulan, por ejemplo, dos lugares comunes, a saber, que se trataría de un supuesto de "responsabilidad civil objetiva", y que el criterio de imputación allí plasmado es la "equidad".

Este es sólo uno de los tantos errores a los que conduce, irremediablemente, el superficial discurso en torno de los "factores de imputabilidad" o "factores de atribución", de cuño argentino.

Sería difícil encontrar una síntesis más perfecta de tan desaconsejable perspectiva que la registrada en una obra cuya primera edición se remonta a 1972, y que reproduzco a continuación:

"Ciñéndonos ahora a nuestro régimen legal después de la reforma introducida al Código Civil en 1968 por la ley 17.711, podemos considerar que existen dos factores de imputabilidad subjetiva: el dolo y la culpa; y cinco factores objetivos de atribución legal de responsabilidad: el riesgo, la garantía, la equidad, el abuso del derecho y el exceso de la normal tolerancia"<sup>2</sup>(!).

Fuera de su absoluta carencia de valor sistemático y del sustancial error de perspectiva que la informa, creo que para desatender la prédica anterior no se necesita más que leer bien lo que su autor ha escrito.

En nuestro país, se habla de "principios de responsabilidad"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando, "El Código Civil de 1984: ¿Vejez prematura o declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre", en "Thémis-Revista de derecho", 2ª. época, num. 49, Lima, 2004, pág. 31.

Esta preocupante constatación del profesor DE TRAZEGNIES, quien señala el certero ejemplo de la equívoca asociación del artículo 1355 del Código Civil con el llamado "dirigismo contractual", comprende, como no, los membretes mecánicamente adosados a las disposiciones en materia de responsabilidad extracontractual: "art. 1969 = responsabilidad subjetiva", "art. 1970 = responsabilidad objetiva", "art. 1972 = ruptura del nexo causal", etc., además, como se verá, del aquí estudiado.

<sup>2</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 318 (las cursivas son añadidas).

Este es el esquema que adopta, entre nosotros, ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 2ª. ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, págs. 106 y ss., especialmente, en relación con la equidad, págs. 128 y ss.

El nexo entre la indemnización equitativa y la responsabilidad "objetiva" es, sin embargo, de más antigua data. Ya durante la vigencia del Código Civil de 1936, Manuel Augusto OLAECHEA, "El problema de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil", en "Revista de jurisprudencia peruana. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia", num. 8, julio de 1944, pág. XIV, anotaba "tampoco la responsabilidad se deriva, en toda circunstancia, de la capacidad jurídica o moral del agente del daño. Hay en ciertas situaciones un elemento preponderante de riesgo que tiende a objetivar la responsabilidad. Se observa este elemento en las reglas que imponen, *aun tratándose de incapaces que han proceado sin conciencia de sus actos*, o de algunos que por razón de edad o de contrato, están bajo la dependencia de otras persona. Estas causas miran a un interés social y están inspirados por una profunda exigencia de equidad" (las cursivas son añadidas).

En el mismo sentido, pero respecto del Código Civil de 1984, opinaba LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentario sub art. 1977*, en COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISION DEL CODIGO CIVIL DE 1936, *Código Civil*, VI; *Exposición de motivos y comentarios*, compilación al cuidado de Delia REVOREDO, Okura Editores, Lima, 1985, pág. 804: "esta reparación que pone el artículo 1977 [...] es sólo una que se puede considerar existente por excepción, por aplicación de una responsabilidad *objetiva*" (las cursivas son añadidas).

<sup>3</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, t. I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, págs. 129 y sgtes.

Fuera de su acogida implícita como "criterios de imputación", es eso, "principios de responsabilidad". *Haftungsprinzipien* como los sistematiza un autor austriaco<sup>4</sup>, lo que son, en último análisis, la "culpa" (que, inútil es señalarlo, abarca al dolo), el "riesgo", la "exposición al peligro"<sup>5</sup>, etc.

Digresiones a un lado, mi propósito en los apuntes siguientes es exponer las razones por las cuales todas las blandas convicciones que se han formado y divulgado en torno del artículo 1977 del Código Civil peruano carecen de fundamento.

Mi tesis, en breve, es que lo decidido por nuestro legislador no es más que la remisión al juez de la imposición de una obligación pecuniaria y subsidiaria a quien no puede ser considerado civilmente responsable. Dicha obligación debe calificarse como "indemnización" y no como "resarcimiento", porque este término sólo sería adecuado si se tratara de una verdadera figura de responsabilidad civil. El monto de tal prestación indemnizatoria se determina atendiendo a la situación económica de ambas partes, y su cuantificación tiene que efectuarse con arreglo a la equidad, la cual opera, entonces, como criterio de liquidación de la suma a abonar, mas no de imputación.

Recurriré, para mi labor, a las bases históricas de la norma. Una vez reve-

ladas, existirán elementos para poner en cuestión la opinión corriente desde un punto de vista teórico y, en definitiva, práctico. En el último acápite, desde una óptica netamente comparatística, señalaré algunas de las áreas en que la norma ha tenido aplicación en el ordenamiento jurídico italiano, donde ella también ha sido prevista.

## **2. Planteamiento del problema. Antecedentes del artículo 1977. Retrospectiva del artículo 2047, 2º. párrafo del Código Civil italiano. El legado germánico y las raíces iusnaturalistas de la equidad aplicada en los casos de daños cometidos por incapaces naturales. Referencias sobre el derecho romano.**

La doctrina enseña que la "incapacidad natural", también llamada "incapacidad de entender y de querer" o, entre nosotros, "incapacidad de discernimiento", puede incidir de dos formas en la actividad jurídica de los sujetos: en los actos lícitos afecta la estructura misma del acto, su integridad o su validez; en los actos ilícitos, en cambio, el hecho que produce las consecuencias jurídicas, es decir, el daño que se enlaza con una conducta humana, existe de todos modos. En el segundo caso, la falta de discernimien-

<sup>4</sup> BARTA, Heinz, *Zivilrecht Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, parte I, Universität Innsbruck, Viena, 2004, págs. 634 y sgtes.

<sup>5</sup> Los civilistas alemanes que nos son más familiares hablan, precisamente, de *Verschuldensgrundsatz* o *Verschuldensprinzip* ("principio de la culpa") y de *Gefährdungsgrundsatz* ("principio del peligro"): ENNECCERUS, Ludwig y Heinrich LEHMANN, *Schuldrecht*, 15ª. ed., en ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; y Martin WOLFF, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1958, § 229, págs. 920 y sgtes. STOLL, Hans, *Consequences of Liability: Remedies*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, cap. 8, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, Mouton, La Haya-Paris, y Oceana Publications Inc., Nueva York, 1972, emplea la expresión "*principle of equitable liability*".



to entra en escena, únicamente, en lo que atañe a la responsabilidad<sup>6</sup>.

Se aclara, así mismo, que la "incapacidad legal" o "de ejercicio" sólo tiene verdadera relevancia en el ámbito de lo lícito<sup>7</sup>. En cambio, para la imputación de la responsabilidad aquiliana lo que se debe verificar, ante todo, es si el incapaz ha obrado o no con discernimiento.

Lo decisivo para la responsabilidad civil, entonces, es menos la capacidad, formalmente considerada, que el discernimiento<sup>8</sup>, es decir, "aquel mínimo de aptitud psíquica para conducirse y valorar las consecuencias del propio obrar, que parece ser indispensable para que, según los criterios de juicio brindados por el sentido común, el hecho dañoso, que se toma concretamente en consideración, pueda calificarse como expresión de la libre decisión y acción de aquel que lo ha llevado a cabo materialmente"<sup>9</sup>.

Entre las razones que se aducen para justificar esta opinión, cuando se trata, por ejemplo, de menores de

edad, está la premisa de que el "sentido de los negocios" se adquiere mucho más tarde que el "patrimonio de experiencia y de conocimiento" sobre lo que es lícito o ilícito<sup>10</sup>.

Todo ello tiene reflejo en el plano legislativo.

La máxima es que los contratos celebrados por personas sujetas a incapacidad relativa son válidos, pero anulables (art. 221, n. 1 del Código Civil). El discernimiento sólo entra a tallar, en materia contractual, cuando hay que dirimir la validez de los negocios realizados por los incapaces absolutos. Y la solución, entre nosotros, es que éstos pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria, justamente, si no están privados de discernimiento (art. 1358); en todos los demás casos, el negocio jurídico será nulo (art. 219, n. 1).

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, lo prescrito es que "no hay responsabilidad" por el daño causado causado por persona incapaz

<sup>6</sup> PIETROBON, Vittorino, voz "*Incapacità naturale*", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, pág. 5 (de la separata).

<sup>7</sup> CARIOTA FERRARA, Luigi, "*Incapacità e atto illecito*" (1933), ahora en ID., *Scritti minori*, ESI, Nápoles, 1986, págs. 586 y sgtes., quien explica (*ivi*, pág. 586, nota 41) que las distintas especies de incapacidad son excepciones señaladas por la ley respecto de la capacidad normal, de modo que no pueden valer más allá de las relaciones jurídicas para las cuales han sido creadas, y es claro que la incapacidad de ejercicio es prevista pensando en el testamento y en los contratos.

<sup>8</sup> DE TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. I, pág. 439: "no es la capacidad lo que determina la responsabilidad, sino el discernimiento".

Ya CORNEJO, Angel Gustavo, *Código Civil - Exposición sistemática y comentario*, t. I, *Titulo preliminar - Derecho de las personas - Actos jurídicos*, Librería e Imprenta "Gil", Lima, 1937, pág. 376, comentaba, en relación con el artículo 1140 del Código Civil de 1936: "el menor de edad puede, sí, obrar con discernimiento en ciertos casos (después de los 7 a 10 años), y no repugna al buen sentido que bajo esa condición quede obligado a la indemnización del daño originado por hecho propio. Su incapacidad penal, que lo hace inimputable, no obsta a la responsabilidad civil, que opera sólo en el campo patrimonial". Sobre este antecedente del actual artículo 1977 del Código Civil de 1984, véase *infra*, nota (18bis).

<sup>9</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato, "*Responsabilità civile*" (1968), ahora en ID., *Scritti giuridici*, vol. I, *Scritti di diritto civile*, Cedam, Padua, 1996, pág. 335.

<sup>10</sup> BARBERO, Domenico, "*Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito*", en "*Rivista di diritto civile*", año VI, 1960, parte I, pág. 577; ID., *Sistema del diritto privato italiano*, 6ª. ed., vol. II, Utet, Turin, 1965, pág. 819; más recientemente: GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, 10ª. ed., ESI, Nápoles, 2003, pág. 700.

la nueva actuación sin discernimiento. En el caso responde su representante legal (art. 1976).

El mandato del examen causalístico resulta que el evento generador del daño tiene como autor a un incapaz, lo que obisigue, entonces, es verificar si el agente ha obrado con discernimiento.

El propio sentido común rechaza la idea de que se someta a consecuencias jurídicas desfavorables a quien no ha estado en posibilidad de comprender el significado de su comportamiento<sup>11</sup>.

Además, si la institución jurídica de la responsabilidad civil, como unánimemente se admite, cumple múltiples funciones, entre ellas la de prevención, es claro que nada se conseguiría responsabilizando a quien no tiene la posibilidad de comprender lo que el orde-

namiento impone, ni de obrar, en términos generales, de una manera tal que evite que los demás resulten perjudicados<sup>12</sup>.

Indudablemente, "la prevención implica la conciencia subjetiva acerca de «que cosa» se debe prevenir y del «cómo» es posible hacerlo"<sup>13</sup>.

La capacidad de discernimiento es, entonces, presupuesto de la responsabilidad civil o, si se prefiere, "presupuesto de la imputación de los efectos resarcitorios previstos por el ordenamiento a cargo del agente"<sup>14</sup>.

El derecho civil -hay que resaltarlo- no modifica la paternidad del comportamiento que genera los daños; lo que hace es decirnos que una obligación resarcitoria no nace en la esfera del incapaz-agente directo.

<sup>11</sup> CORSARO, Luigi, *L'imputazione del fatto illecito*, Giuffrè, Milan, 1969, pág. 105.

"La función de la capacidad se comprende -añade el autor (ivi, pag. 109)- solo si se considera que el ordenamiento adopta y nace suyo el principio de alto valor moral según el cual las consecuencias jurídicas pueden surgir únicamente de comportamientos libres y conscientes (o, por lo menos, potencialmente conscientes)".

<sup>12</sup> Es probable, y hasta común -senala CORSARO (*op. cit.*, págs. 116-117)- que quien tiene una madurez tal que le es dado entender la carga causal de su comportamiento y su cualidad de fuente de consecuencias jurídicas, este en grado de comprender, atendiendo a dicha madurez, de manera sumaria y acaso genérica, los principales y más notorios valores que el ordenamiento tutela; en pocas palabras, el es normalmente capaz de entender que su comportamiento, en tanto y en cuanto productivo de un determinado evento, es contrario a las exigencias de la vida en común".

En igual sentido se pronuncia FORCHIELLI, Paolo, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1983, pág. 95: "nuestro sistema de responsabilidad civil se mantiene fiel al principio por el cual, como regla, no se pueden atribuir a un sujeto efectos jurídicos si falta en él una cierta madurez, que es garantía de decisiones (no sólo formalmente) libres y ponderadas. La «responsabilidad», en conclusión, concierne solo al ciudadano maduro y, por la misma razón, responsable".

<sup>13</sup> CORSARO, *op. cit.*, págs. 106-107.

En opinión de VENCHIARUTTI, Angelo, 'La responsabilità dell'incapace', en ALPA, Guido y Mario BESSONE, *La responsabilità civile*, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigliani*, Utet, Turin, 1968, pag. 206: la regla responde al principio según el cual "el ordenamiento no preve y no puede imponer reglas de conducta que los sujetos, a los cuales dichas reglas se dirigen, no están en condición de conocer ni observar. En el sistema de la responsabilidad civil, en particular, la sanción prevista en caso de daños de daños derivantes de acto ilícito es justificable solo cuando la amenaza de la sanción misma pueda desarrollar efectivamente una función preventiva, o sea, en los casos en que el agente sea capaz de entender y de querer -aun pudiendo obrar de manera conforme al derecho- haya desarrollado, mas bien, un comportamiento lesivo con la conciencia y voluntad de lesionar injustamente, o acaso por negligencia o negligencia".

<sup>14</sup> CORSARO, *op. cit.*, pag. 107.

En palabras de VISINTINI, Giovanna, 'Imputabilità e danno cagionato dall'incapace', en 'La nuova giurisprudenza civile commentata', 1986, parte II, pag. 121: la capacidad de discernimiento constituye "un presupuesto indeclinable de la responsabilidad penal y civil".

En la situación planteada, el camino normalmente seguido en los ordenamientos jurídicos que comparten la tradición del *civil law* -y el nuestro no constituye una excepción- es el de encaminar la responsabilidad civil hacia un sujeto distinto del autor de los daños: puede tratarse del que tiene bajo su cuidado al incapaz, o bien -ésta es la solución peruana- de su representante legal (art. 1976).

Dice un autor que cuando está de por medio una situación de incapacidad, el hecho sólo puede ser considerado como *factum humanum* respecto de su agente, como una "fuerza viva" que obra; en virtud de la ley, su causa humana pasa a ser identificada en otra persona<sup>15</sup>. Con peculiar lenguaje, otro estudioso apunta, respecto de los hechos de los dementes, que ellos son sólo en apariencia el resultado de un proceso volitivo: lo que en realidad los sustenta es "una serie de impulsos incontrolables cuyos orígenes se pierden en la profundidad misteriosa de su cerebro en tinieblas"<sup>16</sup>.

Aquí no viene al caso explicar las razones de política legislativa por las cuales se ha establecido que en la situación propuesta es el representante legal quien debe responder. Variadas son las teorías que se han formulado al respecto, sobre todo en la doctrina

de países en los cuales la imputación de responsabilidad obedece, en estos casos, no a una reconducción directa y legalmente impuesta de las consecuencias (como en Perú), sino a consideraciones ligadas con el ejercicio de la vigilancia del incapaz<sup>17</sup>, o sea, con la mejor posición de aquel que lo tiene bajo su cuidado para neutralizar las posibilidades de que ocasione daños a los demás<sup>18</sup>.

No es éste el tema que trataré en esta oportunidad.

Lo que ahora me interesa analizar, más bien, es el supuesto en el cual dicho mecanismo de imputación *ex lege* de una obligación resarcitoria no rinde frutos (por inexistencia del representante) o, aun siendo posible, no es realizable en la práctica (imposibilidad del representante para asumir las consecuencias jurídico-patrimoniales de lo hecho por el agente directo de los daños).

En dicho contexto, el legislador tiene dos opciones: o deja la situación tal como está, con la víctima asumiendo plenamente daños que bien podrían asimilarse a los producidos por una catástrofe natural; o bien interviene aportando un correctivo, concediendo un remedio.

<sup>15</sup> Es la opinión de BARBERO, "Criterio di nascita e criteri di propagazione nella responsabilità per fatto illecito", cit., pág. 577.

<sup>16</sup> MICCIO, Renato, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, 2ª. ed., en *Commentario del Codice civile*, Utet, Turin, 1966, pág. 800.

<sup>17</sup> SCOGNAMIGLIO, "Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva" (1968), ahora en ID., *Scritti giuridici*, cit., vol. I, pág. 412.

Hay también quien dice que la "paternidad espiritual" del evento dañoso realizado por el incapaz de discernimiento tiene que referirse directamente a la esfera de comportamiento de quien lo tiene bajo su cuidado: ALAJMO, Michele, "In tema di responsabilità civile: Osservazioni sul rapporto tra responsabilità per colpa e responsabilità per rischio. Il fatto dannoso dell'incapace", en "Giustizia civile", año XXXVI, 1986, parte II, pág. 188.

<sup>18</sup> La referencia es de CORSARO, voz "Responsabilità civile I) Diritto civile", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, pág. 16 (de la separata).

En el Código Civil peruano de 1984 se ha dado solución al tema con lo dispuesto en el artículo 1977, a través del cual, prosiguiendo por el camino trazado en el derogado Código Civil de 1936<sup>18b)</sup>, hemos hecho nuestra una norma que, desde un punto de vista histórico-comparatístico, se cuenta entre las de elaboración más fascinantes.

Lo que conjuntamente se establece en los artículos 1976 y 1977 del Código

Civil peruano es, a primera vista, una contradicción<sup>19</sup>; en primer lugar, como he recordado, que "no hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal"; en segundo lugar, que "si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo".

<sup>18b)</sup> En el artículo 1140 del Código Civil de 1936, acaso por derivación directa del Proyecto franco-italiano de Código de Obligaciones y Contratos de 1927 (véase *infra*, en este mismo acápite), se establecía que "en caso de daño causado por un incapaz privado de discernimiento, si la víctima no ha podido obtener la reparación de la persona que lo tiene bajo su guarda, el juez puede, en vista de la situación de las partes, condenar al mismo autor del daño a una indemnización equitativa".

Como se aprecia, empero, en el artículo 1977 del Código Civil peruano vigente no ha conservado la referencia a la "guarda" del incapaz de discernimiento. En tal sentido, el Código Civil de 1936 resultaba más fiel al citado Proyecto franco-italiano. Llama la atención que este esencial antecedente histórico, de nuestra propia legislación, sea ignorado por ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, pág. 128, quien señala, inexactamente, que el artículo 2047 del Código Civil italiano "inspiró" al artículo 1977 del Código Civil peruano de 1984.

Ya LEÓN BARANDIARÁN, citado por GUZMÁN FERRER, Fernando, *Código Civil (Antecedentes - Concordancias - Exposición de motivos - Comentarios - Doctrina - Jurisprudencia)*, 3ª. ed., t. III, Editorial Universo, Lima, 1977, pág. 773, identificaba como antecedente del artículo 1140 del Código Civil de 1936 el § 829 del BGB (véase también *infra*, en este mismo acápite). El propio LEÓN BARANDIARÁN, en su *Comentario sub art. 1977*, cit., pág. 804, anotaba que "el artículo 1977 da una solución que ya aparece en el artículo 1110 del Código anterior" (las cursivas son añadidas).

Nada de lo anterior, como es obvio, disminuye el valor ilustrativo y comparatístico de la codificación civil italiana, cuyo conocimiento informa, preeminentemente, estas páginas.

En su edición anotada del Código Civil derogado, publicada por la Librería Mejía Baca de Lima, en 1955, Jorge Eugenio CASTAÑEDA rendía cuenta (pág. 313) de una sentencia del 19 de abril de 1952, donde se fijaba, con una destacable variación terminológica, que "aun cuando el autor del acto ilícito no sea persona capaz, se encuentra obligado al pago de la reparación civil".

La jurisprudencia citada por CASTAÑEDA fue publicada en la "Revista de jurisprudencia peruana", año X, núm. 100, mayo de 1952, págs. 2184-2185. Revisándola, sin embargo, se advierte lo errado de la referencia del citado estudioso.

La causa nació de un accidente ocurrido en Tarma. Un niño de cinco años fue atropellado por una bicicleta conducida por un joven de veinte años (también menor de edad, según la legislación de la época), a la salida de un parque infantil. Como consecuencia, la víctima sufrió lesiones físicas (fractura de la tibia), las cuales conllevaron atención médica y reposo por más de treinta días.

En el Dictamen del fiscal Sotelo, se lee que los verdaderos fundamentos de derecho que permiten hacer recaer la responsabilidad civil en el padre del autor directo del daño, son, en realidad, los artículos 1136, "cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo", y 1142, "el padre, en su defecto, la madre, y el tutor o curador son responsables por el daño que causen sus hijos menores, o personas sujetas a su guarda", del Código Civil de 1936. Se trataba, pues, de un mero caso de responsabilidad del progenitor por hecho de su hijo menor de edad, en el que no entraba a tallar, en ningún modo, el artículo 1140 del derogado Código Civil.

<sup>19</sup> Entre nosotros, DE TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. I, pág. 452 considera que el artículo 1977 "es el campo de la pura contradicción, que nos pone de manifiesto las debilidades de la culpa como principio de responsabilidad, particularmente bajo sus formas más subjetivistas".

Así, se presenta de modo fragmentario una regla que en otras legislaciones, como en el Código Civil italiano, por ejemplo, constituye una única disposición.

En efecto, en el artículo 2047 del Código Civil italiano, subtulado "danno cagionato dall'incapace", se prescribe, en su primer párrafo: "in caso di danno cagionato da persona incapace di intendere e di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto"; y en el segundo: "nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità".

Nótese, de inmediato, que la técnica legislativa utilizada por el codificador italiano es la presunción "de responsabilidad"<sup>20</sup>: el que tiene a su cuidado al incapaz (*sorvegliante*) responde "a menos" que pruebe que no pudo impedir el hecho<sup>21</sup>.

Y no se pierda de vista, así mismo, que se utilizan dos términos distintos, "risarcimento" e "indennità". Similarmente, en el Código Civil peruano se emplean las voces "reparación" e "indemnización"<sup>21bis</sup>.

En la *Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale delle Obligazioni* (n. 694), es decir, en el informe redactado por el ministro de justicia y gracia sobre el libro de las obligaciones del actual Código Civil italiano, se refiere que lo normado "se funda en un principio de solidaridad social, pues es inequitativo que el patrimonio del autor del daño no deba ser afectado por el solo hecho de la incapacidad de éste, cuando lo concreto es que se ha producido un daño por el hecho del menor. [...]. No se dan excesivos poderes al juez, porque éste se encuentra comprometido a apreciar las condiciones de las partes, y atribuirá la indemnización cuando sea posible advertir que para el damnificado es más doloroso soportar las consecuencias del daño patrimonial, que para el patrimonio del menor soportar la obligación de

---

La misma impresión tienen algunos de los primeros estudiosos del articulado del Código Civil italiano en materia de responsabilidad aquiliana. Como hace ver QUAGLIARELLO, Gaetano, *Sulla responsabilità da illecito nel vigente Codice civile*, Jovene, Nápoles, 1957, pág. 97, el artículo 2047 de este Código se encuentra en evidente contradicción con la que la precede: "en efecto, con el artículo 2046 se confirma el principio tradicional según el cual no responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenía la capacidad de entender y de querer al momento de cometerlo, mientras que con el artículo 2047 dicho principio es desaplicado".

<sup>20</sup> Como ya fue señalado, entre otros, por VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Cedam, Padua, 1967, pág. 328.

Esta visión -que declina, fundadamente, de hablar de "presunción de culpa"- es adoptada también por COMPORTI, Marco, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, en *Il Codice civile - Commentario fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco D. Busnelli*, Giuffrè, Milán, 2002, págs. 99 y sgtes.

<sup>21</sup> Hay quien opina que la decisión de prever una reparación a cargo del incapaz influyó en el legislador italiano para limitar la responsabilidad del vigilante sólo a las hipótesis en que éste incurra en culpa. Si los daños de incapaces podían ser directamente reparables por parte de éstos había que conceder al vigilante la posibilidad de eximirse con la demostración de "no haber podido impedir el hecho": DE MARTINI, Demetrio, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Cedam, Padua, 1983, págs. 286-287.

<sup>21bis</sup> En ambos casos -como se verá a continuación-, la fuente es el artículo 76 del Proyecto franco-italiano de Código de Obligaciones y Contratos de 1927, donde se habla de "resarcimiento" y de "indemnización equitativa".

indemnizar. La indemnización puede liquidarse sobre la base de la situación económica de aquel que causó el daño y la de la parte lesionada; y no es excesivo otorgar un poder de esta clase al juez, el cual, ya sobre la base del derecho vigente, puede liquidar el daño discrecionalmente, cuando no tiene concretos elementos para realizar una liquidación precisa"<sup>22</sup>.

Más explícita es la *Relazione al Re* (n. 799) sobre el texto definitivo del Código Civil italiano, donde las expresiones del ministro informante no dejan lugar a dudas: "en esta hipótesis [...] se prevé la posibilidad de transferir la incidencia del daño de una esfera a otra, indicio evidente de un deber de mutua comprensión por parte de los miembros de la sociedad. Este deber puede ser impuesto porque el ordenamiento corporativista no aísla el interés del individuo, separándolo de la vida de relación., sino que pone la utilidad general en el caldero que funde todo egoísmo, para componer allí materia viva de sano equilibrio, de armo-

nia y de coordinación para los intereses de todos"<sup>23</sup>.

En realidad, y como ya se puede vislumbrar a partir de estas referencias iniciales, el artículo 2047, 2º. párrafo, del Código Civil italiano representa el punto final de un dilatado itinerario.

Si se repasan los antecedentes históricos de la norma en cuestión se encuentran, entre sus predecesores inmediatos, una disposición del Proyecto franco-italiano de Código de Obligaciones y Contratos de 1927, el prácticamente idéntico artículo 76: "en caso de daño ocasionado por persona privada de discernimiento, si el damnificado no logra obtener el *resarcimiento* de aquel que está obligado a la vigilancia de aquélla, el juez puede, atendiendo a la condición de las partes, sentenciar al autor del daño a una *indemnización equitativa*"<sup>24</sup>.

Años después, se ha apreciado en aquella regla la consagración de un "principio de equidad", fundado en la

<sup>22</sup> PANDOLFELLI, Gaetano; SCARPELLO, Gaetano; STELLA RICHTER Mario; y Gastone DALLARI (compiladores), *Codice civile - Libro delle obbligazioni. Illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Giuffrè, Milán, 1942, pág. 681.

<sup>23</sup> *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (GRANDI) presentata nell'Udienza del 16 marzo 1942 per l'approvazione del testo del "Codice civile"*, en *Codice civile - Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul "Valore giuridico della Carta del Lavoro"*, 1ª. ed. tomada del texto oficial, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1943, pág. 543.

La última parte de esta explicación de la *Relazione* es válida en Italia y en Perú. En ambos ordenamientos, en efecto, existe una disposición que autoriza al juez a una estimación equitativa. Entre nosotros, es el artículo 1332 del Código Civil: "si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa". En el Código Civil italiano, la dición del artículo 1226, subtítulo "Valutazione equitativa del danno", es como sigue: "se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa". La diferencia sustancial es que el legislador italiano se refiere, correctamente, a la estimación del "daño", no del "resarcimiento", que, como es lógico, es el resultado de la operación de cuantificación.

Un autor entiende esta última norma en el sentido de que "la equitativa apreciación del juez concurre para la satisfactoria aplicación del principio de la reparación integral": SALVI, Cesare, voz "Risarcimento del danno", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milán, 1989, pág. 1090.

<sup>24</sup> COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DEI CODICI, *Progetto di Codice delle Obbligazioni e dei Contratti - Testo definitivo approvato a Parigi nell'ottobre 1927* (edición bilingüe), Provveditorato Generale dello Stato, Roma, 1928, págs. 34-35 (las cursivas son añadidas).

noción de "assistance"<sup>25</sup>, es decir, en la intervención correctiva del ordenamiento jurídico respecto de los actos jurídicos de los incapaces.

Subrayo la posterioridad de este último parecer porque la norma citada del Proyecto no estuvo exenta de críticas.

Un académico italiano, pese a reconocerse conforme con la admisión de aquel "nuevo caso de responsabilidad objetiva", manifestaba su desacuerdo frente a la posibilidad de que la aplicación de una norma variara atendiendo a la condición de los ciudadanos, y ante el hecho de que la concesión de la indemnización quedara subordinada a la apreciación del juez, en la cual él veía una fuente de incertidumbre. Con una norma así profetizaba: ningún abogado iba a estar en condiciones de formular con seguridad una opinión sobre el punto a su cliente<sup>26</sup>.

La réplica fue formulada por uno de los propios autores del Proyecto, quien

dijo sentirse sorprendido de que existiera alguien que lamentase la decisión de dar a la equidad una mayor función, en un periodo y en una sociedad como la de entonces, en la que se presionaba insistentemente para una orientación más social del derecho, así como para atenuar el carácter, excesivamente individualista, de los códigos civiles decimonónicos<sup>27</sup>.

En el informe que antecedió al texto del Proyecto<sup>28</sup>, firmado por los juristas Henri Capitant, Ambroise Colin, Georges Ripert, Alfredo Ascoli y Roberto De Ruggiero, se señalaba que el artículo se había previsto para aquellos casos en los que no fuera posible "obtener el resarcimiento de las personas que ejercen la vigilancia [de la persona inconsciente o sin discernimiento], y cuando las respectivas condiciones económicas del dañador y del damnificado aconsejen, en vía de equidad, atribuir a éste una indemnización [indennità] en el patrimonio de aquel"<sup>28bis</sup>.

---

Al Proyecto franco-italiano de Código de Obligaciones y Contratos remite DE TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. I, pág. 454. Es a partir de la lectura de este documento que nuestro autor intuye, agudamente, que "la idea original de la equidad no era adjetivar la indemnización de manera de alterar su quantum, sino más bien proporcionar una justificación a la obligación de reparar del incapaz".

Causa extrañeza, de todos modos, verificar que el precepto relativo a la indemnización equitativa a cargo del incapaz autor directo del daño no figuraba en el Anteproyecto sobre la "Responsabilidad no derivada de acto jurídico", elaborado por el propio DE TRAZEGNIES, y publicado en *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*, t. II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, págs. 346 y ss.

<sup>25</sup> NERSON, Roger, "De l'influence exercée sur le droit français des obligations par le Projet franco-italien de Code des Obligations et des Contrats, approuvé à Paris en octobre 1927", en *Le Projet franco-italien du Code des Obligations*, a su vez en *Inchieste di diritto comparato dirette da Mario Rotondi*, vol. 8, Cedam, Padua, 1980, pág. 42.

<sup>26</sup> SCADUTO, Gioacchino, "Osservazioni sul «Progetto di codice unico delle obbligazioni per l'Italia e la Francia»", en "Anuario di diritto comparato e di studi legislativi", vols. IV-V, parte I, 1930, pág. 116.

<sup>27</sup> DE RUGGIERO, Roberto, "Il Progetto del codice delle obbligazioni e dei contratti dinanzi alla critica", en *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Casa Editrice Giuseppe Principato, Mesina, 1931, pág. 786.

<sup>28</sup> El informe está fechado el 31 de octubre de 1927. Los textos que aquí reproduzco figuran en las páginas LXXXII-LXXXV.

<sup>28bis</sup> A esta interpretación, tal vez con el citado Proyecto a la vista, adhería, entre nosotros, en relación con el artículo 1140 del Código Civil de 1936, CORNEJO, *op. cit.*, t. I, pág. 377: "esta situación de las partes que el juez debe apreciar no puede referirse sino a las condiciones económicas del autor del ilícito y de la víctima. Otro elemento que el juez ha de apreciar es la imposibilidad de obtener la reparación de la persona que tuvo bajo su guarda al incapaz. La imposibilidad podrá provenir

Allí también se rinde cuenta de la oposición inicial a la disposición proyectada, y de que "un examen más maduro, así como las sugerencias de la Comisión francesa, en particular, han inducido a aceptar este caso de responsabilidad *puramente objetiva*, en el que, sin embargo, queda remitido al prudente criterio del juez la atribución de una indemnización equitativa atendiendo a la condición de las partes".

En la presente retrospectiva es necesario recordar, igualmente, los artículos 405 y 406 del antiguo Código soviético de 1922 (que entró en vigor en 1923).

Según la primera de dichas normas: "la persona incapaz de obrar no responde de los daños por ella causados. En su lugar responde la persona obligada a vigilarla. Para los daños causados por menores de edad, en los casos previstos en el art. 9 [es decir, cumplidos los 14 años], responden en el mismo grado los padres y los tutores". En la segunda, se dispone que "en los casos en que, de conformidad con los artículos 403 a 405, aquel que ha causado el daño no esté obligado a resarcirlo, el tribunal puede obligarlo al re-

sarcimiento de todos modos, atendiendo a las situaciones patrimoniales de él y del damnificado"<sup>29</sup>.

Comparando aquellas disposiciones con las del Código Civil italiano, un autor anotaba: "otra diferencia muy notable entre el sistema del Código italiano y el sistema soviético es que este último faculta al magistrado a no tener en cuenta, en determinados casos, las causas de exoneración de responsabilidad. Nuestro Código no contiene más que una referencia a dicho principio del Código soviético, al haberse establecido que cuando el damnificado no logre obtener el resarcimiento de aquel que está obligado a vigilar al incapaz, el juez, atendiendo a las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa. Por lo tanto, dicha facultad del juez resulta limitada al caso del daño cometido por un incapaz y de la imposibilidad de obtener el resarcimiento por parte de aquel que estaba obligado a vigilarlo; en cambio, la fórmula del Código soviético es muy amplia, a tal punto que la jurisprudencia ha tenido que restringir su campo de aplicación; esta fórmula faculta al magistrado, en todos los casos en los cuales el autor del

---

de obstáculos de orden material, por ejemplo, ausencia del que debe responder del daño, inexistencia de la misma persona, v. gr., si se trata de un incapaz a quien no se ha provisto de tutor o curador, y finalmente, de insolvencia del responsable: imposibilidad económica. Cualquiera de estos motivos puede servir de fundamento para derivar la indemnización equitativa sobre el patrimonio del propio causante del daño" (las cursivas son añadidas).

<sup>29</sup> Aquí utilizo la traducción italiana de Tommaso NAPOLITANO, actualizada conforme a la edición oficial de 1943, que figura como apéndice en DE CAPUA, Andrea; BATTAGLINI, Mario; y Vittorio MARTUSCELLI, *Il Codice civile della Russia sovietica (Esposizione e raffronto con il Codice italiano)*, Giuffrè, Milán, 1946, pág. 198.

Este Código reviste un particular interés para nosotros, además, porque era uno de los pocos que establecía una inversión de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual, tal y como lo dispone el artículo 1969 del Código Civil peruano.

En efecto, el artículo 403 del Código soviético se señalaba: "Quien ha causado un daño a la persona o a los bienes de otro está obligado a resarcir el daño producido. Él queda librado de tal obligación si prueba que no podía evitar el daño o que tenía el poder legal para causarlo o que el daño derivó de acto intencional o de grave negligencia de la misma parte que lo ha sufrido".



daño no está obligado a resarcirlo, es decir, cuando es incapaz, o cuando tenía el poder legal para ocasionarlo o si no podía evitarlo, e incluso si el daño derivó de acto intencional o de grave negligencia de la parte lesionada, a obligarlo de todas maneras, atendiendo a la situación patrimonial de las partes; ha sido la jurisprudencia, como señalamos, la que ha tenido que intervenir para descartar, con carácter general, los casos que se comprenden en esta última hipótesis, y para reducir aquellos que integran las demás hipótesis. La aplicación de este artículo, que había sido impuesto en evidente ventaja del proletariado, traía la consecuencia, sin embargo, de que por afectar más gravosamente a las partes cuando era más próspera su situación económica, el más desventajado resultaba ser el litigante más rico que todos los demás, es decir, el Estado, que no era, ciertamente, aquel al que la ley buscaba afectar. Aquí también intervino la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y modificó la praxis de los tri-

bunales, estableciéndose que, por razones político-sociales, el artículo citado no podía aplicarse al Estado: no era admisible que por una norma impuesta para la protección de los intereses de los proletarios individuales terminara en calidad de damnificado, principalmente, el Estado, representante de los intereses de todos los proletarios<sup>30</sup>.

El artículo 406 del Código soviético cayó en desuso prontamente<sup>31</sup>, y ello se entiende si se tiene presente que con el régimen político vigente en lo que fue la URSS, hasta su disolución, que negaba la diferencia de clases, no había cómo aceptar una valoración comparativa de las condiciones económicas de los sujetos<sup>32</sup>.

Empero, es sabido que el llamado "*ius moderandi*", es decir, el poder del juez para reducir el monto del resarcimiento teniendo en cuenta las condiciones económicas de las partes, constituía una previsión común, y desempeñaba un papel más amplio en los

<sup>30</sup> MARTUSCELLI, "Diritto delle obbligazioni", en *Il Codice civile della Russia sovietica*, cit., pág. 127.

<sup>31</sup> Lo informan ya TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milán, 1961, pág. 30, nota (65), RODOT, Stefano, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1964, pág. 144, nota (38); y STOLL, *op. cit.*, pág. 145, quien indica, además, que la disposición había desaparecido para la época de elaboración del sucesivo texto del Código Civil soviético (1964).

<sup>32</sup> La explicación es de RODOT, *op. cit.*, págs. 143-144, nota (38).

La normativa del Código soviético, como hace saber RODOT, se inspiraba en una propuesta formulada por Otto von GIERKE (1841-1921) durante los trabajos preparatorios del BGB. El mismo realce es efectuado por STOLL, *op. cit.*, pág. 145.

Quedan desvirtuadas, entonces, interpretaciones como la de QUAGLIARELLO, *op. cit.*, pág. 98, nota (94), quien sostenía que el principio recogido en el Código soviético era comprensible "teniendo en cuenta la particular organización político-social de la República soviética", y especulaba, del mismo modo, que dicho Código seguía más bien a un proyecto alemán para la regulación del derecho de resarcimiento, elaborado por la *Akademie für deutsches Recht*, y publicado en 1940.

MINERVINI, Gustavo, "Orientamenti verso la responsabilità senza colpa nella più recente dottrina straniera", en "Giustizia civile", año II, 1952, págs. 632-633, refiere que según lo previsto en el citado proyecto de la *Akademie*, se tenía que considerar, particularmente, si dadas las condiciones económicas de las partes, la eventual imposición de una responsabilidad a cargo del dañador no culpable representaba para éste un pese muy reducido, y si, por el contrario, el mantenimiento del daño en la esfera del damnificado constituía un menoscabo extraordinario.

Según la lectura de HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 3ª. ed., Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1949, pág. 9, el § 829 BGB constituye, sin embargo, una norma especial que, no obstante llevar consigo el espíritu del siglo XIX, se orienta a poner freno al poder del capital y a líneas de política social.

adjudicaciones jurídicas de los países socialistas<sup>33</sup>.

Para evitar, desde un comienzo, equívocos acerca del probable contenido ideológico de este tipo de normas, me limitaré a informar que en los *Principles of European Tort Law*, recientemente dados a la publicidad por el European Group of Tort Law, que reúne a importantes académicos del viejo continente, se establece que "excepcionalmente, si a la luz de la situación económica de las partes la reparación integral podría comportar una carga opresiva para el demandado, el resarcimiento puede reducirse. Para decidir si ello procede, se deberán tener en cuenta, particularmente, el fundamento de la responsabilidad, el alcance de la protección del interés y la magnitud del daño"<sup>34</sup>.

No es innecesario, sin embargo, proseguir el repaso histórico en sentido regresivo.

Siguiendo esta vía, la atención se desplaza hacia el parágrafo 829 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, ahora subtulado "*Ersatzpflicht aus Billigkeitgründen*", es decir, "*deber jurídico de resarcimiento por motivos de equidad*", donde se dispone: "aquel que en alguno de los casos indicados en los §§ 823

a 826 [en los cuales se tipifican los daños resarcibles] no sea responsable de un daño por él ocasionado, en aplicación de los §§ 827, 828 [exclusión de la culpa para los incapaces], debe, sin embargo, y a menos que el resarcimiento pueda obtenerse de un tercero obligado a su vigilancia [según el § 322], *resarcir el daño, siempre y cuando la equidad (Billigkeit), atendiendo a las circunstancias y, en especial, a las condiciones de los interesados, exija una indemnización (Schadloshaltung), y no se le prive con ello de los medios que necesita para su adecuado sustento, así como para cumplir los deberes de sustento que la ley le imponga*"<sup>35</sup>.

Comentando el citado parágrafo del BGB, un eximio comparatista francés apuntaba, tempranamente, que las consideraciones de equidad del parágrafo citado se concentraban, principalmente, "en la diferencia de fortunas"<sup>36</sup>.

Pero el recorrido no se detiene en el Código Civil alemán.

Para nuestra fortuna, los rastros más remotos del artículo 1977 de nuestro Código Civil han sido minuciosamente ordenados en un espléndido

<sup>33</sup> SALVI, voz "*Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milán, 1988, págs. 1224-1225, nota (204), a quien remite COMPORTI, *op. cit.*, pag. 199, nota (78). Del mismo SALVI, voz "*Risarcimento del danno*", *cit.*, pág. 1091.

<sup>34</sup> El texto de los *Principles of European Tort Law* puede consultarse, en su versión original en lengua inglesa, en <http://www.egtl.org>. Allí también figura una traducción al castellano, si bien llena de errores, al cuidado de Miquel MARTIN-CASALS.

El artículo citado (10:401) lleva como subtítulo "Reducción del resarcimiento".

<sup>35</sup> Estaríamos, aparentemente, ante un verdadero "resarcimiento". De aquí que en Alemania se asuma que el juez, en su estimación equitativa, puede incluir el daño moral, lo cual, desde luego, no se aplica cuando hay que fijar una "indemnización", como explicaré más adelante (véase *infra* § 4).

<sup>36</sup> SALEILLES, Raymond, *Comentario sub § 829 BGB*, en *Code civil allemand promulgué le 18 août 1896 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900*, t. II, Imprimerie Nationale, Paris, 1906, pág. 395.

y erudito estudio<sup>37</sup>, cuyo autor conduce a los lectores por antiquísimas legislaciones, como el Código suizo de las Obligaciones, en su versión de 1881, el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) de 1811<sup>38</sup> y, finalmente, el *Allgemeines Landrecht für die königlichen preussischen Staaten* (ALR), del 1 de junio de 1794, donde ya se establecía que los dementes y los menores de edad respondían con su patrimonio del daño inmediato que ocasionaran, siempre que con ello no se les dejara sin sustento, y sólo en caso de imposibilidad de obtener el resarcimiento de parte de las personas responsables de vigilarlos.

Se ha escrito que para tener una idea de la sociedad prusiana en cuyo marco se concibió aquella disposición del ALR, basta imaginar a los traviesos hijos de los terratenientes destruyendo las ventanas de las casas de los campesinos<sup>39</sup>.

Al elenco anterior hay que sumar algunas sentencias francesas del siglo XIX, importantes por tener como marco al Código napoleónico, depositario de la idea de la no responsabilidad de aquellos a los que no era posible atribuir ninguna culpa<sup>40</sup>. En un fallo muy famoso, del tribunal de Montpellier, se resolvió, hacia 1867, que "la ley, en la aplicación de los principios de la res-

<sup>37</sup> MOMIGLIANO, Walter, "Il risarcimento del danno extracontrattuale cagionato da persona priva di discernimento", en "Rivista di diritto civile", año XXIX, 1937, págs. 193-255.

Precedentemente, había brindado valiosas referencias histórico-comparatísticas sobre el tema Giacomo VENEZIAN (1861-1915), *Studi sulle obbligazioni*, parte I, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, Athenaeum, Roma, 1918, págs. 92 y sgtes., especialmente, págs. 101 y sgtes.

En la doctrina alemana: HEDEMANN, *op. cit.*, págs. 352-353. En el campo de la comparación jurídica, son de citar los minuciosos recuentos de LIMPENS, Jean; KRUIHOF, Robert M., y Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Liability for One's Own Act*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IX, cap. 2, J. C. B. Mohr, Tubinga, y Sithoff & Noordhoff, Alphen a/d Rijn, 1979, págs. 97 y sgtes; y, más recientemente, el de BAR, Christian von, *The Common European Law of Torts*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 101 y sgtes.

<sup>38</sup> Se trata del § 1310 ABGB: "Si el damnificado no puede de este modo obtener el resarcimiento, el juez ordenará el resarcimiento del daño en su totalidad o de una parte de éste a ser establecida en términos de equidad, teniendo en cuenta las circunstancias, si al dañador, aunque no tenga ordinariamente el uso de la razón, tal vez se le pudiera imputar la culpa en el caso determinado; o bien si el damnificado, para favorecer al dañador declinara de la defensa; o, finalmente, teniendo en cuenta los medios del dañador y del damnificado", según una antigua versión oficial en italiano: *Codice civile generale austriaco*, parte I, Francesco Andreola, Venecia, 1823, pág. 316.

VENEZIAN, *op. cit.*, pág. 107 juzga la norma como "conveniente en la transición desde las ideas metafísicas de la imputabilidad a las ideas positivas, que marcarán un retorno al derecho primitivo".

<sup>39</sup> BAR, *op. cit.*, vol. I, pág. 102.

<sup>40</sup> El realce es de ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, "La colpa oggettiva del malato di mente: le esperienze nord-americane e francesi", en "Responsabilità civile e previdenza", vol. LI, 1986, pág. 9.

Explica CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 2003, págs. 176-177, que el contexto de la codificación napoleónica es el de una sociedad en la cual "los daños y el resarcimiento son hechos que conciernen, exclusivamente, a los particulares. Por ello, la culpa es importante y fundamental a fin de responder. Y si un daño no es resarcido, sea porque la culpa ha estado ausente en el agente, sea porque no existe solvencia en el dañador, ello no es de interés de la colectividad". Esta sería la razón a la que se debe la ausencia de un principio de responsabilidad del incapaz en el texto original del *Code*.

Para que la situación cambiara iban a tener que pasar más de ciento sesenta años, con la dación de la Ley 68-5, del 3 de enero de 1968, que modifica el Código napoleónico y dispone la responsabilidad civil de las personas en estado de perturbación mental que causan daños. Véase *infra*, § 6 y nota (172).

propietario<sup>44</sup>. ¿Podía, tal vez, servir este dato para fundar, por analogía, una "responsabilidad" de los incapaces, aunque sea para afectar el patrimonio de éstos?<sup>45</sup>

La respuesta fue negativa y rotunda: la posición jurídica del dueño del animal no podía, así de simple, asimilarse a la del demente<sup>46</sup>.

En otro ilustre testimonio de la época se lee que "no han faltado ingeniosos autores que, con sentimiento de injusticia frente a las consecuencias [...], han investigado diligentemente en las leyes romanas con el propósito de encontrar una base para establecer, por lo menos en los bienes del demente o del niño, la obligación de responder

del daño. [...]. [P]ero ninguno de tales intentos ha resistido ante la crítica, y la ciencia moderna, abandonada la idea de encontrar un texto de ley positiva que determine *iure romano* la responsabilidad civil de las personas no imputables, se encuentra, hoy, totalmente de acuerdo en calificar como *casus* el daño ocasionado por el *furiosus* o por el *infans*, juzgados a tenor de las leyes romanas"<sup>47</sup>.

También se consideraba que el demente y el niño podían concurrir en la responsabilidad no sólo como autores del daño, sino como comitentes o propietarios de animales, de edificios, de industrias; cabía, entonces, hacerlos responsables en tales circunstancias; en cambio, "la responsabilidad no cul-

<sup>44</sup> Remito a cuanto tengo referido en LEÓN, Leysser L., "Apuntes sobre la responsabilidad civil derivada de los daños causados por animales" (2001), ahora en ID., *La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Normas Legales, Trujillo, 2004, págs. 335 y sgtes.

<sup>45</sup> La perspicaz observación es de VENEZIAN, *op. cit.*, pág. 92.

El autor (*ivi*, págs. 105-106) rinde cuenta de una norma del *Westgalizisches Gesetzbuch* (III, § 456): "A niños y dementes no se puede imputar dolo ni culpa. El daño derivado de sus acciones, si nadie los ha conducido culposamente a cometerlo, pertenece al mero caso. Pero dado que el resarcimiento se funda en el derecho de defensa, que también tiene lugar contra niños y dementes, así él debe recaer en el dañador, si ocurre que no puede ser prestado por el culpable".

<sup>46</sup> CHIRONI, Gian Pietro, *La colpa nel diritto civile odierno*, II, *Colpa extracontrattuale*, vol. I, 2ª. ed., Fratelli Bocca editori, Turin, 1903, pág. 318.

<sup>47</sup> GIORGI, Giorgio, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 7ª. ed., vol. V, Casa editrice libreria "Fratelli Cammelli", Florencia, 1909, § 145, pág. 233.

De todas formas, el autor citado (*ivi*, § 146, págs. 234-235) se plantea lo siguiente: "Pero, si *in iure condito* el principio de la no responsabilidad civil del niño y del demente no sufre ninguna controversia seria, puede decirse lo mismo *in iure condendo*, o frente al derecho natural? Un demente muy rico, por ejemplo, que en una crisis de locura elude la vigilancia de quien lo tiene bajo su cuidado, corre por la calle y rompe, a pedradas, las cerámicas que se encontraban en una tienda cercana, y arruina al pobre vendedor. ¿Podría la equidad natural tolerar que dicho daño quede sin reparación? Los estudiosos del derecho público no son de la misma opinión. BARBEYRAC, en sus comentarios a PUFFENDORF, responde de manera afirmativa, porque según él sería necesario, de otro modo, el absurdo de sancionar a quien cayendo de la ventana mata a un caminante. BÉLIME, por el contrario, no asiente ante tales razones, y juzga contradictorio absolver al demente por defecto de culpa, cuando se condena al propietario de un animal que causa daños, sin distinguir si existió o no culpa en la custodia de éste. Nosotros compartiríamos el parecer de BÉLIME, sólo que, por fortuna, la cuestión tiene poca importancia práctica, porque es casi imposible, en las lesiones causadas por niños o dementes que no se encuentre un responsable civil en la persona que tenía que dirigirlos o cuidarlos, ya sea el padre de familia o el director del manicomio". La referida opinión de William BÉLIME (1811-1844), también era compartida por VENEZIAN, *op. cit.*, pág. 101.

En contra, CHIRONI, *op. cit.*, págs. 318-319, quien alegaba que la situación podía tener relevancia práctica en caso de ausencia de alguien que fuera pasible de ser responsabilizado, en cuyo caso, la consecuencia de afectar los bienes del agente podía verse como excesiva frente a la estricta aplicación de los principios, pero no "teniendo en cuenta la equidad, tal y como lo acreditan las legislaciones que la han consagrado".

responsabilidad, no tiene en cuenta ni la intención ni la voluntad, de modo que el demente está obligado a reparar el daño causado por un hecho que, para los demás, sí sería punible"<sup>41</sup>.

Desde luego que un repaso histórico global tampoco culminaría en este punto. Escrutadas las primeras codificaciones civiles, el salto hacia la doctrina de los iusnaturalistas, y de ésta al derecho romano cae por su propio peso.

Respecto de los primeros, se informa que ya Thomasius entendía que la acción de daños se fundaba en la *aequitas naturalis*, y que ésta imponía que el derecho de propiedad lesionado se restableciera incluso cuando el daño era sido producido por sujetos incapaces (*infans* o *furiosus*), los cuales bien podían lesionar los derechos ajenos<sup>42</sup>.

En cuanto al derecho romano, hace tiempo que se formularon dudas sobre la razón por la cual la responsabilidad no podía recaer en los dementes y en los menores de edad.

Hay un pasaje del *Digesto*, atribuido a Ulpiano, en el cual la acción del "furioso" o del "infante" es asimilada a la caída de un objeto: "Y, por consiguiente, preguntamos: si un loco hubiese causado daño ¿se aplica la acción de la ley Aquilia? Pegaso lo negó, porque ¿qué culpa tiene el que no es cuerdo? De ahí que cesará en ese caso la acción de la ley Aquilia, como cesa si un cuadrúpedo hubiese causado daño o si cayere una teja. Si hubiese causado el daño un infante, deberá decirse lo mismo, pero si lo hubiese hecho un impúber, dice Labeón que, toda vez que se obligaba por el hurto, queda obligado también por la Aquilia. Y opino que esto es cierto con tal que sea capaz de discernir la injusticia" (D. 9.2.5.pr. 2)<sup>43</sup>.

Se observa, sin embargo, que allí mismo, el parangón formulado en la fuente comprende el hecho de un cuadrúpedo, y que, de todas maneras, en la ley Aquilia los daños producidos por el animal afectan el patrimonio de su

<sup>41</sup> La referencia es de VENEZIAN, *op. cit.*, pág. 101, quien remite a LAURENT, François, *Principes de droit civil*, 3ª. ed., t. XX, Bruylant-Christophe & C<sup>o</sup>., Bruselas y Librairie A. Marescq, Paris, 1878, § 446, pág. 474.

<sup>42</sup> Lo refieren MOMIGLIANO, *op. cit.*, pág. 237, y COMPORTI, *op. cit.*, pág. 174.

"Los maestros del derecho natural -anota VENEZIAN (*op. cit.*, págs. 105, 109)- enseñaban que el ciudadano está obligado incondicionalmente al resarcimiento, cuando él mismo o su patrimonio son las causas inmediatas del daño sufrido por otro ciudadano, porque de otra manera, la contravención prevalecería sobre el derecho; y que también la acción involuntaria, es decir, sin libertad moral, que causa un daño, da derecho a exigir el resarcimiento. [...] [E]l derecho austríaco funda en el derecho natural de defensa la responsabilidad de personas no imputables".

<sup>43</sup> Transcribo aquí la versión del *Digesto de Justiniano*, al cuidado de Álvaro D'ORS y otros, t. I, Aranzadi, Pamplona, 1968, págs. 379-380.

Como se aprecia, la regla romana perdura hasta hoy, puesto que es el "discernimiento", ni más ni menos, el que hace la diferencia en la regulación que nuestro Código Civil da a la responsabilidad civil por daños cometidos por incapaces. Si el incapaz (de ejercicio) actúa con discernimiento es solidariamente responsable con su representante legal (art. 1975); si lo hace sin discernimiento "no" es responsable, pero puede ser pasible de la obligación dineraria y subsidiaria (indemnización), en caso de que carezca de representante legal o en caso de que este (único responsable indicado por la norma) no pueda hacerse cargo, total o parcialmente, del resarcimiento, situación en la cual, el juez liquida la indemnización atendiendo a la condición económica de las partes (arts. 1976 y 1977).

DE TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. I, pág. 440, aprecia aquí la creación de un "estándar de no responsabilidad" por parte de los romanos.

pable por hecho ajeno (del representante o del tercero) y por daños ocasionados por las cosas no puede extenderse a la esfera de la responsabilidad por hecho propio, que está dominada por el principio de la imputabilidad por culpa. Y el intento de expandir la responsabilidad, si bien fundado en razones de equidad (las cuales, por ejemplo, no toleran que al demente o al niño, poseedores de ingentes bienes no se les pueda quitar ni siquiera una pequeña parte de ella para aliviar la completa ruina de otro, ocasionada por el acto desadaptado de aquéllos) no tiene base en nuestra ley<sup>48</sup>.

Y se respondía, en fin, que por más notable que fuera una disposición como la del § 829 del BGB, era un error invocar para otros ordenamientos una solución semejante, porque ella sólo podía ser obra del legislador y no de los intérpretes<sup>49</sup>.

### 3. Explicación de la llamada "responsabilidad" del incapaz de discernimiento. Su pretendida naturaleza objetiva. Argumentos para su calificación como figura de responsabilidad por culpa: de la culpa "subjetiva" a la culpa "objetiva". Posición personal: razones para excluir el supuesto del ámbito de la responsabilidad civil.

Según lo expuesto en el subcapítulo precedente, creo que hay que dar toda la razón a un estudioso que ha establecido un simil entre la llamada *Billigkeitshaftung* ("responsabilidad por equidad") y un testimonio que ha ido pasando, de mano en mano, por distintas experiencias jurídicas, no necesariamente sin variaciones<sup>50</sup>.

En tal sentido, reviste utilidad continuar siguiendo las huellas históricas

<sup>48</sup> CONDORELLI, Orazio, *La responsabilità senza colpa*, C. Galàtola, Catania, 1924, págs. 60-61.

<sup>49</sup> CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, pág. 577, nota (11).

<sup>50</sup> BAR, "A Common European Law of Torts", en *Saggi, conferenze e seminari del Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero*, dirigido por Michel Joachim BONELL, núm. 19, Roma, 1996, pág. 15 (del documento pdf): <http://w3.uniroma.it/idd/centro/publications/19vonbar.pdf>.

En otros trabajos, BAR, "Die Billigkeitshaftung in den kontinentalen Rechten der Europäischen Union", en *Recht und Ökonomie der Versicherung - Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag*, al cuidado de HUBNER, Ulrich; HELTEN, Elmar; y Peter ALBRECHT, VVW, Karlsruhe, 1994, págs. 78 y sgtes.; ID., *The Common European Law of Torts*, cit., vol. I, pág. 105, enumera entre los países europeos cuyas codificaciones contienen esta disposición a Grecia, Bélgica y Portugal. Hacia 1979, LIMPENS y otros, *op. cit.*, pág. 98, incluían a Polonia, Hungría, Egipto, Siria, Libia, Libano y Taiwan. MOMIGLIANO, *op. cit.*, pág. 243, nota (1), postulaba que el principio de la responsabilidad subsidiaria de equidad a cargo del inconsciente era conocido "en casi todas las legislaciones que han recibido, aunque sea indirectamente, la influencia del antiguo derecho germánico".

En cuanto a Latinoamérica, la figura es regulada, por ejemplo, en los Códigos Civiles de Venezuela, Paraguay, Brasil y Argentina.

Según el elenco que brinda MELICH ORSINI, José, "La idea de un código uniforme de las obligaciones para los países latinos y la actual legislación venezolana", en *Le Projet franco-italien du Code des Obligations*, cit., pág. 168, el Proyecto franco-italiano representa la fuente de muchas de las disposiciones del Código Civil venezolano de 1942, entre ellas, ni más ni menos, la norma relativa a la indemnización con arreglo a equidad a cargo del incapaz de discernimiento: "Artículo 1.187. En caso de daño causado por una persona privada de discernimiento, si la víctima no ha podido obtener reparación de quien la tiene bajo su cuidado, los jueces pueden, en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a una indemnización equitativa".

La norma aparece también, sin variaciones, en el Código Civil de Paraguay de 1985: "Art. 1850.- En caso de daño causado por una persona privada de discernimiento, si el perjudicado no ha podido obtener reparación de quien la tiene bajo su cuidado, los jueces pueden en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a una indemnización equitativa".

del precepto respectivo del Código Civil italiano.

Al tiempo de su aparición en el ordenamiento italiano, el 2º párrafo del artículo 2047 del Código Civil de 1942 suscitó opiniones encontradas.

En los primeros comentarios doctrinales sobre este Código, la norma era saludada efusivamente. Un autor no mostraba dudas al destacar que el legislador había obrado con recto criterio<sup>51</sup>. Otro escribía: "antes se deploraba que tuviera que quedar sin ser indemnizada la víctima del obrar de un incapaz, el cual podía ser también una persona provista de medios, cuando no se contara con un responsable civil encargado de vigilarlo, ya sea que se

tratara de un encargado específico o de una institución (manicomio u hospital, para los enfermos mentales) [...]. [H]oy se consagra un principio de contenido moral y de alcance práctico. El incapaz, ya sea que su estado derive de la edad, de condiciones psicológicas especiales (permanentes o transitorias, pero relativas al momento en que ha cometido el hecho) es siempre titular de un patrimonio, si es propietario, y si él ha ocasionado un daño, lo más equitativo es que se reduzca su potencialidad [...], en lugar de que se disminuya el derecho de un tercero no culpable"<sup>52</sup>. Y otro consideraba que dejar sin reparación el daño causado por un incapaz a una persona en condiciones económicas precarias habría sido

---

Adviértase que tanto en el Código Civil venezolano cuanto en el paraguayense se aprecia la dualidad de los términos "reparación" e "indemnización".

También en el Código Civil brasileño del 2002 se señala: "Art. 928. O incapaz responde pelos prejuizos que causar, se as pessoas por ele responsáveis no tiverem obrigação de fazê-lo ou no dispuserem de meios suficientes". Y a continuación: "A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, no terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem".

De distinto tenor es el artículo 907 del Código Civil argentino, conforme al texto reformado por la ley 17.111 de 1968: "(1) Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido. (2) Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima".

Nótese que la norma argentina no establece límites vinculados con la capacidad a los poderes del juez, lo cual haría justificable que la doctrina de dicho país identifique un "factor de responsabilidad" -como dicen allá- en la equidad: BUSTAMANTE ALSINA, *op. cit.*, pág. 447.

Pero apréciense también, que textualmente se restringe el análisis de las condiciones de los involucrados a la esfera del dañador. En cambio, la correcta lectura de la norma por nosotros importada comprende el análisis de ambos involucrados, tal cual lo subraya, entre otros, MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9ª. ed., vol. V, Giuffrè, Milán, 1958, pág. 575.

<sup>51</sup> "Saggiamente", escribe BUTERA, Antonio, *Il Codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli - Libro delle Oblighazioni*, parte II, Utet, Turin, 1943, pág. 569. Y así prosigue: "la indemnización equitativa, mencionada en este párrafo, es una responsabilidad *ex officio iudicis*, independiente de la culpa civil o penal, aplicable cuando no hay posibilidad de hacer derivar el daño de la culpa. [...]. Los dementes y los menores son, indudablemente, incapaces: pero la responsabilidad por daños aquilianos debe ser independiente de la capacidad. El sistema legislativo que declara a los incapaces civilmente irresponsables puede conducir a resultados inicuos, contrarios a la equidad".

También BARASSI, Lodovico, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1ª. ed., vol. II, Giuffrè, Milán, 1946, pág. 703, entiende que el tema de la incapacidad del autor del daño se ha resuelto de la mejor manera en el Código Civil de 1942.

<sup>52</sup> BRASIELLO, Teucro, *Comentario sub art. 2047*, en *Commentario del Codice civile diretto da Mario d'Amelio ed Enrico Finzi Libro delle obbligazioni*, vol. III, G. Barbèra ed., Florencia, 1949, págs. 247-248.

“contrario al principio mismo de la solidaridad humana, que reclama el resarcimiento de un daño como éste”<sup>53</sup>.

Pero no faltaron críticas, las cuales eran, y siguen siendo, comprensibles si se tiene presente que el sistema de responsabilidad por hechos ilícitos vigente en Italia permanece preeminentemente ligado a la culpa como criterio de imputación.

“No es conforme al sistema ni a la lógica -se anotaba, por ejemplo- el traslado de la incidencia del daño derivado de un hecho natural, porque es así como hay que entender el acto de un incapaz, que no puede, como tal, ser considerado como autor jurídico del daño. En realidad, una conducta puede ligarse con su autor sólo si éste tiene capacidad natural de acción, es decir, de evaluar tal conducta y ponerla en práctica [...]. Con esta norma, en concreto, se crea una responsabilidad a cargo de un sujeto que no ha infringido, en modo alguno, la ley, porque no podía hacerlo, y que, por lo tanto, ha desarrollado una conducta jurídicamente irrelevante. Así, lo que se hace es tener en cuenta únicamente la relación de causalidad material, y ello es aun más censurable, si se considera que el legislador no se ha inspirado en el criterio del riesgo, pues no ha exigido que el daño se haya producido en el desarrollo de una actividad útil para el incapaz”<sup>54</sup>.

En las expresiones anteriores ya aparece con nitidez, de todas maneras,

la razón por la cual esta disposición iba a vincularse con la responsabilidad “objetiva”.

En la responsabilidad “objetiva”, en efecto, y siguiendo al mismo autor de la crítica anterior, “las consecuencias de un evento recaen en un sujeto sin que asuma ninguna importancia su estado psicológico (culpa o dolo). [...] No hay de por medio ninguna valoración de la conducta; el evento se vincula con ésta porque, de conformidad con motivos de política legislativa, se considera equitativo que el damnificado no sufra las consecuencias de una situación completamente extraña a él”<sup>55</sup>.

Sin perjuicio de reconocer la trascendental contribución de la doctrina italiana a la construcción científica de la responsabilidad objetiva, lo cierto es que la regla fundamental del Código Civil de 1942 en esta materia sigue contando expresamente, entre los elementos de la *fattispecie* allí regulada, al dolo y a la culpa.

“Todo hecho doloso o culposo que ocasione a otro un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”, se dispone en el artículo 2043 del Código Civil italiano. Y si el dolo y la culpa son, justamente, elementos de la *fattispecie* de la responsabilidad civil, aquí vista como hipótesis normativamente planteada, a la cual se enlazan efectos jurídicos, fácil es deducir que faltaría a la coherencia quien afirmara que alguien sin

<sup>53</sup> VALSECCHI, Emilio, “Responsabilità aquiliana e caso fortuito”, en “Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni”, año XLV, parte I, 1947, pág. 163.

<sup>54</sup> QUAGLIARELLO, *op. cit.*, págs. 96-97. Según este autor (*ivi*, pág. 98), el legislador de 1942 bien pudo haber adoptado, para apoyar su persistencia en insertar la norma examinada en el Código Civil, “criterios” más conformes con el “sentido ético” y la “tradicción” italiana, como, por ejemplo, el de la “evitabilidad del daño” o el de la “utilidad obtenida por el incapaz”.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pág. 45.



discernimiento, un incapaz "d'intendere e di volere" ("de entender y de querer"), puede ser considerado "responsable".

No sería admisible, desde ningún punto de vista, atribuir una "culpa" a los sujetos incapaces de discernimiento. Además, en el propio Código Civil italiano se ha negado que ello sea viable, al establecerse, en el artículo 2046, subtítulo "Imputabilidad del hecho dañoso", que "no responde del hecho dañoso quien no haya tenido capacidad de entender y de querer al momento de cometerlo, a menos que el estado de incapacidad haya derivado de su propia culpa".

"Para que un acto se convierta en fuente de responsabilidad -se ha escrito, al respecto- tiene que ser valorado en función de la actitud psicológica -dolosa o culposa- que lo ha determinado, y debe estar vinculado con un impulso de libre y efectiva voluntad de su autor"<sup>56</sup>.

Estas consideraciones están relacionadas con un aspecto al que ya he hecho referencia: el ordenamiento no prevé y no puede imponer reglas de conducta que los sujetos, a los cuales ellas se dirigen, no están en condición de interiorizar a través del intelecto, ni, por lo tanto, de observar.

La doctrina de un excelso jurista<sup>57</sup>, que ha informado al derecho italiano por más de tres décadas, identifica en este supuesto la presencia de un "daño no culposo", lo cual es conforme con el razonamiento que se viene exponiendo. A la vez, sin embargo, se postula que se trata de un daño que, de todos modos, tiene que considerarse "antijurídico", es decir, contrario a las normas del ordenamiento<sup>58</sup>.

La explicación que se brinda es que las reglas jurídicas pueden ser infringidas "materialmente" por los incapaces de discernimiento, aunque a éstos no se les pueda reprochar ninguna conducta culposa. La culpa se carac-

<sup>56</sup> VENCHIARUTTI, *op. cit.*, pág. 205.

Bajo el Código Civil italiano de 1865, CESAREO-CONSOLO, Giovanni, *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Utet, Turín, 1908, pág. 162-163 anotaba: "no puede haber delito si falta la intención de dañar, así como no puede haber cuasidelito cuando el agente no sea responsable de las consecuencias de su propia negligencia o imprudencia. Por lo tanto, no son responsables los menores que no tengan discernimiento ni aquellos que estén privados del bien del intelecto".

<sup>57</sup> DE CUPIS, Adriano, *Dei fatti illeciti*, en *Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, 2ª ed., Nicola Zanichelli ed., Bologna y Società ed. del Foro italiano, Roma, 1971, págs. 52-53.

<sup>58</sup> DE CUPIS, *Il danno - Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª ed., vol. I, Giuffrè, Milán, 1979, pág. 155.

De acuerdo, entre muchos otros: BILETTA, Leopoldo, "Note intorno agli artt. 2047 e 2048 cod. civ.", en "Diritto e pratica nell'assicurazione", año XXIV, 1982, pág. 19; y BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milán, 1994, pág. 656. Según este último autor, la antijuridicidad del daño por el hecho del incapaz existe siempre que se realice "la hipótesis material de la violación de una norma jurídica impuesta para la protección de un interés en la vida de relación". Decidida es también la opinión de TORREGROSSA, Giovanni, *Il problema della responsabilità da atto illecito*, Giuffrè, Milán, 1964, pág. 168, quien señala que el acto del incapaz se presenta, objetivamente, "en oposición a un determinado orden de las relaciones intersubjetivas, asegurado por las normas que delimitan el ámbito del obrar lícito dentro del cual debe desenvolverse el titular del interés protegido; así pues, no considerarlo ilícito equivaldría a admitir la impotencia de la norma jurídica para garantizar el mantenimiento de aquel orden realizado, que constituye, en definitiva el fin del derecho".

En la doctrina alemana en torno del § 829 BGB, también se considera que el daño debe ser objetivamente antijurídico (*objektiv rechtswidrig*) en esta hipótesis, y que la equidad atañe únicamente al momento resarcitorio. Así lo hace saber CASTRONOVO, Carlo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, Milán, 1979, pág. 93, nota (34).

teriza por ser "reprobable": un estado de ánimo digno de reprobación, disconforme de aquel que acostumbra presentarse en los individuos que se cuidan de evitar los daños. Cuando no hay capacidad de discernimiento, el rasgo de la reprobabilidad está completamente ausente: sólo que este criterio puede ser superado si se sigue la vía de la reacción jurídica ante un "daño antijurídico no culposo", es decir, "objetivamente antijurídico": un daño producido por un hecho humano que es "antijurídico" sólo en razón de su propia materialidad, y no desde el punto de vista psicológico<sup>59</sup>.

Ya se ha replicado, sin embargo, que "para que se pueda verificar una antijuridicidad semejante sería necesaria la posibilidad de referir al incapaz la violación de la ley, y ello no cabe, porque la norma jurídica está dirigida sólo a los sujetos que están en condición de comprender y observar su contenido"<sup>60</sup>; que la "responsabilidad" del incapaz de discernimiento no depende de un acto "ilícito", sino de la verificación de una *fattispecie* compleja, la cual comprende, más que la realización, por parte del incapaz, de un acto objetivamente correspondiente a un acto ilícito, la circunstancia de que el damnificado no pueda obtener el re-

sarcimiento de manos del representante legal, así como de una particular relación entre las condiciones patrimoniales del damnificado y del agente directo del daño<sup>61</sup>; y, en fin, que aquí no cabe hablar de antijuridicidad porque el remedio legalmente previsto es la "indemnización", la cual procede, como máxima, cuando están de por medio hechos lícitos (no antijurídicos), y se diferencia del "resarcimiento", que se aplica ante los hechos ilícitos<sup>62</sup>.

Considero acertados tales reparos, en especial el tercero, que luego analizaré con mayor detenimiento.

Empero, y sin perjuicio de la pertinencia de las observaciones anteriores, no cabe duda que es muy corto el camino que dista entre la acogida de la premisa en torno de la "antijuridicidad material" del comportamiento dañoso del incapaz de discernimiento y la consideración de la figura aquí tratada como ejemplo de responsabilidad "objetiva".

Los autores parecen disponer, además, de elementos conceptuales seguros para arribar a dicha conclusión, provenientes de experiencias jurídicas que les son muy cercanas, y de las cuales reciben las mayores influencias interpretativas.

<sup>59</sup> DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, cit., págs. 48-49; ID., *Il danno*, cit., vol. I, pág. 154.

Esta interpretación ha sido seguida por la Corte di Cassazione italiana, en su sentencia n. 8740, del 26 de junio del 2001, en "Giustizia civile", vol. LII, 2002, parte I, pág. 712: "El legislador, siguiendo la óptica tradicional, ha dispuesto que sea resarcible sólo aquel daño que derive de un acto calificable como doloso o culposo, por lo cual, considerando que no podía configurarse una forma de responsabilidad objetiva a cargo del sujeto incapaz de entender y de querer, no hace referencia al «hecho ilícito», justamente por la ausencia del elemento psicológico. Descartado tal elemento psicológico, para que pueda darse la responsabilidad de quien tiene a su cuidado al incapaz, sigue siendo necesario que el hecho de éste presente todas las demás características de antijuridicidad, es decir, que sea tal de configurar un hecho ilícito, si hubiese mediado dolo o culpa".

<sup>60</sup> MICCIO, *op. cit.*, pág. 802.

<sup>61</sup> Es la opinión de TRIMARCHI, voz "Illecito (diritto privato)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Giuffrè, Milán, 1970, pág. 110.

<sup>62</sup> Este es el argumento invocado por ALAJMO, *op. cit.*, pág. 190.

Tal es el caso de Alemania, uno de los países que -como se ha visto- ha contribuido a la forja de la norma en cuestión, y donde la visión de este supuesto de responsabilidad como "*eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip*", como una "excepción al principio de la culpa" es tan generalizada cuanto pacífica<sup>63</sup>; y responsabilidad "sin culpa" es, prácticamente, como decir responsabilidad "objetiva"<sup>64</sup>. Además, los trabajos preparatorios del Código Civil italiano, que informan sobre el origen y sentido de la norma -que también he recordado- son igualmente consonantes con tal interpretación.

"Sin duda -expone un seguidor de estas directrices- la tendencia del ordenamiento a realizar la reparación del daño de manera más amplia y plena, y, por lo tanto, con prescindencia, en algunos casos, de la culpa del autor, se ha manifestado en esta disposición.

En efecto, el hecho de poner tal obligación a cargo del incapaz, es decir, de un sujeto que por definición no está en posibilidad de incurrir en culpa, constituye una indiscutible aplicación del principio de la responsabilidad objetiva<sup>65</sup>.

Así consta, es más, en una de las primeras sentencias italianas en las que se analizó el sentido del dispositivo, en la cual la Corte di Cassazione señaló:

"El principio enunciado en el artículo 2046 del Código Civil, en virtud del cual el incapaz de entender y de querer no responde de las consecuencias del hecho dañoso cometido, cuando la incapacidad no derive de su culpa, ha sido atenuado por el legislador, que ha establecido una responsabilidad objetiva del incapaz mismo, a fin de evitar, en aras del principio de responsabilidad so-

<sup>63</sup> ENNECCERUS y LEHMANN, *op. cit.*, pág. 1044. En la doctrina más reciente: BROX, Hans, *Besonderes Schuldrecht*, 21ª ed., Beck, Múnich, 1996, pág. 336; ZEUNER, Albrecht, *Comentario sub § 829 BGB*, en SOERGEL, Hans Theodor y Wolfgang SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12ª ed., t. 5, vol. 2, Kohlhammer, Stuttgart, Berlin y Colonia, 1998, pág. 317; STAUDINGER, Ansgar, *Comentario sub § 829 BGB*, en *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, al cuidado de Reiner SCHULZE, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2003, pág. 1014. Desde una perspectiva comparatística: BAR, *The Common European Law of Torts*, cit., vol. I, págs. 78 y sgtes.

En Italia, BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, 3ª ed., Giuffrè, Milán, 1959, pág. 10, opina que el artículo 2047, 2º párrafo del Código Civil de 1942 constituye, ni más ni menos, una "norma de excepción", pero que "no suena a afirmación del principio de una responsabilidad objetiva, sino que fue inspirada por un criterio de justicia ampliamente invocado por la doctrina, pues parecía inícuo que un no culpable, frente a alguien solvente que lo hubiera dañado, si bien imposibilitado de entender y de querer, resultara sin ninguna indemnización" (las cursivas son añadidas).

<sup>64</sup> Ésta me parece la lógica de la posición de DE CUPIS, *Il danno*, cit., vol. I, pág. 454, y más incisivamente en ID., "*Postilla sul «favor» del diritto civile per gli incapaci*", en "*Rivista di diritto civile*", año XXX, 1984, parte II, pág. 254: "este artículo ha constituido una etapa en el camino de la parcial desvinculación de la responsabilidad del presupuesto de la culpa, con la introducción de una nueva hipótesis de responsabilidad objetiva".

<sup>65</sup> POGLIANI, Mauro, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Giuffrè, Milán, 1964, pág. 106.

Contra lo que podría creerse, la afirmación de que aquí estamos frente a un supuesto de responsabilidad "objetiva" no está tan consolidada en los manuales destinados a estudiantes. Entre los menos recientes, pueden citarse el de BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di diritto privato*, 5ª ed., Cesare Zuffi ed., Bologna, 1955, pág. 583; el de BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato italiano*, Utet, Turín, 1974, pág. 591: "se trataría de un caso de la llamada responsabilidad objetiva, por hecho propio, objetivamente contrario aun derecho aun cuando no subjetivamente imputable al responsable", y, obviamente, el de DE CUPIS, *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., Giuffrè, Milán, 1987, pág. 469; entre los de nuestros días: el de TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 15ª ed., Giuffrè, Milán, 2003, pág. 123. En cambio, la gran mayoría de autores omite, acaso prudentemente, pronunciarse sobre la naturaleza de la figura.

cial, la inequitativa consecuencia de que el patrimonio del autor del daño no sufra disminuciones debido a la incapacidad del sujeto, el cual, como quiera que sea, ha causado el daño con un hecho propio. Ha sido para tal fin, por lo tanto, que se ha concedido al juez la facultad, oportunamente regulada, de atribuir al damnificado una indemnización equitativa reparatoria, poniéndola a cargo del autor del daño (artículo 2047, 2º. párrafo, del Código Civil). Esta responsabilidad del incapaz, que prescinde del estado subjetivo de culpa, impuesto por el legislador como presupuesto fundamental de la responsabilidad por hecho ilícito (artículo 2043 del Código Civil) es puramente subsidiaria, pues se realiza solamente si el damnificado no ha podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a vigilar al incapaz. Además, la indemnización equitativa que se permite debe ser liquidada por el juez con criterio de equidad, teniendo en cuenta las

condiciones económicas de las partes<sup>66</sup>.

En el seno del bando "objetivista" merece ser destacado el planteamiento de un autor que para asignar esta calificación de la responsabilidad civil se apoya, no ya en una mera contraposición con la responsabilidad "por culpa" -modo de proceder que juzga erróneo-, sino en un juicio que comprende el elemento de la causalidad.

Para él, la calificación de responsabilidad "objetiva" debería circunscribirse a las hipótesis en las cuales "el nexo de relevancia y de imputación de la responsabilidad está constituido por la relación causal entre conducta y daño (no culpable)"<sup>67</sup>. Se concluye, entonces, que el supuesto de la responsabilidad del incapaz de discernimiento sería objetivo "en sentido estricto, es decir, fundado en la producción no culpable del daño y, por consiguiente, en el nexo causal, el cual opera como criterio de relevancia y de imputación"<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Corte di Cassazione italiana, sentencia n. 216 del 28 de enero de 1953, en "Responsabilità civile e previdenza", vol. XVIII, 1953, pág. 124, y en "Giurisprudenza italiana", año CV, 1953, parte I, 1, cols. 496-503, con comentario de TRAVI, Amedeo, "Indennizzo dovuto dall'incapace" (*ivi*, cols. 497-500).

<sup>67</sup> DE MARTINI, *op. cit.*, págs. 154-155.

<sup>68</sup> *Ibid.*, pág. 289. Precedentemente (*ivi*, págs. 286-287) señala que se trataría de una "responsabilidad legal objetiva (referida al solo nexo causal)".

La visión de la responsabilidad "objetiva" como responsabilidad "por pura causalidad" tiene antiguas raíces en el medio italiano. Su máximo exponente fue VENEZIAN, *op. cit.*, págs. 42-43, quien luego de advertir la necesidad fundamental de hacer frente a las lesiones de derechos, consideraba que para dicha finalidad no se requería investigar la voluntad de los sujetos: lo determinante, para restablecer el orden jurídico alterado era, entonces, afectar la "causalidad natural" de tales contravenciones. El resarcimiento, para él, tenía como justificativo la existencia objetiva de la lesión de un derecho, por un lado, y su nexo causal con el patrimonio del responsable, por otro. Su doctrina queda bien sintetizada en esta frase (*ivi*, pág. 59): "cada cual es responsable de las contravenciones que se enlazan objetivamente con su esfera jurídica".

VENEZIAN critica las bases históricas de la concepción rigidamente subjetivista de la responsabilidad civil, defendida por Rudolf von JHERING (*ivi*, págs. 77 y sgtes.). Afirma que la responsabilidad por hecho de otro sería la prueba de que en el derecho romano el nexo causal tenía carácter objetivo (*ivi*, pág. 88), y que lo mismo cabía afirmar respecto de la teoría de las acciones noxales (*ivi*, pág. 90). Y es en este camino, de crítica al principio de imputabilidad, que expone sus dudas sobre la posibilidad de considerar responsables a los niños y dementes de acuerdo con el derecho romano, en una época en la que contar con esta base se consideraba imprescindible.

En oposición a todo lo anterior, la inadmisibilidad de la equidad como "espíritu informador de las reglas de responsabilidad objetiva", también ha sido proclamada por algún autorizado especialista en el tema<sup>69</sup>.

Sólo minoritariamente -y en lo que sigue, creo, hay que percibir una evolución de la interpretación doctrinal-, se ha sostenido que la disposición analizada no se aparta del ámbito ni de los cánones de la responsabilidad "subjetiva".

Para llegar a esta conclusión, se ha escrito, con toda razón, que cuando una figura de responsabilidad civil se asocia con un criterio objetivo de imputación, el presupuesto de la capacidad de discernimiento carece de influencia y debe, por lo tanto, considerarse superfluo<sup>70</sup>.

Con el mismo propósito, los autores han variado radicalmente el modo tra-

dicional de apreciar la culpa. Ésta ha sido apartada del plano psicológico en sentido estricto, y se ha convertido en algo susceptible de ser apreciado y predicado respecto de todos los sujetos, incluso de los incapaces de discernimiento: se pasa de la culpa "subjetiva" a la "culpabilidad" (*colpevolezza*), a la culpa "objetiva".

Para ser breves, basta apuntar que la noción "subjetiva" de la culpa desciende de una antigua corriente de pensamiento; ella está fuertemente ligada a la voluntad, a la "libertad y conciencia sobre los propios actos"<sup>71</sup>, y cuenta entre sus elementos esenciales de juicio, no sólo en los países del *civil law*, a la previsibilidad o evitabilidad del evento dañoso. La noción "objetiva", en cambio, identifica la culpa, sin más, como infracción de parámetros, niveles o estándares de comportamiento preestablecidos, como la "violación de reglas de conducta que tie-

---

HEDEMANN, *op. cit.*, pág. 353, intuye que en el § 829 del BGB se abandona el principio de la culpabilidad, tomado como base primaria del sistema, y que se realiza, en cambio, un acercamiento destacable hacia la responsabilidad derivada de la pura causalidad.

Sólo que la doctrina ha hecho ver que "la imputación del hecho que es fuente de responsabilidad sobre la sola base de la acción naturalísticamente entendida, con prescindencia de un análisis de la capacidad del agente de comprender su propio obrar, equivaldría, en realidad, a una imputación mecánica; y no sería disímil, si se aprecia bien, de la imputación de comportamientos no queridos, es decir, de no comportamientos. Así no se produciría aquella plenitud de imputación que sí se logra, en cambio, con la presencia de la capacidad": CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, cit., pág. 106.

Siempre en relación con la causalidad, hay quien advierte que el área de no responsabilidad para los tradicionalmente considerados incapaces se ha reducido con el correr del tiempo, "por exigencias elementales de tipo práctico y equitativo, que imponen que el comportamiento del incapaz sea apreciado siempre, y únicamente, a la luz de la efectiva eficiencia causal que ejerce la genesis del evento": BUSSANI, Mauro, *La colpa soggettiva - Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Cedam, Padua, 1991, pág. 12.

<sup>69</sup> TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pág. 30.

<sup>70</sup> VISINTINI, "Imputabilità e danno cagionato dall'incapace", cit., pág. 123. En el mismo sentido: CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, cit., págs. 156-157.

<sup>71</sup> CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, pág. 578. En palabras de MICCIO, *op. cit.*, pág. 799: "para poder evaluar si la acción ha estado o no viciada de culpa es necesario, ante todo, que haya sido resultado de la voluntad del agente y, por lo tanto, del proceso formativo de esta última. En otras palabras, si la voluntad está ausente, la acción no es querida, no puede ser imputada al sujeto y es totalmente inútil analizar si fue correcta o no su realización".

Para la antigua corriente, señala SCOGNAMIGLIO, "Responsabilità civile", cit., pág. 357, la culpa era vista como un hecho psicológico; el estado o la actitud anímica, distinta de la voluntad, que es válido para integrar (psicológicamente) el hecho antijurídico.

nen como fin la salvaguarda de los derechos ajenos, y que, si son observadas, evitan eventos lesivos para los demás<sup>72</sup>.

Se ha resaltado que esta última noción de "culpa", como "transgresión de una regla objetiva de conducta", sería la única forma correcta de concebirla, porque al prescindir de las condiciones subjetivas del agente evita que las soluciones de los intérpretes se vuelvan relativas o inciertas<sup>73</sup>.

En la doctrina francesa, coincidentemente, hace tiempo que se identificaron, siguiéndose la línea evolutiva de la jurisprudencia, dos formas distintas de "calificar" la culpa: la apreciación *in concreto*, que tiene en cuenta el comportamiento ordinario del autor del daño, y la apreciación *in abstracto*, cuyo referente es el hombre normal, prudente, el *pater familias*<sup>74</sup>.

Siguiendo esta nueva perspectiva, en Italia se señala que si el punto de partida es, justamente, una noción "objetiva" de la culpa, como "no conformidad a un objetivo modelo de comportamiento diligente", se tiene que admitir que incluso el comportamiento del incapaz es susceptible de ser calificado como culposo<sup>75</sup>; que "la autonomía recíproca de los requisitos de la culpa y de la imputabilidad induce a no aceptar la tesis según la cual la responsabilidad del incapaz *ex artículo 2047, 2º párrafo*, del Código Civil [italiano] configuraría una hipótesis excepcional de responsabilidad objetiva, inspirada a favor de la víctima del daño. Las excepciones al régimen ordinario no residen, en efecto, en la naturaleza objetiva de esta responsabilidad (que presupone, en realidad, la valoración del comportamiento desde el punto de vista de la culpabilidad)"<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, cit., pág. 159. Sobre el mismo punto: TRIMARCHI, voz "*Illecito (diritto privato)*", cit., pág. 110; y GALLO, Paolo, "*Appunti in tema di colpevolezza, colpa soggettiva ed efficienza economica (In occasione di alcune recenti pubblicazioni)*", en "*Quadrimestre*", 1993, núm. 3, pág. 714, quien recuerda la fórmula acuñada por el juez estadounidense Learned HAND hace seis décadas: si la entidad del riesgo, unida a la probabilidad de su verificación, es superior al costo de las posibles actividades preventivas, el comportamiento será culposo; viceversa, si el costo de las actividades preventivas es superior al riesgo de daño, habrá que descartar la culpabilidad.

<sup>73</sup> SCOGNAMIGLIO, "*Responsabilità civile*", cit., pág. 342.

<sup>74</sup> Así explican la distinción, entre otros: STARCK, Boris, *Droit civil Obligations*, Librairies Techniques, París, 1972, pág. 120; VINEY, Geneviève, *La responsabilité: conditions*, en *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, L.G.D.J., París, 1982, págs. 555 y sgtes.; de la misma autora, con Patrice JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité civile*, en *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, L.G.D.J., París, 1998, págs. 350 y sgtes.; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y Jean CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. I, *Obligations: Théorie générale*, 8ª ed., Montchrestien, París, 1991, págs. 445-446, quienes aconsejan no usar las expresiones "*faute objective*" y "*faute subjective*", para que la primera no sea confundida con la "*responsabilité objective*".

Hoy por hoy ésta es una perspectiva unánimemente seguida por los estudiosos franceses, según el recuento, mucho más reciente, de CONTE, Philippe, voz "*Responsabilité du fait personnel*", en *Encyclopédie juridique Dalloz - Répertoire de droit civil*, vol. IX, Dalloz, París, 2002, pág. 4 (de la separata).

<sup>75</sup> BIANCA, *op. cit.*, pág. 656.

<sup>76</sup> SALVI, *op. cit.*, pág. 1224; ID., *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, Milán, 1998, pág. 107.

En términos coincidentes, en lo que atañe a la negación de que con la norma se haya configurado "una excepción a los principios del ilícito civil mediante la previsión de una regla de responsabilidad objetiva", ya se había manifestado PATTI, Salvatore, "*Ancora sul «favor» del diritto civile per gli incapaci (E su una innovazione, di segno opposto, dell'ordinamento francese)*", en "*Rivista di diritto civile*", año XXIX, 1983, parte II, pág. 643.

Lo que se tendría que determinar en un caso concreto, según el razonamiento que se acaba de describir, es si la conducta del incapaz de discernimiento presenta o no todas las características en presencia de las cuales un sujeto capaz sería considerado responsable en aplicación de las reglas jurídicas comunes<sup>77</sup>. Por lo tanto, la disposición estudiada constituiría una "hipótesis ordinaria de responsabilidad, a pesar de la no imputabilidad del autor del hecho. Ésta, justamente, es la razón por la cual en el hecho del incapaz debe existir el requisito abstracto de la culpabilidad; éste es un ejemplo en el que se aprecia la operatividad del criterio de imputación subjetivo, desligado de la capacidad de su autor"<sup>78</sup>.

Pero la doctrina subjetivista tampoco convence del todo.

Más de medio siglo atrás, un autor hacía ver que los intentos por encaminar hacia el ámbito de la responsabilidad subjetiva un fenómeno que tiene que ver con personas no responsables

responden a la falaz creencia de que la única responsabilidad posible es la que se funda en la culpa<sup>79</sup>.

Ante las dos tendencias presentes en la doctrina, hay que tomar una posición. Como es obvio, la base referencial debe ser nuestro Código Civil.

La calificación de la responsabilidad como "objetiva" o "subjetiva" en el derecho italiano tiene como presupuesto algo que ya he subrayado: la existencia de una regla fundamental de tenor subjetivista en el Código Civil de 1942 (art. 2043). De aquí que, para la formulación de una responsabilidad objetiva, el camino trazado por los juristas italianos haya consistido en la deducción de un principio general a partir de la lectura de reglas especiales contenidas en el mismo texto legal, en las cuales la culpa no comparece (por ejemplo, la responsabilidad vicaria del empleador).

Dicho panorama no se presenta en el ordenamiento jurídico peruano.

<sup>77</sup> FRANZONI, Massimo, *Dei fatti illeciti*, en *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca a cura di Francesco Galgano*, Zanichelli ed., Bologna y Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1993, págs. 342-343.

<sup>78</sup> FRANZONI, *L'illecito*, en *Trattato della responsabilità civile diretto da Massimo Franzoni*, Giuffrè, Milán, 2004, pág. 616.

<sup>79</sup> BARASSI, *op. cit.*, vol. II, pág. 705. Según este autor, lo que aquí tiene lugar es un supuesto de responsabilidad objetiva, "cuya razón de ser debe buscarse, más que en el conocido principio: *ubi commodum ibi et incommodum* -el cual tiene su verdadera aplicación respecto de la responsabilidad objetiva por hecho no propio- en la exigencia social de una más justa distribución del riesgo".

Que el excelso civilista tenía razón es algo que puede comprobarse con la lectura de este más bien reciente fragmento de MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo, "L'imputabilità", en *La responsabilità civile*, vol. IX, a su vez en *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Paolo Cendon, Utet, Turin, 1998, pág. 671: "para que se presente un problema de responsabilidad o de indemnizabilidad (por parte del incapaz o de su patrimonio) es necesario que en el acto se pueda configurar una manifestación exterior de culpabilidad, en el sentido de que debe resultar, de todas maneras, una disconformidad entre el comportamiento del incapaz, que ha causado el hecho dañoso, y las normas de comportamiento objetivamente dadas a los miembros de la sociedad a fin de evitar el surgimiento del daño"; o este, de NIVARRA, Luca; RICIUTTO, Vincenzo y Claudio SCOGNAMIGLIO, *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., reimpression, Giappichelli, Turin, 2003, págs. 268-269: "La necesidad de formular, aunque sea en abstracto, una valoración en términos de culpa, incluso respecto del comportamiento del incapaz, permite explicar la solución normativa prevista para la hipótesis en la cual la víctima no pueda obtener el resarcimiento. [...] Ahora bien, dicha medida [la indemnización equitativa] podrá ser adoptada, justamente, sólo en caso de que, con referencia a la conducta del dañador, sea de todos modos posible formular un juicio en términos de culpa".

En nuestro Código Civil existen dos cláusulas normativas generales (artículos 1969 y 1970) que compendian, aunque lo hagan con discutible técnica legislativa, ambas especies de responsabilidad.

Para decirlo en pocas palabras: en Perú se responde, dejando a un lado las hipótesis especiales que se han regulado subsiguientemente, tanto por los daños cometidos por dolo o culpa (art. 1969) cuanto por la creación de situaciones riesgosas o peligrosas de las cuales deriven daños (art. 1970).

Puesto que es de responsabilidad aquiliana de lo que se está tratando, si se verifica en la realidad cualquiera de los presupuestos de aplicación de nuestras cláusulas normativas generales, surgirá para el agente la obligación de resarcir los daños ocasionados, a menos que éste -en el caso del artículo 1970- alegue y demuestre que se ha presentado alguna de las eximentes que el Código Civil contempla expresamente (art. 1972).

Es indudable que la situación del incapaz de discernimiento que produce daños no puede asociarse con ninguna de las cláusulas normativas generales contenidas en nuestro Código Civil.

Si tal es el cuadro, una buena solución podría ser la de seguir a la doctrina que ha formulado la existencia de un tercer sistema de responsabilidad, como flotante entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva.

Así se ha hecho en el derecho civil austriaco y en el derecho alemán.

Lineas atrás he tenido oportunidad de reconocer la importancia que el *ius-naturalismo* y el ABGB tuvieron en la germinación de esta regla jurídica imitada en Perú.

Pues bien, en la doctrina austriaca reciente<sup>80</sup>, la responsabilidad se clasifica en "responsabilidad por culpa" (*Verschuldenshaftung*), "responsabilidades sin culpa" (*Nichtverschuldenshaftungen*) y "responsabilidad por equidad" (*Billigkeitshaftung*).

Dentro del grupo de las *Nichtverschuldenshaftungen* se incluyen la "responsabilidad por peligro" (*Gefährdungshaftung*), la "responsabilidad causal" (*Erfolgshaftung* o *Kausalhaftung*) y la "responsabilidad por interferencia" (*Eingriffshaftung*).

El planteamiento de un tercer sistema de responsabilidad civil también tiene precedentes en el derecho alemán<sup>81</sup>. Justo es decir, sin embargo, que tal perspectiva no ha sido tan seguida por la doctrina germana, que

<sup>80</sup> Aquí y en lo que sigue expongo el esquema de BARTA, *op. cit.*, parte I, págs. 634-635.

<sup>81</sup> HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert: ein Überblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz*, C. Heymann, Berlín, 1910, pág. 107, citado por STOLL, *op. cit.*, pág. 145, quien, haciendo suya la propuesta, ve en el § 829 BGB una "general rule of equitable liability", sobre la base, igualmente de los trabajos preparatorios del Código Civil alemán.

En la doctrina italiana, me parece orientado hacia la idea de un tercer sistema ALAJMO, *op. cit.*, pág. 190-191. Él opina que ver en la "responsabilidad" del incapaz un caso de responsabilidad "objetiva" conlleva el riesgo de utilizar una fórmula vacía, porque en la figura no se percibe la presencia del riesgo; tampoco, por obvios motivos, sería una responsabilidad "por culpa". La fórmula normativa sería, entonces, no otra cosa que "la aplicación *tout court* de un principio de causalidad pura", el cual -siendo consecuentes con lo que anota el autor- no es encuadrable ni de la responsabilidad objetiva ni de la subjetiva.



continúa fiel a la asimilación del supuesto con la responsabilidad "sin culpa".

Sin embargo, y a pesar de la interesante sistematización efectuada por los autores germánicos, la idea de un tercer sistema de responsabilidad ha sido siempre generadora de desconfianza.

"Entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva *tertium non datur*", se ha llegado a afirmar, categóricamente<sup>82</sup>.

Tal es la razón a la que ha debido, entre otras consecuencias, el merecido rechazo de la doctrina frente a la propuesta de adicionar a los sistemas de responsabilidad subjetiva y objetiva un sistema de responsabilidad "por relación de representación"<sup>83</sup> o uno de "responsabilidades presuntas", en los cuales se tiene que ver no otra cosa que "cómodos expedientes" para comprender todas las figuras que, a tenor de los dos principios fundamentales, no resultan fáciles de clasificar<sup>84</sup>.

Parece ser, además, que los intentos orientados hacia la exposición de una acaso irrealizable teoría general de la responsabilidad civil demandan, por el contrario, la reducción a la unidad de los sistemas<sup>85</sup>.

La otra solución, más radical, y es a la que personalmente adhiero, es expulsar la figura del área de la responsabilidad civil.

Para fundamentar la interpretación que propongo, tengo que volver a resaltar que el remedio contemplado por el legislador en esta hipótesis es la "indemnización equitativa" y no el "resarcimiento", y exponer exhaustivamente las implicancias de este dato que emerge de la propia norma estudiada.

Hay que admitir, con la unanimidad de los autores, que la "indemnización" difiere del "resarcimiento"<sup>86</sup>, y que en los casos de daños cometidos por incapaces de discernimiento el damnificado tendrá derecho a una "indemnización" (equitativa) cuando sea el patrimonio del incapaz el que responde

<sup>82</sup> CASTRONOVO, voz "Responsabilità oggettiva II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, pág. 4 (de la separata).

<sup>83</sup> Como el propuesto por CHIRONI, *op. cit.*, págs. 384 y 424, criticado por VALSECCHI, *op. cit.*, pág. 166.

<sup>84</sup> Son expresiones de SCOGNAMIGLIO, "Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva", *cit.*, pág. 410, contra las "híbridas nociones intermedias" que circulaban en el ámbito doctrinal italiano hacia el decenio 1960-1970.

<sup>85</sup> Tómese como ejemplo la obra de DE CUPIS (subtitulada, precisamente, "teoría general de la responsabilidad civil"), donde la culpa es la pauta que permite al maestro romano interpretar uniformemente la materia entera, mientras que los casos de responsabilidad objetiva quedan relegados al nivel de excepciones a la regla básica del Código Civil italiano.

<sup>86</sup> Una panorámica evolutiva de la doctrina italiana en materia es expuesta por SALVI, voz "Risarcimento del danno", *cit.*, pág. 1091, y COMPORTI, *op. cit.*, pág. 33. Este último autor refiere que la distinción entre "indemnización" y "resarcimiento" fue creada por la doctrina tradicionalmente ligada con la idea de la responsabilidad civil como sanción contra el acto ilícito basado en el dogma de la culpa: se precisaba, al respecto, que el resarcimiento del daño constituía la sanción del ordenamiento contra el daño injusto causado con el acto ilícito (doloso o culposo), mientras que la indemnización dependía de un enriquecimiento en perjuicio de los demás, que el ordenamiento pretendía eliminar con intervenciones puramente restitutorias. Para la superación de tal perspectiva -prosigue el profesor de la Universidad de Siena- fue fundamental la revisión de la tesis de la "sanción contra el acto ilícito", la cual fue sustituida por la, desde hace tiempo predominante en Italia, concepción de la responsabilidad civil como "reacción frente a un daño injusto".

Esta concepción moderna de la responsabilidad civil tiene como hito histórico el citado trabajo de SCOGNAMIGLIO, "Responsabilità civile", *cit.*, pág. 332: "la responsabilidad civil bien puede definirse en los términos de la reacción que el derecho dispone frente al daño injusto, con la imposición, a quien lo ha causado, de la obligación de resarcirlo".

del daño, o a un "resarcimiento", cuando el que responda sea su representante legal<sup>87</sup>.

Para caer en la cuenta de esta realidad, a algún autor le ha bastado observar que, respecto de la "indemnización", ha sido necesario utilizar el adjetivo "equitativa", en sentido de cuantificación, porque el "resarcimiento", en cambio, debe siempre cubrir el entero monto del daño jurídicamente relevante: "la determinación de la indemnización sobre la base de la equidad -expresa- demuestra la función de reequilibrio de esta institución, que apunta a eliminar o moderar el indebido incremento de un patrimonio en daño de otro, pero sin que tenga que coincidir con toda la dimensión de la disminución patrimonial y del mal sufrido. Se trata, en resumen, de una compensación genérica, de monto oscilante, para la desfavorable situación padecida"<sup>88</sup>.

Con mayor profundidad, la doctrina que debe seguirse ha contrapuesto al "resarcimiento", que es el instrumento típico de reparación de los daños, otro remedio que también es aplicable cuando se tiene que hacer frente al sacrificio, menoscabo o lesión de intereses<sup>89</sup>. Dicho remedio sería la "indemnización", en la cual se comprenden "todas las hipótesis en las cuales un sujeto está obligado a una prestación en dinero, como contrapartida de un servicio prestado por otro, o atendiendo al sacrificio, permitido por la ley, de un interés ajeno. Se trata de una prestación que apunta a la reintegración, no tanto del patrimonio (globalmente considerado), sino del bien específico (autónomamente considerado)"<sup>90</sup>.

Hay que admitir, pues, que existe un remedio como la indemnización, que presenta elementos de afinidad con el resarcimiento, pero que se diferencia de éste porque su presupuesto de aplicación "no es la reacción frente

<sup>87</sup> Esta interpretación ya figura en BRASIELLO, *Comentario sub art. 2047*, cit., pág. 248.

En la bibliografía que he consultado, sólo MESSINEO, *op. cit.*, vol. V, pág. 575 propone una lectura diferente del artículo 2047, 2º párrafo del Código Civil italiano, al conjeturar, con tono dubitativo, que el empleo de la palabra "indennità" en lugar de "risarcimento" podía deberse al hecho de que ley ya reconoce al damnificado un "resarcimiento" (a cargo del representante legal), aunque éste no sea abonado concretamente. Por ello, lo pagado por el incapaz (en aplicación del principio *ne bis in idem*) no podía ser también "resarcimiento", sino, por constraposición, una "indemnización".

<sup>88</sup> DISTASO, Arcangelo, "L'indennità", en *Responsabilità civile Corso di Diritto civile, per problemi e casi, svolto nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari dal Prof. Michelle Spinelli*, vol. I, Editrice Adriatica, Bari, s. f., pero de 1974, págs. 191-192.

Entre nosotros, CORNEJO, *op. cit.*, t. I, pág. 377 observaba que "la indemnización, en este caso, no se basa en el derecho estricto, sino en la equidad, [que] constituye, por decirlo así, una *condition*, a virtud de la cual la indemnización se desplaza sobre el patrimonio del incapaz, *no siendo necesario que cubra la integridad del daño*, sino que éste se repare equitativamente, vale decir, atendiendo a la situación de las partes, situación jurídica y situación económica" (las cursivas son añadidas).

<sup>89</sup> SCOGNAMIGLIO, "Indennità" (1962), ahora en ID., *Scritti giuridici*, cit., vol. I, pág. 313.

Ya en las páginas de ROMANO, Salvatore, *Il così detto risarcimento del danno in forma specifica*, Tipografía Guerriero Guerra, Perugia, 1929, pág. 31, se lee que "no constituyen resarcimiento de daños las medidas con las cuales se provee preventivamente para impedir el daño, lo cual es demasiado obvio, ni tampoco [...] otras reacciones contra el daño que han cobrado figuras jurídicas más o menos autónomas, y que, por lo tanto, están reguladas por principios en todo, o al menos en parte, diversos".

<sup>90</sup> CICCARELLO, Sebastiano, voz "Indennità (diritto privato)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milán, 1971, pág. 105.

al daño, o porque su *quantum* es fijado según criterios diversos del de la reparación del daño ocasionado por el responsable. En la primera hipótesis, se comprenden los casos en los cuales una obligación pecuniaria se constituye con miras a la composición de intereses que resulta necesaria por la pérdida o limitación de un derecho derivada de la verificación de una determinada *fattispecie* normativa. [...]. La obligación pecuniaria deriva, por lo tanto, de la exigencia -conforme a un principio general en materia de desplazamientos patrimoniales- de garantizar una justa contrapartida al sujeto cuya esfera jurídica es afectada"<sup>91</sup>.

La indemnización se presenta en infinitud de supuestos: en las transferencias coactivas de derechos reales (en la expropiación o en la constitución de servidumbre legal de paso, por ejemplo)<sup>92</sup>, en el campo de los seguros privados (donde las sumas pagadas por las aseguradoras son de antemano estipuladas mediante contrato, y no necesariamente cubren, a la larga, el monto exacto de los daños sufridos), en el derecho laboral (donde las cantidades a abonar a los trabajadores, en caso de despido injustificado, por ejemplo, se liquidan en un mayor o

menor número de remuneraciones, conforme a un método de cálculo señalado en nuestra legislación del sector), o en el caso de los llamados "actos lícitos dañosos", como el que se presenta cuando alguien ocasiona daños a bienes ajenos para conjurar peligros actuales o inminentes<sup>93</sup>.

¿Dudará alguien que en todos los casos citados nos encontramos ante prestaciones dinerarias que no pueden calificarse como "resarcimiento"? ¿Podría alguien sostener que cuando el Gobierno expropia o cuando el empleador decide de modo arbitrario poner término a la relación laboral incurren en "responsabilidad civil"?

La respuesta es negativa, desde luego. En el primer caso, el sacrificio de la persona que es afectada por la expropiación tiene como justificativo el bien de la colectividad, pero la ley dispone, de acuerdo con "una elemental exigencia de justicia, y en aplicación de un principio general del derecho, atribuir al afectado una compensación dineraria"<sup>94</sup>. En el segundo, lo que se presentará es "una especie de contrapartida de las prestaciones efectuadas por el trabajador, siendo prácticamente irre-

<sup>91</sup> SALVI, voz "*Risarcimento del danno*", cit., pág. 1091; ID., *La responsabilità civile*, cit., págs. 205-206.

<sup>92</sup> En la Constitución se señala que "a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de necesidad nacional o seguridad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de *indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio*" (art. 70); y en el Código Civil se prescribe que "la servidumbre legal de paso se establece en beneficio de los predios que no tengan salida a los caminos públicos" (art. 1051), pero que es onerosa y que "al valorizársela, deberán tenerse también en cuenta *los daños y perjuicios que resultaren al propietario del predio sirviente*" (art. 1052).

<sup>93</sup> Es lo que textualmente se dispone en nuestro Código Civil: "el propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente, pero se le indemnizará por los daños y perjuicios causados" (art. 959).

Otro caso de acto lícito dañoso es el regulado a renglón seguido: "si para construir o reparar un edificio es indispensable pasar materiales por predio ajeno o colocar en él andamios, el dueño de éste debe consentirlo, recibiendo indemnización por los daños y perjuicios que se le causen".

<sup>94</sup> SCOGNAMIGLIO, "*Indennità*", cit., pág. 315.

levante toda referencia a la ilicitud del comportamiento de las partes<sup>95</sup>.

Lo anterior también puede predicarse en relación con la "indemnización equitativa" que puede recaer en el incapaz de discernimiento.

Es obvio que con esta indemnización no se pretende el restablecimiento por equivalente del *status quo ante*, es decir, del estado de cosas anterior al evento dañoso; lo que se hace es menos ambicioso: asignar, sencillamente, una cantidad en dinero que puede, como no, corresponder a los daños causados; todo dependerá de lo que el juez conceda, ateniéndose a las directrices que el artículo 1977 del Código Civil le impone.

Como se percibe en todos los ejemplos citados, cuando se habla de "indemnizaciones" siempre hay siempre alguien que termina siendo obligado a efectuar un desembolso para aliviar la situación de otro. Éste es el rasgo que suele suscitar graves confusiones entre la indemnización y el resarcimiento.

Por ello, no está de más hacer referencia a ulteriores elementos que la doctrina ha identificado para establecer un claro deslinde.

Lo que se anota es que en la "indemnización equitativa" el daño constituye solamente un punto de referencia, que cobra aspectos éticos, antes que jurídicos<sup>96</sup>; que ninguna obligación indemnizatoria del incapaz de discernimiento preexiste al ejercicio de la acción judicial ni a la sentencia, como si ocurriría si se tratara de un resarcimiento, porque el damnificado no tiene una pretensión jurídica dirigida a una prestación resarcitoria, sino un mero "poder de acción" para pedir el pronunciamiento discrecional del juez sobre la procedencia o no de la indemnización<sup>97</sup>; que el resarcimiento tiene como fundamento la imputación del daño a un sujeto ("responsable" de éste) y es estimado en su *quantum* según la dimensión del daño mismo, mientras que la indemnización se funda en una exigencia de equidad, y prescinde de una necesaria adecuación a la dimensión del daño<sup>98</sup>; que la indemnización no corresponde a la

<sup>95</sup> CICCARELLO, *op. cit.*, pág. 102.

<sup>96</sup> QUAGLIARELLO, *op. cit.*, pág. 99.

<sup>97</sup> DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, cit., págs. 54-55; ID., *Il danno*, cit., vol. II, pág. 24, a quien siguen, entre muchos otros: VENCHIARUTTI, *op. cit.*, pág. 224; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., pág. 344; ID., *L'illecito*, cit., pág. 617; CURCURIUTO, Filippo, *Comentario sub art. 2047*, en RUPERTO, Cesare y Vittorio SGROCI (directores), *Nuova rassegna di giurisprudenza sul Codice civile*, libro IV, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milán, 1994, pág. 4853; MONATERI, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Turin, Utet, 1998, pág. 943.

Esta perspectiva tiene un antecedente que la propia doctrina italiana silencia. En efecto, ya MOMIGLIANO, *op. cit.*, pág. 254, indicaba, si bien no diferenciando la indemnización del resarcimiento, que "en los casos de responsabilidad por equidad [...] es al juez a quien compete el poder de obligar o no al resarcimiento: el derecho a la indemnización no surge, entonces, con el hecho mismo de la lesión, sino sólo cuando el juez constituya la relación de resarcimiento, porque en tales casos al juez no solo le compete declarar cuáles son las condiciones equitativas en la *fattispecie*, sino también evaluar si dichas condiciones son suficientes como para conllevar el resarcimiento. El lesionado sólo tiene el derecho de que el juez tenga presente en sus decisiones las condiciones objetivas de equidad; antes de la sentencia constitutiva del resarcimiento él no tiene otra cosa que un interés a ser resarcido, todavía no un derecho".

<sup>98</sup> BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y Ugo NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Utet, Turin, 1989, pag. 699.

restauración del daño sufrido y no podrá jamás corresponder a ésta, porque la ley habla aquí de "indemnización" y no de "resarcimiento", con lo que da a entender que se trata de fenómenos distintos<sup>99</sup>; y, en fin, que la función de esta indemnización consiste, ante todo, en satisfacer la "necesidad" de reparación del damnificado, la cual tendrá buenas posibilidades de realizarse a plenitud sólo cuando exista una manifiesta desproporción entre la misera situación patrimonial de la víctima y la cómoda posición del incapaz autor del daño<sup>100</sup>.

En los países cuyos códigos civiles reconocen la institución del "resarcimiento en forma específica" se cuenta con un argumento adicional: que los daños para los cuales la ley prevé como remedio la indemnización son aquellos en lo que solamente es concebible una restitución "por equivalente" (pecuniario)<sup>101</sup>.

Recientemente, un autor<sup>102</sup> ha cuestionado, punto por punto, los distintos argumentos que han sido esgrimidos como base de la distinción entre

"indemnización" y "resarcimiento". Sin embargo, llegado el momento de analizar la "indemnización equitativa", ni siquiera él ha podido evitar admitir que, respecto de ésta, si es posible efectuar un deslinde conceptual, porque el Código Civil la prevé como forma pecuniaria de reparación de daños, no correspondiente a la entera lesión, y aplicable en supuestos donde no están presentes los elementos de la *fattispecie* de responsabilidad civil, los cuales sí darían como resultado el resarcimiento.

Las reglas de la indemnización equitativa, en efecto, no son iguales a las que se aplican, con carácter general, en las hipótesis de responsabilidad civil. La indemnización equitativa "no comprende las componentes normales del resarcimiento (daño emergente y lucro cesante), sino que corresponde a una restauración pecuniaria que es inferior, en todo caso, al resarcimiento íntegro"<sup>103</sup>.

No debe generar equívocos, por otro lado, el hecho de que la doctrina alemana hable, en la hipótesis aquí estu-

Que el resarcimiento podía ser total o parcial, dependiendo del patrimonio del dañador, era algo que ya resaltaba CHIRONI, *op. cit.*, pág. 323.

<sup>99</sup> CORSARO, voz "Responsabilità civile I) Diritto civile", *cit.*, pág. 16.

<sup>100</sup> BILETTA, *op. cit.*, pág. 19; VENCHIARUTTI, *op. cit.*, pág. 224; ID., *Comentario sub art. 2047, en Commentario al Codice civile diretto da Paolo Cendon*, vol. IV, 2, Utet, Turín, 1991, pág. 2062; MONATERI, *La responsabilità civile*, *cit.*, 943, quienes se ciñen al texto de una sentencia de la Corte d'Appello de Nápoles, Sala I, del 5 de mayo de 1967, publicada en "Archivio della responsabilità civile", 1968, págs. 178 y sgtes., donde se lee (*ivi*, pág. 179) que "la indemnización equitativa a la que se refiere el artículo 2047 del Código Civil [...] tiene, esencialmente, la función de satisfacer la «necesidad» de reparación de la persona damnificada, teniendo en cuenta las posibilidades económicas de la contraparte". Para más referencias sobre este fallo véase *infra* § 5.

"En el fondo del compromiso legislativo -anota, por su parte, FORCHIELLI (*op. cit.*, pág. 100)- está la acostumbrada justificación básica: evitar lo más posible que un damnificado quede sin resarcimiento, una relación cualquiera de un sujeto con un daño (autor «incapaz», empleador del culpable, propietario del edificio, etc.) puede resultar socialmente suficiente para imponer todo o parte del respectivo riesgo al patrimonio de dicho sujeto".

<sup>101</sup> Reconoce valor decisivo a este argumento: TORREGROSSA, *op. cit.*, págs. 155 y sgtes.

<sup>102</sup> COMPORTI, *op. cit.*, pág. 38.

<sup>103</sup> *Ibid.*, *loc. ult. cit.*

diada, de "deber jurídico de resarcimiento" (*Ersatzpflicht*)<sup>104</sup>.

De manera coherente con su terminología, los civilistas germanos reconocen que en aplicación del § 829 BGB es procedente la reparación integral, de modo que también es dado liquidar el *Schmerzensgeld* o *pretium doloris*, el daño moral<sup>105</sup>.

Es más, cuando el dañador dispone de un seguro, la impresión que nace en algún jurista alemán es que no debería existir ningún obstáculo para que el monto judicialmente determinado co-

rrsponda plenamente al de los daños ocasionados<sup>106</sup>. En Alemania, por ello, el hecho de que el autor directo del daño disponga de un seguro es tomado en cuenta en el análisis que los jueces efectúan de las condiciones de las partes<sup>107</sup>.

La tendencia verificada en Alemania contradice, como es obvio, la idea, más ponderada, de que con la previsión legal sólo se pretende "aliviar las consecuencias patrimoniales desfavorables producidas en la esfera del damnificado"<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> A pesar de que en el texto del § 829 BGB se utiliza el término "*Schadloshaltung*", que bien podría traducirse como "indemnización". En Austria, BARTA, *op. cit.*, parte I, pág. 665, hace referencia al llamado "*Billigkeitssatz*".

<sup>105</sup> MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht*, t. II, *Besonderer Teil*, 6ª. ed., Beck, Múnich, 1993, pág. 359; STAUDINGER, *op. cit.*, pág. 1015.

<sup>106</sup> STOLL, *op. cit.*, pág. 146, señala que es el propio principio de la responsabilidad por equidad lo que exige que la demanda contra el asegurador sea vista como un mecanismo para conseguir un resarcimiento íntegro (*full compensation*), porque a él no le está permitido sacar provecho de la situación de incapacidad del asegurado.

<sup>107</sup> Lo refieren, por ejemplo, LIMPENS y otros, *op. cit.*, pág. 99; MEDICUS, "*Risarcimento del danno ed equità*", trad. de A. PIGNATELLI, en "*Responsabilità civile e Previdenza*", vol. LV, 1990, págs. 284-285; MARKESINIS, Basil S., *The German Law of Obligations*, vol. II, *The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3ª. ed., Clarendon Press, Oxford, 1997, pág. 900; y BAR, *The Common European Law of Torts*, cit., págs. 103-104.

Consciente de esta realidad, MEDICUS, *Schuldrecht*, cit., t. II, págs. 358-359 plantea el siguiente problema: ¿Con la gran difusión alcanzada por los seguros, puede considerarse apto para el resarcimiento, sólo por ello, al causante del daño que disponga de alguno? Y, en sentido inverso: ¿Se le va a negar el resarcimiento al damnificado que cuenta con un seguro de accidentes que le permite mitigar el daño sufrido?

En Italia han aludido, si bien minimamente, a la vinculación de esta figura con los seguros, autores como MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, pág. 674; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, 2ª. ed., Cedam, Padua, 1999, pág. 511, y GALLO, *Istituzioni di diritto privato*, 2ª. ed., Giappichelli, Turin, 2000, pág. 711. Ya hace cuatro décadas, sin embargo, RODOT, *op. cit.*, pág. 142, nota (35), advertía la expansión de una tendencia jurisprudencial a fundar la responsabilidad de un sujeto en su posibilidad de contratar un seguro.

<sup>108</sup> CORSAFO, voz "*Responsabilità civile I) Diritto civile*", cit., pág. 17.

Esta interpretación ha tenido acogida en la jurisprudencia italiana, en aquel que, a decir de BAR, *The Common European Law of Torts*, cit., pág. 107, puede considerarse el *leading case* -por la diversidad de puntos que se tratan- en relación con el antecedente legislativo más cercano del artículo 1977 de nuestro Código Civil. Me refiero a la sentencia del Tribunal de Macerata, del 20 de mayo de 1986, publicada en "*Foro italiano*", vol. CIX, 1986, parte I, cols. 2594 y sgtes., con comentario de Pasquale STRAZIOTA (*ivi*, cols. 2594-2596), donde se señala, precisamente, que "el daño no patrimonial no es resarcible cuando el autor del hecho, abstractamente previsto por la ley como delito, es un menor de catorce años, incapaz de entender y de querer según las leyes civiles". Más adelante expondré con más detenimiento lo extremos de este fallo (véase *infra* § 5). El Tribunal de Venecia, en una sentencia más reciente, del 14 de julio de 1999, publicada en "*Il Foro padano*", año LVI, 2000, parte I, cols. 428 y sgtes., con comentario de FRANCESCHIN, Gianmaria, "*Osservazioni in tema di risarcimento del danno morale cagionato dall'incapace prosciolti in sede penale*" (*ivi*, cols. 431 y sgtes.) ha establecido, en el mismo sentido, que "en caso de lesiones personales causadas por un incapaz que haya sido exculpado en el ámbito penal por falta de imputabilidad, el juez civil que condena al pago a favor del damnificado de una indemnización equitativa en virtud del artículo 2047 del Código Civil, no puede comprender los daños morales" (véase también *infra* § 5).

Me parece evidente, de cualquier forma, que ninguno de los desarrollos logrados en el ordenamiento jurídico alemán es concebible, entre nosotros, mientras se continúe hablando de "indemnización", en lugar de "resarcimiento".

Que la hipótesis aquí analizada no pertenezca al ámbito de la responsabilidad civil, que es lo que yo sostengo, es algo que ya intuía un autor que la definió como "responsabilidad en sentido lato", porque lo que en ella se presenta no es más que "un deber de prestación consiguiente a un daño que se ha provocado"<sup>109</sup>. Para referirse a la figura, se han empleado otras expresiones que también rinden cuenta de su ambigüedad, como responsabilidad "de un patrimonio" frente a otro<sup>110</sup>, "responsabilidad limitada"<sup>111</sup>, "responsabilidad objetiva atenuada"<sup>112</sup>, "responsabilidad objetiva limitada"<sup>113</sup>, "figura anómala de responsabilidad eventual y subsidiaria"<sup>114</sup>, etc.

Se ha afirmado que aquí, en rigor, tampoco es correcto hablar de un supuesto "excepcional" de responsabilidad civil, porque la regla del Código

Civil según la cual el incapaz no es responsable de las consecuencias del hecho dañoso que comete no es derogada en este punto: lo que ocurre, en realidad, es que "la no responsabilidad del incapaz puede ir de la mano -a manera de correctivo, dictado por exigencias equitativas- de una obligación que tiene por objeto el pago de una indemnización"<sup>115</sup>.

Con agudeza no menor, se ha escrito que esta indemnización "da la impresión de escapar del sistema de la responsabilidad, incluso de la objetiva, pues parece determinada por el principio equitativo de hacer obtener de todas maneras, e independientemente de las reglas del derecho, una determinada reparación al damnificado"<sup>116</sup>.

Lo que me termina de convencer de lo acertado de la tesis que vengo construyendo en estas páginas, es la severa y persuasiva opinión de dos autores que afirman que lo dispuesto en el artículo 1977 de nuestro Código Civil sobrepasa, simplemente, lo que se debe entender por responsabilidad civil; que es una regla que debe deste-

<sup>109</sup> TRAVI, *op. cit.*, col. 497.

Menos resuelto es FORCHIELLI, *op. cit.*, pág. 99, quien, a pesar de reconocer, exactamente, que aquí "puede parecer hasta acrobático el empleo del término «responsabilidad»", concluye que "un débito *ex lege* existe y, por la misma razón, existe una «responsabilidad»".

<sup>110</sup> DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 6ª. ed., vol. III, Casa editrice Giuseppe Principato, Mesina y Milán, s.f., pag. 495.

<sup>111</sup> MESSINEO, *op. cit.*, vol. V, pag. 575.

<sup>112</sup> Esta expresión es utilizada en la sentencia de la Corte di Cassazione citada *retro*, nota (66).

<sup>113</sup> VALSECCHI, *op. cit.*, pág. 162.

<sup>114</sup> BIGLIAZZI GERI y otros, pág. 699.

<sup>115</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>116</sup> COMPORTI, *op. cit.*, pág. 199.

Esta opinión de COMPORTI tiene un precedente, algo diverso, en su famosa obra *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Morano, Nápoles, 1965, pág. 238, donde se lee que aquí se presenta una hipótesis de "responsabilidad objetiva en sentido lato", en tanto y en cuanto no fundada en la culpa, pero que -notese bien- no debe ser comprendida en el sistema de responsabilidad objetiva "por exposición al peligro", pues constituye una excepción del todo particular (por estar basada en la equidad) al criterio unitario del sistema de responsabilidad objetiva trazado por el autor (el criterio de la "exposición al peligro", precisamente).

rrarse del elenco de las normas que describen esta institución jurídica.

La "indemnización equitativa" -escribe el primero- no es debida "en virtud de que se ha ocasionado un daño, sino del hecho ulterior de que las condiciones económicas de las partes son distintas entre sí"<sup>117</sup>.

Lo que verdaderamente se hace con esta norma -complementa el segundo- es dar fundamento a un derecho que no existiría desde la perspectiva de la responsabilidad civil, pues se trata de algo que responde, exclusivamente, a la lógica de proteger a los terceros. Lo que se consagra, por lo tanto, es "un principio de *social security* a favor del tercero, y en perjuicio del incapaz, que no encuentra justificación sino en la misma previsión normativa que la instituye, y que, por ello, debe ser apre-

ciada como absolutamente excepcional. [...]. Ella funda, en otras palabras, un poder de activación de la equidad del juez que únicamente favorece a las víctimas indigentes de incapaces prósperos, en ausencia de una responsabilidad a cargo de otro. Ésta es una situación excepcional y, ni más ni menos, exclusivamente equitativa"<sup>118</sup>.

Esta propuesta se refuerza con la apreciación, no menos irrefutable, de que el juez, en el caso que nos interesa, está facultado para ejercer poderes que van más allá de la aplicación del propio derecho civil. Aquí lo que tiene lugar es la instauración de un juicio "equitativo", que es distinto del juicio civilístico en torno de la responsabilidad<sup>119</sup>.

Es de la equidad, justamente, de lo que hay que tratar a continuación.

<sup>117</sup> CORSAPO, voz "*Responsabilità civile 1) Diritto civile*", cit., pág. 16.

<sup>118</sup> MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., págs. 942-943, 944; ID., *Illecito e responsabilità civile*, en *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, Giappichelli, Turin, 2002, págs. 14-15.

A esta decidida toma de posición, a mi modesto parecer digna de seguir, se ha opuesto, recientemente, el siguiente argumento: "El poder discrecional atribuido al juez comporta que el damnificado, por efecto de la lesión sufrida no ostente un derecho a la indemnización, sino que sea titular de un mero poder de acción. Una vez estimadas comparativamente las condiciones económicas de las partes y determinada la dimensión del perjuicio sufrido, el juez podrá traducirlo en indemnización. En realidad, lo que caracteriza la indemnización en el plano funcional es la exigencia de satisfacer una necesidad del damnificado. Ello implica que si el incapaz es de condición pudiente, la indemnización podría incluso coincidir con la íntegra restauración del daño sufrido por la víctima. Si bien la indemnización a favor del damnificado constituye normalmente un *minus* respecto del resarcimiento, la ausencia del derecho a obtenerla determina nuevas implicaciones en el plano sistemático, pero que no excluyen con certeza este ilícito de la responsabilidad civil": FRANZONI, *L'illecito*, cit., págs. 617-618.

Esta réplica me parece fundada en la idea, expuesta ya en una obra precedente de FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., pág. 1151, según la cual no existen razones que obstan para comprender la indemnización en el resarcimiento. "El hecho de que la indemnización compense sólo en una parte la real pérdida sufrida significa que se resarce sólo por una parte el daño sufrido, no que nos encontremos fuera de la lógica reparatoria" (*ivi*, págs. 1151-1152).

<sup>119</sup> MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, cit., pág. 15.

Inspirándose en el pensamiento de Emilio BETTI, COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit., pág. 239, plantea que "mientras la interpretación de las *fattispecie* de responsabilidad objetiva se realiza mediante un proceso de autointegración, que opera con el canon de la totalidad y de continuidad lógica del ordenamiento, la decisión según la justicia del caso individual en vía de equidad se realiza con un proceso de heterointegración, en el cual el intérprete puede servirse de fuentes diversas y, en cierto sentido, extrañas al sistema, o sea que puede recurrir al criterio de la equidad".



**4. El papel de la equidad en la "responsabilidad" del incapaz de discernimiento. Negación de su valor como principio de responsabilidad civil y como criterio de imputación (de responsabilidad civil). La situación económica de las partes como verdadero criterio de imputación (de consecuencias jurídicas). El aspecto "equitativo" de la indemnización judicialmente determinada.**

Una vez que se ha puesto en tela de juicio lo acertado de comprender la *fattispecie* del artículo 1977 del Código Civil en el ámbito de la responsabilidad civil, a menos que se participe de la idea que concebir un tercer sistema, junto a la responsabilidad subjetiva y objetiva, el paso sucesivo es analizar cuál es el papel que desempeña la equidad, expresamente invocada por el legislador.

No creo que la equidad sea un principio de reconocimiento de la indemnización ni, mucho menos, un criterio de imputación de consecuencias jurídicas.

Respecto de lo primero, nuestra propia doctrina nos enseña que sostener la existencia de un principio de equidad en la responsabilidad civil no tendría sentido, porque la equidad es, sencillamente, "lo menos científico del derecho (sin que esta afirmación implique menosprecio alguno); la equidad es el recurso al sentimiento -llámese *clementiam* o *benignitatem* o *caritatem* o *pietatem* o *moderationem* o *humani-*

*tatem*- para enfrentarlo a las exigencias de la lógica"<sup>120</sup>.

Ha sido motivo de satisfacción para mí haber dado con un equivalente de estas muy atinadas expresiones de un jurista peruano en la opinión de un connotado estudioso del derecho romano, que señalaba, sin hesitaciones, que la equidad se presenta, en la fase más reciente de la historia, como algo sin límites, que sirve para "autorizar toda aberración. Ella se manifiesta como una perniciosa «justicia del caso concreto», que juristas y emperadores aducen en sostén de toda apresurada o facilista solución de problemas sensibles y delicados. Inevitablemente, la *aequitas* termina convirtiéndose, [...] en el plano práctico, en la cómoda justificación del laicismo en el derecho: una expresión de *benignitas*, de *humanitas*, de *pietas*, de *caritas*, es decir, de valores cristianos altamente admirables desde el punto de vista religioso, pero en la misma medida reprobables desde el punto de vista jurídico"<sup>121</sup>.

Respecto del propio Código Civil austriaco se ha señalado, por lo demás, que la "responsabilidad" del inimputable no armoniza con las demás normas de responsabilidad civil que en él se disponen, y que parece ser una reliquia del antiguo derecho germánico, incluida en el ABGB sólo por la fuerza que tenía el "sentimiento de equidad" entre los iusnaturalistas, pero en modo alguno correspondiente a la justicia<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> DE TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. I, pág. 455.

<sup>121</sup> GUARINO, Antonio, voz "Equità (diritto romano)", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Utet, Turin, 1964, pág. 624.

<sup>122</sup> MOMIGLIANO, *op. cit.*, pág. 242, quien remite al ya recordado estudio de UNGER, "Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz", cit., pág. 229.

La misma lucidez informa opiniones de otros autores que han puesto en evidencia que la norma en cuestión "no puede justificarse sobre la base de principios de responsabilidad social o de equidad, porque, si se tiene presente que bajo el aspecto natural y jurídico la actividad del incapaz no es susceptible de ninguna valoración, se advierte que tales principios, ni más ni menos, son violados por la norma que hace recaer las consecuencias del daño en quien no es responsable de él"<sup>123</sup>; que con ella "el fundamental principio de la igualdad ante la ley termina siendo violado; la responsabilidad económica depende de las condiciones económicas de las partes; ella aumenta, se atenúa o desaparece, inclusive, dependiendo de si el incapaz tiene la ventura de dañar con su acto inconsciente a un individuo próspero o no, y atendiendo a la medida de su patrimonio; es como si la riqueza y la pobreza ascendieran al rango de categorías jurídicas"<sup>124</sup>; que la equidad es un concepto genérico, inadecuado para constituir fundamento o medida

de la responsabilidad civil, pues crearía situaciones de incertidumbre y graves inconvenientes sociales y económicos<sup>125</sup>; que el reenvío a la equidad "constituye el fruto de la incapacidad de comprender la función de la institución [de la responsabilidad por riesgo no culpable], y de explicarla de manera adecuada para su fin"<sup>126</sup>; que "todo intento de canonizar los principios de la equidad está destinado al fracaso, porque la equidad misma está sujeta a continua evolución para cumplir con su función institucional de adaptar la rigidez de las normas jurídicas a la mutación de la conciencia social"<sup>127</sup>; que, históricamente, "la referencia a la equidad no constituía la propuesta de un criterio válido por sí mismo, sino la indicación de un principio político, que justificaba la introducción de particulares normas"<sup>128</sup>; que, en la hipótesis que nos interesa, "la equidad introduce una desviación, propiamente dicha, de los principios generales, sea porque se establece la posibilidad de la indemnización sin que, en rigor, se presenten los presu-

<sup>123</sup> QUAGLIARELLO, *op. cit.*, págs. 97-98.

En cambio, FORCHIELLI, *op. cit.*, pág. 95, opina que en la norma se recoge el principio de la "excepcional necesidad social". En el mismo error de perspectiva incurre FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., pág. 343, para quien el fundamento de la indemnización "reposa en una imprescindible exigencia de solidaridad social, de modo que la liquidación debe ser efectuada según la equidad, aquí entendida como exigencia de reparar a la víctima no culpable, aun cuando fuera en la medida resultante de la valoración comparativa de las condiciones económicas de las partes".

<sup>124</sup> QUAGLIARELLO, *op. cit.*, pág. 99.

ALAJMO, *op. cit.*, pág. 190, conjetura que si la conducta del incapaz se considera "antijurídica" -como muchos proponen, según hemos visto- el artículo 2047, 2º párrafo del Código Civil italiano (o sea, nuestro artículo 1977) sería inconstitucional, porque al hacer nacer de ella una "indemnización" y no un "resarcimiento" atentaría contra el principio de igualdad ante la ley que no distingue por raza ni por sexo ni por "condiciones personales".

<sup>125</sup> TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pág. 28.

Según la singular visión de este autor (*ivi*, pág. 29): la atribución al juez del poder de decidir sobre la base de una valoración equitativa "terminaría sustituyendo una distribución de riesgos realizada según directrices constantes y dirigida al interés general, por una secuela de decisiones imprevisibles y determinadas más por los sentimientos suscitados por un caso en particular, que por consideraciones económicas de alcance más amplio".

<sup>126</sup> *Ibid.*, pág. 29.

<sup>127</sup> TORREGROSSA, *op. cit.*, pág. 151.

<sup>128</sup> RODOT, *op. cit.*, pág. 143.

puestos de la obligación resarcitoria, sea porque dicha reparación no es total, como en el caso del resarcimiento verdadero, sino que es determinada en vía equitativa por el juez, teniendo en cuenta la distintas circunstancias y [...] considerando también las condiciones económicas de las partes"<sup>129</sup>; que, en fin, la equidad desenvolvería, a lo sumo, el más bien limitado papel de "factor o motivo de inspiración de soluciones normativas"<sup>130</sup>.

En apoyo de tales consideraciones hay que indicar, igualmente, la peligrosa asociación de la equidad, ya desde el derecho civil austriaco del siglo XIX<sup>131</sup>, con la máxima "riqueza obliga"

("richesse oblige")<sup>132</sup>, con la cual se propone hacer del hecho dañoso una "ocasión para una transferencia de riqueza de las clases más ricas a las clases menos pudientes"<sup>133</sup>.

A lo anterior hay que responder, terminantemente, que "si de veras se pretende atenuar las disparidades económicas entre las clases sociales a través de transferencias de riqueza de una a otra de ellas, ello debe hacerse de manera sistemática y coherente, no de modo esporádico, dominado por la ley del caso, y que no tiene el carácter de la planificación social, sino más bien el de la beneficencia obligatoria"<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit., pág. 237.

<sup>130</sup> SCOGNAMIGLIO, "Responsabilità civile", cit., pág. 329.

En otro escrito, "*Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*", cit., pág. 414, el mismo autor insta a que no se confunda la ratio mediata de la ley, es decir, el conjunto de razones y valores que se encuentran en el fondo de sus disposiciones, con su "fundamento inmediato" según los datos que se han traducido en la realidad normativa, y que son sus seguros puntos de referencia. Es imprescindible, pues, diferenciar bien los "criterios inspiradores" de los "elementos constitutivos" de las *fattispecie* de responsabilidad.

<sup>131</sup> Lo comprobaba MOMIGLIANO, *op. cit.*, págs. 250, 253, con la lectura de Joseph UNGER (1828-1913), "*Beiträge zur Lehre vom Schadenersatz nach österreichischem Recht*", en "*Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*", vol. VIII, 1881, págs. 209 y sgtes.

VENEZIAN, *op. cit.*, pág. 108, también había prestado atención a aquel estudio de UNGER, y citaba el siguiente fragmento: "Ya los hechos dañosos que en la actualidad no son imputables a personas potencialmente imputables son resarcidos por éstas *sua sponte*, por espíritu de natural humanidad. [...]. A lo sumo, podría surgir una dificultad para las personas no imputables, por ello sujetas a la tutela o a la curatela, cuyo patrimonio no es disponible; y para eliminar tal dificultad bastaría con habilitar al tutor o curador para que reparen los daños cometidos por los niños o los dementes". De tal forma, añadía VENEZIAN, "la ley civil asumiría con franqueza, más allá del oficio de determinar el derecho, el oficio subalterno de inculcar el débito de limosna". Más adelante (*ivi*, pág. 112), afirma algo que sigue siendo válido actualmente: que "cuando el resarcimiento es demandado por las partes, y es concedido por los jueces, como una limosna antes que como un derecho, se pretende restringirlo, reducirlo a los mínimos términos; y así, el orden jurídico alterado no se restablece".

A otro trabajo de UNGER, "*Handeln auf eigene Gefahr: Zugleich ein Beitrag zur Kritik des deutschen Entwurf*", en "*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*", vol. XXX, 1891, págs. 363 y sgtes., remite, en cambio, RODOT, *op. cit.*, pág. 142, nota (35).

<sup>132</sup> Expresamente invocada por HEDEMANN, *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., pág. 353: "la aplicación del § 323 BGB se basará, las más de las veces, en circunstancias patrimoniales: el agente, enfermo mental rico, responde frente al damnificado pobre. A ello, precisamente, se refiere la máxima "*richesse oblige*". En la doctrina italiana lo hacen DE CUPIS, "*Postilla sul «favor» del diritto civile per gli incapaci*", cit., pág. 254; y TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, 40ª. ed., Cedam, Padua, 2001, pág. 218.

<sup>133</sup> TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pág. 29.

<sup>134</sup> *Ibid.*, loc. ult. cit.

TRIMARCHI recuerda, en este punto, el parecer de Roscoe POUND, según el cual la beneficencia obligatoria equivaldría a una "regla del buen samaritano involuntario".



momento de analizar la regla que exime de las consecuencias del hecho dañoso al que no tiene capacidad de discernimiento, y que interpreta, diversamente, que su fundamento estaría, más bien, en "una razón primaria de protección del incapaz", porque hacer recaer sobre éste la obligación de "resarcir" el daño significaría hacer de él la víctima del daño, y descuidar un interés que no es menos merecedor de tutela que el interés del damnificado<sup>139</sup>.

Con esta última propuesta, es claro que se invierte la visión tradicional de la disposición, que partía de la premisa de que la "indemnización equitativa" había sido contemplada nada más que para proteger al damnificado.

Otro argumento que expondré en contra del valor de la equidad como principio de responsabilidad civil es que ella, distintamente de la culpa, el riesgo y la exposición al peligro, no puede ser extendida ni generalizada a hipótesis diversas de la amonedada en la previsión normativa donde es mencionada<sup>140</sup>.

En efecto, cuando se reflexiona acerca de la culpa y del riesgo, por ejemplo, a lo que se tiende es a hacer de tales conceptos elementos que servirán para la comprensión y uniformación del sentido de elencos de disposiciones legales. En cambio, ninguna pretensión de sistematizar la responsabilidad civil podría recurrir a la equidad, porque ésta no se presta para ir más allá de supuestos circunscritos y explícitamente enunciados por el legislador<sup>141</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, me parece indudable que han dejado de ser atendibles opiniones como las de un gran civilista que escribía, hace más de un siglo, que "si bien es justo que del perjuicio producido por carencia de intelecto no se tenga que responder, es muy equitativo que, por el cotejo entre el estado de fortuna del dañador y del damnificado, y teniendo en cuenta los efectos de la infracción, el patrimonio del pudiente deba resarcir en todo o en parte el daño producido, aunque haya sido sin culpa, a quien cae en triste condición por el perjuicio producido"<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> BIANCA, *op. cit.*, págs. 656-657. En el mismo sentido: PATTI, *op. cit.*, pág. 643.

De diversa opinión es DE CUPIS, "Postilla sul «favor» del diritto civile per gli incapaci", *cit.*, pág. 254, quien, en polémica con PATTI, replica que los criterios de moderación de la responsabilidad de los incapaces, consagrados en el Código Civil italiano de 1942 no pueden ser asumidos como indicativos de un favorecimiento legislativo para éstos, sino, simplemente, como factores de ablandamiento de la severidad del legislador frente a los propios incapaces.

<sup>140</sup> Así me lo sugiere la lectura de CASTRONOVO, *Problema e sistema nella responsabilità per danno da prodotti*, *cit.*, pág. 618.

<sup>141</sup> Un solitario intento -al que, extrañamente, no hace referencia ninguno de los autores citados hasta este punto- de convertir a la responsabilidad por equidad en un sistema paralelo al de la responsabilidad por culpa fue efectuado por MOMIGLIANO, *op. cit.*, págs. 251 y sgtes. Según su propuesta, había que distinguir los daños cuyo resarcimiento es impuesto por el principio de la culpa y el de los daños que se tenían que resarcir por la existencia de motivos de equidad. En el primer grupo, el autor incluía, por ejemplo, al "abuso del derecho", porque no todas las situaciones de "abuso" conducían al resarcimiento, sino sólo aquellas que superaban los límites de la buena fe, e invocar ésta significaba remitir a la equidad, porque la buena fe depende de las condiciones particulares del caso concreto.

<sup>142</sup> CHIRONI, *op. cit.*, pág. 319, quien, allí mismo, afirma que la solución constituye "una decisión legal extraña a la responsabilidad propiamente dicha", que se asimilaría, entonces, a la noción, por él propuesta, de la "garantía".

Respecto del segundo punto, creo que es más sencilla de desvirtuar la creencia según la cual la equidad constituiría un "criterio de imputación" (de responsabilidad civil), equiparable a la culpa, al riesgo o la exposición al peligro<sup>143</sup>.

Para exponer mis argumentos, es inevitable volver a asumir, ficticiamente, que la figura analizada se encuentra comprendida en el ámbito de la responsabilidad civil. De lo contrario, la cuestión a tratar ni siquiera sería proponible, porque se podría seguir hablando de "criterio de imputación" o "de coligación", pero no ya respecto de la responsabilidad civil, sino de aquellas particular consecuencias jurídica desventajosa que consiste en la imposición de la obligación de abonar la indemnización equitativa.

Si, como reza una de las tantas definiciones didácticas, los "criterios de imputación" de responsabilidad civil son aquellos "elementos normativos sobre la base de los cuales el daño es

atribuido a un sujeto"<sup>144</sup>, es fácil constatar que la equidad, en el artículo 1977, no está referida a la operación lógica de imposición de la indemnización al incapaz de discernimiento, sino a la cuantificación de ésta.

La equidad no es más que el criterio para medir la indemnización<sup>145</sup>.

La inapelable explicación que debe acogerse, en este punto, es que con la ampliación de los poderes del juez y con la remisión a un "juicio de equidad", no se hace referencia a un criterio de responsabilidad que sea de colocar al lado de los demás, ni mucho menos a uno que se superponga a ellos, sino más bien a las modalidades mediante las cuales es dado finiquitar la configuración de una hipótesis normativa: la apreciación "equitativa" se refiere siempre a la dimensión de la indemnización; el criterio sobre cuya base ella debe ser abonada está constituido únicamente, y como se lee en la propia disposición, por la "situación económica de las partes"<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> "En la equidad -apunta, por ejemplo, VALSECCHI, *op. cit.*, pág. 161- vemos constituido uno de los criterios fundamentales de la responsabilidad objetiva en nuestro derecho". Entre nosotros, aunque por influencia, como ya he indicado (véase *retro*, nota 2), de la desorientadora doctrina argentina, éste es el esquema que propone ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, págs. 128-129.

<sup>144</sup> TUCCI, Giuseppe, "La responsabilità civile: Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva", en *Responsabilità civile - Corso di Diritto civile, per problemi e casi, svolto nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari dal Prof. Michelle Spinelli*, cit., vol. I, pág. 22.

La función de los criterios, según RODOT, *op. cit.*, pág. 151, es la de "imputar un evento determinado (hecho dañoso), no ya a una acción subjetiva (como ocurriría si el juicio de responsabilidad se agotara en la determinación del ciclo causal del hecho), sino a un sujeto; así pues, la constatación fáctica de la culpa determina el nacimiento de la obligación de resarcimiento del mismo modo en que la determina, por ejemplo, la constatación de la calidad de propietario [en la hipótesis de la responsabilidad por caída de edificio]".

<sup>145</sup> TORREGROSSA, *op. cit.*, pág. 149.

<sup>146</sup> Este es el razonamiento de RODOT, *op. cit.*, pág. 143.

En contra: COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., pág. 39, quien, a pesar de reconocer la autoridad de la opinión aquí seguida, señala que ésta puede mantenerse sólo "en el nivel del puro dato formal de las normas". Ella no sería aceptable -prosigue- porque "si se considera la *ratio* sustancial inspiradora de las normas, se comprende fácilmente que sólo la equidad podía haber justificado, sea la aplicación de *fattispecie* reparatorias en casos donde están ausentes presupuestos del juicio de responsabilidad, sea la excepcional relevancia jurídica de circunstancias especiales, sea la discrecionalidad del poder del juez de determinar el monto de la indemnización y, es más, de establecer si la indemnización es o no debida, atendiendo a las condiciones subjetivas y objetivas del caso".

Puesto que la estimación equitativa del juez "no constituye el criterio para la atribución de la indemnización, y dado que mediante esta última se realiza una transferencia (aunque sea parcial) del daño de una esfera jurídica a otra, [es] la *comparación de las condiciones económicas* (en la cual se funda todo) [la que] bien puede considerarse un criterio funcionalmente idéntico a aquellos que de ordinario fundan el juicio de responsabilidad"<sup>147</sup>.

La obligación del juez de tener en cuenta la "situación económica" del dañador y del damnificado se enlaza, por otro lado, con lo que ya he señalado acerca de la distinción entre "indemnización" y "resarcimiento". Es dicha obligación que la ley le impone la que configura, ciertamente, "una relevante y aislada excepción a los principios del resarcimiento del daño -indiferente, por lo general, a la consistencia de los patrimonios de las partes-, que testimonia, aun más, el carácter de la regla examinada"<sup>148</sup>.

Negado, fundadamente, todo valor a la equidad como principio de responsabilidad o como criterio de imputación, es conveniente detenerse en explicar cuál es el verdadero papel que ella cumple en la "responsabilidad" del incapaz de discernimiento.

Ya he expresado que, en mi opinión, el papel de la equidad se reduce al de ser el criterio para la liquidación de la indemnización. Ello significa que el juez debe aplicar su "sentido de justicia" -si se admite esta expresión- en la fijación del *quantum* indemnizatorio, y no ya tanto en el denominado "*an debeat*" o "*an respondeatur*", es decir, en la decisión sobre si la indemnización procede o no.

Distintamente, un sector de la doctrina ha sostenido que en este ámbito los poderes del juez conciernen, por igual, a la decisión sobre si hay lugar o no a la indemnización y a la determinación del monto de ésta.

"La condena al pago de una indemnización -sostienen, en tal sentido, algunos- es una consecuencia no necesaria, sino solamente posible: el juez «puede» condenar, si lo considera equitativo, y atendiendo a las condiciones económicas de las partes. La apreciación equitativa del juez no se limita, por lo tanto, a la determinación del *quantum*, sino que se extiende a la valoración del *an debeat*"<sup>149</sup>.

A la generalización de esta óptica ha de haber contribuido la unánime apreciación de la indemnización equitativa a cargo del incapaz como "subsidiaria"<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> RODOT, *op. cit.*, pág. 161 (las cursivas son añadidas).

<sup>148</sup> PATTI, *op. cit.*, pág. 643.

<sup>149</sup> BIGLIAZZI-GERI y otros, *op. cit.*, pág. 699; pero ya TRAVI, *op. cit.*, col. 499; y DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, cit., págs. 54-55; ID., *Il danno*, cit., vol. I, págs. 454-455, vol. II, pág. 25, quien cita a su favor los trabajos preparatorios del Código Civil italiano. En el mismo sentido: DISTASO, *op. cit.*, pág. 203; CURCUTO, *op. cit.*, pág. 4853; SALVI, voz "*Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*", cit., pág. 1224; ID., *La responsabilità civile*, cit., pág. 107; COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., pág. 199; JANNARELLI, Antonio, "*Struttura dell'atto illecito*", en *Istituzioni di diritto privato*, a cura di Mario Bessone, 11ª ed., Giappichelli, Turin, 2004, pag. 897.

Ésta, por lo demás, es una perspectiva que ya sugiera SALEILLES, *op. cit.*, pág. 395.

<sup>150</sup> Terminología común a todos los autores italianos citados y presente también en la doctrina alemana, pero aplicada, más que a la obligación, a la responsabilidad por motivos de equidad (*Subsidiarität der Billigkeitshaftung*): MERTENS, Hans-Joachim, *Comentario sub § 829*, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 5, *Schuldrecht - Besonderer Teil III*, al cuidado de Peter ULMER, 3ª ed., Beck, Múnich, 1997, pág. 1763; STAUDINGER, *op. cit.*, pág. 1015.

Según esta idea -como se ha tenido oportunidad de ver en muchos de los puntos previamente tratados-, a la víctima se atribuye "un derecho de solicitar la decisión discrecional del juez sobre el *an* y sobre el *quantum* de la reparación, ambos subordinados, por igual, a la apreciación equitativa de las condiciones de las partes. Se trata, entonces, de una obligación indemnizatoria subsidiaria (respecto de la obligación resarcitoria principal del [representante legal] y meramente eventual, además que de medida determinada, y que, por lo general, no equivale a la íntegra reparación del daño"<sup>151</sup>.

Coherentemente con esta apreciación, hay quienes consideran que la sentencia del juez que declara procedente la indemnización equitativa es de naturaleza "dispositiva", porque con ella no se constituye una relación jurídica, sino que se crea una nueva norma, con la cual se regula, simultáneamente, el caso concreto<sup>152</sup>.

Hay que dejar en claro, empero, sin perjuicio de admitir el carácter de la subsidiariedad, y evitando, como aconseja la prudencia, pronunciarnos sobre los delicados aspectos procesales, que lo correcto es rechazar una

interpretación literal de la expresión "el juez puede" y entender, por el contrario, que el juez "tiene que" establecer la indemnización equitativa cuando el damnificado cumpla con aportar la prueba de los presupuestos expresamente indicados en la ley; de lo contrario -como previene la doctrina que aquí conviene seguir-, "se estaría afirmando una plena discrecionalidad del juez, la cual se traduciría, sustancialmente, en arbitrariedad"<sup>153</sup>.

En otras palabras, la indemnización equitativa siempre es debida, "a menos que" la comparación entre la situación económica del incapaz de discernimiento y del damnificado la hagan aparecer como inútil, incongruente o inconveniente<sup>154</sup>.

##### **5. Cuestiones prácticas. El carácter subsidiario de la indemnización y su liquidación equitativa en la experiencia jurisprudencial italiana. Otros aspectos aplicativos importantes.**

Los autores han planteado y resuelto algunos problemas que podrían tener reflejo en la aplicación práctica del remedio de la indemnización equitati-

<sup>151</sup> COMPORTI, *Fatti illeciti: la responsabilità presunte*, cit., pág. 199.

<sup>152</sup> TRAVI, *op. cit.*, col. 499; DISTASO, *op. cit.*, pág. 203, nota (45). Ambos autores se amparan en el magisterio de Francesco CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4ª. ed., vol. I, Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1951, págs. 32, 37.

<sup>153</sup> CORSARO, voz "*Responsabilità civile I) Diritto civile*", cit., pág. 17, quien sostiene, con igual exactitud, que "la discrecionalidad del juez goza de un espacio más amplio cuando el damnificado sólo ha podido lograr un resarcimiento parcial del daño de parte del [representante legal]; porque en esta hipótesis, dada la generalidad de la norma ('no haber podido obtener la reparación') es posible afirmar que, atendiendo al *quantum* ya conseguido por el damnificado, el incapaz podrá ser sentenciado a una indemnización equitativa".

Que DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, cit., pág. 54, por ejemplo, interpreta literalmente la norma es algo que fluye de sus propias palabras: "de la expresión "puede condenar" se deduce que está en el poder discrecional del juez que se produzca o no la reparación del daño a través de la indemnización señalada". De esta cuestionable y restrictiva óptica participaba TRAVI, *op. cit.*, col. 499; y también es la adoptada por DISTASO, *op. cit.*, pág. 203.

<sup>154</sup> DEVOTO, Luigi, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Giuffrè, Milán, 1964, pág. 56.



la carga del incapaz de discernimiento.

Hay que tener presente, ante todo, cuáles son los elementos que integran la hipótesis normativa que aquí se presenta: el hecho dañoso del incapaz, la falencia de la responsabilidad del representante legal, y las particulares condiciones de las partes, que el juez tiene que evaluar<sup>155</sup>.

De igual forma, hay que recordar que "el criterio judicial de liquidación de la indemnización atañe a su cuantificación, y constituye el instrumento de la evaluación de mérito, en la cual se deberá tener en cuenta, preeminentemente, la dimensión del daño, dada la innegable proporción que debe existir entre el resarcimiento integral y la mera indemnización, porque ésta constituye, de todas maneras, una forma de reparación, si bien en modo reducido"<sup>156</sup>.

El daño representa, pues, el límite dentro del cual se instaura el juicio equitativo en torno de la indemnización, porque es indudable que entre los objetivos de la norma no está el de arribar a una determinación de una indemnización que sea de un monto superior al que tendría un resarcimiento<sup>157</sup>.

Estos conceptos pueden ser apreciados en acción en el texto de la sentencia italiana más importante en materia<sup>158</sup>.

La causa tuvo origen en un lamentable accidente. Un niño -un menor de catorce años- hirió gravemente en un ojo a otro, con un dardo de papel disparado con una cerbatana. Como consecuencia, la víctima quedó tuerta, lo que equivale, para efectos de la responsabilidad civil en el derecho italiano, a un 25% de invalidez permanente. Los padres del menor infortunado demandaron por daños y perjuicios a los del dañador.

A propósito de la situación presentada, el juez tuvo la oportunidad de efectuar un repaso de diversos temas, y de manifestarse, implícitamente, a favor de la opinión de la mayoría de los autores.

Se señala, para comenzar, que lo procedente es una "indemnización", la cual, a pesar de poder corresponder, abstractamente, a la reparación integral, depende, sea en el *quantum*, sea en el *an*, de una "valoración comparativa de las condiciones económicas de las partes". Al realizar esta operación, el juez interpreta que el legislador ha estipulado la norma aplicable con el fin de "satisfacer la exigencia de reparación de la persona damnificada, sobre la base de los principios de solidaridad social respecto del propio sujeto lesionado, sobre el cual, en presencia de determinadas condiciones, el daño mismo termina gravando de manera parcial. En particular, la indemnización de la que se habla se presenta

<sup>155</sup> COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., págs. 198-199.

<sup>156</sup> POGLIANI, *op. cit.*, pág. 107.

De ningún punto de vista es aceptable la opinión de MICCIO, *op. cit.*, pág. 803, quien señalaba que la cuantificación de la "responsabilidad" del incapaz dependía de la pura apreciación del juez, y no ya de la consistencia del daño.

<sup>157</sup> Así lo hace ver MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., pág. 943.

<sup>158</sup> Es la sentencia del Tribunal de Macerata, del 20 de mayo de 1986, citada *retro*, nota (108).

como pasible de sufrir disminuciones, si se la compara con la dimensión del resarcimiento integral del daño, según directrices equitativas dictadas por las condiciones económicas del sujeto que se debería hacer cargo de ella, hasta llegar al punto, inclusive, de que se considere que ella no se debe en absoluto, cuando la valoración comparativa requerida por la norma haga emerger una manifiesta desproporción entre la posición económica del damnificado, por casualidad próspera, y la precaria posición del dañador”.

Seguidamente, se efectúa el análisis de la situación económica de los protagonistas del accidente, los cuales, en lo que demoraba el proceso, ya habían alcanzado la mayoría de edad.

En relación con el dañador, se dejó constancia de que pertenecía a una familia compuesta por siete personas, tres de las cuales percibían ingresos autónomos (sin que se descartara la posibilidad de que alguno de sus abuelos también fuese beneficiario de una pensión). Acerca del damnificado, se constató que su núcleo familiar era más reducido: padre, madre y dos hijos, y que sólo el primero de ellos trabajaba.

Sobre la base de tales verificaciones, el juez concluyó que el dañador, al momento del pronunciamiento (que es el dato temporal tomado en cuenta para todo el análisis realizado) se encontraba, “ciertamente, en condiciones de asumir cargas económicas, en tanto y en cuanto receptor de renta personal, y como parte de una familia provista de otras fuentes de sustento, suficientes para satisfacer las cotidianas y ordinarias exigencias de sus componentes”. Además, se indicó que

el dañador no se hacía cargo de gastos de carácter familiar.

A la luz de dicho razonamiento, se resolvió lo siguiente:

“Ateniéndonos, entonces, al criterio comparativo de las condiciones económicas (en parte ya descritas) de la víctima y del dañador, ambos pertenecientes al ámbito de sus respectivas familias originarias, cuyos ingresos, por lo tanto, tienen directa influencia en la determinación de los datos a comparar, y teniendo en cuenta que el presunto mayor ingreso representado por los réditos de los componentes de la familia [del dañador] [...] no es, ciertamente, inferior a la única retribución de la que se beneficia la familia [del damnificado], constituida por el salario del jefe de familia, este Tribunal opina que la función de solidaridad social entre los sujetos protagonistas del accidente, función que la indemnización de la que aquí se trata tiende a satisfacer, impone la repartición de la carga consiguiente al daño producido según las situaciones económicas bajo examen. Por lo tanto, el grave perjuicio sufrido por el damnificado [...] parece ser más fácil de amortizar para el autor del daño, en comparación con aquel que lo ha padecido; así pues, el primero de éstos, por sus recursos económicos apreciablemente mejores que los del otro, parece, ciertamente, en condición de asumir dos tercios en la repartición que de una carga semejante debe hacerse, entre él y el sujeto lesionado”.

Otro interesante caso en el que se aplicaron todos los elementos de la norma analizada fue resuelto, hace po-

dos años, por el Tribunal de Venecia<sup>159</sup>.

En un acto demencial, de connotaciones psicopatológicas, un individuo agredió y ocasionó severas lesiones físicas a una dama. Entablada la causa, un examen pericial estableció que el demandado era un enfermo mental, que padecía de delirio de persecución, el cual se manifestaba en violentos ataques de ira. Se trataba, por lo tanto, de un incapaz de discernimiento. La víctima pretendía que los familiares de su agresor fueran sentenciados a resarcir los daños que había sufrido.

El juez señaló, sin embargo, que los parientes no eran responsables, porque el demandado era un adulto, que no había sido declarado interdicto, y que ni siquiera convivía con su familia, desde muchos años antes de los hechos.

Lo que sí se consideró procedente fue aplicar la indemnización equitativa a cargo del propio incapaz.

Para tal fin, lo primero que se hizo fue estimar los daños sufridos por la demandante (fracturas y convalecencia por ocho meses), que ascendieron, al final, a treinta y seis millones con ciento cincuenta mil liras (unos ochenta mil nuevos soles). Luego se pasó a considerar las condiciones económicas de las partes, a partir de sus respectivas declaraciones de ingresos y de las pruebas presentadas.

En la sentencia se expresa que las condiciones del agresor demandado eran "bastante modestas", atendiendo

a que tenía como único ingreso una pensión de invalidez, debido a su estado de salud. Se indagó y se supo, empero, que él, de todos modos, era propietario del departamento en el que habitaba, así como de un tercio de un inmueble que había pertenecido a su padre. En cuanto a la víctima, se señala que su renta personal anual era de algo más de veinte millones de liras al año (unos cuarenta mil nuevos soles), y que era propietaria de una casa.

Con tales datos, el juez establece que la situación de la víctima, a pesar de ser superior a la del demandado, también es "modesta". Decide, entonces, liquidar la indemnización equitativa en veinticinco millones de liras (unos cincuenta mil nuevos soles), incluidos intereses y revaluación monetaria (el evento dañoso tuvo lugar en 1991, y la sentencia aquí reseñada se emitió en 1999).

Otro de los temas que han despertado interés entre los autores es, por ejemplo, la interrogante sobre si resulta o no necesario ejercer previamente acción contra el representante legal para que luego sea procedente la aplicación del remedio de la indemnización equitativa<sup>160</sup>.

Algún autor ha resuelto negativamente la cuestión, y ha opinado que el damnificado no puede dirigirse directamente contra el incapaz con la pretensión de obtener de éste la indemnización, sino que debe, en primer lugar, interponer acción, por el resarcimiento, contra el representante legal. Sólo si este último resulta insolvente, en-

<sup>159</sup> Citada *retro*, nota (108), en relación con la exclusión del daño moral del concepto de "indemnización equitativa", del que también se deja constancia en este ítem.

<sup>160</sup> Interrogante planteada por QUAGLIARELLO, *op. cit.*, pág. 99, con referencia, obviamente, a la necesidad o no de demandar previamente al que tiene a su cuidado al incapaz, según la terminología del Código Civil italiano.

tonces, la víctima tendrá libre el camino para pretender la indemnización<sup>161</sup>.

Como réplica, sin embargo, se ha opuesto un argumento que me parece inobjetable: no es necesaria una demanda específicamente dirigida a obtener la indemnización equitativa; es suficiente que el damnificado demande que el daño sufrido sea reparado, porque en dicha pretensión se comprende todo lo que a él le corresponde con fines reparatorios<sup>162</sup>.

Interesante es también la situación que se presenta cuando no hay representante legal a la vista, y el incapaz de discernimiento resulta ser, por lo tanto, el único sujeto hacia el cual puede dirigirse la víctima de los daños.

La Corte di Cassazione italiana ha expresado su parecer sobre la cuestión y ha señalado que en dicho supuesto no existe ningún obstáculo para la aplicación de la norma aquí analizada: que con la imposibilidad para el damnificado de obtener el resarcimiento de manos de otro, ya existe el "presupuesto informador de la norma":

"Dado el fin perseguido por el legislador al permitir la atribución de la indemnización al damnificado, debe entenderse que los presupuestos para el ejercicio por parte del juez de dicha facultad se presentan todas las veces que exista la imposibilidad

para el mismo damnificado de obtener el resarcimiento, y también, por lo tanto, en el caso en que no exista la persona obligada a vigilar al incapaz. En dicha hipótesis, se verifican las mismas consecuencias determinadas por el resultado positivo de la prueba liberatoria brindada por el que está obligado a la vigilancia, es decir, la imposibilidad del damnificado de obtener el resarcimiento, y se presenta, además, el supuesto informador de la norma, en virtud del cual se ha querido impedir que, aunque el daño haya sido cometido por un incapaz, el patrimonio de éste no se vea afectado"<sup>163</sup>.

En el mismo sentido hubo de manifestarse la Corte d'Appello de Nápoles, en una causa promovida por los parientes (viuda y hermanos) de un agricultor que fue asesinado por un enfermo mental al que había dado trabajo, como guardián, en su chacra.

El juez reconoció, sólo a favor de la viuda (anciana, de cincuenta y siete años, al momento de los hechos), el derecho de obtener la indemnización por parte del propio homicida, que no tenía a nadie que lo vigilara o cuidara ni que pudiera ser responsabilizado por su actos. En la sentencia se alude, una vez más, a la situación económica de las partes:

<sup>161</sup> Ésta es la opinión de POGLIANI, *op. cit.*, págs. 106-107, y fue aplicada en una sentencia del Tribunale di Roma, del 28 de mayo de 1987, citada por CURCURUTO, *op. cit.*, pág. 4853; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pág. 512; y, críticamente, por COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., pág. 200, nota (84).

<sup>162</sup> BIANCA, *op. cit.*, pág. 674.

Con mayor énfasis, se ha escrito que sostener que la demanda de resarcimiento de daños no incluye implícitamente la demanda dirigida a la liquidación de la indemnización equitativa solo puede ser atribuible a un "inaceptable conceptualismo": COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, cit., pág. 200, nota (84), quien informa (*ivi*, pág. 43, nota 56) que la Corte di Cassazione si ha reconocido la solución correcta, a partir de un fallo que se remonta a 1971.

<sup>163</sup> En la sentencia citada *retro*, nota (66). Recuérdese que -como he señalado desde el comienzo- en el derecho italiano aquel que tiene a su cuidado al incapaz de discernimiento puede eximirse si demuestra que no pudo impedir el hecho.

"[A]l hacer referencia a las condiciones económicas de las partes, y al atribuir al juez un poder discrecional en relación con tales condiciones, [la norma bajo examen] pretende asegurar al damnificado, para el cual, más allá de un derecho preciso, exista la «necesidad» de la reparación, por lo menos una indemnización en vía equitativa; y dicha necesidad no desaparece, de ninguna manera, cuando falta del todo la persona responsable contra la cual se pudiera dirigir, en vía principal, la demanda de resarcimiento"<sup>164</sup>.

Hace años que la doctrina se había manifestado a favor de tal interpretación, al advertir que la ausencia de alguien que respondiera a título de "resarcimiento" no iba a ser poco frecuente, como tampoco iba a serlo la situación en que los medios del obligado a "resarcir" no fueran suficientes para asumir cabalmente lo que la ley impone<sup>165</sup>.

Otro problema ha sido el de establecer si la indemnización equitativa, pese a ser diferente, comparte el mismo régimen de intereses que el resarcimiento.

Como se sabe, el resarcimiento genera intereses desde la fecha de realización del evento dañoso, según lo expresamente dispuesto, por lo demás, en el artículo 1985 de nuestro Código Civil: "el monto de la indemnización

devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño".

Pues bien, en Italia se presentó un caso en el cual el abogado del incapaz de discernimiento demandado sostuvo que no se debía aplicar a la indemnización el régimen de intereses normativamente previsto para el resarcimiento.

El argumento, en síntesis, era que los intereses son debidos únicamente cuando se liquida un "resarcimiento", porque en la "indemnización" el título es una facultad que la ley concede al juez, y no un derecho de la parte contraria.

En ejemplar pronunciamiento, la Corte di Cassazione señaló al respecto:

"El damnificado, desde el momento en que se verifica el hecho productivo del daño, tiene un derecho de crédito, el cual, por otro lado, no puede ser accionado contra el autor del daño que sea incapaz, sino que debe ser hecho valer frente a la persona obligada a su vigilancia. Cuando tampoco es factible realizar el crédito respecto de esta última, surge la posibilidad jurídica de atribuir al damnificado una indemnización, la cual, si bien se diferencia del resarcimiento, entendido en sentido técnico, puesto que es liquidada en vía equitativa, y con prescindencia del estado de culpa del sujeto autor del daño, tiene, sin embargo, la misma finalidad reparatoria. Por lo tan-

<sup>164</sup> Es la sentencia citada *retro*, nota (100).

<sup>165</sup> Ya BRASIELLO, *Comentario sub art. 2047*, cit., pág. 248, indicaba: "para que el incapaz quede obligado es necesario que el damnificado no haya podido obtener el resarcimiento de aquel que estaba obligado a vigilarlo, lo cual puede verificarse, prescindiendo de los casos en que la vigilancia ni siquiera exista -hipótesis nada infrecuente, especialmente en relación con los enfermos mentales transitorios, cuyo mal se manifiesta de improviso, justamente a la hora del acto dañoso-, ya sea cuando el obligado a vigilarlo no tenga la posibilidad económica de resarcir a quien ha sufrido el perjuicio, o bien cuando él pruebe que no pudo impedir el hecho".

to, no puede considerarse incompatible con ella la aplicación de los intereses desde la fecha del evento lesivo, porque ellos, también en este caso, tienen la función de compensar al damnificado por la demora, y complementan, así, aquella indemnización reparatoria que ocupa el lugar del resarcimiento"<sup>166</sup>.

En la doctrina también se ha planteado la pregunta sobre qué pasaría si el damnificado de la situación es el propio sujeto al que le tocaría responder por el hecho del incapaz de discernimiento (el representante legal, para nosotros). ¿Es concebible que él se dirija contra su representado, ya que no puede hacerlo contra sí mismo?

La respuesta a esta cuestión también es negativa. La norma examinada está pensada en función de los terceros, y el representante legal no lo es. No puede, entonces, "ser protegido por una norma *ad hoc*, que pretende, por el contrario, fundar una pretensión indemnizatoria *sui generis* de los terceros que, ocasionalmente, entren en contacto con un incapaz, sobre el cual no tienen ningún poder de control"<sup>167</sup>.

## 6. Consideraciones finales. Política del derecho y tendencias actuales de la doctrina hacia el reconocimiento de la plena responsabilidad civil de los incapaces de discernimiento.

Llegados a este punto, parecerá extraño, pero es obligatorio, informar a quienes no lo hubieran ya intuido, que desde la entrada en vigor del Código Civil italiano, la norma que prevé la indemnización equitativa por parte del incapaz de discernimiento ha sido aplicada en escasas oportunidades<sup>168</sup>.

Y como ocurre con varias de las normas que han sido incorporadas, con mucho de mecanicidad, a nuestro Código Civil, lo que en otros ordenamientos jurídicos es de aplicación escasa, resulta inexistente en el Perú.

Entre las explicaciones que se aducen en Italia para explicar este fenómeno, parecen estar bien sustentadas aquellas que han advertido la prioridad en importancia que se suele reconocer, en la situación concreta, al gravoso régimen de responsabilidad aplicable a los terceros que tienen bajo su cuidado al incapaz (como los encarga-

<sup>166</sup> En, una vez más, la sentencia citada *retro*, nota (66), contra la cual lanzaba inmediatas y desatendibles críticas, respecto de este punto, TRAVI, *op. cit.*, col. 499: "la *fattispecie* de la cual deriva el crédito por indemnización se perfecciona, no con el mero hecho del daño, sino con el concurso del daño y de la sentencia (es decir, del ejercicio en sentido favorable del poder discrecional del juez), y se perfecciona en el momento de la sentencia. Por ello debe considerarse que los intereses de la indemnización se deben desde la sentencia, y no desde la fecha del daño".

<sup>167</sup> MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., pág. 943.

<sup>168</sup> Éste es un realce que no dejan de efectuar, entre otros autores: ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, pág. 13; CENDON, Paolo, "Note critiche sulla responsabilità degli operatori e dei servizi psichiatrici", en *Infermità di mente e responsabilità civile*, a cura di Paolo Cendon, Cedam, Padua, 1993, pág. 28; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., pág. 345; MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, pág. 674; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pág. 509; GALLO, *Istituzioni di diritto privato*, cit., pág. 711; pero ya lo había efectuado POGLIANI, *op. cit.*, pág. 106.

La misma situación se presenta en Alemania, como ya se dejaba constancia en ENNECCERUS y LEHMANN, *op. cit.*, pág. 1045.

dos de cuidarlos o sus padres)<sup>169</sup>; la condición generalmente poco acomodada de los incapaces (en especial, la de los enfermos mentales); así como la existencia de un discutible régimen jurisprudencial que parte siempre de la premisa de favorecer al incapaz<sup>170</sup>.

Pero la doctrina no ha permanecido indiferente ante la mínima relevancia de la norma en el terreno de la práctica.

Se ha venido formando, en tal sentido, una tendencia hacia el abandono progresivo de las directrices decimonónicas que propendían exclusivamente a la protección de la víctima de los daños cometidos por incapaces de discernimiento. En dicho marco, el canon de la no responsabilidad del incapaz ha venido diluyéndose poco a poco, por

obra de la jurisprudencia y de la doctrina, indistintamente<sup>171</sup>.

Un punto de referencia, al respecto, ha sido la orientación del ordenamiento francés, donde, desde 1968, se reconoce la plena responsabilidad de los enfermos mentales, para lo cual fue necesario introducir una disposición expresa en el Código de Napoleón, el artículo 489-2, donde se establece: "aquel que causa un daño a otro encontrándose en estado de perturbación mental no está por ello menos obligado a resarcirlo"<sup>172</sup>.

Y en el derecho de Estados Unidos, de un tiempo a esta parte exportador principal de modelos jurídicos, la *insanity* no se considera eximente ni ate-

<sup>169</sup> Que es mucho más gravoso conforme al Código Civil peruano, dado que -como he destacado en su momento- la responsabilidad del representante legal del incapaz de discernimiento no admite ninguna eximente.

En Italia, sin embargo, lo cierto es que tampoco la norma que impone la responsabilidad del que tiene bajo su cuidado al incapaz ha tenido gran aplicación. Hay quien la circunscribe a los casos de daños cometidos por menores internos en instituciones de protección de la infancia, y de particulares que asumen la tarea de hacerse cargo de un incapaz de discernimiento (conviviente de uno de los padres del incapaz o *baby sitter*, por ejemplo): GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, 4ª. ed., vol. II, t. II, *Le obbligazioni e i contratti*, Cedam, Padua, 2004, pág. 428, quien informa, así mismo, que luego de una reforma legislativa, que se remonta a 1978, dejó de estar incluidos en este ámbito el personal de las entidades que brindan asistencia psiquiátrica. Para BIANCA, *op. cit.*, pág. 659, la situación no habría cambiado, porque las instituciones de salud en el ramo siguen siendo responsables por la negligente vigilancia y falta de atención hacia los pacientes que representen un peligro para sí mismos y para los demás. De la misma opinión es MONATERI, *op. cit.*, págs. 936-937.

<sup>170</sup> Todas estas posibles explicaciones son planteadas por VISINTINI, *"Imputabilità e danno cagionato dall'incapace"*, *cit.*, pág. 123; EAD., *Trattato breve della responsabilità civile*, *cit.*, pág. 509; a quien siguen MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, págs. 674-675; y FRANZONI, *L'illecito*, *cit.*, pág. 618.

<sup>171</sup> CENDON, *op. cit.*, pág. 48.

<sup>172</sup> Norma introducida mediante la Ley 68-5, del 3 de enero de 1968, a la cual han prestado especial atención los MAZEAUD y CHABAS, *op. cit.*, págs. 448 y sgtes.; VINEY y JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *cit.*, págs. 351, 530 y sgtes., y, desde un punto de vista comparatístico, LIMPENS y otros, *op. cit.*, pág. 100; ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, págs. 9 y sgtes.; CENDON, *op. cit.*, págs. 48-49, nota (49); y VENCHIARUTTI, voz "*Incapaci in diritto comparato*", en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. IX, Utet, Turin, 1993, pág. 390. En Francia, existe una corriente doctrinal que postula extender el ámbito de aplicación de la norma citada a los menores de edad. Según CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, 1ª. ed. "Quadrige", vol. 2, *Les biens - Les obligations*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004, pág. 2300, aquí se sacrifica la protección del incapaz en aras del interés de las víctimas y se consagra un régimen de responsabilidad objetiva. En opinión de PATTI, *op. cit.*, pág. 645, con este "sacrificio" de los incapaces que resulta del ordenamiento francés, se "confirma el proceso de apartamiento de la responsabilidad civil de la responsabilidad moral, así como la progresiva disminución de la relevancia de la culpa como fundamento de la responsabilidad, a favor de reglas de tipo objetivo, las cuales realizan una función de garantía".

nuante en los supuestos de *strict liability*<sup>173</sup>.

Es más, en los últimos años, como fruto de importantes estudios interdisciplinarios, se ha tomado nota de que la moderna psiquiatría enseña que el no considerar a los enfermos mentales responsables por sus acciones equivale a sostener que no son ellos los autores del daño que ocasionan, sino el mal que padecen. Si tales personas son colocadas fuera del campo de aplicación de la responsabilidad civil, se les hace sentir diversas y su situación se agrava<sup>174</sup>. Ser considerados no responsables y gozar de las ventajas de la no responsabilidad conduce sólo a ulteriores conductas irresponsables<sup>175</sup>. Todo aquello que haga evidente la "diversidad" del sujeto "contribuye a su inmediata identificación, y a acrecentar su aislamiento social. El particular *status* jurídico del enfermo mental y, por consiguiente, los criterios de responsabilidad adoptados frente a él pueden contribuir a inhibir, no sólo sus relaciones humanas, sino también sus relaciones jurídicas, lo que conduce a crearle un sentimiento de minusvalía e inferioridad"<sup>176</sup>.

Las comprobaciones anteriores han movido al primer especialista italiano en este sector de la responsabilidad civil, novedoso e interesante, a sugerir, a inicios de la década pasada, la consagración en el Código Civil de la plena responsabilidad del incapaz, pero sin prescindir del elemento de la aprecia-

ción equitativa del juez en lo que atañe al *quantum respondeatur*, con particular atención a la gravedad del estado de incapacidad y, desde luego, a las condiciones económicas de las partes.

Según dicha propuesta, "de un sistema inspirado en un principio general de no responsabilidad, que luego se corrige con la previsión de una indemnización equitativa que el juez puede asignar a la víctima, se pasaría a un sistema inspirado en un principio general de responsabilidad para el incapaz de entender y de querer, que luego se corregiría con la facultad reconocida al juez de moderar, en vía equitativa, el monto del resarcimiento. A parte del valor político y cultural de la innovación, también se presentaría la diferencia -respecto de la situación vigente- representada por el hecho de que la obligación reparatoria del incapaz natural perdería su carácter de subsidiaria"<sup>177</sup>.

En palabras de una destacada civilista<sup>178</sup>, sería ausplicable, así mismo, que se volviera a prestar atención hacia el instrumento de la "responsabilidad del patrimonio" de los enfermos mentales, el cual podría surtir un efecto terapéutico, inclusive. Una solución conveniente -sugiere- podría ser eliminar la subsidiariedad de la figura, y admitir como legitimados pasivos "solidarios" al incapaz y a su representante legal<sup>179</sup>.

<sup>173</sup> La referencia es de ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, pág. 5; y VENCHIARUTTI, voz "*Incapaci in diritto comparato*", *cit.*, pág. 394.

<sup>174</sup> VISINTINI, "*Imputabilità e danno cagionato dall'incapace*", *cit.*, pág. 120.

<sup>175</sup> Es la opinión del psiquiatra Mario NOVELLO, en "*10 domande ai civilisti, ai medici legali e agli psichiatri*", a su vez en *Infermità di mente e responsabilità civile*, *cit.*, pág. 201.

<sup>176</sup> ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, pág. 7.

<sup>177</sup> CENDON, *op. cit.*, pág. 51.

<sup>178</sup> Son palabras de VISINTINI, "*Imputabilità e danno cagionato dall'incapace*", *cit.*, pág. 123.

<sup>179</sup> VISINTINI, en "*10 domande ai civilisti, ai medici legali e agli psichiatri*" a su vez en *Infermità di mente e responsabilità civile*, *cit.*, pág. 206.



Estas propuestas han suscitado el rechazo terminante de otro académico, que defiende la perspectiva subjetiva de la "responsabilidad" del incapaz. Para él, la idea de transformar en civilmente responsable a la persona incapaz de discernimiento no tiene sustento en una exigencia real de progreso civil<sup>180</sup>. A su entender, la propia doctrina francesa parecería haberse dado cuenta de ello, porque hay entre sus autores quien reconoce que la innovación en materia de responsabilidad del incapaz no ha hecho más que "sustituir una injusticia por otra"<sup>181</sup>. Y no le convence, tampoco, la pretendida función de estímulo que adquiriría el resarcimiento en estos casos, porque se

trata siempre de "un remedio de naturaleza económica, que se traduce en una obligación pecuniaria, y que, por lo tanto, resulta insusceptible de incidir en la psique de quien no está en condición de entender ni de querer"<sup>182</sup>.

Creo, a pesar de todo, que la convicción que ha cobrado arraigo, y de la cual no tendría sentido discrepar ahora, es la necesidad de reexaminar el papel que la normativa en materia de responsabilidad civil podría cumplir a futuro en el terreno descrito, tan actual cuanto inexplorado.

Pisa, abril del 2005

Hamburgo, mayo del 2005

<sup>180</sup> BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., pág. 661. En otro lugar, "10 domande ai civilisti, ai medici legali e agli psichiatri", a su vez en *Infermità di mente e responsabilità civile*, cit., pág. 189, el ilustre autor realfirma su visión del fenómeno: "la acogida de una noción objetiva de culpa induce a admitir que también el acto del incapaz sea susceptible de ser calificado como culposo".

<sup>181</sup> Tales son las expresiones de VINEY, *La responsabilité: conditions*, cit., pág. 707.

<sup>182</sup> BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., pág. 660.

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**“Casación N° 2188-98– LIMA”**



**CAS. N° 2188-98  
LIMA**

Lima, veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa-nueve.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, vista la Causa número dos mil ciento ochantiocho - noventaiocho, en la audiencia pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

**MATERIA DEL RECURSO:**

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por la Universidad San Martín de Porres, mediante escrito de fojas doscientos cincuenticuatro, contra la resolución de vista expedida a fojas doscientos cuarenta, su fecha dieciocho de junio de mil novecientos noventaiocho, por la Sala de Procesos Abrevia-

dos y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima, que confirmando la sentencia apelada de fojas ciento ochenticuatro declara infundada la demanda; en cuanto al demandado Miguel Ezeble Ezeble, y fundada la misma en cuanto a la Universidad San Martín de Porres.

#### FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Corte mediante resolución de fecha veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y ocho ha estimado procedente el recurso por la causal de inaplicación de los Artículos mil trescientos veintinueve, mil trescientos veintidós y mil trescientos treinta y cinco del Código Civil.

#### CONSIDERANDO:

**Primero.** Que, la recurrente sostiene que en el caso de autos no hay infracción de un deber general de no dañar, sino un incumplimiento de obligaciones poses entre las partes existe una relación laboral nacida de un contrato de trabajo que obliga a la Universidad San Martín de Porres a no suspender la relación sin causa justificada, por lo que las normas aplicables son los Artículos mil trescientos veintinueve, mil trescientos veintidós y mil trescientos treinta y cinco del Código Civil relativos a la indemnización derivada de responsabilidad contractual.

**Segundo.** Que, sin embargo, la sentencia impugnada establece en su primer considerando que el demandante tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios derivados de un acto considerado indebido e inconstitucional por la autoridad judicial, en referencia a la sentencia que declara fundada la Acción de Amparo interpuesta por el demandante contra la Universidad San Martín de Porres, que dejó sin efecto la suspensión del contrato de trabajo entre las partes.

**Tercero.** Que, justamente el demandante fundamenta su demanda, entre otras, en el Artículo once de la Ley número veintidós mil quinientos sesenta y seis Ley de Hábeas Corpus y Amparo según el cual si al concluir el procedimiento de Acción de Amparo se ha identificado al responsable de la agresión, se condenará a éste al pago de las costas del juicio y a una indemnización por el daño causado.

**Cuarto.** Que, en consecuencia, siendo el precepto antes mencionado el sustento de la indemnización reclamada, las normas mencionadas infringidas relativas a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones, con manifestaciones imperativas en tanto el deber de resarcir al autor de los daños que éste ha recibido y no la de incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de trabajo por estas razones declarar **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto a fojas doscientos cincuenta y cuatro, contra la resolución de vista de fojas doscientos cuarenta, en fecha diecisiete de junio de mil novecientos noventa y ocho **CONDENARON** a la recurrente al pago de las costas y costas del recurso así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; **ORDENARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, en los supeditados por don Gerardo Ortega Herrada contra la Universidad San Martín de Porres sobre indemnización y los devolvieron.

**SR. URBELLO A.; ORTEGA B.; SANCHEZ PALACIOS F.; ECHEVARRIA A.; CASTILLO LA ROSA S.**

# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**“Casación N° 2605-2008-LORETO”**



**SENTENCIA**

CAS. N° 2605-2008  
LORETO

Lima, dos de octubre del dos mil ocho.

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**; vista la causa número dos mil seiscientos cinco – dos mil ocho, con el acompañado, en audiencia pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo, emite la siguiente sentencia:

**1. MATERIA DEL RECURSO:**

Se trata del recurso de casación interpuesto por don **Javier Manuel Zumaeta Vela**, mediante escrito de fojas seiscientos sesenta y nueve contra la sentencia de vista emitida por la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, de fojas seiscientos cuarenta y seis, su fecha veintiuno de noviembre del año dos mil siete, que –entre otros– revoca la sentencia apelada en el extremo que declara fundada en parte la demanda de indemnización por daños y perjuicios, reformándola la declararon infundada.

**2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:**

Esta Corte, por resolución de fecha treinta y uno de julio del año en curso, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal prevista en el inciso 3° del artículo 386 del Código Procesal Civil, en base a los siguientes fundamentos: *el Colegiado refiere que por el periodo no laborado le corresponde reintegro de remuneraciones; sin embargo el petitorio de nuestra demanda no está referida al pago de remuneraciones respecto al periodo no laborado, la pretensión es una de naturaleza civil por responsabilidad extracontractual. Si bien en el escrito de aclaración de fecha dos de setiembre de dos mil cuatro mencionamos el importe del dinero que dejamos de percibir durante el tiempo que duró el cese, ello solamente es para ilustrar al juzgador sobre la magnitud del daño causado, y haga una valorización justa y equitativa de la indemnización.*



**SENTENCIA**

CAS. N° 2605-2008

LORETO

*Entonces al no existir congruencia entre el petitorio de la demanda y los fundamentos de la sentencia emitida por el Colegiado, se transgredió el artículo VII del Título Preliminar del Código Adjetivo.*

**3. CONSIDERANDOS:**

**Primero:** Que, es del caso señalar, que en materia casatoria sí es factible ejercer el control casatorio de las decisiones jurisdiccionales para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso. Éste, supone la observancia rigurosa, por todos los que intervienen en él, no sólo de las reglas que regulan la estructuración de los órganos jurisdiccionales, sino también de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio.

**Segundo:** Aparece de autos que **a)** don Javier Manuel Zumaeta Vela pretende se le indemnice por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del cese ilegal del cual fue objeto por parte de la entidad emplazada, ante lo cual interpuso acción de amparo, concluyendo dicho proceso con sentencia que dispuso su inmediata reposición, no obstante ello, la demandada se resiste a dar cumplimiento a la orden judicial, habiendo transcurrido siete meses desde la expedición de la citada orden, causándole con ello un daño, pues le impide acceder a una remuneración mensual y demás beneficios; **b)** El *A quo* para estimar la demanda se sustentó en que el actor pretende el pago de una indemnización por el daño causado a consecuencia del despido incausado y por la negativa de la parte demandada en proceder a su reposición, habiéndosele impedido al demandante prestar servicios por diecinueve meses durante los cuales no percibió sus remuneraciones, lo que debe tenerse en consideración para establecer el daño patrimonial (específicamente lucro cesante); **c)** El *Ad quem* para revocar la sentencia apelada ha señalado: en cuanto a la indemnización solicitada por el actor, resulta infundada porque no se puede indemnizar durante el tiempo que no trabajó; de otro lado precisó

**SENTENCIA**

CAS. N° 2605-2008  
LORETO

que la demanda no se encuentra dentro de los presupuestos establecidos en el artículo 1321 del Código Civil al no haberse acreditado el dolo o la culpa imputable a las demandadas, así como el daño moral a que hace referencia el artículo 1322 del mismo cuerpo legal; además no está acreditado que las demandadas al momento de separarlo al actor de su puesto de trabajo se haya producido por un acto malicioso que provenga de un verdadero acto ilícito, y que haya producido un menoscabo moral en el demandante.

**Tercero:** Que, la motivación de las sentencias históricamente se han configurado como una garantía contra las decisiones arbitrarias del juez, implica –entre otras- la presencia de congruencia interna, pues aquella no debe contener afirmaciones o posiciones contradictorias, pues de ser así, no es posible conocer con certeza con cuál argumento –de dos o más contradictorias- se ha resuelto el caso en controversia. Es por ello que una sentencia debidamente motivada, exige razonablemente un mínimo de coherencia en los fundamentos, con ello se permite dar a conocer las razones exactas y precisas que sustentan el fallo, además que sirve para el análisis de la razonabilidad del fallo.

**Cuarto:** Que, en el caso de autos, la Sala Superior, para desestimar la demanda concretamente ha señalado: **a)** que por el periodo no laborado no le corresponde reintegro a remuneraciones por no estar dentro de los presupuestos que señala el artículo 23 y 24 de la Constitución Política, por lo que no se puede indemnizar por el tiempo que no trabajó; y **b)** no está acreditado el dolo o culpa de las demandadas, además no está acreditado que al momento de separarlo al actor de su puesto de trabajo se haya producido por un acto malicioso que provenga de un verdadero acto ilícito.

**Quinto:** Que, en el caso de autos por sentencia con autoridad de cosa juzgada se ha acreditado –en el proceso de amparo que precedió al presente- la violación de su derecho fundamental al trabajo del demandante, impidiéndosele prestar sus servicios laborales y con ello el goce de sus remuneraciones. Proceso en el cual no procede el pago de

**SENTENCIA**

CAS. N° 2605-2008  
LORETO

las remuneraciones dejadas de percibir por el periodo que no pudo prestar sus servicios efectivos; pero ello no constituye impedimento alguno para reclamar en la vía civil los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del acto arbitrario de violación de derechos fundamentales.

**Sexto:** Pero también para el otorgamiento de una indemnización reclamada en el proceso civil, el juez debe evaluar la configuración de todos los elementos que constituyen la responsabilidad civil, tales como la antijuricidad de la conducta, el daño propiamente dicho, la relación causal y los factores de atribución subjetivos u objetivos.

**Sétimo:** Si bien el *Ad quem* aparentemente sustentó su fallo en el hecho de equiparar la indemnización con los beneficios laborales dejados de percibir por el demandante durante el tiempo que no pudo prestar sus servicios, por lo que no se habría acreditado los daños reclamados -razonamiento con los que no concuerda este Supremo Tribunal, desde que los montos remunerativos dejados de percibir son solo referenciales para determinar el quantum indemnizatorio-. En tal sentido, esto sería suficiente para amparar el recurso de casación propuesto; sin embargo, dentro de la fundamentación de la sentencia impugnada existe otro argumento que sustenta la decisión, la que no ha sido cuestionada por el recurrente en el presente recurso de casación.

**Octavo:** En efecto, también la Sala Superior apoyó su fallo en el hecho de que no se ha configurado el factor de atribución subjetivo, esto es, ha determinado que no se encuentra acreditado el dolo o la culpa de las demandadas, ni tampoco el daño moral invocado, conclusiones a las que arribó luego de haber valorado los medios probatorios a que se hacen referencia en el considerando sexto. Aspecto que como se reitera no fue cuestionado por el recurrente en su recurso de casación, por lo que este Supremo Tribunal se encuentra impedido de analizarlo, dado que su competencia en sede casatoria está limitada única y exclusivamente a lo que es materia de denuncia, además tampoco es posible la revaloración de los medios probatorios en sede casatoria, por lo que el fallo emitido se encuentra arreglado a derecho, aunque no se comparta un extremo de la

**SENTENCIA**

CAS. N° 2605-2008  
LORETO

motivación, a que se hace referencia en el considerando precedente, siendo ello así, debe desestimarse el presente recurso de casación.

**4. DECISIÓN:**

Por las consideraciones expuestas, no habiéndose configurado la causal de contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, en aplicación de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 397 del Código Procesal Civil. Declararon:

- a) **INFUNDADO** el recurso de casación, interpuesto por don Javier Manuel Zumaeta Vela, mediante escrito de fojas seiscientos sesenta y nueve, en consecuencia **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas seiscientos cuarenta y seis, su fecha veintiuno de noviembre de dos mil siete, emitida por la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto.
- b) **EXONERARON** a la parte recurrente del pago de de la multa, costas y costos del recurso por gozar de auxilio judicial.
- c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos contra la Sociedad de Beneficencia Pública de Iquitos sobre Indemnización de Daños y Perjuicios; intervino como Vocal Ponente el señor Miranda Canales; y los devolvieron.-

SS.  
SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA  
CAROAJULCA BUSTAMANTE  
MANSILLA NOVELLA  
MIRANDA CANALES  
VALERIANO BAQUEDANO



# **Pleno Jurisdiccional Distrital Civil**

**“Casación N° 2597-2008-TACNA”**



**SENTENCIA****CAS. NRO. 2597-2008.  
TACNA**

Lima, veinticinco de septiembre del dos mil ocho.

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**; vista la causa número dos mil quinientos noventa y siete –dos mil ocho en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la presente sentencia.

**1. MATERIA DEL RECURSO:**

Es materia del presente recurso de casación interpuesto por la actora, Marisol Condori Condori, la sentencia de vista de fojas ciento cincuentidos, su fecha treinta y uno de enero del dos mil ocho, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que confirma la apelada de fojas setenta y nueve, su fecha veintisiete de julio del dos mil siete, que declara infundada la demanda de indemnización.

**2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:**

Mediante resolución de fecha veinticuatro de Julio último, se ha declarado procedente el recurso de casación sólo por la causal prevista en el inciso 3° del artículo 386 del Código Procesal Civil, según los cargos siguientes:

Denuncia la contravención del principio de tutela jurisdiccional efectiva, aduciendo que el Colegiado Superior lejos de aplicar el derecho material y la doctrina jurisprudencial, se ha limitado a confirmar la apelada y ha concluido erróneamente que no existen medios probatorios que permitan demostrar la responsabilidad civil



**SENTENCIA****CAS. NRO. 2597-2008.  
TACNA**

pretendida; así no se ha advertido que la prueba de la relación causal es el proceso de amparo en el que resultó vencida la parte demandada, en la que se determinó que fue despedida arbitrariamente de su centro de trabajo.

**3. CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** El daño es definido en la doctrina como la lesión de un derecho o un interés jurídicamente protegido. El daño debe ser cierto, esto es, que no puede ser una conjetura o una probabilidad. El daño genera la obligación de indemnizar.

**SEGUNDO:** Que, la demanda de fojas treinta y uno, tiene por objeto que la Municipalidad demandada indemnice a la actora por el monto estimado en la suma de cuarenta y cuatro mil trescientos setenta y cuatro nuevos soles, más intereses legales, por el hecho de haber sido cesada arbitrariamente de su centro de trabajo el nueve de enero del dos mil tres, "entendiéndose como esta a las compensaciones que tienen derecho el recurrente para equilibrar el desmedro sufrido en su patrimonio y por la utilidad dejada de percibir a causa del cese arbitral..." y mas adelante "por la utilidad y ganancia dejada de percibir, respecto de las remuneraciones que se dejó de cobrar..." invocando al efecto lucro cesante y daño moral.

**TERCERO:** Las instancias de mérito han concluido que si bien es cierto la actora fue reincorporada a su centro de trabajo, al haber sido declarada fundada su demanda de amparo, ésta no ha acreditado los daños pretendidos.

**CUARTO:** Que el petitorio de la demanda, en cuanto al lucro cesante, importa el cobro de los sueldos caídos, o remuneraciones que dejó de percibir, lo que no es procedente, pues como señala la sentencia de primera instancia no ha existido contraprestación, y bajo la denominación de lucro cesante se pretende cobrar remuneración por un trabajo no realizado. En ese sentido se ha

**SENTENCIA****CAS. NRO. 2597-2008.  
TACNA**

pronunciado esta Sala en la Casación número mil quinientos cuarenta y uno- dos mil ocho, mediante Resolución del veintidós de julio del presente año, procedente del Cusco. En cuanto al daño moral, las instancias de mérito establecen que no se ha acreditado, y no hay en autos prueba en sentido contrario.

**QUINTO:** Por último, en relación a la opinión del dictamen fiscal, de declarar nulo el concesorio del recurso de casación e inadmisibile la demanda (sic), porque la recurrente no habría cumplido con recaudar la tasa judicial del recurso sub examen, se observa del concesorio de fojas ciento ochenta y ocho, que la actora cuenta con auxilio judicial, y en todo caso, en lo sucesivo el Ad' Quem debe precisar la resolución que otorga este beneficio, bajo responsabilidad.

**4. DECISION:**

- a) Por estas consideraciones, con lo expuesto en el dictamen fiscal y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas ciento setentitres interpuesto por doña Marisol Condori Condori; en consecuencia **NO CASAR** la resolución de vista de fojas ciento cincuentidos, su fecha treinta y uno de enero del dos mil ocho.
- b) **CONDENARON** a la parte recurrente al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso.
- c) **DISPUSIERON** que el Ad' quem proceda en lo sucesivo conforme a lo precisado en el quinto considerando de la presente resolución.
- d) **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos con la Municipalidad Provincial de Tacna, sobre

**SENTENCIA****CAS. NRO. 2597-2008.  
TACNA**

indemnización; interviniendo como Vocal Ponente el Señor Sánchez-Palacios Paiva; y los devolvieron.

SS.

SANCHEZ- PALACIOS PAIVA

CAROAJULCA BUSTAMANTE

MANSILLA NOVELLA

MIRANDA CANALES

VALERIANO BAQUEDANO

sg

**TEMA N° 3****INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS VINCULADA A  
PROCESOS DE AMPARO CON SENTENCIA FUNDADA**

¿La indemnización (responsabilidad) por daños y perjuicios, respecto de un trabajador, cuyo vínculo laboral fue roto arbitrariamente por su empleador declarado así a través de un proceso de amparo, es de índole extracontractual o contractual (inejecución de obligaciones)?

**Primera Ponencia**

Conforme a un sector de la Corte Suprema de Justicia de la República, en reiterada y prolongada jurisprudencia, dicha indemnización es de orden extracontractual, toda vez que no se trata de la inejecución de un contrato de trabajo, sino que el daño generado es consecuencia de la declaración de arbitrariedad de un despido dictada por el Juez Constitucional; por ende le son aplicables las normas previstas en los artículos 1969 y siguientes del Código Civil.

**Segunda Ponencia**

De acuerdo con otro sector de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como otros Magistrados Inferiores, tal responsabilidad civil es de naturaleza contractual, concretamente por la inejecución de obligaciones laborales, puesto que el despido se efectuó contraviniendo no sólo el contrato laboral, que contiene obligaciones laborales tanto para el empleador como para el trabajador, sino por que también se inejecutan obligaciones previstas en normas legales que regulan los supuestos de despido de carácter laboral.

**Fundamentación**

El Código Civil ha regulado en forma separada la responsabilidad por inejecución de obligaciones (artículo 1314 y siguientes del Código Civil) y la extracontractual (artículo 1969 y siguientes del Código Civil). Siendo que la primera de ellas encuentra su fundamento “en la violación de la diligencia debida” (ya sea que se encuentre contenida en un contrato o en la ley), mientras que la segunda de las nombradas encuentra su razón en

el deber genérico de no dañar a otro, en este caso, cualquier conducta que genere daño es susceptible de generar la respectiva indemnización.

En ese contexto, la primera de las ponencias lo subsume dentro de la responsabilidad extracontractual, esto es, como el quebrantamiento del deber genérico de no causar daño a otro, mientras que la segunda ponencia entiende que aquella responde a la inejecución de las obligaciones previamente asumidas por el deudor y acreedor, ya sea a través de un contrato o generados por el imperio de la ley.

La adopción de una u otra postura respecto a este tema indemnizatorio repercute en el plazo prescriptorio, dado que para la responsabilidad extracontractual es de 02 años, según el inciso 4) del artículo 2001 del Código Civil; y, para la contractual (inejecución de obligaciones) es de 10 años, según el inciso 1) del artículo 2001 de dicho Código.

Asimismo, la elección de una u otra postura, también incidirá en su cómputo, esto es, a partir de que momento se computa el plazo prescriptorio; para la responsabilidad contractual (inejecución de obligaciones) será el rompimiento del vínculo contractual laboral (el hecho generador) a partir del cual deberá computarse el plazo prescriptorio y lo que supondrá la interposición del respectivo proceso de amparo será interrumpir el decurso prescriptorio (volviéndose a reiniciar una vez que éste concluya); mientras que, en la extracontractual, tomándose como hecho generador del daño lo resuelto en el proceso de amparo, es decir, la declaración de arbitrariedad de un despido dictada por el Juez Constitucional, se computará cuando quede consentida o ejecutoriada dicha decisión que declara la arbitrariedad. Artículo 1993 del Código Civil (*La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho.*) y artículo 1996 del Código Civil (*Se interrumpe la prescripción por: 1.- Reconocimiento de la obligación. 2.- Intimación para constituir en mora al deudor. 3.- Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente. 4.- Oponer judicialmente la compensación.*).

Además optar por la responsabilidad extracontractual, respecto a los intereses legales irrogados, implicará que los mismos empezarán a generarse desde la fecha en que se produjo el daño (artículo 1985 del Código Civil: *El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.*), es decir, a partir del momento en que queda consentida o ejecutoriada la decisión que declara la arbitrariedad;

mientras que, si se opta por la responsabilidad contractual el cómputo será a partir del rompimiento contractual laboral (hecho generador del daño).

Otro punto que resulta pertinente con relación a la indemnización por daños y perjuicios vinculada a procesos de amparo con sentencia fundada (que ordena la reposición de un trabajador), es lo concerniente al lucro cesante a través del cual se pretende el pago de las remuneraciones dejadas de percibir; por un lado, un sector de la Corte Suprema de Justicia de la República señala que ello no resulta amparable, puesto que la remuneración es la contraprestación al trabajo efectivamente realizado, mientras, que por otro lado, existen ejecutorias supremas que señalan que el proceso de amparo es de naturaleza restitutiva (estado anterior a la violación del derecho) y existe una suspensión imperfecta del vínculo contractual laboral, entre el cese y la reposición del trabajador, imputable al empleador que genera que éste cumpla con el pago de la remuneración sin la correspondiente contraprestación que es el trabajo que efectivamente debió realizarse.



Nº	DOCUMENTOS DE TRABAJO	PÁG.
1.	<b>DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA Nº 126. LOS DAÑOS DERIVADOS DEL DESPIDO DE UN TRABAJADOR ¿son de naturaleza extracontractual?.</b>	<b>000194</b>
2.	<b>LEYSSER L. LEÓN en REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ Nº 63. Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa.</b>	<b>000199</b>
3.	<b>SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. CAS. 2597-2008 - TACNA</b>	<b>000252</b>
4.	<b>SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. CAS. 2605-2008 - LORETO.</b>	<b>000255</b>
5.	<b>SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. CAS. 1545-2006 - PIURA.</b>	<b>000261</b>
6.	<b>SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. CAS. 625-2002 - LIMA.</b>	<b>000270</b>
7.	<b>SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA. CAS. 2188-1998 - LIMA</b>	<b>000276</b>





# Pleno Jurisdiccional Distrital Civil

**“Casación N° 625-2002-LIMA”**



**SALA TRANSITORIA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL  
CASACION N° 625 - 2002 - LIMA  
PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS**

Lima, veintiséis de febrero  
del dos mil cuatro.-

**LA SALA TRANSITORIA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE  
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA:**

**VISTA;** en audiencia pública llevada a cabo en la fecha, de conformidad con el Dictamen Fiscal; con el voto en Discordia suscritos por los señores Vocales Infantés Vargas y Acevedo Mena; y con el sucrito por los señores vocales Román Santisteban, Villacorta Ramírez y Rodríguez Esqueche, dejados oportunamente en Relatoría en cumplimiento a lo establecido en el artículo ciento cuarentinueve del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y habiéndose adherido el señor Dongo Ortega al voto de los señores Román Santisteban, Villacorta Ramírez y Rodríguez Esqueche; se ha emitido la presente sentencia.

**MATERIA DEL RECURSO:**

Interpuesto por don Luis Alberto León Santa Cruz mediante escrito de fojas trescientos cincuenticuatro contra la sentencia de vista obrante a fojas trescientos cuarentiuno, su fecha veintidós de abril del dos mil dos, expedida por la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la apelada de fojas doscientos noventauno, fechada el trece de diciembre del dos mil uno, declara infundada, la que debe entenderse como improcedente.

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

El recurrente invoca las causales contenidas en los literales c) y d) del artículo cincuentiséis del texto modificado de la Ley veintiséis mil seiscientos treinta y seis, denunciando como agravios:

- a) La inaplicación del artículo cuarenticuatro, in fine del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo y del artículo primero de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley veintitres mil quinientos seis.
- b) La inaplicación de los artículos quinto del Título preliminar, mil trescientos sesentuno y mil trescientos sesentidós del Código Civil, artículos dos, numeral quince, veintisiete y sesentidós de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, así como del artículo treinta y siete del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo.

**CASACION N° 625 - 2002 - LIMA  
PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS**

- c) La inaplicación de los artículos dos, numerales dos y veintidós, veintitrés y veinticuatro de la Constitución Política de mil novecientos noventa y dos; y
- d) Contradicción con otras resoluciones expedidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, contradicción que está referida a la inaplicación de los artículos veintisiete y sesentidós de la Constitución Política de mil novecientos noventa y dos.

**CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que, la tesis que el Tribunal Constitucional reiteradamente ha sostenido respecto a que no procede el pago de remuneraciones por trabajo no realizado, no puede decidir el sentido del fallo sobre el fondo de la litis, ya que dicho órgano de control constitucional ha tenido diversidad de criterios sobre este aspecto en el tiempo, así tenemos: a) Cuando estuvo integrada por la totalidad de sus miembros resolvió en sentido distinto (expediente número cero veinte - noventa y dos - AA / TC del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y dos); y b) Cuando estuvo integrada parcialmente (expediente número setecientos cuarentidós - noventa y dos - AA / TC del once de julio de mil novecientos noventa y dos y expediente número doscientos treinta y cuatro - noventa y dos - AA / TC del trece de agosto de mil novecientos noventa y dos) resolvieron reconocer para efectos pensionables el tiempo de servicio transcurrido entre el cese y la reincorporación en el empleo, sin pago de remuneraciones devengadas.

**Segundo:** Que, el reclamo del accionante se origina del resultado de una acción de amparo, la naturaleza del lapso transcurrido entre el cese y la reposición del actor debe determinarse a partir de los alcances y efectos del artículo primero de la Ley veintitrés mil quinientos seis, la cual señala que el objeto de dicha acción de garantía es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, de tal suerte que su aplicación supone una necesaria armonía y congruencia entre la oportunidad de la declaración judicial y su retroactividad al caso concreto, debido a que no es posible y tampoco necesario retroceder en el tiempo para restituir el derecho conculcado.

**Tercero:** Que, por efecto de la norma bajo análisis, desaparecen los efectos del acto que dió origen a la acción de garantía; por tanto, desde este punto de vista, el efecto de la acción de amparo se asemeja al del acto nulo, el cual según la doctrina procesal, trae

**CASACION N° 625 - 2002 - LIMA  
PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS**

como consecuencia la "cesación de los efectos producidos por el acto viciado de todas las otros que sean consecuencia directa del declarado nulo" (ZINNY, Jorge Horacio: Sanciones Procesales, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Argentina, número veintiocho, Tomo Segundo, mil novecientos noventa, página ciento cincuenta y nueve al ciento setentidicinco).

**Quarto:** Que, tratándose de la acción de amparo que ordena la reposición, es preciso contrastar la situación laboral que detentaba el trabajador antes y después de la violación del acto que dió origen a la acción de garantía, a efecto de determinar los alcances y extensión de la declaración judicial, a través de la cual se invalida el acto lesivo; a) Antes de ser despedido el trabajador tenía derecho a percibir todos los beneficios económicos legales y convencionales aplicables en su contrato de trabajo, incluso los pensionarios que no obstante ser futuros se acumulan durante el tiempo de servicio; b) Al cesar pierde absolutamente todo lo anteriormente señalado.

**Quinto:** Que, sin embargo, al restituirse el derecho conculcado y reincorporarse al trabajador a su empleo, se restablece automáticamente la relación laboral entre las partes, como si esta nunca hubiese sido interrumpido, pues el acto lesivo sobre el cual ha recaído pronunciamiento jurisdiccional es el acto mismo del despido; en consecuencia, el tiempo transcurrido fuera del empleo debe ser reconocido, de lo contrario, se estaría desnaturalizando los alcances del artículo primero de la Ley de Habeas Corpus y de Amparo.

**Sexto:** Que, jurídicamente, el lapso antes señalado, es tratado en la doctrina como una suspensión imperfecta del contrato de trabajo, siendo por ello, aplicable al caso sub litis el artículo cuarenticuatro in fine del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, como solicita el recurrente, dado que esta norma regula la suspensión imperfecta de labores, donde el empleador tiene la obligación de abonar remuneraciones sin contraprestación efectiva de labores, supuesto en el cual se encuentra el actor y que afianza lo establecido en los considerandos precedentes.

**Sétimo:** Que, por su parte, el artículo tercero del Título Preliminar del Código Procesal Civil, refiere que la finalidad abstracta de todo proceso es lograr la paz social en justicia, objetivo que sería de difícil acceso si se deja sin tutela jurídica el período objeto de debate,

**CASACION N° 625 - 2002 - LIMA  
PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS**

ya que tácitamente se estaría autorizando la comisión de los mismos actos que fueron materia de enjuiciamiento en lugar de solucionarlos definitivamente.

**Octavo:** Que, en cuanto a la causal de contradicción con otras resoluciones expedidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en casos objetivamente similares al de autos, contradicción relacionada con la causal de inaplicación del artículo primero de la Ley de Habeas Corpus y de Amparo, Ley veintitrés mil quinientos seis y de las disposiciones legales sobre la suspensión imperfecta de la relación laboral, causal que resulta también fundada en atención a lo señalado en la presente resolución.

**RESOLUCION:**

Por estas consideraciones, **NUESTRO VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas trescientos cincuenticuatro por Luis Alberto León Santa Cruz, en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fojas trescientos cuarentiuno, su fecha veintidós de abril del dos mil dos; y actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas doscientos noventuno, su fecha trece de diciembre del dos mil uno, que declara infundada la demanda; Reformándola la declararon **FUNDADA**; **DISPUSIERON** que en ejecución de sentencia y de conformidad con el artículo cincuentinueve, Inciso b) de la citada Ley Procesal, el Juez liquide el monto de las remuneraciones devengadas; en lo seguidos contra Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta sobre Pago de Remuneraciones Devengadas; **ORDENARON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano"; y los devolvieron.-

**EL VOTO EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES INFANTES VARGAS Y ACEVEDO MENA ES COMO SIGUE.**

**CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que, respecto a los agravios contenidos en el literal a) referidos a la inaplicación del artículo cuarenticuatro, in fine del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del

**CASACION Nº 625 - 2002 - LIMA  
PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS**

Empleo, artículo primero de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley veintitrés mil quinientos seis, el recurrente precisa por qué las citadas normas deben ser aplicadas al caso de autos, cumpliendo con la formalidad contenida en el artículo cincuentiocho, literal c) de la Ley Procesal del Trabajo, resultando PROCEDENTES.

**Segundo:** Que, en relación al agravio descrito en el literal d) sobre contradicción jurisprudencial, los argumentos del recurrente están destinados a invocar la aplicación de criterios jurisprudenciales que amparan el pago de remuneraciones devengadas provenientes de la reposición ordenada por mandato judicial en una acción de amparo; por lo que así planteada la causal, satisface la exigencia prevista en el artículo cincuentiocho inciso d) de la Ley Procesal Laboral, correspondiendo emitir pronunciamiento sobre el fondo.

**Tercero:** Que, en cuanto a los agravios señalados en el literal b) referentes a la inaplicación de los artículos quinto del Título Preliminar, mil trescientos sesentuno y mil trescientos sesentidós del Código Civil, tales normas resultan impertinentes, pues se refieren al reconocimiento de la sexta cláusula del Convenio de Suscripción, Emisión y Entrega de Acciones celebrado por Telefónica del Perú Holding, sobre estabilidad laboral, cuando la materia controvertida versa sobre el pago de remuneraciones devengadas, lo cual no guarda nexo de causalidad con la relación fáctica establecida en la presente litis; igualmente en lo referente sobre la inaplicación de los artículos dos, numeral quinto, veintisiete y sesentidós de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres y el artículo treinta y siete del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo setecientos veintiocho, se invocan normas constitucionales que reconocen el derecho al trabajo, la protección del trabajador frente al despido arbitrario y la libertad de contratar, así como de una norma de carácter laboral que se refiere a la presunción de la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, las mismas que no son específicas, en relación a lo que es materia de controversia, es decir a la procedencia del pago de las remuneraciones devengadas deviniendo los agravios invocados en IMPROCEDENTES.

**Cuarto:** Que, en lo atinente al agravio contenido en el acápite c) sobre inaplicación de los artículos dos, numerales dos y veintidós, veintitrés y veinticuatro de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres resultan improcedentes pues el citado medio impugnatorio no sustenta las razones por las que debieron aplicarse los mencionados dispositivos.





# **Pleno Jurisdiccional Distrital Civil**

**“Casación N° 1545-2006-PIURA”**



**CAS. N° 1545-2006 PIURA.** Lima, catorce de noviembre de dos mil seis.- **La Sala Civil** **trinitaria ante de la Corte Suprema de Justicia de la República,** vista la causa número mil quinientos cuarenta y cinco guión dos mil seis, en audiencia pública de la fecha y producida la votación preponderante de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia: **1. MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Héctor Hernán León Fernández, contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos treinta y seis, su fecha treinta de enero de dos mil seis, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Piura, que confirma la sentencia apelada de fojas trescientos sesenta y tres, su fecha catorce de septiembre de dos mil cinco, en cuanto declaró fundada la pretensión de reincorporación interpuesta por el actor Héctor Hernán León Fernández, respecto del concepto de lucro cesante por no haber cumplido la institución demandada con reponerlo en el servicio activo; y la revocación de lo que declaró fundada en parte la demanda de indemnización por daño emergente y daño moral, por lo que declaró infundada la demanda respecto de dichos extremos; en los seguidos con la Policía Nacional del Perú y otro. **2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha veintidós de mayo de dos mil seis, ha declarado procedente el recurso de casación por la causal prevista en el inciso 2 del artículo 386 del Código Procesal Civil, referida a la inaplicación del artículo 1984 del Código Civil, sustentada en que al haberse dispuesto que el recurrente pase a la situación de retiro, trajo como consecuencia que se le separó de sus remuneraciones mensuales, poniéndosele en el más completo desamparo económico al perderse a su familia y frustrando sus expectativas de ascenso en su carrera profesional, por lo que sostiene que resulta absurdo que el Colegiado Superior concluya que no se encuentra acreditado el daño moral. **3. CONSIDERANDO: Primero.-** Que, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de vista ha sido declarado procedente únicamente por la causal de inaplicación del artículo 1984 del Código Civil, respecto del daño moral, por lo que corresponde pronunciarse solamente respecto de este extremo de la demanda; no siendo materia de conocimiento lo resuelto en los extremos de daño emergente y lucro cesante. **Segundo.-** Que, el artículo 1984 del Código Civil regula el daño moral, estableciendo que el daño es indemnizado considerando su magnitud y menoscabo producido a la víctima y a su familia; prima que concuerda con lo previsto en el artículo 1985 del mismo Código, en relación a que la indemnización comprende también el daño moral. **Tercero.-** Que, el citado artículo 1985 del Código Civil contempla como daño no patrimonial el daño a la persona y el daño moral, entendiéndose por el primero de ellos el que se configura como una afectación de los derechos de la personalidad; y el segundo, como el dolor o la angustia que experimenta una persona a causa de un evento dañoso, existiendo entre ambos conceptos una relación de género a especie, según lo ha destacado el doctor Carlos Fernández Sessarego, en cuanto ha sostenido que el daño moral, dentro de su concepción dominante de dolor o sufrimiento, constituye un aspecto del daño a la persona (Fernández Sessarego, Carlos: "Derecho de las Personas", Grijley, Novena Edición, Lima, dos mil cuatro, página cuatrocientos veintisiete). **Cuarto.-** Que, el daño moral concebido como daño no patrimonial implica que debe ser resarcido teniendo en cuenta la magnitud del menoscabo producido en la víctima y su familia, para lo cual se debe examinar las circunstancias particulares del caso y el hecho de que, tratándose de un daño cuyo monto no puede determinarse de manera precisa, el Juez deberá fijarlo prudencialmente de acuerdo a una valoración equitativa, conforme al artículo 1332 del Código Civil, que rige de manera extensiva para dicho supuesto. **Quinto.-** Que, en el caso sub materia el Juez de la causa ha considerado que el demandante fue pasado a la situación de retiro mediante Resolución Suprema 1053-95-IN/PNP, sin observar el principio de presunción de inocencia ante la existencia de un proceso penal por los mismos hechos, del cual se le absolvió mediante sentencia de fecha diecisiete de diciembre de dos mil dos, y que posteriormente se declaró fundada la demanda de acción de amparo, ordenando su reincorporación como Oficial de la Policía Nacional del Perú mediante sentencia de fecha nueve de julio de dos mil tres, confirmada en parte por sentencia de vista de fecha diecinueve de diciembre de ese mismo año. **Sexto.-** Que, atendiendo a que en el referido proceso de amparo se declaró inaplicable la Resolución Suprema de pase a retiro del actor por la vulneración de los derechos constitucionales allí señalados, se le causó un daño no patrimonial al expedirse la resolución administrativa, puesto que se le separó de su función sin observar los referidos derechos, ocasionando un daño no patrimonial para él y su familia, menoscabando su



000278

Sistema Peruano de Información Jurídica

angustia y sufrimiento. **Sétimo.-** Que, no obstante, para los efectos de fijar el monto indemnizatorio se debe considerar las circunstancias particulares del presente caso, teniendo en cuenta que los hechos que motivaron el pase al retiro del actor no fueron irrazonables, sino que tuvo como causa la existencia de un proceso penal, y que las expectativas de un probable ascenso y una consecuente mejora económica no resultan ser concluyentes, debido a que dicho ascenso estaba sometido a un proceso de concurso; resultando adecuado regular prudencialmente el monto de la indemnización, dadas las consideraciones expresadas, más no desconocer los alcances de dicho concepto indemnizatorio, como ha sido efectuado por la Sala de mérito en la sentencia de vista, en la que se ha incurrido en la aplicación del artículo 1984 del Código Civil. **Octavo.-** Que, en tal sentido, se ha configurado la causal de inaplicación de la referida norma de derecho material, correspondiendo declarar fundado el recurso de casación y nula la sentencia de vista en cuanto revoca la apelada y declara infundada la demanda, respecto del extremo sobre daño moral; correspondiendo actuar como sede de instancia, conforme al inciso 1 del artículo 396 del Código Procesal Civil, a efectos de resolver el conflicto de intereses; pronunciando a que, no obstante la dificultad que existe para determinar con precisión el monto indemnizatorio en dinero, por daño moral, y que las instancias de mérito han expresado que no se ha aportado prueba concluyente respecto a dicho monto, además de que la entidad demandada ha alegado que no ha causado ninguna clase de daños al demandante, sino que ha actuado en ejercicio regular de su derecho; sustentando inclusive su recurso de apelación en lo dispuesto por el artículo 1971 inciso 1 del Código Civil; empero, por la forma y circunstancias de los hechos y la conducta procesal de ambas partes en conflicto, debe regularse la indemnización del daño moral con el criterio prudencial y equitativo que faculta el artículo 1332 del mismo Código Sustantivo, esto es, confirmando en parte la apelada, revocándola respecto del monto y, reformándola, señalarse el quantum respectivo por dicho concepto. **4. DECISIÓN:** Por tales consideraciones; de conformidad con los fundamentos pertinentes del Dictamen Fiscal Supremo y en aplicación de lo preceptuado en el inciso 1 del artículo 396 del Código Procesal Civil: a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas cuatrocientos cincuenta y siete por don Héctor Hernán León Fernández; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos treinta y seis, su fecha treinta de enero de dos mil seis, emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, en el extremo que revoca la sentencia apelada de fojas trescientos sesenta y tres, su fecha catorce de septiembre de dos mil cinco, y declara infundada la demanda por concepto de daño moral. b) Actuando como sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia apelada que declara Fundada en parte dicho extremo; la **REVOCARON** en la parte que señala en la suma de cincuenta y cinco mil nuevos soles la indemnización por daño moral; **REFORMÁNDOLA** en dicho extremo, fijaron el monto indemnizatorio por dicho concepto en la suma de quince mil nuevos soles, con intereses legales en virtud a lo establecido en el artículo 1985 del Código Civil. c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos con la Policía Nacional del Perú, sobre indemnización por daños y perjuicios; actuando como Vocal Ponente el señor Carvajal Bustamante; y los devolvieron.- **SS. SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, SANTOS PEÑA, MANGIELLA NOVELLA, MIRANDA CANALES**

