





COMPENDIO  
TEMAS DE DERECHO LABORAL

COMISIÓN DE CAPACITACIÓN DEL ÁREA LABORAL  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL  
CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

**COMPENDIO  
TEMAS DE DERECHO  
LABORAL**

**Compendio**  
**Temas de Derecho Laboral**

Comité de Elaboración  
Comisión de Capacitación del Area Laboral  
de la Corte Superior de Justicia de Lima

Edición  
Centro de Investigaciones Judiciales

Diseño y Diagramación  
Centro de Investigaciones Judiciales

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú  
Registro N° 2007-13520

Está prohibida la reproducción total o parcial de la presente obra  
sin el consentimiento escrito del Comité de Elaboración.

Su contenido es responsabilidad exclusiva de los autores y no  
compromete la opinión del Centro de Investigaciones Judiciales  
o del Poder Judicial.

Centro de Investigaciones Judiciales  
Palacio Nacional de Justicia – 2do. Piso  
Av. Paseo de la República s/n Lima – Perú  
Teléfonos: 410-1010 anexo: 11575 [www.cij@pj.gob.pe](http://www.cij@pj.gob.pe)







## **Consejo Ejecutivo del Poder Judicial**

Francisco Távara Córdova  
Presidente del Poder Judicial  
y Presidente del Consejo Ejecutivo

Antonio Pajares Paredes  
Vocal Supremo

Javier Román Santisteban  
Vocal Supremo

Sonia Torre Muñoz  
Vocal Superior

Walter Cotrina Miñano  
Juez Especializado

Luis Mena Núñez  
Representante de los  
Colegios de Abogados del Perú







## **Corte Superior de Justicia de Lima**

### **Presidente**

César Javier Vega Vega

### **Comisión de Capacitación Area Laboral**

#### **Presidente**

Omar Toledo Toribio

#### **Miembros**

Gino Ernesto Yangali Iparraguirre

Hugo Arnaldo Huerta Rodríguez

Elisa Vilma Carlos Casas

Pedro Donaires Sánchez

Milton Augusto López Campos

Luz Marlene Montero Ñavincopa



---

■ **CONTENIDO**





## Contenido

### Prólogo

*Francisco Távara Córdova*

Presidente del Poder Judicial ..... xxi

### Presentación

*Omar Toledo Toribio*

Presidente de la Comisión de Capacitación del Área Laboral de  
la Corte Superior de Justicia de Lima ..... xxv

## DERECHO LABORAL PRIVADO

1. Algunas notas sobre el derecho al descanso anual remunerado (vacaciones)  
*Cecilia Leonor Espinoza Montoya* ..... 3
2. El outsourcing en el sistema laboral peruano. A propósito de la reciente regulación introducida por el D. S. N° 020-2007-TR (20/09/07)  
*Omar Toledo Toribio* ..... 11
3. Libre desafiliación y retorno al Sistema Nacional de Pensiones  
*Sara Rosa Campos Torres* ..... 17
4. El principio de la primacía de la realidad, desde la jurisprudencia hasta su incorporación en el Proyecto de la Ley General del Trabajo  
*Jenny Cecilia Vargas Álvarez* ..... 31

5. Tratamiento tributario de las excepciones a las retenciones y/o pagos a cuenta del impuesto a la renta de cuarta categoría <i>Marco Mejía Acosta</i> .....	39
--	----

**DERECHO CONSTITUCIONAL**

1. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares <i>Mijail Mendoza Escalante</i> .....	55
2. Eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional <i>Carolina Canales Cama</i> .....	71
3. Las normas internacionales en algunas sentencias de la jurisprudencia constitucional peruana <i>Edgardo Balbín Torres</i> .....	97

**DERECHO PROCESAL**

1. Los sucedáneos de los medios probatorios <i>Pedro Donaires Sánchez</i> .....	115
--	-----





## Prólogo

En la actualidad la capacitación es la respuesta y una de las más acertadas inversiones que permiten reducir las falencias de las instituciones y disponer de personal competente y productivo.

El Poder Judicial, que tiene como esencia el avocamiento a la labor de administrar justicia, no es ajeno a esa premisa, dado que paralelamente a la labor jurisdiccional debe velar y salvaguardar la buena marcha institucional, adoptando medidas que permitan avanzar hacia la Reforma del Sistema de Justicia.

En ese sentido, nuestras prioridades en estos tiempos, son aquellas que buscan desarrollar y perfeccionar las capacidades humanas de los señores Magistrados y Servidores Judiciales, con el propósito de brindar un mejor servicio a la ciudadanía. Somos concientes que el factor humano, es el que mueve instituciones, por ende, es en él, en quien debemos invertir y desarrollar esfuerzos para mejorar el nivel cuantitativo y cualitativo de su labor.

Atendiendo a que la capacitación es la herramienta perfecta que permite aprovechar al máximo el potencial humano, mi gestión esta orientada en esa línea de acción, por ello, venimos promoviendo y apoyando eventos de orden académico. Pero, no solo colaborando de manera aislada, sino, trabajando desde los cimientos, a fin de proporcionar un marco legal a todas aquellas Comisiones, Grupos de Trabajo y de Estudio dedicados al tema de capacitación.

En varios Distritos Judiciales del país, las Comisiones de Capacitación, vienen trabajando y desarrollando cursos, seminarios y talleres de formación, especialización y perfeccionamiento en disciplinas jurídicas; en el mismo sentido y con el mismo fin, las Escuelas de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales. Sin embargo, es preciso destacar, el caso sui generis de la Corte Superior de Justicia de Lima, que cuenta con Comisiones de Capacitación por Especialidades

(Civil, Penal, Constitucional, Contencioso Administrativo, Familia y Laboral), que tienen como objetivo contribuir a la capacitación integral de los señores Magistrados de los distintos niveles y especialidades, y coadyuvar a su desarrollo profesional.

Así, la Comisión de Capacitación del Área Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, presidida por el Doctor Omar Toledo Toribio, Vocal Titular de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, ha venido desplegando esfuerzos para llevar adelante una serie de actividades académicas orientadas a la especialización de los señores magistrados, de los trabajadores judiciales y comunidad jurídica.

La ardua labor de capacitación desarrollada busca llegar a nuevos espacios de debate, por tal razón, considero necesaria la publicación de las disertaciones de los señores expositores partícipes de los seminarios realizados por la Comisión de Capacitación del Área Laboral de la CSJL durante el segundo semestre 2007, la cual ha sido denominada «*Compendio Laboral*», y tiene como objetivo el efecto multiplicador de las últimas innovaciones en materia laboral en todo el cuerpo de magistrados, en especial, de los Juzgados y Salas Laborales.

En ese sentido, quiero expresar que, «*si algo aquilata el desarrollo es el saber y el conocimiento, único umbral hacia la excelencia*»; por tanto, mi compromiso está orientado a la excelencia de los Señores Magistrados y Servidores Judiciales.

Igualmente mi reconocimiento al Centro de Investigaciones Judiciales por su indesmayable apoyo en la labor de capacitación desarrollada por la Comisión de Capacitación del Área Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Éste es uno de nuestros primeros pasos, y convencido de concretar nuestro ambicioso Plan de Capacitación a Nivel Nacional, seguimos trabajando, porque la sociedad peruana reclama y es merecedora de una justicia de calidad.

**FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA**  
Presidente del Poder Judicial







## Presentación

Mediante Resolución Administrativa N° 200-2007-P-CSJLI/PJ, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 10/08/07, se designó al suscrito como Presidente de la Comisión de Capacitación del Área Laboral. La primera acción que pusimos en marcha es solicitar a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima la incorporación de cuatro nuevos miembros, esto es, de los señores jueces Hugo Arnaldo Huerta Rodríguez, Juez del Décimo Séptimo Juzgado Laboral de Lima, Elisa Vilma Carlos Casas, Juez del Vigésimo Quinto Juzgado Laboral de Lima, Pedro Donaires Sánchez, Juez Mixto de La Molina y Cieneguilla, y Milton Augusto López Campos, Juez del Módulo Básico de Justicia de San Juan de Lurigancho. En el primer caso se reemplazó al ex magistrado Sandro Núñez Paz, y en los casos siguientes, el objetivo de su incorporación ha sido otorgar participación al segmento de jueces que desarrollaban su actividad en el edificio del Ministerio de Trabajo y a los Jueces Mixtos de la Capital que tiene competencia en materia laboral. De esta forma consideramos que se puede llevar adelante un modelo de capacitación descentralizada e inclusiva.

Estos nuevos miembros se incorporaron a la comisión que también se encuentra integrada por los señores magistrados Gino Ernesto Yangali Iparraguirre, Vocal Provisional de esta Corte y Luz Marlene Montero Navinvopa, Juez de Paz Letrado Titular.

Instalada la Comisión se procedió a la aprobación del Plan de Trabajo para el periodo 2007 y un ambicioso Plan de Actividades de Capacitación, además la realización de una publicación que hoy día se hace realidad gracias al decidido apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, el cual viene cumpliendo eficazmente sus objetivos dentro de la política de capacitación permanente implementada por el órgano de gobierno y liderada por el Presidente del Poder Judicial señor doctor Francisco Artemio Távara Córdova.

Las actividades de capacitación se iniciaron el 11 de octubre de 2007 mediante la realización de un Taller Teórico Práctico sobre beneficios sociales. Este taller que se prolongó hasta el 12 de octubre fue inaugurado por el Dr. César Javier Vega Vega, Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, y por primera vez se realizó de manera simultánea en las sedes de Lima (Sala de Audiencias de la Corte Suprema de Justicia de la República), en la Sede del Juzgado Mixto de la Molina y Cieneguilla, en la Sede del Juzgado Mixto de Villa El Salvador, y en la Sede del Módulo Básico de Justicia de San Juan de Lurigancho.

Posteriormente, se llevó a cabo el primer bloque de seminarios relacionados con las «Últimas modificaciones en materia laboral», comenzando el 25 de octubre con el novedoso tema de las «Planillas Electrónicas», a cargo del expositor doctor Jaime Abal Abarca, Asesor Laboralista del Instituto Superior Tecnológico Caballero Bustamante. El 26 de octubre se trató el tema «El Contrato de Trabajo y sus Elementos», a cargo del profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Sergio Balbín Torres. El 29 de Octubre, se desarrolló el tema «Ley de Desafiliación de las AFP», contando como expositora a la doctora Sara Campos Torres, de la Revista Gaceta Jurídica.

El segundo bloque de seminarios bajo el título de «Derecho Constitucional y Derecho Laboral», se desarrolló los días 06 de noviembre, con el tema «Sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional en materia laboral», a cargo del profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Asesor del Tribunal Constitucional Víctor Hugo Montoya Chávez. El 07 de noviembre se desarrolló el tema «Conflictos entre Derechos Fundamentales» a cargo del doctor Mijail Mendoza Escalante, profesor del Postítulo de Derecho Constitucional de la PUCP y Asesor del Tribunal Constitucional, y el 08 de noviembre se disertó sobre «La Cosa Juzgada Constitucional» a cargo de la doctora Carolina Canales Cama, profesora del Post Título de Derecho Constitucional de la PUCP y Asesora del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, el 20 de noviembre se organizó el evento sobre «Derecho Tributario Laboral», a cargo del doctor Marco Mejía Acosta, profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Miembro del grupo de investigación del AELE.

El tercer bloque de seminarios ha sido denominado «Relaciones del Derecho Laboral con otras disciplinas», habiéndose realizado el día 11 de diciembre la exposición del tema «Medidas Cautelares. Supletoriedad del Código Procesal Civil en el Proceso Laboral», a cargo del magistrado doctor Rolando Martel Chang, profesor de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Juez Titular del 15º Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Supe-

rior de Justicia de Lima. El día 12 y 13 de diciembre de 2007, se desarrollaron los temas referidos a las «Últimas modificaciones en materia Penal» y «Últimas modificaciones en materia Procesal Penal» a cargo del doctor Fernando Núñez Pérez, ex abogado de la Procuraduría Pública Anticorrupción, y del doctor Rolando Bazán Gonzales, abogado de la Procuraduría Pública anticorrupción. Finalmente, el día 14 de diciembre de 2007, se desarrolló la exposición a cargo del Dr. Giovanni Priori Posada profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, acerca de las «Últimas modificaciones en materia Procesal Civil», oportunidad en la que el Señor Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, Dr. César Javier Vega Vega, nos honró con su presencia clausurando oficialmente los eventos organizados por la Comisión de Capacitación del Área Laboral.

Durante todo el desarrollo de las actividades de capacitación hemos contado con el apoyo permanente de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima en la persona del Dr. César Javier Vega Vega.

Asimismo, agradecemos el apoyo del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en su conjunto, Dr. Francisco Artemio Távara Córdova, Dr. Antonio Pajares Paredes, Dr. Javier Román Santisteban, Dra. Sonia Torre Muñoz, Dr. Walter Cotrina Miñano, Dr. Luis Alberto Mena Núñez, por tener a bien disponer esta publicación.

De igual forma, agradecemos al Centro de Investigaciones Judiciales en la persona de su Director Dr. Helder Domínguez Haro, y las doctoras Miriam Bustamante Quiroz y Liz Rebaza Vásquez, así como a la señora Silvana Morillas Quezada, a la Dra. Jenny Cecilia Vargas Álvarez, Coordinadora de la Comisión de Capacitación y actual Juez (S) del Octavo Juzgado Laboral de Lima.

Además nos brindaron su apoyo Janet Solís Díaz, Jefa de la Oficina de Protocolo de la Corte Superior de Justicia de Lima y los señores Jaime Ayala Ochoa y Germán Kcomt Che servidores de la citada oficina. A todos ellos en mi nombre y en nombre de los integrantes de la Comisión de Capacitación quiero expresar mi más profundo agradecimiento.

Lima, 18 de diciembre de 2007

**OMAR TOLEDO TORIBIO**

Vocal Superior Titular y Presidente de la  
Comisión de Capacitación del Área Laboral de la  
Corte Superior de Justicia de Lima





#### **Comisión de Capacitación del Área Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima**

De izquierda a derecha, integrada por el: Dr. Hugo Arnaldo Huerta Rodríguez, Dr. Gino Ernesto Yangali Iparraquirre, Dra. Cecilia Vargas Álvarez (coordinadora de la Comisión de Capacitación del Área Laboral de la CSJL), Dr. César Javier Vega Vega (Presidente de la CSJL), Dr. Omar Toledo Toribio (Presidente de la Comisión de Capacitación del Área Laboral de la CSJL), Dra. Luz Marlene Montero Ñavincopa y Dr. Pedro Donaires Sánchez.





## ALGUNAS NOTAS SOBRE EL DERECHO AL DESCANSO ANUAL REMUNERADO (VACACIONES)

Cecilia Leonor Espinoza Montoya\*

### SUMARIO:

I. Antecedentes normativos. II. Concepto. III. Requisitos. IV. Año continuo de labor. V. Días efectivos de trabajo. VI. Cómputo de los días efectivos de trabajo. VII. Duración. VIII. Oportunidad del descanso. IX. Remuneración vacacional. X. Oportunidad de pago. XI. Falta de descanso físico vacacional. XII. Acumulación de vacaciones vencidas. XIII. Vacaciones simples. XIV. Vacaciones truncas.

El Contrato de Trabajo al constituir un contrato bilateral, genera obligaciones recíprocas entre sí; es decir, del trabajador para con el empleador, como de éste para con aquel; y, en este orden de ideas, encontramos como principal obligación del primero, la puesta a disposición de su fuerza de trabajo a favor del empleador, encontrando su correspondencia en el pago de una contraprestación económica o remuneración. Sin embargo, el desarrollo continuado de las labores de todo trabajador trae consigo el menoscabo y deterioro de sus facultades físicas, intelectuales y hasta anímicas que en muchos casos afectan su rendimiento y por ende la productividad del negocio.

Ante tal circunstancia, el Derecho Laboral ha reconocido la necesidad de un periodo prolongado de descanso que contribuya a reparar las fuerzas y energías perdidas por el trabajador, sin que se altere la percepción de su respectiva remuneración (encontrándonos frente a una Suspensión Imperfecta de Labores), por lo que sin extendernos más en esta pequeña introducción, corresponde presentarles la evolución histórica de este derecho, su regulación legal tanto en el Derecho Internacional como en el Nacional, así como los diferentes requisitos que deben ser cumplidos para acceder a su goce y beneficios, pasando por las consecuencias que recaen sobre el empleador en caso de incumplir con su concesión.

---

\* Juez titular del 16° Juzgado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima.



## I. ANTECEDENTES NORMATIVOS

### 1. Internacionales

*Convenio OIT N° 52 (1936)*. Entró en vigor el 22 de septiembre de 1939 y fue ratificado por el Perú el 23 de marzo de 1945 por Resolución Legislativa N° 13284. (Artículo 2.1) «Toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho después de un año de servicios continuos, a vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos».

### 2. Nacionales

Constitución de 1993 (Artículo 25)

D. Leg. N° 713 (08.11.91)	:	Ley de Descansos Remunerados
D. S. N° 012-92-TR (03.12.93)	:	Reglamento D. Leg. N° 713
Ley N° 26331 (23.06.94)	:	Modificación al D. Ley N° 713
Ley N° 26644 (25.06.96)	:	Ley de Descanso Pre y Posnatal
Ley N° 27409 (27.01.01)	:	Ley de Licencia Laboral por Adopción

## II. CONCEPTO

Debemos entender por Vacaciones, el derecho que tiene el trabajador, luego de cumplir con ciertos requisitos, a suspender la prestación de sus servicios durante un cierto número de días al año, sin pérdida de la remuneración habitual, a fin de restaurar sus fuerzas y entregarse a sus ocupaciones personales o a la distracción.

## III. REQUISITOS

Encontramos tres principalmente:

- Cumplir una jornada ordinaria mínima de 04 horas.
- Contar con un año continuo de labor (Artículo 10° de la Ley).
- Haber cumplido con un determinado número de días efectivos de labor durante dicha actividad.

## IV. AÑO CONTINUO DE LABOR

Para la determinación de su cumplimiento, existen algunas consideraciones a tomar en cuenta para el cómputo de denominado año continuo de labor; así, de ello:

- El trabajador debe cumplir un año completo de servicios.
- Se computa desde la fecha de ingreso al servicio del empleador.
- O desde la fecha en que el empleador determine, si compensa el tiempo de servicios prestados hasta dicha oportunidad, a razón de dozavos y treintavos o ambos de la remuneración computable vigente a la fecha en que adopte tal decisión, según corresponda.

## V. DIAS EFECTIVOS DE TRABAJO

Como sucede en el acápite anterior, el récord mínimo a ser cumplido por el trabajador para ser merecedor del goce vacacional se encuentra sujeto a un número mínimo de días laborados, en atención además al número de días en que consista su jornada de trabajo en la semana, por lo que tenemos:

- **Trabajadores con jornada ordinaria de 6 días a la semana:** para gozar del descanso vacacional estos deberán haber prestado labor efectiva, por lo menos, durante 260 días dentro del año de servicios.
- **Trabajadores con jornada ordinaria de 5 días a la semana:** estos deben de contar con por lo menos 210 días de labor efectiva en dicho periodo.
- **Si el Plan de Trabajo se desarrolla en solo 4 o 3 días a la semana o éste sufre paralizaciones temporales autorizadas.**

## VI. CÓMPUTO DE LOS DIAS EFECTIVOS DE TRABAJO

Se consideran días efectivos de trabajo:

- La jornada ordinaria mínima de 4 horas.
- La jornada cumplida en día de descanso, cualquiera que sea el número de horas laborado.
- Las horas de sobretiempo en número de 4 o más en un día.
- Las inasistencias por enfermedad común, por accidente de trabajo o enfermedad profesional, en todos los casos y solamente los primeros 60 días dentro de cada año de servicios.
- El descanso previo y posterior al parto.
- Las faltas o inasistencias autorizadas por ley, convenio individual o colectivo, o decisión del empleador.
- El periodo vacacional correspondiente al año anterior.
- Los días de huelga, salvo que haya sido declarada improcedente o ilegal.

## VII. DURACIÓN

La duración del descanso vacacional es de 30 días continuos, sin embargo, se permite fraccionar su goce. Por tanto, podrían darse casos en el que el trabajador no disfrute de 30 días de descanso, sino de más o menos días, dependiendo de si pactó fraccionar, acumular o reducir sus vacaciones.

- **Fraccionamiento:** A solicitud escrita del trabajador, el empleador podrá autorizar el goce vacacional en periodos que no podrán ser inferiores a 7 días naturales (Artículo 17º de la Ley).
- **Acumulación:** El trabajador puede convenir por escrito con su empleador (sin necesidad de poner el acuerdo en conocimiento de la AAT o de que éste sea aprobado por dicha autoridad) en acumular hasta 2 descansos consecutivos, siempre que después de un año de servicios continuos disfrute por lo menos de un descanso de 7 días naturales, los cuales son deducibles del total de días de descanso vacacional acumulados (Artículo 18º de la Ley).

En el caso de trabajadores contratados en el extranjero, éstos podrán convenir por escrito la acumulación de periodos vacacionales por 2 o más años.

- **Reducción:** El descanso vacacional puede reducirse de 30 a 15 días, con la respectiva compensación de 15 días de remuneración, la cual deberá abonarse independientemente de la remuneración vacacional correspondiente. El acuerdo de reducción debe constar por escrito (Artículo 19º de la Ley).

**Es Nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho a vacaciones pagadas o la renuncia a las mismas (Artículo 4º del Convenio OIT N° 52)**

## VIII. OPORTUNIDAD DEL DESCANSO

Una de las más frecuentes preguntas que se formula el trabajador es sobre la oportunidad en que puede hacer uso de su derecho vacacional, si podrán ser tomadas en cualquier momento, cuando su parte lo desee una vez cumplido su récord laborado, o por el contrario constituye parte de la facultad de *ius variandi* del empleador; por lo que para dar respuesta a estas interrogantes considero necesario tener presente que:

- Las vacaciones serán otorgadas al trabajador en el periodo anual sucesivo a aquel en que alcanzó el derecho al goce de dicho descanso.
- Será fijada de común acuerdo entre el empleador y el trabajador teniendo en cuenta las necesidades de funcionamiento de la empresa y los intereses del trabajador; a falta de acuerdo, las vacaciones serán decididas por el empleador en uso de su facultad directriz.

- El descanso vacacional no podrá ser otorgado cuando el trabajador esté incapacitado por enfermedad o accidente, salvo que sobrevenga una vez iniciado el mismo.
- La madre gestante tiene derecho a que el periodo de descanso vacacional por récord ya cumplido y aún pendiente de goce, se inicie a partir del día siguiente de vencido el descanso post natal. Tal voluntad debe ser comunicada al empleador con una anticipación no menor de 15 días calendarios al inicio del goce vacacional.

### IX. REMUNERACIÓN VACACIONAL

Ahora bien, si ya tenemos conocimiento de la oportunidad para el goce del ejercicio vacacional, resulta de igual importancia conocer cuál será el importe de la remuneración vacacional que por ser la gozada durante el periodo del descanso físico, sustituye a la remuneración ordinaria mensual en cuanto a su percepción, salvo que adicionalmente el trabajador haya permanecido laborando sin que haga uso del descanso físico referido, por ello cabe recordar que:

- La remuneración vacacional es equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitual y regularmente en caso de continuar laborando (Artículo 15° de la Ley).

Para efecto, se considera remuneración, la computable para la compensación por tiempo de servicios; con excepción, por su propia naturaleza, de las remuneraciones periódicas a que se refiere el artículo 18° del D. S. N° 001-97-TR.; por ello debemos remitirnos a lo que debemos de entender por *Remuneración Computable*, la misma que está constituida por la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o especie en contraprestación a su labor, cualquiera sea la denominación que se le de siempre que sea de su libre disposición. Concepto que tiene que ser complementado con los establecido en los artículo 19° y 20° del mismo cuerpo normativo para la determinación de la referida remuneración computables además de los conceptos comprendidos en la propia definición, tal como la Alimentación Principal: que viene a ser indistintamente el desayuno, almuerzo o refrigerio cuando lo sustituya y cena o comida. Contrario sensu, y por exclusión, representan *Remuneraciones No Computables*, aquellas que no se incluyen en la remuneración computable, todas aquellas sumas que el empleador le entrega al trabajador como un acto de liberalidad; o como condición de trabajo (montos que no son de libre disposición del trabajador y que permiten la prestación laboral); o que estén establecidos expresamente por Ley (Artículo 19° y 20° del N° D. S. 01-97-TR); dentro de las cuáles tenemos: Gratificaciones Extraordinarias u otros

pagos ocasionales, a título de liberalidad; o materia de convención colectiva, por conciliación, mediación, laudo arbitral, cierre de pliego; utilidades; condiciones de trabajo; canasta de navidad y similares; transporte; supeditado a la asistencia al centro de trabajo y en monto razonable; asignación o bonificación por educación: monto razonable y debidamente sustentada; asignación o bonificación por cumpleaños; matrimonio; nacimiento de hijos, fallecimiento y otros semejantes; montos para el desempeño de sus funciones: movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario: que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador; refrigerio que no constituya alimentación principal; alimentación proporcionada directamente por el empleador como condición de trabajo; incremento del 10.23% percibida por afiliación al S.P.P (con anterioridad al 19.07.97).

Sin embargo, siendo ésta la generalidad, siempre habrá casos excepcionales o especiales en función al tipo de labores y jornada desarrollada por el trabajador, debiendo tenerse bien presente dentro de ellos que:

- La remuneración vacacional de los comisionistas se establece sobre la base del promedio de las comisiones percibidas por el trabajador en el semestre.
- A la remuneración vacacional de los agentes exclusivos de seguros, debe añadirse el promedio de las comisiones provenientes de la renovación de pólizas obtenidas durante el semestre anterior al descanso vacacional.
- En el caso de trabajadores destajeros o que perciben remuneración principal mixta o imprecisa, se toma como base el salario diario promedio correspondiente a las semanas consecutivas anteriores a la semana que precede a la del descanso vacacional.
- En caso de trabajo discontinuo o de temporada, por su propia naturaleza, no procede el descanso físico, sino el pago al trabajador de un doceavo de la remuneración vacacional por cada mes completo de labor efectiva y de toda fracción de mes por treintavos.

## **X. OPORTUNIDAD DE PAGO**

La remuneración vacacional debe ser abonada al trabajador antes del inicio del descanso, sin embargo ésta debe registrarse en la planilla en el mes al que corresponde dicho descanso, de tal modo que el pago adelantado de la remuneración vacacional no tendrá incidencia alguna en la oportunidad en que deben abonarse las aportaciones correspondientes por dicha remuneración a la Oficina de Normalización Previsional, Seguro de Vida, ESSALUD, etc., las cuales se cancelarán en la fecha habitual del mes del descanso. Sin perjuicio de lo expresado, hay determinados criterios que pueden ser reajustados en dicha

remuneración si con posterioridad a su percepción se producen mejoras o ventajas a favor del trabajador, entre ellas pueden anotarse las siguientes:

- El trabajador tiene derecho a percibir, a la conclusión de su descanso, los incrementos de remuneración que se hayan producido durante el goce vacacional.
- Si el trabajador acordó la reducción del descanso recibirá antes de que inicie éste, además el monto correspondiente a los días de descanso, el monto de compensación extraordinaria.
- El empleador está obligado a hacer constar expresamente en el libro de planillas, la fecha del descanso vacacional y el pago de la remuneración correspondiente.

#### **XI. FALTA DE DESCANSO FÍSICO VACACIONAL**

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 23° de la Ley, la falta de disfrute del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquel en el que se adquiere el derecho, origina a favor del trabajador un beneficio denominado la «Triple Vacacional»:

- Una remuneración por el trabajo realizado;
- Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado;
- Una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso la cual no está sujeta a pago de retención de ninguna aportación, contribución o tributo.

El artículo 24° del Reglamento, ha establecido que la indemnización no comprende a la Bonificación por Tiempo de Servicios.

- El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago.
- La indemnización vacacional por falta de descanso vacacional no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional.

#### **XII. ACUMULACIÓN DE VACACIONES VENCIDAS**

La falta de descanso vacacional en su debida oportunidad (esto es, dentro del año siguiente al que se «gana» el derecho a gozar de vacaciones físicas) no origina en el trabajador un derecho de acumulación de dichos periodos para su posterior goce, ni la reducción o la venta de vacaciones; por el contrario, al considerar como irrecuperable la oportunidad del descanso vacacional, y con

ello la producción de un daño, se le reconoce como toda reparación una indemnización por el derecho adquirido y no gozado, excluyendo así cualquier posibilidad de un posterior descanso físico por los periodos vencidos.

### XIII. VACACIONES SIMPLES

Proceden a favor de cualquier trabajador que hubiera cesado después de cumplido el *año de servicios* y el correspondiente récord, sin haber disfrutado del descanso. Debiendo agregarse que el trabajador tendrá derecho al abono del íntegro de la remuneración vacacional a ser pagada con su respectiva liquidación (Artículo 22º de la Ley).

### XIV. VACACIONES TRUNCAS

Son aquellas que proceden a favor de cualquier trabajador que hubiera cesado sin cumplir el íntegro del récord vacacional; en tal caso, le corresponderá el pago proporcional del tiempo que hubiera laborado, siempre que tenga como mínimo un mes de servicios; y, contando con este requisito, el record trunco será compensado a razón de tantos dozavos y treintavos de la remuneraciones como meses y días computables hubiera laborado.

Lo expresado, en líneas precedentes, solo ha querido alcanzar a ustedes, notas sencillas y prácticas para un manejo adecuado de los criterios teóricos y normativos en la aplicación y exigencia de un derecho básico reconocido a favor del trabajador y que tiene lugar en atención a sus denodados esfuerzos en el desempeño de sus funciones, el cuál constituye manifestación elemental de su parte como primera expresión del *Principio de Fidelidad Laboral* que, obviamente corresponde tener su correlato por parte del empleador, en el otorgamiento oportuno acorde con las normas legales, de su descanso físico y pago del derecho vacacional, dos caras de una misma moneda que contribuyen al bienestar y paz laboral, tareas en la que nos encontramos comprometidos todos los que anhelamos el cumplimiento irrestricto de los Derechos Laborales.

**EL OUTSOURCING EN EL SISTEMA LABORAL  
PERUANO A PROPÓSITO DE LA RECIENTE  
REGULACIÓN INTRODUCIDA POR EL  
D. S. N° 020-2007-TR (20/09/07)**

Omar Toledo Toribio<sup>(\*)</sup>

La Ley 27626, (08/01/02), ha regulado en nuestro país la actividad de las empresas especiales de servicios (*services*) y de las cooperativas de trabajadores. Esta norma no ha previsto la figura del *outsourcing* o la tercerización de servicios. Sin embargo, el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR - reglamento de la citada Ley - ha efectuado el inventario de un conjunto de figuras, que según la misma norma, no constituyen intermediación laboral, entre ellas, los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Que, de lo anterior se puede concluir que el Reglamento de la Ley 27626 ha introducido la *tercerización de servicios* con la finalidad de excluirla del ámbito de la aplicación de la misma.

Teniendo en cuenta que la norma reglamentaria citada era la única que se refería en nuestro espectro legal a la tercerización de servicios, la aplicación, o mejor dicho, la mala aplicación de este mecanismo ha originado malestar en determinados sectores laborales, especialmente en el área de la minería. Esto ha suscitado un debate acerca de la necesidad de reglamentar de manera más extensa y completa la aplicación del *outsourcing*, siendo que recientemente se ha publicado el Decreto Supremo N° 020-2007-TR (E.P. 20/09/07) que amplía el artículo 4° del precitado Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, incorporándose los artículos 4°-A, 4°-B y 4°-C.

Sin embargo, antes de referirnos a la novísima norma consideramos necesario destacar algunos aspectos de la intermediación laboral y la tercerización (*Outsourcing*).

---

<sup>(\*)</sup> Magíster en Derecho (UNMSM). Vocal superior titular de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima. Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sección de Pre y Post Grado) de la Universidad de San Martín de Porres. Estudios de Formación Judicial Especializada en el Aula Iberoamericana, La Coruña, España, 2000.



La tercerización o subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, o descentralización, supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista, usualmente una empresa, que cuenta con un patrimonio y una organización propia, dedicada a la producción de bienes o servicios, la cual se realiza a favor del contratante dentro del centro de labores de éste (*In sourcing*) o fuera de él (*Out sourcing*), de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de éste y no del contratante, y para su realización además se requiere de total independencia administrativa y funcional de la actividad tercerizada de las demás que realiza la empresa contratante de modo que su tercerización no entorpezca su normal desenvolvimiento, así tenemos el típico ejemplo de la tercerización de la contabilidad de una empresa.

En doctrina, la tercerización es conocida como *outsourcing*, figura que es definida por Juan Raso Delgue como «la transferencia al externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción, reteniendo ésta el control sobre las mismas»<sup>(1)</sup>. Por otro lado, Jorge W. Peyrano, señala que «Una posible forma de definir el término *outsourcing* es atendiendo a su etimología. La traducción de la expresión inglesa *outsourcing* hace referencia a fuentes externas para lograr el fin deseado. En este sentido, *el outsourcing se presenta como una oportunidad para incorporar a la empresa una serie de capacidades de las que no se dispone. Así, mediante el outsourcing los directivos tratan de configurar un mapa de competencias que les permita mantener y mejorar su posición competitiva. La empresa que acomete un proceso de outsourcing deja de gestionar internamente la operativa de una serie de funciones o procesos, que no están relacionados con sus competencias nucleares, para adquirirlas a un proveedor externo*»<sup>(2)</sup>.

En la actualidad el *outsourcing* o tercerización constituye un fenómeno muy difundido en el ámbito empresarial. Ben Schneider, señala que «se requiere de una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su *core business* (*actividad distintiva*, según el propio Schneider) y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a su actividad distintiva. Para dichos procesos existe la posibilidad de contratar a un proveedor eficiente de servicios especializados que, a la larga, se convierta en un valioso socio de negocios. En eso consiste el *outsourcing*»<sup>(3)</sup>.

A diferencia de la tercerización, la intermediación laboral constituye una figura distinta. En efecto, mediante la intermediación laboral una empresa denominada usuaria contrata a otra, de servicios, para que le suministre o proporcione personal, el cual, si bien prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria, no sostendrá vínculo laboral con esta última y se mantendrá bajo la dirección y control de la empresa de servicios.

El Outsourcing en el Sistema Laboral Peruano a propósito de la reciente regulación introducida por el D. S. N° 020-2007-TR (20/09/07) – Omar Toledo Toribio

La Ley 27626 regula la intermediación laboral en nuestro medio, la misma que establece que se puede recurrir a la intermediación en tres supuestos taxativos siempre que no impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria: a) la prestación de servicios temporales; b) la prestación de servicios complementarios; y c) la prestación de servicios especializados.

Asimismo, se ha establecido que la intermediación puede ser prestada por personas jurídicas, llámese empresa de servicios (*service*) o una cooperativa de trabajadores, siendo que el número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios a las empresas usuarias, bajo modalidad temporal, no podrá exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa, en tanto que dicho porcentaje no será aplicable a los servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía.

A ello hay que agregar que recientemente mediante el D. S. N° 008-2007-TR (27.04.07) se han modificado las definiciones contenidas en el D. S. N° 03-2002-TR, de tal forma que se define como «actividad principal» (prohibida para intermediación laboral) aquella actividad consustancial al giro del negocio como son las actividades de exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización, esto es, toda actividad sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones.

Podemos concluir, que mediante la tercerización, la empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicio especializado, no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista como si sucede en la intermediación. Al efectuar la distinción entre las citadas figuras, Ben Schneider considera que «existe una diferencia radical entre simplemente complementar recursos a través de la intermediación laboral y la implementación de un verdadero *outsourcing*».

Este último involucra una reestructuración sustancial de una actividad particular de la empresa, que incluye, frecuentemente, la transferencia de la operación de procesos de central importancia, pero no directamente vinculados con el *core bussiness* de la empresa, hacia un proveedor especialista»<sup>(4)</sup>

Resulta innegable la importancia del *outsourcing* o tercerización como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva. Sin embargo, nosotros somos partícipes de la corriente antes reseñada en el sentido de que una empresa puede tercerizar o descentralizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *core bussiness*, esto es su actividad nuclear. De esta forma, una empresa dedicada a prestar servicios de salud, como puede ser una clínica, puede tercerizar las actividades vinculadas

El Outsourcing en el Sistema Laboral Peruano a propósito de la reciente regulación introducida por el D. S. N° 020-2007-TR (20/09/07) – Omar Toledo Toribio

a los lavado de la ropa de cama e incluso el servicio de alimentación de los pacientes, pero no podría descentralizar la actividad vinculada estrictamente a la prestación de los servicios de salud como son las consultas médicas o las operaciones quirúrgicas.

De igual forma, una universidad no podría tercerizar su actividad nuclear que consiste en brindar servicios de enseñanza y formación profesional, pues de lo contrario se estaría desvirtuando la naturaleza de este mecanismo de gestión y consecuentemente afectando los derechos laborales de los trabajadores, puesto que, para citar un ejemplo, el monto de las utilidades no sería el mismo entre lo percibido por el trabajador incluido en las planillas de la empresa usuaria y lo percibido por el trabajador de la empresa contratista.

No obstante, es preciso señalar que este criterio no es compartido por todos quienes tienen preocupación por los temas de carácter laboral pues existe otra opinión en el sentido de que sí es posible que la empresa pueda tercerizar todo tipo de actividades, incluso su actividad nuclear.

#### **NUEVA NORMATIVA**

El artículo 4°-A del Decreto Supremo N° 020-2007-TR señala que los contratos de tercerización de servicios a que se refiere el artículo 4° del mismo decreto supremo «con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no pueden tener por objeto afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores y deben constar por escrito, especificando cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en que unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza. Las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados».

El artículo 4°-B de la nueva norma hace referencia a la desnaturalización de la tercerización estableciendo que la contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4°, antes citado, o que implique la simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación laboral directa con la empresa principal.

Finalmente, el artículo 4°-C de la norma en comento bajo el rubro de *garantía de derechos laborales* determina que los trabajadores bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado y que este derecho «se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios, que estén bajo

contratos de trabajo sujetos a modalidad, respecto a su empleador». (sic.). Asimismo, uno de los aspectos saltantes de la citada norma consiste en que dispone que la tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación de los trabajadores amparados por el fuero sindical.

- 
- <sup>(1)</sup> RASO DELGUE, Juan, «Outsourcing», en *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y derecho del trabajo*, Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 38.
- <sup>(2)</sup> PEYRANO, Jorge W., «La privatización, transferencia o tercerización de funciones judiciales», en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3, Montevideo, 2000.
- <sup>(3)</sup> SCHNEIDER, Ben, *Outsourcing*, la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios, Norma, 2004, p. 31.
- <sup>(4)</sup> *Ibidem*, p. 32.



# LIBRE DESAFILIACIÓN Y RETORNO AL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

Sara Rosa Campos Torres (\*)

## SUMARIO:

I. Aspectos generales; II. Información previa; III. Requisitos para la desafiliación; IV. Acreditación: condiciones; V. Procedimiento para la desafiliación: inicio; VI. Documentación sustentatoria; VII. Pago del diferencial de los aportes al SPP y SNP; VIII. Trámite interno de la desafiliación; IX. Calificación de la solicitud; X. Comunicación de procedencia o improcedencia de la solicitud; XI. Declaración jurada de desafiliación; XII. Resolución de desafiliación; XIII. Recursos impugnatorios.

## Resumen Ejecutivo

Una de las normas más comentadas de los últimos tiempos, es sin duda la Ley de Libre Desafiliación, la cual permite que un grupo de afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) - previo cumplimiento de ciertos requisitos - retornen al Sistema Nacional de Pensiones (SNP). Para regular la tan ansiada desafiliación, se han dictado una serie de normas complementarias, dentro de las cuales se encuentra el reglamento operativo que será comentado por la autora en el presente informe.

## I. ASPECTOS GENERALES

Luego de la publicación de la Ley de Libre Desafiliación, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y la Oficina de Normalización Previsional (ONP), iniciaron una campaña intensa de información sobre las características, diferencias y peculiaridades del sistema nacional y privado de pensiones, con la finalidad de que los trabajadores puedan tomar una decisión acertada y se adhieran voluntariamente al sistema pensionario que más les convenga.

El siguiente paso a seguir, es el referido a los trámites y procedimientos que deben efectuarse, a efectos de lograr la tan ansiada desafiliación. Por tal moti-

---

(\*) Abogada egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesora y consultora laboral de Gaceta Jurídica. Jefa del Área Laboral de Contadores & Empresas. Especialista en temas de derecho laboral, procesal laboral y seguridad social. Actualmente cursa estudios de maestría en Relaciones Laborales. Autora de diversas publicaciones. Expositora a nivel nacional.

vo, y considerando que existe un gran número de afiliados al SPP que desean retornar al SNP, sea porque no recibieron la información necesaria para afiliarse al SPP o porque ya cuentan con los aportes necesarios para obtener una pensión en el SNP, en el presente informe trataremos los aspectos más importantes sobre el procedimiento para la libre desafiliación, regulado en el reglamento operativo establecido recientemente por la SBS.

## II. INFORMACIÓN PREVIA

La Ley de Libre Desafiliación, en adelante la Ley, dispone que los sujetos que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados para que puedan desafiliarse del SPP, podrán hacerlo teniendo en consideración la información que, para tal efecto, le brinden las entidades correspondientes<sup>(1)</sup>.

Dicha información deberá considerar, por lo menos, lo siguiente:

INFORMACIÓN MÍNIMA QUE DEBERÁ RECIBIR EL AFILIADO QUE DESEE DESAFILIARSE AL SPP
a) Monto de la pensión estimada en el SNP y en el SPP.
b) Monto adeudado por el diferencial de aportes entre ambos sistemas pensionarios (SNP + SPP).
c) Las constancias de haber cumplido con los requisitos exigidas por la Ley de Libre Desafiliación, debidamente certificados por la SBS y la ONP.

Sobre el particular, consideramos que es necesario que no solo los trabajadores que busquen la desafiliación se informen sobre las particularidades de cada sistema pensionario sino, incluso, las personas que ingresen por primera vez a un centro de trabajo a fin de que puedan elegir acertadamente el sistema pensionario que más le convenga (ver Cuadro N° 1).

Por lo antes mencionado, se ha aprobado el «Boletín Informativo»<sup>(2)</sup> que contiene las características, diferencias y demás peculiaridades de los sistemas pensionarios vigentes, como las siguientes:

CONTENIDO MÍNIMO DEL BOLETÍN INFORMATIVO
a) Información sobre los costos previsionales.
b) Información sobre los requisitos de acceso a la pensión.
c) Beneficios y modalidades de pensión que otorga cada sistema.
d) Información relacionada con el monto de la pensión.

Libre desafiliación y retorno al Sistema  
Nacional de Pensiones – Sara Campos Torres

Dicho boletín deberá ser entregado por el empleador a aquellos trabajadores no afiliados, que ingresen por primera vez a un centro laboral a fin de que decidan libremente su afiliación.

Una vez recibido el boletín, el trabajador tendrá un plazo de diez (10) días para expresar su voluntad de afiliarse a uno u otro sistema pensionario, teniendo diez (10) días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. Vencido este último plazo, si el trabajador no hubiese manifestado su voluntad de afiliarse a un sistema, o no se hubiese ratificado en la decisión adoptada, el empleador deberá obligatoriamente afiliarlo a la AFP que aquél elija<sup>(9)</sup>.

**Cuadro N° 1**

<b>DIFERENCIAS ENTRE EL SNP Y EL SPP</b>	
<b>Sistema Nacional de Pensiones</b>	<b>Sistema Privado de Pensiones</b>
Administración del Fondo: Oficina de Normalización Previsional (ONP)	Administración del Fondo: Administradora de Fondo de Pensión (AFP)
Capitalización Colectiva	Capitalización Individual
No relación entre aportes y pensiones	Relación entre aportes y pensiones
La pensión es vitalicia y mantiene un valor fijo	Existen modalidades de pensión: retiro programado, renta vitalicia familiar y renta temporal con renta vitalicia diferida
Aporte obligatorio: 13%	Aporte obligatorio: 10%
No cobra comisión	Comisión promedio de AFP: 1.81%
No cobra prima de seguro	Prima de seguro promedio de AFP: 0.91%
No aportes voluntarios	Sí aportes voluntarios
El aporte se aplica sobre el total de la remuneración del trabajador. No hay tope.	El aporte se aplica sobre la remuneración del trabajador. El tope al mes de septiembre de 2007 es de S/. 6,707.59.
Pensión Máxima: S/. 857.36	No hay pensión máxima.
Pensión Mínima: S/. 415.00	Pensión Mínima: S/. 484.17*
465,322 activos	3'636,876 activos
452,919 pensionistas	24,252 pensionistas
S/. 706,259 recaudación anual	S/. 2'370,590 recaudación anual
Pensión promedio: S/. 461.28	Pensión promedio: S/. 876.00
55.40% gana menos de S/. 600	27.9% gana menos de S/. 600

\* Un afiliado al SPP puede acceder a una pensión mínima siempre y cuando cumpla 65 años, haya nacido antes del 31 de diciembre de 1945 y acredite 20 años de aportes que resulten en total de su permanencia en entre el SPP y SNP, considerando como base de aportación por lo menos la Remuneración Mínima Vital.

### III. REQUISITOS PARA LA DESAFILIACIÓN

Podrán solicitar la desafiliación del SPP y retornar al SNP, los sujetos que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:



- a. Los que hubieran ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, siempre que a la fecha de la solicitud de desafiliación cumplan con los correspondientes años de aportación entre el SNP y el SPP, para tener derecho a pensión de jubilación en el SNP.
- b. Los que a la fecha de su incorporación al SPP contaban con algunos de los requisitos siguientes:
  - b.1 Tener al menos 65 años de edad y 20 años de aportes al SNP.
  - b.2 Si es hombre, contar con al menos 55 años de edad y 30 años de aportes al SNP.
  - b.3 Si es mujer, contar con al menos 50 años de edad y 25 años de aportes al SNP.
  - b.4 Los trabajadores que cumplían con los requisitos para tener derecho a una pensión bajo cualquier de los regímenes especiales de jubilación en el SNP, distintos a los señalados en los incisos b.2 y b.3.

Cabe precisar, que los afiliados pensionistas y los afiliados que se encuentran bajo los supuestos contemplados en la Ley N° 27617<sup>(4)</sup>, no podrán desafiliarse.

#### IV. ACREDITACIÓN: CONDICIONES

Debido a la trascendencia de la solicitud de desafiliación, es necesario que el sujeto se apersona a las oficinas de la AFP que mantiene sus aportaciones, a fin de solicitar la información pertinente y el inicio del trámite para la desafiliación. No obstante, si el afiliado se encuentra imposibilitado de efectuar personalmente dicho trámite, podrá nombrar a un representante según las especificaciones y requisitos que la SBS disponga para tal fin.

En caso que el afiliado titular hubiera fallecido, la solicitud de desafiliación podrá ser presentada por sus beneficiarios, previa acreditación de su condición, de conformidad con las normas del SPP<sup>(5)</sup>.

Ahora bien, para acreditar el ingreso al SNP con anterioridad al 31 de diciembre de 1995, los afiliados - según su condición - deberán presentar alguno de los siguientes documentos:

##### 1. Asegurados Obligatorios

Los asegurados obligatorios deberán presentar el original de algún documento que pruebe la existencia de una relación laboral y que, durante dicho periodo, que se realizó por lo menos una aportación al SNP, como los siguientes:

Libre desafiliación y retorno al Sistema  
Nacional de Pensiones – Sara Campos Torres

<b>DOCUMENTOS QUE PRUEBAN LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL</b>
Boletas de pago de remuneraciones debidamente firmadas y/o selladas por el empleador.
Liquidación de beneficios sociales con aportes al SNP debidamente firmada y/o sellada por el empleador.
Documentos probatorios de aportaciones emitidos por el ex SS (hoy ESSALUD).
Certificado de retenciones de quinta categoría.
Declaración Jurada del Empleador* suscrita por el Representante Legal** en la que se señale que existió la correspondiente retención al SNP a favor del asegurado.
Declaración Jurada del asegurado, de acuerdo con las condiciones previstas en el Decreto Supremo N° 082-2001-EF.
Otros documentos con los cuales se pueda acreditar la existencia de una relación laboral.

\* Solo para el caso de persona jurídica o sucesión indivisa.

\*\* La condición de representante legal se deberá acreditar con la copia literal de la correspondiente ficha emitida por Registros Públicos.

## 2. Asegurados Facultativos

Los asegurados facultativos inscritos al SNP a través del ex IPSS (hoy ESSALUD), deberán acreditar su ingreso con la correspondiente Resolución de Inscripción o con los Comprobantes de Pago de las aportaciones en original. No obstante, si dicha información forma parte de la documentación que acredita los años de aportación al SNP, no será necesario presentar un nuevo documento.

## V. PROCEDIMIENTO PARA LA DESAFILIACIÓN: INICIO

Los sujetos que deseen iniciar el trámite de la desafiliación, deberán acercarse a la AFP que mantenga sus aportaciones, a efectos de recibir orientación e informarse respecto a las condiciones y requisitos del proceso de desafiliación, de manera que se encuentre en capacidad de recabar toda aquella evidencia que le permita acreditar el cumplimiento de los requisitos que la norma ha previsto para iniciar este trámite.

En tal circunstancia, el afiliado suscribirá la Sección I del «Formato de Solicitud de Desafiliación», que contendrá los datos personales del afiliado, la declaración jurada de haber recibido la información necesaria para desafiarse, los datos del representante de la AFP, entre otros.

Libre desafiliación y retorno al Sistema  
Nacional de Pensiones – Sara Campos Torres

Luego de que el sujeto recabe la documentación necesaria para acreditar el cumplimiento de los requisitos que le permitirán desafiliarse, deberá acercarse a la AFP y suscribir tanto la Sección I como la Sección II del «Formato de Solicitud de Desafiliación», indicando la causal que sustenta su desafiliación así como el beneficio pensionario al que tendría derecho. Asimismo, deberá adjuntar los documentos que permitan sustentar los requisitos de edad y/o años de aportación al SNP, dependiendo de la causal alegada.

Si se constata que el afiliado no ha presentado la documentación que permita sustentar el cumplimiento de los requisitos e insistiera en que la solicitud sea recibida, la AFP deberá darle el trámite correspondiente a efectos de que la ONP emita un pronunciamiento sobre el particular.

## VI. DOCUMENTACIÓN SUSTENTATORIA

El Reglamento Operativo que regula el procedimiento de la Libre Desafiliación, establece que junto a la solicitud de desafiliación se deberán presentar los siguientes documentos:

<b>DOCUMENTACIÓN SUSTENTATORIA</b>
Documento de identidad vigente.
Declaración Jurada donde se consigne la información de sus potenciales beneficiarios.
Certificado(s) de trabajo con direcciones actualizadas de ubicación de libros de planillas.
Si se tratase de un asegurado facultativo, inscritos al SNP a través del ex IPSS (hoy ESSALUD), deberá presentar la correspondiente Resolución de Inscripción o comprobantes de pago.
Recibo de agua o luz del domicilio donde reside el solicitante (copia).
Liquidación de beneficios sociales con firma y/o sello del empleador.
Certificados de retención de quinta categoría.
Boletas de pago con firma y/o sello del empleador.
Declaración Jurada del empleador suscrita por el representante legal, en la que se señale que existió la correspondiente retención al SNP a favor del afiliado.
Documentos probatorios de aportaciones emitidos por el ex IPSS (hoy ESSALUD).
Declaración Jurada del asegurado.
Otros documentos con los cuales se pueda acreditar los aportes efectuados al SNP de acuerdo con las normas legales vigentes.

## VII. PAGO DEL DIFERENCIAL DE LOS APORTES AL SPP Y SNP

Como quiera que el porcentaje de aportación al SNP (13%) es mayor al porcentaje de aportación obligatorio del SPP (10%), el retorno al sistema nacional

producirá un diferencial entre el monto de los aportes acumulados de un sistema con relación al otro.

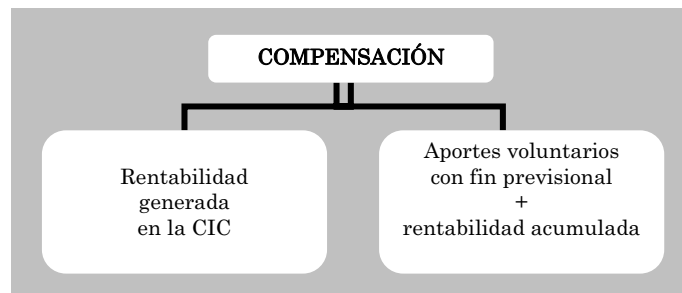
Por tal motivo, dicho diferencial deberá ser cubierto por el afiliado sin ningún tipo de recargo, mora, multa, ni interés por parte de la ONP.

Las modalidades de pago que podrán utilizar los afiliados para cubrir el monto del referido diferencial son las siguientes:

### 7.1. *Compensación*

Los sujetos que decidan desafiarse del SPP podrán compensar la totalidad o parte de la deuda originada por el diferencial de los aportes con el monto que hayan obtenido como rentabilidad generada en la CIC así como con los aportes voluntarios que hayan realizado con fin previsional y su respectiva rentabilidad acumulada (ver Cuadro N° 2).

**Cuadro N° 2**



### 7.2. *Pago fraccionado*

Otra de las modalidades para efectuar el pago del diferencial de los aportes, es mediante el fraccionamiento de la deuda. En este caso, las cuotas de pago serán deducidas del monto de la pensión que se otorgue al afiliado, cuya proporción no podrá exceder del 10% de la pensión, incluido, de ser el caso, lo dispuesto en el tercer acápite del artículo 45° y en el artículo 84° del Decreto Ley N° 19990.

Ahora bien, dependiendo de la condición del afiliado, el pago podrá efectuarse en alguna de las siguientes modalidades:

**a. Afiliado obligatorio**

Los empleadores cuyos trabajadores hayan optado por el fraccionamiento del diferencial, deberán retener, bajo responsabilidad, la suma mensual pertinente para cancelar la deuda, sin que en ningún caso el monto retenido exceda del 10% de su remuneración total.

Para tal efecto, deberá entenderse como remuneración, al íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.<sup>(6)</sup>

**b. Afiliado facultativo**

Los afiliados que se encuentren aportando como independientes o se encuentren sin realizar aportes por falta de relación laboral, en caso de desafiliación, deberán cancelar el adeudo directamente según las facilidades que le otorgue la ONP.

Los plazos y las condiciones otorgadas por la referida entidad, serán similares a los otorgados a los afiliados obligatorios.

**VIII. TRÁMITE INTERNO DE LA DESAFILIACIÓN**

Luego de la presentación de la solicitud de desafiliación, la AFP - en un plazo no mayor de veinte (20) días de recibida la Sección II de la solicitud - deberá efectuar los siguientes procedimientos:

1. Remitir a la ONP - en un plazo máximo de cinco (5) días de suscrita la Sección II - un expediente debidamente foliado, que comprenda los documentos entregados por el afiliado.
2. Asimismo, deberá emitir el Reporte de Situación del SPP (RESIT-SPP), el cual contendrá los años de aportación y la condición laboral del afiliado, señalando su última remuneración asegurable registrada, el monto de la pensión estimada o calculada que percibiría en la AFP y la información de aportes devengados al interior del SPP (con los datos del trabajador, de los empleadores, del aporte por periodo devengado y del saldo de la CIC).

Finalmente, la AFP deberá alcanzar al afiliado un reporte escrito del RESIT-SPP, dentro del plazo señalado, de tal manera que si el afiliado no estuviera de acuerdo con el RESIT-SPP, pueda solicitar su revisión, adjuntando para dicho fin las evidencias que respalden su pedido, en un plazo no mayor de quince (15) días contados a partir de la recepción de la citada información.

#### **IX. CALIFICACIÓN DE LA SOLICITUD**

Luego de recibido el expediente, la ONP procederá a realizar las labores de verificación vinculadas a los aportes efectuados por el afiliado al interior del SNP. Asimismo, y en un plazo de treinta (30) días contados a desde la recepción del RESIT - SPP (entregada por la AFP), deberá evaluar y pronunciarse respecto de la referida solicitud.

Luego de la evaluación, la ONP deberá efectuar el siguiente procedimiento:

- a. Remitir una comunicación a la AFP adjuntando el RESIT - SNP, que contendrá, según sea el caso, la certificación del cumplimiento de los requisitos, los años de aportación al SNP, el cálculo de la deuda por el diferencial de los aportes entre el SPP y el SNP a pagar a la ONP y el fraccionamiento mensual para la cancelación de la deuda por el diferencial de aportes SPP - SNP que debería pagar el afiliado.
- b. Conservar en su poder el expediente.

#### **X. COMUNICACIÓN DE PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD**

Recibida la comunicación referida en el literal a) del punto anterior, y en un plazo no mayor de cinco (5) días, la AFP deberá entregar o enviar al afiliado, bajo cargo, el RESIT - SNP.

En el caso de que dicho documento determine que el afiliado no cumple con las condiciones para desafiarse, la AFP deberá informar a la SBS la relación de afiliados que estarían en dicha condición a efectos que se emita la resolución denegatoria.

En caso de reclamo, los únicos recursos administrativos que se admitirán son aquellos que se presenten contra las resoluciones expedidas por la SBS como consecuencia de la denegatoria de la solicitud de desafiliación.

#### **XI. DECLARACIÓN JURADA DE DESAFILIACIÓN**

Una vez que el afiliado recibe el RESIT - SNP en el cual se señala que cumple con las condiciones que le permitan su desafiliación, podrá acercarse a la AFP

a efectos de recibir orientación respecto de su situación previsional particular y de los efectos de su desafiliación.

En tal situación, suscribirá y entregará a la AFP la Sección III - Declaración Jurada para la Libre Desafiliación Informada - del «Formato de Solicitud de Desafiliación» en la que deberá constar, de manera expresa lo siguiente:

- a. Que, conoce los alcances de la irreversibilidad, su situación previsional como consecuencia de un eventual retorno al SNP, y que ha tomado conocimiento de los términos del cálculo de la deuda a la ONP por el diferencial de aportes previsionales entre el SPP y el SNP.
- b. Que, ha tomado conocimiento que los recursos provenientes de sus aportes, la rentabilidad que hubiera generado y, de ser el caso, el Bono de Reconocimiento, pasan a formar parte del SNP, por ser éste un sistema de reparto.
- c. Que, ha tomado conocimiento de las pensiones anuales estimadas o calculadas que le corresponderían en el SPP y el SNP.
- d. Que, se compromete a asumir el pago del diferencial de los aportes previsionales entre el SPP y el SNP, pudiendo efectuar dicho pago según las facilidades y conforme al cronograma previsto por la ONP.
- e. Que, habiendo tomado conocimiento de lo establecido en la Ley N° 28991, su reglamento y las disposiciones complementarias, y teniendo en consideración que cumple con las condiciones para desafiliarse, ha decidido proseguir con el trámite de desafiliación en el SPP.

Es importante señalar que el trámite quedará concluido, en la eventualidad que el afiliado -por escrito - indique su desistimiento a seguir con el procedimiento de desafiliación.

En tales circunstancias, la AFP deberá comunicar dicha situación a la ONP dentro del tercer día hábil de la semana subsiguiente a aquélla en la que se presentó el escrito, a fin que esta entidad tome nota de dicha circunstancia. No obstante, dicha situación no implica bajo ninguna circunstancia que el afiliado se encuentre impedido de presentar posteriormente una nueva solicitud de desafiliación.

Cuando el afiliado no cumpla con presentar la Declaración Jurada dentro del plazo máximo de tres (3) meses de haber sido informado por la AFP del RESIT - SNP, incurrirá en abandono del procedimiento, aspecto que será notificado a la ONP el tercer día útil de la semana subsiguiente de generado dicho evento. Al igual que en el caso anterior, dicha condición no impedirá la presentación de una nueva solicitud de desafiliación en caso el afiliado así lo desee.

## XII. RESOLUCIÓN DE DESAFILIACIÓN

Luego de suscrita la Declaración Jurada para la desafiliación informada del Formato de Solicitud de Desafiliación, la AFP deberá remitir a la SBS - el último día de cada semana y con carácter de Declaración Jurada - un reporte de solicitudes de desafiliación del SPP que han sido aceptadas.

Recibida dicha documentación, la SBS emitirá la correspondiente Resolución de Desafiliación del SPP, notificando a la AFP, en un plazo que no deberá exceder de treinta (30) días contados desde la recepción del reporte de solicitudes de desafiliación del SPP.

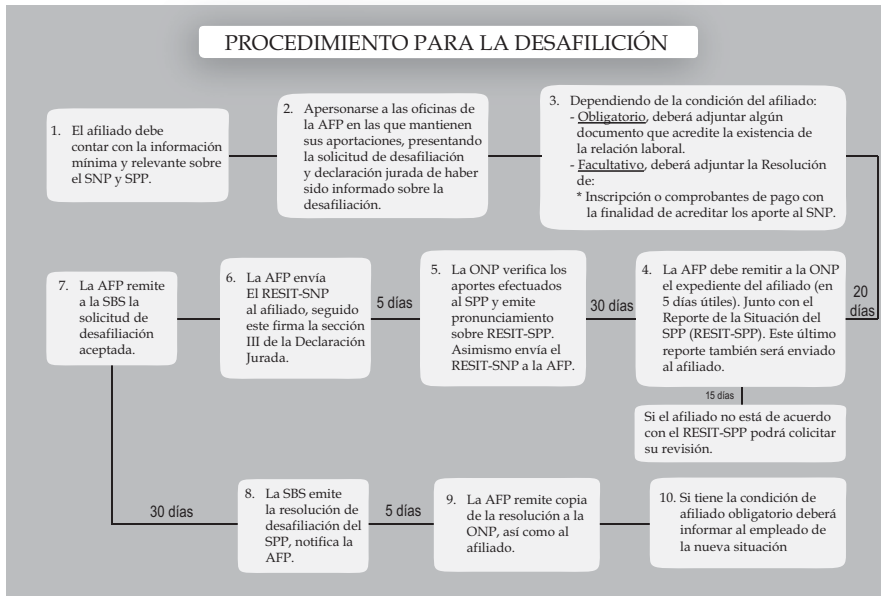
Posteriormente, la AFP deberá efectuar las siguientes actuaciones:

- a. Remitir una copia de la resolución de desafiliación a la ONP dentro de los cinco (5) días de notificada ésta, adjuntando la copia de la Sección III del Formato de Solicitud de Desafiliación - Declaración Jurada - suscrita por el afiliado que generó la desafiliación.
- b. Comunicar tal situación al afiliado, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la resolución de desafiliación del SPP, a fin de que informe a su empleador -en caso de ser dependiente- respecto de su nueva situación previsional.
- c. Disponer, en un plazo no mayor de treinta (30) días de emitida la Resolución de Desafiliación del SPP, la remisión del Título del Bono de Reconocimiento a la ONP -en el caso de que éste haya sido emitido en forma cartular- para su anulación correspondiente por parte de esta entidad.
- d. Proceder con la transferencia de los recursos de la CIC, diferenciando los aportes obligatorios, voluntarios y la rentabilidad, así como los periodos y empleadores a los que corresponden.
- e. Proceder a la devolución de los aportes voluntarios sin fin previsional que el afiliado pudiera registrar en un plazo máximo de quince (15) días de notificada la Resolución de Desafiliación. Para dicho efecto, la AFP deberá notificar -previamente- al afiliado respecto de la citada devolución.
- f. A partir del mes siguiente de notificada la copia de la resolución al empleador por parte de la ONP, el afiliado iniciará su devengue en el SNP, por lo que a partir de dicho mes corresponderá que éste deposite las retenciones a favor del SNP. Todos los pagos realizados al SPP, por el empleador, por periodos posteriores a la fecha de notificación de la Resolución de Desafiliación, configuran pagos indebidos al SPP y podrán ser devueltos por la AFP a solicitud del empleador. Lo anterior no exime al empleador de su obligación de regularizar los pagos al SNP.



Libre desafiliación y retorno al Sistema  
Nacional de Pensiones – Sara Campos Torres

Cuadro N° 1



### XIII. RECURSOS IMPUGNATIVOS

Contra la resolución expedida por la SBS emitida sobre la base de la información proporcionada por la ONP y la AFP, el afiliado podrá interponer los recursos administrativos estipulados en la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobada por Ley N° 27444.

Tales recursos, deberán ser presentados ante la AFP, la que a su vez lo remitirá (en un plazo no mayor de cinco (05) días contados desde su recepción) a la SBS a efectos que ésta evalúe si el recurso administrativo se encuentra dentro del plazo establecido.

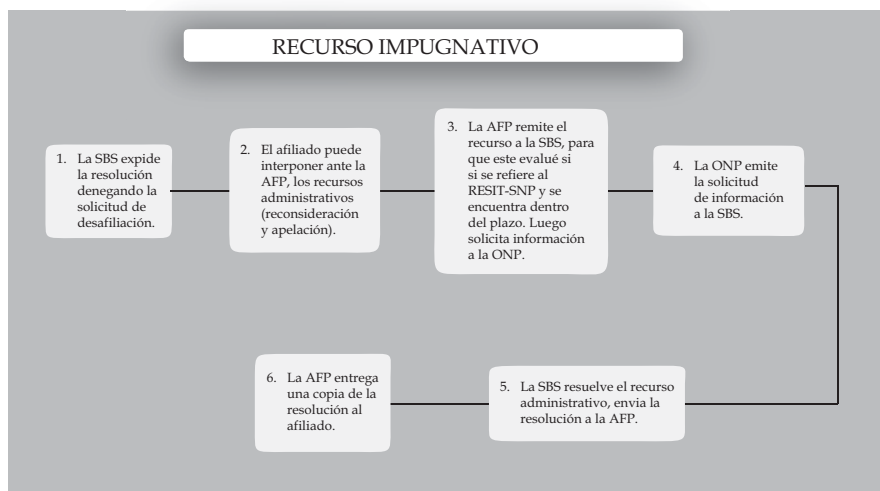
Si el recurso es presentado dentro del plazo, según el análisis de la SBS, y este se refiere al RESIT - SNP, solicitará un informe a la ONP, a efectos de que ésta, en un plazo de veinticinco (25) días hábiles contados a partir de la solicitud de información por parte de la SBS, emita el informe correspondiente.

Emitido el pronunciamiento por parte de la ONP, correrá traslado de dicho informe a la SBS, la que a su vez emitirá una resolución resolviendo el recurso

Libre desafiliación y retorno al Sistema  
Nacional de Pensiones – Sara Campos Torres

administrativo, ya sea este de Reconsideración o Apelación. Dicha resolución será alcanzada a la AFP a efectos que, en un término no mayor de cinco (05) días de recibida, la entregue al afiliado. Con ello, y siempre que la resolución sea la que resuelva el recurso de Apelación, se considerará agotada la vía administrativa.

Cuadro N° 2



- <sup>(1)</sup> Las entidades que actualmente tienen a su cargo la difusión de los alcances de la desafiliación son el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), la Superintendencia de Banca y Seguros; y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS); y la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Dichas entidades siguen brindando información respecto de los alcances de la desafiliación, los procedimientos que deben observar los afiliados para culminar el trámite correspondiente y las bondades de cada uno de los sistemas pensionarios.
- <sup>(2)</sup> El Boletín Informativo se ha aprobado con la Resolución N° 226-2007-TR de fecha 6 de setiembre de 2007.
- <sup>(3)</sup> Según lo dispuesto en el artículo 6° del T.U.O. de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 054-97-EF (14 de mayo de 1997).
- <sup>(4)</sup> Ley que dispone la reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990 y modifica el Decreto Ley N° 20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (1 de enero de 2002).
- <sup>(5)</sup> En este caso, el representante de los beneficiarios que realice la gestión de la desafiliación, deberá presentar una declaración jurada que confirme su condición de representación del grupo familiar.
- <sup>(6)</sup> Concepto de remuneración contenido en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 003-97-TR «T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral» (27 de marzo de 1997).



## EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD, DESDE LA JURISPRUDENCIA HASTA SU INCORPORACIÓN EN EL PROYECTO DE LA LEY GENERAL DEL TRABAJO

Jenny Cecilia Vargas Alvarez<sup>(\*)</sup>

Consideramos necesario, antes de pasar a desarrollar el tema que nos avoca, intentar esbozar ideas que expresen bien, con la más esforzada aproximación, aún con la dificultad que merece determinar una aproximación, a la definición de principio general del derecho, por lo que procedemos a señalar en términos generales que los principios constituyen postulados, ideas fundamentales, líneas directrices, que tienen una función fundamentadora por cuanto informan, inspiran y hasta suplen al derecho; sirviendo muchas veces para orientar la actuación interpretadora, tanto de los legisladores como de los jueces; siendo que incluso se reconoce a los principios generales su calidad de fuente supletoria, al poder en base a ellos, resolver casos no previstos por la ley, ya sea por vacío, laguna o deficiencia.

Las funciones descritas aunadas a la naturaleza tuitiva, protectora del derecho laboral, como correlato de la presencia de la desigualdad social reconocida unánimemente - del trabajador respecto de su empleador -, redundan en la importante labor de los principios del trabajo<sup>(1)</sup>.

En este sentido los principios del derecho laboral constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo, de este modo no puede haber contradicción entre ellos y los preceptos legales, en esta línea de expresión los principios se encuentran por encima del derecho positivo, en cuanto sirven de inspiración, pero a su vez aquellos no pueden independizarse de éste, existiendo una mutua influencia entre las normas vigentes y los principios informadores ya que la repercusión es recíproca. En efecto, si bien los principios inspiran, informan, gestan el contenido del derecho positivo, están en cierto modo, condicionados por éste, por cuanto responden a una concepción del derecho laboral; en este sentido, los principios y preceptos positivos deben pertenecer a la misma concepción.

---

<sup>(\*)</sup> Egresada de la maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, juez suplente del 8º Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El Principio de la Primacía de la realidad desde la jurisprudencia hasta su incorporación en el Proyecto de la Ley General del Trabajo – Jenny Vargas Álvarez

Dentro de este contexto, decimos que el principio de la primacía de la realidad, cuya definición se la debemos al maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez<sup>(2)</sup>, «significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos»<sup>(3)</sup>. De esta manera Plá Rodríguez nos mostró la esencia del principio y a partir de ahí surgió su aplicación en ámbitos, tal vez incluso para su autor, por lo menos en la época en que delineó su contorno conceptual, inimaginables constituyendo esta construcción conceptual una de las más complejas que contiene en sí a su vez diversas significaciones, reafirmando el pensamiento de que la forma más compleja contiene a la forma más simple.

El principio de la primacía de la realidad, opera como la luz en medio de la oscuridad, posibilitando la visión, mostrándonos las cosas tales como estas están ocurriendo, aproximándonos a los hechos actuantes.

Antes de proceder a describir cada uno de los casos concretos en los cuales se ha aplicado el principio de la primacía de la realidad consideramos necesario resaltar y reconocer que este principio se ha tonificado, se ha vigorizado gracias a su desarrollo en la jurisprudencia nacional, encontrando antecedentes que se remontan a la década del año ochenta, así tenemos la Resolución recaída en el expediente N° 548-87-S de fecha 10 de mayo de 1988<sup>(4)</sup> emitida por la Sala Laboral de Lima, siendo los jueces los precursores en su uso y difusión, acordando en el Pleno Jurisdiccional Laboral realizado en la ciudad de Tarapoto en el año 2000 que «si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan».<sup>(5)</sup>

Pero esta difusión alcanza hoy a los órganos administrativos como el Tribunal Fiscal, el INDECOPI, y al Ministerio de Trabajo, a través de una cada vez mayor intervención del estado en la fiscalización laboral, e incluso la aplicación de un principio de cuna laboral; pero, que actualmente es recogido por las disposiciones tributarias aplicadas por la SUNAT a través de la fiscalización tributaria.

Fue entonces a través de la magistratura ordinaria que se comenzó a corroer la coraza flexibilizadora de los derechos laborales, impuesta por el régimen anterior, cuya justificación sustentada en el crecimiento económico del país, hoy a más de una década, resulta un mito.

Pero no sólo debemos rendir tributo a la judicatura ordinaria, sino que, actualmente aunando sus esfuerzos conjuntamente con el Tribunal Constitucional se está tejiendo un rosario de sentencias que se van concatenando, una a una,

abarcando temas cada vez más complejos frente a la clásica verificación de la existencia de una relación laboral frente a la celebración formal de un contrato civil de locación de servicios, deshilvanando madejas enredadas constituidas por empresas cuyas etapas productivas son complejas, cuya cadena productiva es difícil de desentrañar, complejidad que trae consigo la aparición de nuevas formas jurídicas de relacionarse, ante cuya construcción artificial y hasta fraudulenta, actúa el principio de la primacía de la realidad corroyéndolas, socavando sus disfraces y sacando a la luz las verdaderas intenciones ocultas tras las formalidades civiles o mercantiles, cuya actuación sobre la punta del iceberg nos revela una base amplia compuesta de verdaderas intenciones disimuladas, desocultando los verdaderos supuestos fácticos.

Si bien es cierto, este principio en un primer momento, como ya lo hemos señalado a través de la jurisprudencia ordinaria, permitió verificar la existencia real de un contrato de trabajo a través de sus elementos constitutivos: prestación personal, la remuneración y la subordinación; hoy por hoy su aplicación se ha extendido inclusive a ámbitos propios de la relación jurídica entre trabajador y empleador, como la real remuneración percibida, el real cargo ocupado, la real prestación laboral frente a la usuaria en caso de tercerización, o el real tiempo de trabajo prestado, así como la celebración de un contrato de trabajo fantasma «con el objeto de burlar algunos acreedores o lograr algunos beneficios o las prestaciones de Seguridad Social (...).»<sup>(6)</sup>

Ahora bien existe un sector de la doctrina nacional que señala que este descubrir la verdad debe favorecer las relaciones laborales antes que a una de las partes, como pretendiendo enervar la naturaleza protectora del derecho del trabajo respecto de los derechos laborales de la parte débil «los trabajadores»; cuestión con la que aún cuando discrepamos, queremos relevar la situación que la verdad no tiene banderas, la verdad como señalara Johannes Hessen<sup>(7)</sup> «es la concordancia del pensamiento consigo mismo.»

Sin importar la trinchera desde la cual se defienda apasionadamente una posición, no podemos pretender ignorar que la naturaleza tuitiva del derecho del trabajo constituye parte de su núcleo duro, quitarle esta naturaleza sería atacar su propia esencia, aún cuando reconocemos que el derecho está marcado por su historicidad y por tanto es susceptible de cambios, consideramos que los cambios atacan las vestiduras pero nunca su contenido, caso contrario estaríamos asistiendo a la agonía del derecho laboral y con ello incluso a la agonía de la incipiente en nuestro medio concepción del estado constitucional, al renunciar al pacto social que reconoce a los derechos laborales su condición de «derechos humanos» y al trabajador, antes que nada, su condición «humana» y por tanto sujeto de derechos y de protección<sup>(8)</sup>.

El Principio de la Primacía de la realidad desde la jurisprudencia hasta su incorporación en el Proyecto de la Ley General del Trabajo – Jenny Vargas Álvarez

En esta línea de pensamiento, podemos afirmar que el principio de la primacía de la realidad no sólo sirve para formular especulaciones en el plano académico, quedándose en el mundo de las ideas, sino que hoy más que nunca resulta de difundida aplicación en el terreno de los hechos.

Realizando una aproximación a la clásica aplicación del principio de la primacía de la realidad, perfilaremos sucintamente los contornos del contrato de trabajo recurriendo para ello al concepto esbozado por el profesor Wilfredo Sanguinetti<sup>(9)</sup> que nos indica que la prestación de servicios es «la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa (*operae*) la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación (*opus*) que se independice de la misma». Encontrando la prestación personalísima del trabajador como una de las distinciones entre el locador y el trabajador, por cuanto el primero puede delegar a un tercero la ejecución de la obra, en tanto que el trabajador no, esto último debido a que la contratación laboral no sólo responde a las expectativas del empleador dadas las competencias desarrolladas por el trabajador; sino además, porque su contratación está dada para que realice las labores bajo subordinación.

La subordinación constituye el elemento distintivo y determinante para establecer la existencia o no de una relación laboral, podemos señalar que es aquella aptitud del empresario de poder 1) dirigir las labores ha realizarse, es decir, el cuando, como y donde; 2) fiscalizar que se realicen conforme a sus requerimientos; y, 3) sancionar, en cuyo extremo se encuentra el despido.

Nos parece importante resaltar que la judicatura ordinaria, no sólo sigue aplicando el principio de la primacía de la realidad en diversos casos que conocen, sino que incluso cierto sector ha ido más allá y ha interpretado que este principio se encuentra positivizado en el Título Preliminar de la Ley N° 26636, así en la ejecutoria de la Tercera Sala Laboral recaída en el Expediente N° Exp. N° 4401-06 PR(AyS) (V.P. señor Omar Toledo Toribio) se ha señalado textualmente que : «Este reconocimiento a nivel doctrinal y jurisprudencial ya había sido recogido en el artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal de Trabajo bajo la denominación del *principio de veracidad* que no es sino el correlato del mismo, aunque como tal, esto es, como Principio de Primacía de la realidad ha sido contemplado en el artículo 5 inciso f) del Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección de Trabajo y de Defensa del Trabajador, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 17 de marzo de 2001 (recogido en similares términos por el artículo 2.2 de la Ley N° 28806) y en el artículo 40° de la Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809, *El Peruano*, 8 de agosto de 2002)», encontrándose actualmente recogido en el artículo 7° del proyecto de la Ley General del Trabajo.

El Principio de la Primacía de la realidad desde la jurisprudencia hasta su incorporación en el Proyecto de la Ley General del Trabajo – Jenny Vargas Álvarez

Por otro lado la Corte Suprema de Justicia de la República en la CAS. N° 2169-2003-Lima. (El Peruano, 01 de septiembre de 2005 - no se señala el Vocal Ponente), en base a algunos rasgos sintomáticos de laboralidad, ha determinado que si bien pueden existir disposiciones administrativas en el Sector Público que establezcan que la forma de contratación de determinado personal sea realizada bajo la figura del contrato de locación de servicios, esto no impide que cuando una labor sea realizada cumpliendo los requisitos esenciales del contrato de trabajo sea reconocida como tal, corroborándose que el actor cumplía la jornada legal, así como el abono de los conceptos de racionamiento y movilidad y el pago de una suma de dinero como contraprestación por las labores efectuadas, además que el cargo de chofer es de naturaleza permanente al interior de la estructura orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE).

Pero como adelantáramos, el principio de primacía de la realidad, extendió sus alcances a otros rubros más allá de la constatación de la existencia de una relación laboral entre las partes, así en la ejecutoria de la Primera Sala Laboral recaída en el expediente N° 2836-2003-BE (A y S) del 5 de agosto de 2003 (ponente señor Omar Toledo Toribio) se determinó que en el caso de un contrato de cobranza a tiempo completo, existe un contrato de trabajo, pues, la labor de cobranza domiciliaria, lógica y humanamente no puede realizarse en tres horas con cuarenta y cinco minutos, máxime si la cartera de clientes esta proporcionada y entregada por la propia emplazada, aunado el hecho que el actor debía constituirse al centro de trabajo al final de dicho periodo parcial a firmar su ingreso y volver a efectos de registrar su salida; por tanto, resulta pertinente, la aplicación del principio de primacía de la realidad.

Por otro lado existen numerosos pronunciamientos del supremo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional referidos a la existencia de una relación laboral en base a la comprobación de la existencia de rasgos sintomáticos de laboralidad como el abono de un beneficio social o entrega de certificado de trabajo (Expediente N° 00457-2006PA/TC Ucayali, Expediente N° 731-99-AA/TC-Loreto y Expediente N° 1140-2000-AA/TC-La Libertad) o la expedición de un memorándum (Expediente N° 689-2003-AA/TC-Junín, Expediente N° 3710-2005-PA/TC Loreto, Expediente N° 00457-2006PA/TC Ucayali y Expediente N° 0162-2005-PA/TC Apurímac), o el retención de las aportaciones para la seguridad social y la salud (Expediente N° 0162-2005-PA/TC Apurímac).

En el caso de los trabajadores del sector público, el Tribunal Constitucional ha señalado que también resulta aplicable el principio de la primacía de la realidad como en el caso de que se verifique la concurrencia de los tres elementos del contrato de trabajo (Expediente N° 1944-2002-AA/TC Lambayeque), o el



El Principio de la Primacía de la realidad desde la jurisprudencia hasta su incorporación en el Proyecto de la Ley General del Trabajo – Jenny Vargas Álvarez

caso de la prestación de servicios de carácter permanente (Expediente N° 10105-2006-PA/TC Cañete), labores de carácter permanente y subordinado (Expediente N° 426-2006-AA Huánuco, Expediente N° 4877-2005-AA y Expediente N° 4816-2005-AA), o por que las labores se han desempeñado con carácter permanente e ininterrumpido por más de un año en aplicación de la Ley 24041 (Expediente N° 1944-2002-AA/TC-Lambayeque, Expediente N° 125-2002-AA/TC-Moquegua, Expediente N° 2387-2002-AA/TC-La Libertad, Expediente N° 1358-2002-AA/TC-Lima, Expediente N° 598-2000-AA/TC-Puno y Expediente N° 2371-2002-AA/TC-La Libertad.), o en el caso de que las labores se hayan prestado en forma permanente y con continuidad (Expediente N° 616-99-AA/TC-Lima, caso del técnico relojero); o la prestación de servicios se haya realizado sin solución de continuidad (Expediente N° 0024-2000-AA/TC-Loreto y Expediente N° 1128-2001-AA/TC-Cusco), o en casos en los que hay continuación de servicios después de concluido el contrato civil con marcado de ingreso y salida (Expediente N° 598-2000-AA/TC), cuando se comprueba la existencia de un horario y/o jornada de trabajo (Expediente N° 00457-2006PA/TC Ucayali, Expediente N° 1237-2000-AA/TC, Expediente N° 0532-2003-AA/TC-Piura y Expediente N° 1358-2002-AA/TC-Lima), cuando se ha incluido al demandante en el organigrama y estructura de personal (Expediente N° 991-2000-AA/TC, y Expediente N° 1140-2000-AA/TC-La Libertad), e incluso el Tribunal ha considerado que en ciertos casos es el cargo laboral ocupado el que determina que se declare la existencia o inexistencia de un contrato de trabajo Expediente N° 566-99-AA/TC-Arequipa (cajero), Expediente N° 1237-2000-AA/TC-Lima (asistente de área), Expediente N° 1990-2003-AA/TC-Piura (chofer), Expediente N° 689-2003-AA/TC (asistente social), Expediente N° 1030-2003-AA/TC-Moquegua (personal de servicio y guardianía), Expediente N° 1991-2003-AA/TC-Piura (secretaria), Expediente N° 0132-2002-AA/TC-Huaura (Secretario General de Trámite documentario, Archivo, Abastecimiento y Jefe de Registro Civil), Expediente N° 452-99-AA/TC-Lima (Policía Municipalidad) y Expediente N° 864-2003-AA/TC (Vigilante).

Existen casos en los que el pronunciamiento, más se ha basado en las inspecciones realizadas por terceros (Expediente N° 3710-2005-PA/TC Loreto y Expediente N° 00457-2006PA/TC Ucayali) referido a una inspección especial, (Expediente N° 1128-2002-AA/TC-Ica, sobre una inspección especial efectuada por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción Social de Ica donde se verificó la permanencia, remuneración mensual, horario de trabajo, continuidad de la labor aún después de concluido el contrato civil y Expediente N° 525-99-AA/TC-Cajamarca, sobre una constatación policial en cuya manifestación se señala el tiempo de servicios, cargo y funciones).

El Principio de la Primacía de la realidad desde la jurisprudencia hasta su incorporación en el Proyecto de la Ley General del Trabajo – Jenny Vargas Álvarez

Asimismo, cabe mencionarse que resulta necesario presentar, ante el Tribunal Constitucional, los documentos necesarios a fin de crear certeza respecto de la existencia de una real relación laboral encubierta bajo una apariencia civil (Expediente N° 10001-2006-PA Lima).

Por último, el principio de la primacía de la realidad ha sido recogido en el Proyecto de la Ley General de Trabajo, en el inciso 7 del artículo XI del Título Preliminar y que textualmente señala que: «Son principios del ordenamiento laboral: 7.- Primacía de la realidad para preferir los hechos sobre las formas y las apariencias.», recogiendo de este modo casi en los mismos términos a la inicial conceptualización planteada por el maestro Américo Plá Rodríguez, ahora bien sólo queda esperar la aprobación de la ley, y por supuesto la continuación de la aplicación de forma tan profusa como se ha, por lo menos tratado de evidenciar en el presente trabajo.

No queremos terminar sin llamar a la reflexión que las conciencias de los poseedores de la fuerza laboral esta despertando y cada día crece el número de participantes que hoy –sin miedo– reclama, primero de manera desorganizada, encontrándonos frente a una masa humana, más tarde ¡tal vez! con mayor preparación, pero desde siempre con sed de igualdad y justicia.

---

(1) Federico de Castro señala que «la eficacia de los principios generales es muy superior a la de una norma subsidiaria», y «tiene asignada la triple función de ser «fundamento del orden jurídico» (eficacia derogatoria y directiva), «orientadores de la labor interpretativa» y «fuente en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre» (Citado por ARCE y FLOREZ-VALDES, Joaquín, «Los principios generales del derecho y su formulación constitucional», Civitas, Madrid, 1990, p. 53).

(2) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del trabajo*, Depalma, Buenos Aires, p. 313.

(3) Criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en el tercer fundamento del Expediente N° 1944-2002-AA/TC.

(4) Resolución publicada en la revista *Actualidad Laboral*, noviembre, 1989, p. 44.

(5) El Tribunal Constitucional en el expediente N° 19944-2002-AA/TC-Lambayeque ha señalado que: «se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos. La prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una situación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual este se obliga a prestar servicios en beneficio de aquel de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo».

(6) TOLEDO TORIBIO, Omar, «El principio de la primacía de la realidad», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 75, Lima, 2004, pp. 87-89.

(7) HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, Anteo, Lima, 1989, p. 125.

(8) El Tribunal Constitucional en el expediente N° 991-2000-AA/TC ha señalado que: «El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, consecuentemente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra constitución del trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos».

(9) SANGUINETTI, Wilfredo, *El contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho de trabajo*, Cultural Cuzco, Lima, 1987, pp. 424-426.



## TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS EXCEPCIONES A LAS RETENCIONES Y/O PAGOS A CUENTA DEL IMPUESTO A LA RENTA DE CUARTA CATEGORÍA (\*)

Marco Mejía Acosta(\*\*)

### SUMARIO:

- I. Las rentas de cuarta categoría; II. La retención por rentas de cuarta categoría;
- III. El pago a cuenta por rentas de cuarta categoría; IV. Suspensión de retenciones y/o pagos a cuenta; V. Reinicio de retención y/o pago a cuenta suspendidos;
- VI. Otros aspectos vinculados.

Como se recuerda, el artículo 4º de la Ley N° 27394, publicada el 30 de diciembre de 2000, eliminó el tercer y cuarto párrafos del artículo 86º de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR), referido a la posibilidad de suspender las retenciones y/o pagos a cuenta por las rentas de cuarta categoría. Sin embargo, con la finalidad de que la medida no afecte a contribuyentes de bajos ingresos, se estableció un régimen de suspensión de retenciones y/o pagos a cuenta mensuales, regulado mediante los D. S. N°s. 003-2001-EF y 046-2001-EF y diversas resoluciones de superintendencia, aprobadas anualmente<sup>(1)</sup>.

Con la modificación al artículo 71º de la LIR, introducida por la Ley N° 28655, publicada el 29 de diciembre de 2005, se restituye en términos legales la posibilidad de establecer supuestos –en vía reglamentaria– en los que no procederán y/o se suspenderán las retenciones por las rentas de cuarta categoría. Con ello, aún faltaría la cobertura legal plena para la regulación respecto a la suspensión de los pagos a cuenta por las referidas rentas.

Bajo este contexto, mediante D. S. N° 215-2006-EF, publicado el 29 de diciembre de 2006 (en adelante el «Decreto»), se aprueba un nuevo régimen reglamentario para la suspensión de las retenciones y/o los pagos a cuenta del IR por rentas de cuarta categoría, facultando a la SUNAT a emitir las normas necesarias para su aplicación. En este sentido, mediante R. de S. N° 013-2007/SUNAT (en adelante la «Resolución»), la Administración Tributaria aprueba las normas que regulan la excepción y la suspensión de la obligación de efec-

(1) Artículo elaborado en noviembre de 2007.

(2) Asociado al Grupo AELE e investigador principal de la revista Análisis Tributario. Especialista en tributación y diploma de segunda especialidad en Formación Magisterial por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y profesor adjunto de la Facultad de Derecho de esta misma universidad.

tuar retenciones y/o pagos a cuenta del IR por las rentas de cuarta categoría, incluyendo los montos aplicables al ejercicio 2007. A continuación desarrollaremos dicho régimen vigente<sup>(2)</sup>.

## **I. LAS RENTAS DE CUARTA CATEGORÍA**

De acuerdo al artículo 33° de la LIR, son rentas de cuarta categoría las obtenidas por:

1. El ejercicio individual, de cualquier profesión, arte, ciencia, oficio o actividades no incluidas expresamente en la tercera categoría.

También se consideran rentas de cuarta categoría los ingresos percibidos por personas naturales no profesionales independientes que prestan servicios personales de transporte de carga, bajo contrato de trabajo en la modalidad de servicio específico para la actividad turística, conforme a la Ley N° 27607 y el D. S. N° 010-2002-TR.

2. El desempeño de funciones de director de empresas, síndico, mandatario, gestor de negocios, albacea y actividades similares. A partir del 2008, se incorpora expresamente en el texto de la LIR como rentas de cuarta categoría a las obtenidas por el desempeño de las funciones de regidor municipal o consejero regional.

Cabe señalar que para establecer la renta neta de cuarta categoría, el contribuyente podrá deducir de la renta bruta del ejercicio un 20 por ciento de esta, hasta el límite de 24 UIT<sup>(3)</sup>. Esta deducción no es aplicable a las rentas percibidas por las personas señaladas en el punto 2 antes mencionado.

## **II. LA RETENCIÓN POR RENTAS DE CUARTA CATEGORÍA**

### **1. Alcance de la obligación de retener**

Conforme se indica en el artículo 74° de la LIR, las personas, empresas y entidades obligadas a llevar contabilidad completa (referidas en el inciso b) del artículo 71° de la misma LIR) deben retener el 10 por ciento de las rentas brutas cuando paguen o acrediten honorarios u otros ingresos que constituyan rentas de cuarta categoría.

Cabe señalar que entre el 2001 y el 2005 se indicó en el segundo párrafo del artículo 71° de la LIR que la obligación de efectuar la retención de las rentas de cuarta categoría surgiría en el mes de su devengo, cuando el pago de dichas rentas sea deducible para determinar la renta neta de tercera categoría del sujeto que efectúa la retención. En tal sentido, como en el artículo 86° de la LIR no se hizo ninguna distinción para aplicar las retenciones que se hubieran efec-

tuado sobre las rentas de cuarta categoría devengadas pero no percibidas en el mismo periodo, considerábamos que existía sustento legal para que el contribuyente aplique dichas retenciones contra los pagos a cuenta del mes que se efectúan solo sobre las rentas percibidas por el sujeto.

A partir del ejercicio 2006, con la modificación del segundo párrafo del artículo 71° por la Ley N° 28655, la retención del IR de cuarta categoría se efectúa en la fecha de la percepción de la renta y no en la de su devengo<sup>(4)</sup>.

## **2. Excepciones a la obligación de retener**

Ahora bien, el Decreto expresamente deroga los D. S. N°s. 003-2001-EF y 046-2001-EF y señala que los Agentes de Retención del IR no deberán realizar retenciones cuando se presenta cualquiera de las siguientes situaciones:

- Los recibos por honorarios que paguen o abonen no excedan a S/. 1,500. Antes este monto era de S/. 700. En este punto, cabe preguntarnos qué sucede en el caso de perceptores de rentas de cuarta categoría que están exceptuados de emitir recibos por honorarios conforme al numeral 5 del artículo 7° del Reglamento de Comprobantes de Pago (caso de directores de empresas, albaceas, síndicos, mandatarios, gestores de negocio y regidores de municipalidades y actividades similares). Literalmente hablando, en estos casos no operaría la excepción a la retención, independientemente de las sumas que se hubieren percibido.
- El perceptor de rentas de cuarta categoría haya obtenido la autorización de la SUNAT para suspender las retenciones.

## **III. EL PAGO A CUENTA POR RENTAS DE CUARTA CATEGORÍA**

### **1. Alcance de la obligación de efectuar pagos a cuenta**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86° de la LIR, las personas naturales que obtengan rentas de cuarta categoría están obligadas a efectuar pagos a cuenta mensuales. Dicho dispositivo indica, además, que las cuotas mensuales se determinarán aplicando la tasa del 10 por ciento sobre la renta bruta mensual abonada o acreditada al contribuyente, dentro de los plazos previstos en el Código Tributario. El artículo 20° de LIR define por renta bruta al conjunto de ingresos afectos al impuesto que se obtenga en el ejercicio gravable.

Debe tenerse presente que para la determinación de las rentas brutas solo se incluyen los ingresos afectos al impuesto y siempre que hayan sido abonados o acreditados, dado que el criterio de lo percibido resulta aplicable para este tipo de rentas, conforme señala el inciso d) del artículo 57° de la LIR.

Tratamiento Tributario de las excepciones a las retenciones y/o pagos a cuenta del Impuesto a la Renta de cuarta categoría - Marco Mejía Acosta

Una vez calculado el importe del pago a cuenta a realizar, si en el mes se hubiera realizado retenciones al contribuyente por rentas de cuarta categoría, estas podrán ser aplicadas contra el pago a cuenta. Además, dichos pagos tienen la calidad de créditos que podrán ser aplicados contra el IR Anual del contribuyente, de corresponder, conforme a lo establecido en el artículo 88° de la LIR.

Ahora bien, en virtud al artículo 87° de la LIR, en caso que el monto de los pagos a cuenta exceda el IR anual que le corresponda abonar al contribuyente, según su declaración jurada anual, este podrá: (i) solicitar la devolución por el exceso pagado, o, (ii) aplicar el exceso contra los pagos a cuenta de los meses siguientes al de la presentación de la referida declaración anual.

## 2. Excepciones de efectuar pagos a cuenta

El Decreto y la Resolución han establecido que los perceptores de rentas de cuarta categoría quedarán exceptuados de realizar pagos a cuenta mensuales cuando sus ingresos por rentas de cuarta y quinta categorías no excedan de un monto dinerario que anualmente establecerá la SUNAT. Ello originará también la excepción a la presentación de la declaración jurada mensual correspondiente.

La previsión señalada está pensada para responder a aquellos supuestos en que los perceptores de esas rentas percibieran a lo largo del ejercicio -y por cada mes- montos pequeños que al momento de calcular la declaración anual no llegaran a cubrir las deducciones establecidas por la LIR (20 por ciento de la renta bruta de cuarta categoría y, luego sumadas las rentas resultantes con las de quinta categoría, un monto de 7 UIT), de modo que no surgiría deuda tributaria alguna por IR.

Ahora bien, respecto al ejercicio 2007, en la Única Disposición Complementaria y Transitoria de la Resolución, se ha considerado que no existirá obligación de efectuar pagos a cuenta del IR de cuarta categoría en los siguientes casos:

<b>Contribuyentes que perciben rentas de:</b>	<b>Si en el mes no excede a:</b>
4ta. Categoría	S/. 2,516
4ta. y 5ta. Categorías	S/. 2,516
4ta. categoría por las funciones a que se refiere el inciso b) del artículo 33° de la LIR.	S/. 2,013
4ta. categoría por las funciones a que se refiere el inciso b) del artículo 33° de la LIR y además otras rentas de 4ta. y/o 5ta. Categorías.	S/. 2,013

Entonces, si en un determinado mes tales ingresos superan el monto indicado, el contribuyente deberá efectuar la declaración y pago correspondiente por la totalidad de ingresos afectos percibidos en ese mes. En caso el contribuyente hubiera sufrido retenciones por haber emitido recibos por honorarios profesionales superiores a S/. 1,500, deberá realizar el pago deduciendo del monto a pagar por el total de sus ingresos del mes aquellas sumas retenidas.

A su vez, no existirá obligación de pagos a cuenta del IR (ni tampoco de efectuar declaración jurada mensual, conforme señala el segundo párrafo del artículo 86° de la LIR), si los montos retenidos cubren la totalidad de los referidos pagos a cuenta o si -como veremos más adelante - el contribuyente cuenta con solicitud aprobatoria de suspensión de retenciones y/o pagos a cuenta.

### **3. Presentación de la declaración jurada mensual**

En caso de que hubiera obligación de efectuar pagos a cuenta mensuales deberá procederse a presentar la declaración jurada mensual, vía el Formulario N° 116 o el PDT 616, que podrá ser presentado: (i) a través de SUNAT Virtual, para lo cual se requiere tramitar la solicitud «Clave Sol», y, (ii) en las oficinas bancarias autorizadas por la Sunat.

Como hemos venido adelantando, el sujeto perceptor de rentas de cuarta categoría no estará obligado a presentar declaración jurada mensual por dichas rentas cuando:

1. No esté obligado a efectuar pagos a cuenta conforme a las reglas señaladas anteriormente.
2. Estando obligado a efectuar pagos a cuenta por la normatividad, los montos que el utilizador del servicio le hubiera retenido cubran la totalidad de los referidos pagos a cuenta.

## **IV. SUSPENSIÓN DE RETENCIONES Y/O PAGOS A CUENTA**

Ahora bien, el supuesto de suspensión de las retenciones y/o pagos a cuenta ha sido previsto por las normas bajo comentario en vista de que, aunque en una operación determinada se sobrepasaran los montos señalados en el cuadro anterior, esta podría ser excepcional o, sumándola al resto de ingresos obtenidos a lo largo del año, todos ellos no alcanzarían a cubrir las deducciones que la LIR permite, de modo que el contribuyente en dicha situación acabaría sin tener la obligación de realizar pago alguno por IR anual. Así, de no existir disposiciones sobre suspensión de retenciones y/o pagos a cuenta, al final del ejercicio los montos entregados al fisco tendrían que ser materia de devolu-



ción, lo que generaría costos importantes, especialmente en la esfera patrimonial del contribuyente.

En tal sentido, de conformidad con el numeral 5.1 del artículo 5° del Decreto, los contribuyentes podrán solicitar la suspensión de retenciones y/o pagos a cuenta, en base a los procedimientos establecidos por la SUNAT, evidentemente ello ocurrirá siempre que no se haya configurado alguno de los supuestos de excepción a la retención o pago a cuenta del IR.

Así, el artículo 3° de la Resolución establece que, a partir de enero de cada ejercicio gravable, los contribuyentes que perciban rentas de cuarta categoría podrán solicitar la suspensión de las retenciones y/o pagos a cuenta siempre que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

**1. Inicien actividades generadoras de rentas de Cuarta Categoría a partir de noviembre del Ejercicio anterior<sup>(6)</sup>** y, además, proyecten ingresos en el ejercicio conforme a las siguientes reglas:

- a) Los directores de empresas, síndicos, mandatarios, gestores de negocios, albaceas o similares, que perciban rentas por sus funciones y otras de la cuarta y/o quinta categorías, cuyos ingresos que se proyectan percibir en el ejercicio gravable no superen los montos establecidos por SUNAT, que para el ejercicio 2007 asciende a S/. 24,150 anuales.
- b) Los demás perceptores de rentas de cuarta categoría que perciban por esas rentas solas o sumadas a las de quinta categorías, cuyos ingresos proyectados a percibir en el ejercicio gravable no superen los montos establecidos por SUNAT, que para el ejercicio 2007 asciende a S/. 30,188 anuales.

**2. Inicien actividades generadoras de rentas de Cuarta Categoría antes de noviembre del Ejercicio anterior<sup>(6)</sup>** y, además, cumplan con las siguientes reglas:

- a) **Cuando los «ingresos proyectados» no superen los montos establecidos por la SUNAT para cada ejercicio**, debe tomarse en cuenta que, conforme a la Única Disposición Complementaria y Transitoria de la Resolución, dichos montos aplicables para el 2007, en el caso de los directores de empresas, síndicos, mandatarios, gestores de negocios, albaceas o similares, son los ingresos proyectados (por esas rentas solas o sumadas a las de quinta categoría) que no deberán superar los S/. 24,150. A su vez, para este año, en el caso de los demás perceptores de rentas de cuarta categoría, los ingresos proyectados (por dichas rentas solas o sumadas con las de quinta categoría) no deberán superar los S/. 30,188.

Ahora bien, debe quedar claro que la llamada proyección de ingresos no lo es respecto de lo que se espera percibir en el ejercicio al que corresponde el mes en que se presenta la solicitud de suspensión sino una proyección (más bien determinación) de los ingresos por rentas de cuarta o de cuarta y quinta categorías percibidos en un periodo previamente establecido, al que las normas han denominado como «periodo de referencia»<sup>(7)</sup>. Dicho periodo ha sido definido en el inciso c) del artículo 1º de la Resolución como aquel comprendido por los doce meses anteriores al mes precedente al anterior a aquel en que se presenta la solicitud de suspensión.

En tal sentido, para hallar los ingresos proyectados del periodo de referencia, deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

- (i) En el caso de sujetos que hubieren realizado actividades generadoras de rentas de cuarta categoría durante todo el periodo de referencia, el ingreso proyectado será la suma de todos los montos percibidos en esos doce meses.
- (ii) En el caso de sujetos que hubieran realizado actividades generadoras de rentas de cuarta categoría solo durante parte del periodo de referencia (menos de 12 meses), el ingreso proyectado se calcula de la siguiente manera:
  1. Se sumarán los ingresos percibidos por cuarta categoría en el periodo de referencia.
  2. Se determinará el número de meses existentes entre el primero (del periodo de referencia) en que se percibieron ingresos y el último de ese periodo.
  3. El monto obtenido en 1 se dividirá entre el número de meses obtenido en 2. El resultado se multiplicará por 12.
  4. Al monto obtenido se le sumará los ingresos percibidos durante el periodo de referencia por rentas de quinta categoría, en caso que hubieran.

**b) Cuando los «ingresos proyectados» (por esas rentas solas o sumadas a las de quinta categoría) superen los montos establecidos por la SUNAT para cada ejercicio** (para el ejercicio 2007 son de S/. 24,150 para directores de empresas, síndicos, mandatarios, gestores de negocios, albaceas o similares, y de S/. 30,188 para los demás perceptores de rentas de cuarta categoría).

En este caso, se han planteado dos supuestos, tomando en cuenta los meses en los cuales se presenta la solicitud de suspensión. Veamos:

- (i) Enero a Junio: Podrá obtenerse la autorización de suspensión de retenciones y/o pagos a cuenta cuando el 10 por ciento del promedio mensual de los ingresos proyectados (PMIP) por las rentas de cuarta categoría multi-

Tratamiento Tributario de las excepciones a las retenciones y/o pagos a cuenta del Impuesto a la Renta de cuarta categoría - Marco Mejía Acosta

plicado por el número de meses transcurridos desde el inicio del ejercicio hasta el mes de la presentación de la solicitud inclusive (N), sea igual o superior al IR que corresponda pagar de acuerdo a los ingresos proyectados (IRP). En ese sentido, la fórmula a aplicar en este caso es:  $10 \% \times PMIP \times N > IRP$ .

Ahora bien, para la aplicación de la fórmula se tendrá que considerar dos supuestos diferentes:

- a) En el caso de sujetos que hubieran realizado actividades generadoras de rentas de cuarta categoría durante todo el periodo de referencia, el ingreso proyectado será la suma de todos los montos percibidos en esos doce meses. A su vez, el PMIP se determinará dividiendo los ingresos proyectados por las rentas de cuarta categoría entre doce.
- b) En el caso de sujetos que hubieran realizado actividades generadoras de rentas de cuarta categoría solo durante parte del periodo de referencia (menos de 12 meses), el PMIP se calculará de la siguiente manera:
  1. Se sumarán los ingresos percibidos por cuarta categoría en el periodo de referencia.
  2. Se determinará el número de meses existentes entre el primero del periodo de referencia en que se percibieron ingresos y el último de ese periodo.
  3. El monto obtenido en 1 se dividirá entre el número de meses obtenido en 2.

Como se ve, el promedio se obtendrá dividiendo la suma de los ingresos percibidos por cuarta categoría en el periodo de referencia entre el número de meses existentes entre el primero del periodo de referencia en que se percibieron ingresos y el último de ese periodo.

Complementariamente, debe señalarse que el valor del número de meses transcurridos desde el inicio del ejercicio hasta el mes de la presentación de la solicitud inclusive (N) varía dependiendo el mes en que se presenta la solicitud, como vemos en el siguiente cuadro.

Finalmente, respecto al IRP, cabe advertir que ni el Decreto ni la Resolución han establecido la forma y el procedimiento para determinarlo según los ingresos proyectados. No obstante, se ha señalado que deberá considerarse para dicho propósito solo las rentas de cuarta o cuarta y quinta categorías.

También es necesario que se precise la UIT a utilizar en la determinación del IR cuando los ingresos estén comprendidos en distintos ejercicios<sup>(6)</sup>.

- (ii) Julio a diciembre: Podrá obtenerse la autorización de suspensión de retenciones y/o pagos a cuenta cuando el importe que resulte de sumar las retenciones del IR de cuarta y quinta categorías y los pagos a cuenta por rentas de cuarta categoría realizados por el ejercicio gravable hasta el mes anterior al de la presentación de la solicitud, y el saldo a favor del contribuyente consignado en la declaración jurada anual del IR del ejercicio anterior (siempre que no haya sido materia de devolución), sea igual o superior al IR que corresponda pagar de acuerdo a los ingresos proyectados (IRP). En ese sentido, la fórmula a aplicar en este caso es:

$$\text{Retenciones} + \text{Pagos a Cuenta} + \text{Saldo a Favor} > \text{IRP}$$

Como ya hemos señalado, no hay una disposición sobre el cálculo del IRP, para lo que deben tomarse en cuenta los comentarios señalados en el punto (i) anterior, tomando en cuenta que los ingresos proyectados lo son del periodo de referencia y para hallarlos, a diferencia del caso anterior, se tomará en cuenta también las rentas de quinta categoría. La obtención de dichos ingresos se hará conforme se ha indicado para el supuesto anterior.

Cabe recordar que el contribuyente al consignar en la declaración jurada anual del IR el Saldo a Favor de ejercicios Anteriores (SFA), debería elegir entre aplicar el SFA como crédito respecto de los pagos a cuenta posteriores o solicitar la devolución. El Decreto y la Resolución no tienen en cuenta dicha situación, puesto que para sumar el SFA (a los pagos a cuenta y retenciones del ejercicio), las normas bajo comentario hacen referencia a aquel consignado en la DJ del IR del ejercicio gravable anterior, siempre que no haya sido materia de devolución, lo que a todas luces es injusto.

## V. REINICIO DE RETENCIONES Y/O PAGOS A CUENTA SUSPENDIDOS

Con el nuevo esquema, una vez obtenida la autorización de suspensión, el sujeto debe estar atento a fin de que en caso determinará alguna variación en sus ingresos que origine que el impuesto retenido y/o los pagos a cuenta efectuados y/o el saldo a favor no llegaran a cubrir el impuesto por las rentas de cuarta categoría o de cuarta y quinta categorías que corresponderá por el ejercicio, deberá reiniciar los pagos a cuenta y consignar en sus comprobantes de pago el monto correspondiente a la retención que los usuarios de su servicio deban practicarle conforme a lo siguiente:

- **Periodo y forma de reiniciar los pagos a cuenta:** El reinicio ocurrirá a partir del periodo en el que se determine la variación antes señalada y por la totalidad de ingresos de cuarta categoría obtenidos por el contribuyente

desde el primer día de dicho mes. Además, a partir del día siguiente de ocurrido tal hecho, el contribuyente deberá consignar en sus comprobantes el importe correspondiente a las retenciones del IR que deberá efectuar el agente de retención.

Los pagos a cuenta se entenderán reiniciados con la presentación de la declaración - pago respectivo.

Ahora bien, cabe precisar que el contribuyente se encuentra obligado a reiniciar sus pagos a cuenta en la medida de que exista obligación de declarar y efectuar pagos a cuenta, esto es siempre que los importes percibidos en el mes superen los S/. 2,516 ó S/. 2,013, según el caso. Por tanto, si un contribuyente debiera reiniciar sus pagos a cuenta a partir de septiembre del año 2007, pero percibe ingresos en dicho mes por S/. 2,000, no debería efectuar pago a cuenta.

- **Periodo y forma de reiniciar las retenciones.** El reinicio se producirá a partir del día siguiente a aquel en el que se produzca la situación descrita anteriormente. En este caso, las retenciones se reiniciarán con la consignación de la retención del 10 por ciento por el IR en los recibos por honorarios con importes mayores a S/. 1,500.

El incumplimiento de esta obligación tendrá como consecuencia la aplicación de las sanciones establecidas en el Código Tributario.

Al respecto debe tenerse presente que en muchos casos las empresas y otras entidades que paguen rentas de cuarta categoría no tienen cómo saber que el sujeto perceptor de rentas de cuarta categoría ha incurrido en la causal de reinicio de las retenciones si este no consigna el importe de retención en su recibo por honorario, por lo que de ocurrir ese supuesto resultaría discutible la imposición de la sanción al agente de retención por no efectuar las retenciones.

## VI. OTROS ASPECTOS VINCULADOS

### 1. Sobre aspectos vinculados a la actividad de retención y/o pago a cuenta

#### a) Emisión de comprobantes de pago

El numeral 5 del artículo 5º de la R. de S. N° 007-99/SUNAT establece que los perceptores de cuarta categoría deberán emitir recibos por honorarios por la prestación de servicios a título oneroso, que deberán ser entregados en el momento en que se perciba la retribución y por el monto de la misma.

De otro lado, el artículo 8º de dicha resolución establece la información mínima que deberá contener los Comprobantes de Pago. En este sentido, el inciso

2.11 del numeral 2 del artículo 8° señala que se deberá consignar en los recibos por honorarios el «Monto discriminado del tributo que grava la operación, indicando la tasa de la retención correspondiente, en su caso».

Por tanto, los recibos por honorarios que no superen los S/. 1,500 no deberían incluir el monto de la retención, salvo que el perceptor de cuarta categoría deseara que se le efectúe dicha retención. Asimismo, los contribuyentes que cuenten con la autorización de suspensión no deberán indicar el importe de la retención en aquellos recibos por honorarios que superen los S/. 1500, al no existir retención de por medio.

#### **b) Incidencia de ingresos inafectos para determinar la obligación de efectuar retenciones y/o pagos a cuenta**

Recogiendo lo señalado en la normatividad de años anteriores, se ha indicado que para determinar los montos referentes a la obligación de efectuar retenciones y/o pagos a cuenta por IR de rentas de cuarta categoría no se considerarán los ingresos que se encuentren inafectos al IR, entre los que se encuentran los establecidos en el artículo 18° de la LIR (indemnizaciones previstas por las disposiciones laborales vigentes y las que se reciban por causa de muerte o incapacidad producidas por accidentes o enfermedades, los subsidios laborales, la CTS y las rentas vitalicias y las pensiones que tengan su origen en el trabajo personal).

### **2. Sobre la suspensión de retenciones y/o pagos a cuenta**

#### **a) Procedimiento para presentar la solicitud de suspensión**

##### **- Presentación de solicitud a través de SUNAT Virtual**

Como regla general se ha establecido que el contribuyente solo podrá presentar la solicitud de suspensión de retenciones y/o pagos a cuenta hasta el último día calendario del mes de diciembre. Esta se presentará exclusivamente a través de SUNAT Virtual, utilizando el Formulario Virtual N° 1609, para lo que se seguirá el siguiente procedimiento:

- Se ingresará a SUNAT Virtual, accediendo a la opción «Operaciones en Línea» y siguiendo las indicaciones que muestra el sistema.
- Se ubicará el Formulario Virtual N° 1609, ingresándose necesariamente todos los datos solicitados en dicho formulario.
- Se imprimirá la Constancia de Autorización, una vez que el sistema haya procesado la información. Al respecto debemos indicar que la autorización o denegatoria se obtiene de manera inmediata una vez ingresados los datos.

Tratamiento Tributario de las excepciones a las retenciones y/o pagos a cuenta del Impuesto a la Renta de cuarta categoría - Marco Mejía Acosta

Debe tenerse en cuenta que la autorización de la suspensión de las retenciones y/o pagos a cuenta por rentas de cuarta categoría se acreditará con la Constancia de Autorización, y tendrá vigencia hasta finalizar el ejercicio gravable en que se otorgó, salvo que el contribuyente se encuentre obligado a reiniciar sus pagos a cuenta o sujeto a retenciones. Dicha constancia es el medio que acredita la autorización de la suspensión de las retenciones y/o pagos a cuenta del IR por rentas de cuarta categoría, y deberá tener la siguiente información:

- Número de orden de la operación mediante la cual se emite.
- Resultado de la solicitud.
- Identificación del contribuyente.
- Fecha de presentación de la solicitud.
- Ejercicio por el cual se solicita la suspensión.

Dicha suspensión operará, en el caso de retenciones, a partir del día siguiente de su autorización. Respecto a los pagos a cuenta regirá a partir del periodo tributario en que se autoriza la suspensión.

**- Presentación excepcional de solicitud en las Oficinas de SUNAT**

Cuando la solicitud hubiera sido rechazada en SUNAT Virtual debido a que los ingresos exceden los límites establecidos en la Resolución (S/. 24,150 ó S/. 30,188, según corresponda), el contribuyente podrá presentar una nueva solicitud en las dependencias de la SUNAT a nivel nacional, siempre que:

- a) Invoque que la SUNAT ha omitido considerar ingresos, saldos a favor, pagos a cuenta o retenciones declaradas, así como declaraciones juradas originales o rectificatorias presentadas.
- b) No haya transcurrido más de treinta (30) días calendario desde la fecha del rechazo de la solicitud en SUNAT Virtual.

A su vez, cuando el servicio de SUNAT Virtual no se encuentre disponible, podrá presentar la solicitud en los lugares referidos.

En estos casos, el contribuyente utilizará el Formato denominado «Guía para efectuar la Solicitud de Suspensión de Retenciones y/o Pagos a Cuenta», anexo a la Resolución, el mismo que se encontrará a disposición en SUNAT Virtual o podrá ser fotocopiado.

De autorizarse la suspensión, la SUNAT otorgará una Constancia de Autorización, que estará vigente hasta el último día calendario del mes subsiguiente al de su otorgamiento, el cual no podrá exceder del ejercicio gravable respectivo. Sin embargo, el contribuyente podría continuar con la suspensión siempre

Tratamiento Tributario de las excepciones a las retenciones y/o pagos a cuenta del Impuesto a la Renta de cuarta categoría - Marco Mejía Acosta

que cumpla con regularizar la presentación de la Solicitud en SUNAT Virtual, de acuerdo a lo señalado anteriormente.

**b) Consulta del resultado de la Solicitud**

Cuando las Constancias de Autorización fueron otorgadas en SUNAT Virtual, los contribuyentes y los agentes de retención podrán verificar el resultado de la Solicitud consultando a través del mismo medio virtual, indicando el número de RUC del contribuyente y de la operación que figura en la referida constancia.

A su vez, en el caso de Constancias de Autorización otorgadas en las dependencias de la SUNAT o en los Centros de Servicios al Contribuyente, la consulta se efectuará en la Central de Consultas de la SUNAT, indicando únicamente el número de RUC del contribuyente.

**c) Obligación de mostrar y/o entregar la Constancia de Autorización**

Con el fin de que no se les efectúen las retenciones del IR, los contribuyentes deberán cumplir con lo siguiente:

- a) Tratándose de las Constancias de Autorización obtenidas a través de SUNAT Virtual, deberán entregar al agente de retención una impresión vigente o una fotocopia de la misma.
- b) Tratándose de las Constancias de Autorización otorgadas en las dependencias de la SUNAT o en los Centros de Servicios al Contribuyente, deberán exhibir al agente de retención el original de la Constancia de Autorización vigente y se le entregará una fotocopia de la misma.

---

<sup>(1)</sup> Al haberse derogado los párrafos tercero y cuarto del artículo 86° de la LIR, las normas reglamentarias publicadas con posterioridad a tal derogación, y que establecieron los supuestos para eximir de la obligación de efectuar retenciones y/o pagos a cuenta del IR de cuarta categoría, carecerían de sustento constitucional y legal, debido a que el nuevo texto ya no facultaba a suspender las indicadas retenciones y/o pagos a cuenta (Ver «Perceptores exclusivos de rentas de cuarta categoría», en *Análisis Tributario*, N° 157, febrero, Lima, 2001, pp. 14-16.

<sup>(2)</sup> Una versión previa fue publicada en el *Informe Tributario* de enero de 2007.

<sup>(3)</sup> Asimismo, de las rentas de cuarta y quinta categorías se podrán deducir anualmente un monto fijo equivalente a 7 UIT. Los contribuyentes que obtengan rentas de ambas categorías solo podrán deducir el monto fijo por una vez.

<sup>(4)</sup> Ver «Últimas modificaciones sobre impuesto a la renta», en *Análisis Tributario*, N° 216, enero, Lima, 2006, pp. 23-24.

<sup>(5)</sup> Debe tomarse en cuenta que el decreto se refiere a «iniciar actividades» mientras que la resolución indica, de manera menos técnica, «percibir rentas de cuarta categoría a partir de», capaz bajo una interpretación de lo señalado en el artículo 1° de la R. de S. N° 210-2004/SUNAT, que define lo que se entiende por fecha de inicio de actividades.

<sup>(6)</sup> Ver la nota anterior.

<sup>(7)</sup> Cabe señalar que en el artículo 5° del Decreto se hace referencia a «ingresos proyectados del ejercicio», lo que -conforme a la misma norma y a la resolución- se acaba entendiendo como ingresos proyectados del «periodo de referencia».

<sup>(8)</sup> Hasta que ello ocurra, consideramos que la UIT a utilizar sería la correspondiente al ejercicio en que se presente la solicitud de suspensión de retenciones y/o pagos a cuentas, puesto que tanto el decreto como la resolución aluden al IR que corresponda por el ejercicio, entiéndase «ejercicio gravable». Al parecer, la Sunat sería de la misma opinión, conforme se puede apreciar de los casos prácticos sobre el tema presentados en Sunat Virtual.





---

**DERECHO  
CONSTITUCIONAL**



# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Mijail Mendoza Escalante<sup>(\*)</sup>

## SUMARIO:

I. Introducción. II. El efecto horizontal. III. El problema de construcción: la forma del efecto normativo. IV. El problema de colisión. V. Los derechos fundamentales con efectos horizontales y supuestos de *Drittwirkung*. VI. Reflexión final.

## I. INTRODUCCIÓN

La problemática del efecto horizontal de los derechos fundamentales o eficacia frente a terceros de los mismos (*Drittwirkung der Grundrechte*) consiste fundamentalmente en saber si los derechos fundamentales vinculan las relaciones jurídicas privadas. La relación jurídica privada en la que los sujetos intervinientes tienen entre sí un mandato, obligación o permiso derivado de derechos fundamentales. ¿Cómo se plantea el efecto de los derechos fundamentales o, en términos de la Constitución de 1993, de los derechos constitucionales, en las relaciones jurídicas privadas en el ordenamiento constitucional peruano?, ¿se ha planteado, realmente, este problema en la Constitución peruana?

Como veremos, este problema también se presenta en el ordenamiento jurídico peruano. El hecho de que éste admita los procesos constitucionales de tutela de derechos como el hábeas corpus, hábeas data y el amparo no sólo frente a actos de autoridades, sino también de particulares, no significa que este problema se halle ausente. Por el contrario, él también se plantea, aunque, ciertamente, con matices respecto de la forma en la que se presenta en el ámbito donde surgió esta discusión: Alemania.

Los efectos horizontales de los derechos fundamentales constituye un problema de derecho sustantivo: la resolución de una controversia de derecho privado en base a derechos fundamentales, o, expuesto en otros términos, si los particulares son sujetos destinatarios de los derechos fundamentales. Cabe señalar, que aunque tiene implicancias procesales, no es un tema procesal. Por el

---

<sup>(\*)</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, diplomado como especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, asesor del Tribunal Constitucional de Perú.

contrario, al ser un problema de derecho sustantivo, se plantea independientemente del proceso, constitucional u ordinario, en cuya sede haya sido planteado. Es la naturaleza de la controversia la que resulta determinante. De esta forma, tanto los jueces competentes en materia ordinaria (civil, comercial, cooperativa, laboral) como el juez constitucional o Tribunal Constitucional conocen casos de esta naturaleza.

Para el tratamiento del efecto horizontal de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano, proyectaremos nuestro análisis en los tres aspectos en los que se suele descomponer este problema: a) el de si existe o no estos efectos horizontales; b), cómo se despliegan (*problema de construcción*) y, finalmente; c), en qué medida o intensidad se proyectan esos efectos (*problema de colisión*)<sup>(1)</sup>. El objeto de esta parte del trabajo es específicamente la descripción de la respuesta que el ordenamiento peruano ha dado a estos interrogantes y, en particular, la de su Tribunal Constitucional, finalizando con una breve observación a los supuestos de efectos horizontales y las vías de protección de derechos fundamentales en estos casos.

## II. EL EFECTO HORIZONTAL

La Constitución peruana no contiene una disposición que explicita la eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales.<sup>(2)</sup> Sin embargo, partiendo de la interpretación de algunas de sus disposiciones y de la que de ella ha hecho el Tribunal Constitucional, se puede afirmar que, en efecto, los derechos constitucionales proyectan su fuerza normativa al ámbito de las relaciones entre particulares. Tres disposiciones constitucionales permiten inferir dicho efecto como vigente en nuestro ordenamiento jurídico que, como veremos luego, son los que emplea el Tribunal Constitucional<sup>(3)</sup>:

- El principio de dignidad de la persona.
- El principio de primacía de la Constitución.
- La procedencia del amparo contra actos u omisiones provenientes de particulares.

De modo análogo a la fundamentación que Nipperdey<sup>(4)</sup> y Leisner<sup>(5)</sup> formulan respecto a la Ley Fundamental (Alemania), el efecto en terceros halla en la dignidad de la persona un argumento a favor. La dignidad constituye un principio fundamental del ordenamiento constitucional peruano que inferimos de las referencias que a él hacen los artículos 1º y 3º de Constitución.<sup>(6)</sup> En efecto, el artículo 1º establece lo siguiente: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.» Por su parte, el artículo 3º lo menciona como principio del que pueden derivarse derechos fundamentales innominados.

El significado jurídico político de este principio es el reconocimiento del valor central de la persona en el Estado peruano, lo cual, implica que el Estado y el propio orden social se justifican o legitiman su razón de ser en la consecución de este principio. Desde una perspectiva más jurídico constitucional trae consigo dos consecuencias: en cuanto «fin supremo» impone la protección y promoción de la persona y, por otro lado, que esa proyección no se circunscribe respecto al Estado, sino también a la sociedad, pues el respeto de la dignidad se impone, según el citado artículo 1º, como «fin supremo de la sociedad y del Estado». Ahora bien, protección y promoción de la dignidad de la persona se manifiesta en la protección y promoción de los derechos fundamentales. Por esto, el «respeto de la dignidad» al que alude la Constitución es, justamente, el que se debe a los derechos fundamentales. Este «respeto» significa jurídicamente sujeción, *vinculatoriedad*, a aquéllos. Por otra parte, si como señalamos antes, el principio de dignidad de la persona se proyecta también al Estado-sociedad, además del Estado aparato, resulta que no sólo es éste el sujeto destinatario de los derechos fundamentales, sino también la sociedad en general, vale decir, los particulares. Es por esto que las relaciones jurídicas que se dan en este ámbito y, en cuanto tales, son justamente de derecho privado, se hallan vinculadas, o, han de «respetar» los derechos fundamentales.

El principio de primacía de la Constitución<sup>(7)</sup> no significa sólo la primacía de ella respecto al resto de normas de ordenamiento jurídico (Artículo 51º Const.) y la consiguiente subordinación de éstas a aquéllas, sino también que, en cuanto fuente de derecho, sus normas vinculan al Estado y a la sociedad. En efecto, la Constitución establece en su artículo 38º que «*Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.*» Así, en el respeto y cumplimiento de la norma fundamental impuestos a todos los peruanos, se está enunciando la vinculatoriedad de éstos a dicha norma y, desde luego, a los derechos fundamentales contenidos en ella.

Finalmente, en coherencia con lo anterior, los procesos constitucionales de tutela derechos como el hábeas corpus, amparo y hábeas data, proceden contra lesiones provenientes de particulares así como de autoridades (Artículo 200º, incisos 1, 2 y 3). El que se reconozca legitimación procesal pasiva a los particulares o «personas» presupone que éstas están vinculadas a los derechos fundamentales y, de allí, que la protección procesal de éstos se oriente también contra lesiones de particulares. Por esta razón, habría que precisar que no es que en la Constitución peruana hay efectos en terceros porque el amparo procede contra particulares, sino, a la inversa, que justamente esa procedencia se debe a la existencia de efectos horizontales de derechos fundamentales. Así las co-

sas, la circunstancia procesal descrita es sólo consecuencia de la admisión implícita por el ordenamiento constitucional de la eficacia horizontal.

El Tribunal Constitucional peruano ha afirmado, el efecto interprivados de los derechos fundamentales. Sin embargo, puede advertirse dos etapas en el desarrollo argumentativo del mismo. Inicialmente, no se plantea la necesidad de fundamentarlo y lo da por admitido. Esto resulta perfectamente comprensible en el ordenamiento jurídico peruano desde la consideración procesal señalada antes. Asimismo, no efectúa un pronunciamiento global sobre el problema, sino que se refiere concretamente a la vinculación al derecho al debido proceso y sus diversas variables en el ámbito de los procedimientos disciplinarios efectuados en entes corporativos privados.

La primera sentencia es de 12 de diciembre de 1996 recaída en el caso Arnillas Gamio (Exp. N° 067-93-AA/TC), en ella el Tribunal Constitucional se expresó en los siguientes términos:

«no es argumento válido para desestimar la presente demanda, el empleado por el Club emplazado, que sostuvo que ‘la sanción adoptada por la Junta Calificadora y de Disciplina en el caso del demandante respondió a los estatutos del Club (...) y que es meridianamente claro que ese proceso (disciplinario) no puede ser considerado bajo las formalidades propias de un juicio o procedimiento judicial’, lo que *no parece aceptable*, por cuanto el respeto de *las garantías del debido proceso, no puede soslayarse*, de modo que *también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado*, como el desarrollado por el Club demandado; (...)» (cursivas nuestras).<sup>(8)</sup>

El artículo 235° de la Constitución peruana de 1979 que estaba vigente al momento de los hechos materia del proceso enunciaba bajo la denominación «garantías de la administración de la justicia», entre otros aspectos, el derecho al debido proceso y los derechos que éste, a su vez, comprende. De una lectura literal de la norma si se entiende que la «administración de justicia» es exclusiva del Estado e incluso, en función de una interpretación sistemática - formal - de la disposición citada -su ubicación en el capítulo concerniente al Poder Judicial- habría que concluir en que, en principio, dicha Constitución no proyectaba el efecto del derecho al debido proceso y sus componentes a los procedimientos disciplinarios en personas jurídicas de derecho privado. Sin embargo, en aplicación de una interpretación *pro homine* y orientada a la *vis expansiva* de los derechos fundamentales, el Tribunal reconoce que este tipo de derechos «también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento dis-

ciplinario privado». La aplicación ulterior de este principio a casos similares ya en aplicación de la Constitución vigente de 1993 y, concretamente del artículo 139º de ésta que enuncia el derecho al debido proceso y sus variables, no ha variado.

Esta fase inicial se caracteriza por la resolución y la admisión de un significativo número de acciones de amparo justamente contra sanciones disciplinarias por entes corporativos privados (asociaciones, cooperativas, etc.) que continúan la línea argumentativa trazada en el caso Arnillas Gamio y se prolonga hasta el inicio de una segunda fase donde el Tribunal intenta fundamentar este efecto interprivados de derechos fundamentales. Aunque puede hallarse una sentencia anterior de fundamentación análoga<sup>(9)</sup>, esta fase puede representarse con la sentencia de 11 de julio de 2002, en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, donde se cuestionaba el despido unilateral del que habían sido objeto los miembros del sindicato recurrente y se alegaba la lesión del derecho al trabajo y la libertad sindical. En esta ocasión el Tribunal se planteó el problema constatando que se trataba de un caso de eficacia horizontal y que debía ser abordado en ese contexto<sup>(10)</sup>. El efecto horizontal de los derechos fundamentales es expresado en estos términos<sup>(11)</sup>:

«La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38º de la Constitución, ‘Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)’. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su *fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, (...)* En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional» (Fund. N° 6) (cursiva nuestra).

Ahora bien, como se anticipó, las premisas constitucionales que le permiten afirmar el efecto horizontal radican en el principio de primacía de la Constitución, la dignidad de la persona y la legitimación procesal pasiva en los procesos de tutela de derechos. En la sentencia inmediatamente citada es el principio de primacía de la Constitución y la consideración de su fuerza normativa



de la que deriva el efecto horizontal. El Tribunal Constitucional parte del reconocimiento del principio de primacía de la Constitución y, deriva de ello que, cuando el artículo 38º alude al cumplimiento de la Constitución por los particulares, significa ello la vinculatoriedad de las relaciones jurídicas privadas a los derechos fundamentales o, lo mismo, que dicha vinculación se proyecta también a las relaciones entre particulares. Se explica esto cuando sostiene que «la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares». Luego de ello infiere que «cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos (a los derechos fundamentales), (...), resulta inexorablemente inconstitucional.» Quiere decir esto que si el acto particular es contrario a derecho fundamental alguno, deviene en inválido o ilícito. Esta línea de argumentación es seguida en una sentencia importante a la que luego glosamos.<sup>(12)</sup>

Es recientemente en sentencia de 13 de marzo de 2003, en el caso Llanos Huasco (Exp. 976-2001-AA/TC), donde emplea el principio de dignidad. De modo similar a lo que en su momento sostuvo Nipperdey y Leisner<sup>(13)</sup>, aunque asumiendo también la concepción de los derechos fundamentales como ordenamiento valorativo objetivo del Tribunal Constitucional alemán, cuya sentencia del caso Lüth cita además, considera el Tribunal peruano que:

«(...), esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1º de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que 'La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado'.» (Fundamento número 5, octavo párrafo).

Por último, esta misma sentencia alude al argumento procesal de la legitimación pasiva. Señala que además de los artículos 1º y 38º ya citados, esta circunstancia se orienta también en la dirección del efecto interprivados. Sostiene:

«Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones y omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones *inter privatos* y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos.» (Fundamento número 8, 2do. párrafo).

### III. EL PROBLEMA DE CONSTRUCCIÓN: LA FORMA DEL EFECTO NORMATIVO

Si la Constitución vigente no contiene disposición expresa respecto al efecto horizontal de los derechos fundamentales, tampoco, como es lógico, precisa si el efecto ha de ser directo o indirecto. Sin embargo, el Tribunal, en la citada sentencia del caso Llanos Huasco, ha afirmado que se trata de una eficacia directa, aunque, precisando que ello no significa «que el juez constitucional pueda realizar un control de la misma intensidad como la que normalmente se realiza en los actos que emanan de los poderes públicos. (...)» (sic) (Fundamento número 8, 3er párrafo).<sup>(14)</sup> Este matiz de la intensidad de control que efectúa se proyecta ya sobre el modo de resolver el problema de colisión, por lo que puede afirmarse que según la jurisprudencia constitucional peruana, el efecto horizontal de los derechos fundamentales es directo o inmediato<sup>(15)</sup>.

Ahora bien, lo que el Tribunal Constitucional entiende como efecto directo de los derechos fundamentales, puede ser comprendido con mayor claridad cuando, en la sentencia del caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, refiriéndose a la fuerza normativa de la Constitución -que la deriva del artículo 38º de ésta- alude específicamente a lo que denomina como su «fuerza regulatoria de relaciones jurídicas (...) entre particulares» (F. 6).<sup>(16)</sup> Esta afirmación no significa sino reconocerlos como auténticas «normas de conducta». Es decir, con aptitud prescriptiva de mandatos, prohibiciones o permisiones en las relaciones jurídicas privadas. Así, a la fuerza activa y pasiva de los derechos fundamentales sobre el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, se añade esta denominada «fuerza regulatoria». De este modo, la opción de atribuir efecto indirecto a los derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas, entendiendo como tal el que despliegan a través de conceptos jurídicos abiertos o cláusulas generales del derecho privado y el que opera por medio de la interpretación de las normas jurídico privadas, ha sido, por lo menos hasta el momento, descartada. En este sentido, habría que concluir que para el Tribunal Constitucional el efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas no se halla condicionado ni circunscrito a un efecto indirecto en el sentido antes descrito.

Ciertamente, esto no va en desmedro de reconocer la función interpretativa de los derechos fundamentales en la interpretación de la ley y del ordenamiento infraconstitucional en general. En nuestro concepto, de efecto indirecto de derechos fundamentales, en sentido estricto, sólo puede hablarse del que despliegan en la *función interpretativa* respecto al resto de normas del ordenamiento infraconstitucional. Esto es, cuando ante la interpretación de una disposición jurídica -la que fuere- que ofrece diversas posibilidades interpretativas -

normas-, el derecho fundamental relevante impone la adopción de la que lo optimice de mejor forma. Se está aquí ante la denominada «eficacia irradiante» (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales. Sin embargo, la admisión de esta función no se yuxtapone ni sustituye al efecto «regulatorio» de aquéllos. En este último el derecho fundamental interviene como parámetro de una conducta o de una relación jurídica privada, mientras que en el efecto interpretativo interviene como parámetro de la interpretación de una norma. En un caso como «norma de conducta» o «norma primaria», en el segundo, como «norma sobre la producción de normas» o «norma secundaria».

Ahora bien, la admisión de este efecto no obsta al propio Tribunal en reconocer la intermediación de la Ley.<sup>(17)</sup> Ésta tiene una función delimitadora y limitadora del contenido del derecho, sin embargo ello no conduce a que termine por suplantarse al derecho fundamental porque, conforme él mismo lo indica, la ley ha de respetar su contenido esencial (se alude al «contenido constitucionalmente protegido» F. 7, 1er párrafo). La intermediación de la ley no elimina ni excluye la intervención del derecho fundamental como parámetro de conducta. Por el contrario, la concretización del contenido de un derecho y su limitación contribuyen a precisar sus alcances, pero esa función también la desenvuelve a menudo la jurisprudencia constitucional, máxime en ausencia de desarrollo legislativo de los derechos. Un ejemplo ilustrativo de esto puede verse en la determinación del contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio a través del Código Penal o del Código Civil, situación que puede extenderse a otros derechos fundamentales, bajo la advertencia que, ciertamente, ello no agota su contenido constitucional.

Si volvemos al caso Arnillas Gamio, por referirnos sólo al caso inicial donde se emplaza el problema de efectos horizontales, se aprecia que el Tribunal Constitucional proyecta el efecto regulatorio del derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa, al ámbito del procedimiento sancionatorio en una persona jurídica de derecho privado. La aplicación del derecho al debido proceso se efectúa de modo directo. Este *modus operandi* ha sido continuado hasta hoy sin ruptura en los procesos de amparo contra actos sancionatorios de entes corporativos privados<sup>(18)</sup>, habiendo, incluso afirmado, en el caso Cárdenas Torres, con relación al derecho de defensa, que «no se puede argumentar que no era necesario iniciar procedimiento alguno para sancionar al demandante, dado que *aunque el Estatuto de la emplazada no contiene ninguna norma sobre el particular*, dicho documento no puede estar por encima de la Constitución (...), ni tampoco ignorar los derechos fundamentales que ella reconoce.»<sup>(19)</sup> Dentro de esta perspectiva, resulta claro que aún cuando el estatuto de la persona jurídica no estableciera normas que regularan el procedimiento

sancionatorio con el propósito de garantizar el derecho al debido proceso, éste y, por tanto, los derechos y principios que lo componen, han de aplicarse directamente.

#### IV. EL PROBLEMA DE COLISIÓN

Las colisiones entre derechos fundamentales en los casos de efectos horizontales, según el Tribunal Constitucional, han de resolverse considerando la diversa «intensidad» que ellos despliegan respecto al Estado. Ahora bien, en su concepto, además de considerar este matiz de «intensidad», en estos casos, corresponderá la aplicación del principio de «proporcionalidad y razonabilidad».<sup>(20)</sup> Así, las operaciones que han de efectuarse para resolver los problemas de colisión en las controversias jurídicas privadas deberán resolverse, así hay que entenderlo, de acuerdo al principio de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*) en sus tres variantes de adecuación (idoneidad), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Esto ha sido afirmado por el Tribunal Constitucional, concretamente, respecto al ejercicio de las potestades de dirección del empleador respecto a los derechos constitucionales del trabajador. En su concepto, si bien la empresa empleadora «dispone de *potestades empresariales de dirección y organización* y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas *deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador.*»<sup>(21)</sup> Situación que implica que «las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, *no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable*»<sup>(22)</sup> (cursiva nuestra).

Algunos casos resueltos por el Tribunal Constitucional muestran el empleo del principio de proporcionalidad en su variante de *necesidad*, con el propósito claro de hallar una *concordancia práctica* de los elementos en colisión. Un caso de singular interés es aquel donde la controversia consiste en la colisión entre libertad de tránsito y potestad sancionatoria privada de una asociación<sup>(23)</sup>. La aplicación de una sanción –suspensión de la condición de socio– traía consigo el impedimento de acceso a su propiedad. La conclusión a la que arriba el Tribunal Constitucional es que su condición de propietario (derecho de propiedad) no podía verse afectado por la sanción de suspensión. Este caso fue resuelto en aplicación del principio de proporcionalidad y, concretamente, como se advierte, en su variante de necesidad. En él se razonó en el sentido de que «el recurrente es propietario de un inmueble, cuyo derecho de acceder a él no se podía ver en modo alguno afectado como consecuencia de aquélla (...)». Concluye en que, por la razón antes mencionada, dicha sanción «no alcanza [...] a la libertad de acceder al domicilio». El Tribunal Constitucional considera

razonable la sanción de suspensión del asociado en función de la infracción cometida, empero, objeto que aquélla tenga que ser afectada. Como consecuencia, el ámbito legítimo de aplicación de la sanción no podrá afectar el derecho a la libertad de tránsito como tampoco el derecho de propiedad.

Otro caso es el de la instalación de dos tranqueras para el control de acceso a una urbanización, una eléctrica operada con una tarjeta magnética para uso exclusivo de los miembros de una asociación, la otra mecánica operada por el personal de vigilancia para uso de personas residentes mas no asociadas y para el resto de personas.<sup>(24)</sup> El afectado -un residente no asociado- alegaba que la asociación al haber instalado este sistema afectaba el derecho a la igualdad, la libertad de tránsito y el derecho de asociación (en su vertiente negativa de no asociarse). Por su parte, la asociación demandada la justificaba «en resguardo de la seguridad, tranquilidad y patrimonio de todos los vecinos», alegación que el Tribunal Constitucional la va a reconducir al derecho a la seguridad personal (Artículo 2, inc. 24), añadiendo, además, el derecho de asociación (en su vertiente positiva de facultad de asociarse). Para el Tribunal Constitucional «no es razonable que quienes han decidido no asociarse o son simplemente visitantes de la Urbanización (...), tengan que recibir un trato distinto en un sistema que precisamente se ha edificado sobre un bien que, (...), es para uso de todas las personas». El Tribunal Constitucional no encuentra fundamento del diferente trato del que son objeto las personas «no asociadas» o «visitantes» con respecto del colectivo formado por los asociados. En su concepto, la diferencia de trato se justifica si se sustenta en «razones objetivas» y «no es utilizada en forma tal que desnaturalice otros derechos fundamentales» (F.4, acápite «h»), situación que no habría sucedido en el caso comentado. Pero, intenta encontrar un punto de concordancia práctica entre el derecho a la seguridad de los asociados con el derecho a la igualdad. Afirma que al emitir la sentencia correspondiente, la decisión que haya de adoptar «tampoco debe suponer crear un perjuicio mayor que aquél que se trata de evitar» y que «es perfectamente legítimo que las personas se asocien o establezcan, sin necesidad de asociarse, un sistema de seguridad, el Tribunal considera que, al cuestionarse en la presente demanda, el trato discriminatorio (...), es ese trato el que únicamente debe evitarse.» (F. 5)

Lo que el Tribunal Constitucional sostiene es que el ejercicio del derecho de asociación o del derecho a la seguridad no debe lesionar el derecho a la igualdad, evitándose el «trato discriminatorio», pues, en el contexto del caso, «es ese trato el que únicamente debe evitarse» (F. 5). La fórmula es que los medios con los que pueda garantizarse el derecho a la seguridad y el de asociación sean, frente a otros posibles - como el propio descalificado por el Tribunal Constitucional -, no gravosos del derecho a la igualdad.

Otro caso es el del conflicto entre el derecho a la tranquilidad frente a la libertad de trabajo. Se trata de un centro de esparcimiento que ocasionaba una elevada magnitud de contaminación acústica (99 decibelios) de alrededores del mismo<sup>(29)</sup>. El Tribunal Constitucional considera que el ruido lesionaba el derecho a la tranquilidad del demandante, pero, pese al petitorio expreso de aquél, no ordena la clausura del centro de esparcimiento, sino, por el contrario, opta por una fórmula en la que la protección del derecho a la tranquilidad resulta compatible con la protección del derecho a la libertad de trabajo. Se trata de una clara aplicación del principio de concordancia práctica. Considera que en el centro de esparcimiento se realiza otras actividades «que se enmarcan dentro de la legalidad (...) y que (...) le asiste el derecho al trabajo y a la empresa siempre que su derecho no afecte el de otros.» (F. 9) y, por ello, no ordena su clausura, sino únicamente «que deje de perturbar la tranquilidad del demandante por la contaminación sonora». En este supuesto, se refleja la aplicación del principio de necesidad –como variable del principio de proporcionalidad– ya que se busca una alternativa que no conduzca a la imposibilidad del ejercicio de la libertad de trabajo del propietario del establecimiento.

#### **V. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CON EFECTOS HORIZONTALES Y SUPUESTOS DE DRITTWIRKUNG**

En principio, los derechos constitucionales que pueden generar un problema de efecto horizontal en el ordenamiento constitucional peruano pueden ser los siguientes:

- Libertad de tránsito
- Inviolabilidad de domicilio
- Libertad de religión
- Intimidad
- Honor y buena reputación
- Libertad de expresión
- Libertad de información
- Derecho de rectificación
- Libertad artística
- Libertad científica
- Igualdad
- Libertad de educación
- Libertad (y derecho) de trabajo

Los Derechos Fundamentales en las relaciones entre  
particulares – Mijail Mendoza Escalante

- Libertad de contratación
- Asociación
- Libertad sindical
- Propiedad
- Medio ambiente equilibrado y adecuado

Las controversias sobre efectos horizontales de derechos constitucionales se darán cuando se haya lesionado cualquiera de los derechos antes enunciados (presupuesto procesal objetivo) y en cualquiera de los supuestos que, según entendemos, dan lugar a controversias típicas de efectos horizontales, es decir, con respecto a:

- a) Actos jurídicos sustentados en la autonomía privada. Incluye todo tipo de actos, unilaterales, bilaterales, plurilaterales, así, los contratos, constitución de personas jurídicas<sup>(26)</sup> y demás actos que se efectúan en base al artículo 140° del Código Civil<sup>(27)</sup>;
- b) Sanciones disciplinarias privadas. Las aplicadas por los entes corporativos de derecho privado o los empleadores;
- c) «Actos administrativos de autoridades privadas o particulares»;
- d) Normas privadas. Así, los estatutos, reglamentos de estatutos, convenios colectivos, reglamentos de empresa, etc.<sup>(28)</sup> y, finalmente;
- e) Actos antijurídicos. Actos que devienen en ilegales aún cuando, ab initio, son manifestación o ejercicio de derechos fundamentales o legales, así, las consecuencias del ejercicio de la libertad de trabajo o de la libertad de empresa con respecto al derecho a la tranquilidad o el medio ambiente, el derecho a la seguridad frente al derecho a la igualdad, la libertad de tránsito frente al derecho a la integridad, etc.

Desde luego, debe aclararse que el supuesto de normas privadas contrarias a derechos fundamentales no puede ser cuestionado de modo directo, justamente, debido a su condición de norma, sin embargo, sí podrá serlo indirectamente, cuando su aplicación suponga lesión del derecho fundamental con el que dicha norma es incompatible.<sup>(29)</sup>

La invalidez de los actos antes señalados en el ordenamiento jurídico peruano, en el supuesto de que sean contrarios a los derechos fundamentales se deriva de la vinculación de particulares hacia estos derechos, en los términos antes expuestos. De modo específico, con relación a la invalidez de los actos sustentados en la autonomía privada, podría decirse que ella deriva, además, de la omisión a la observancia que deben a las normas de



orden público como condición de su propia validez tal como el mismo Código Civil lo establece en su artículo V (Título Preliminar)<sup>(30)</sup>. En el Estado constitucional configurado por nuestra norma fundamental y a la luz de lo precedentemente expuesto, resulta claro que el concepto de «orden público» aludido por el citado artículo V de nuestro Código Civil debe ser interpretado, justamente, como *orden público constitucional* y, en tal sentido, como alusivo a los derechos fundamentales que conforman nuestro ordenamiento constitucional.<sup>(31)</sup> Es en esta línea que el propio Tribunal Constitucional ha entendido que los derechos constitucionales «forman parte esencial del *orden público constitucional*».<sup>(32)</sup> Por esta razón, si conforme a la citada disposición del Código Civil se está condicionando la validez de los actos jurídicos sustentados en la autonomía privada a su respeto a las normas de orden público, ello no significa sino condicionar su validez a la observancia de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, no puede causar asombro y tampoco objeción jurídica, el hecho de que «todo» acto jurídico sustentado en la autonomía privada tenga como condición de su validez la observancia de derechos fundamentales y, por ello, pueda ser susceptible de control a la luz de este parámetro.

Por su parte, también en un ámbito específico, la invalidez de los actos normativos o normas privadas se sustentará en el principio de primacía de la Constitución (la Constitución prevalece sobre toda otra norma, estatal o privada), concretamente, en nuestro caso, en su artículo 51°. El resto de actos (sancionatorios, administrativos particulares, actos ilícitos), en el supuesto de que sean contrarios a derechos fundamentales, devendrán inválidos en mérito a la vinculatoriedad que a estos derechos deben los particulares en mérito al citado artículo 38° de la Constitución.

En resumen, todos los actos provenientes de los cinco tipos descritos y que lesionan derechos fundamentales, configuran, supuestos o casos de efectos horizontales de éstos. Esto tiene importancia a efectos de precisar el concepto: «hechos» «por parte de cualquier» «persona» que «vulneran» «derechos constitucionales», que hallamos como presupuesto de procedencia de los procesos constitucionales de tutela de derechos (hábeas corpus, amparo, hábeas data) en la Constitución (Artículo 200°, incisos 1,2 y 3). Los «hechos» provenientes de personas o actos lesivos de particulares al que se alude constituyen, justamente, alguno de los supuestos descritos. Por esto, pueden ser objetados a través de este tipo de procesos, en especial, a través del amparo, siempre y cuando: a) vulneren o sean contrarios a derechos fundamentales, no a derechos legales<sup>(33)</sup> y, b), no haya cuestión probatoria que discutir<sup>(34)</sup>.



## VI. REFLEXIÓN FINAL

En el ordenamiento jurídico peruano se acepta sin mayor objeción los efectos horizontales de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha afirmado la existencia de tales efectos, su despliegue directo, aunque advierte que la ponderación deba efectuarse teniendo en cuenta la particular «intensidad» que, en principio, no sería igual a la que desarrolla frente al Estado. Es en este sentido que el ordenamiento constitucional peruano ha respondido a los tres interrogantes en los que se descompone el problema del efecto horizontal de derechos fundamentales. La orientación adoptada por el Tribunal Constitucional peruano resulta positiva para la afirmación y consolidación de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídico privadas. Con estas bases, es probable la elaboración paulatina de una *dogmática de derechos fundamentales del derecho privado* que halle el difícil punto de equilibrio en la colisión entre derechos fundamentales en general y, entre derechos fundamentales y autonomía privada, en particular. La afirmación de la fuerza normativa de los derechos fundamentales, su función de integración y su irradiación en el ordenamiento privado depende en buena medida de ello.

- 
- (1) Las denominaciones de dos de los problemas como de «construcción» y «colisión», lo hallamos en ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1995, p. 511. Plantean de este modo los problemas implicados en la problemática de los efectos horizontales: STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Beck, Munich, 1988, p. 1514: «si y en qué medida»; LEISNER plantea el problema de si hay efectos horizontales y el de la «forma de aplicación» en el despliegue de esos efectos (LEISNER, Walter, *Grundrechte und Privatrecht*, Beck, Múnich, 1960, pp. 306 y ss., 354 y ss., respectivamente.
- (2) Tal es el caso, como es sabido, del artículo 18.1 de la Constitución de Portugal de 1976.
- (3) Salvo indicación contraria, en lo que sigue, cuando aludimos a la Constitución, lo hacemos a la del ordenamiento jurídico peruano.
- (4) NIPPERDEY, Hans Carl, «Grundrechte und Privatrecht», en NIPPERDEY, H. C. (edit.), *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*, C.H. Beck'sche, Múnich-Berlín, 1962, pp. 17 y ss.
- (5) LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., pp. 139-151.
- (6) MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Los principios fundamentales del Derecho Constitucional Peruano*, Gráfica Bellido, Lima, 2000, pp. 187 y ss.
- (7) *Ibidem*, pp. 201 y ss.
- (8) Las sentencias del Tribunal Constitucional peruano citadas a lo largo de este trabajo pueden ser consultadas en internet en la siguiente dirección: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>. El criterio de búsqueda a emplearse puede ser el número de expediente o el nombre del caso que se consigna.
- (9) Se trata de la sentencia recaída en el caso Cossio Tapia y otros (Exp. 1112-1998-AA/TC) de 21 de enero de 1999, donde los recurrentes cuestionaban el despido del que habían sido objeto. En esta ocasión el TC sostuvo: «Que la tipicidad de la falta y el derecho de defensa, son aspectos constitutivos del debido proceso amparado por el inciso 3 del artículo 139º de la Constitución, en la medida que garantizan estándares mínimos de justicia que, junto a otros que lo conforman, hacen posible una tutela judicial válida y legítima. Por consiguiente, si conforme se afirmó en fundamentos anteriores, el acto de la demandada resultó lesivo de la tipicidad de la falta y del derecho de defensa, es además el derecho al debido proceso, el que ha resultado conculcado. Circunstancia esta que permite, a este supremo intérprete de la Constitución, reiterar la plena eficacia, *erga omnes*, de los derechos fundamentales de orden procesal, constitutivos del denominado Derecho constitucional procesal, también en el seno de las instituciones privadas –como es el caso de la demandada– en mérito a la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros, del que ellos se hallan revestidos, como todo derecho constitucional; por lo que, en consecuencia, cualquier acto que, dentro de aquel ámbito, pretenda conculcar o desconocerlos, como el de la demandada, resulta inexorablemente inconstitucional» (Fundamento número 6) (cursiva nuestra con excepción de *inter privatos*).
- (10) «Por esta razón, la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, como en la presente controversia, debe también plantearse tomando como base a la eficacia *inter privatos* de los derechos constitucionales» (Fund. N° 7) (cursiva nuestra).
- (11) Exp. 1124-2001-AA/TC
- (12) Caso Llanos Huayco, Exp. N° 976-2001-AA/TC, fundamento 5, penúltimo párrafo.
- (13) Vide *supra*, notas al pie 4 y 5.

## Los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares – Mijail Mendoza Escalante

- <sup>(14)</sup> Si bien en la misma sentencia se menciona que los derechos fundamentales tienen también efecto «indirecto», con ello se está refiriendo a la protección de derechos fundamentales a través de la jurisdicción ordinaria (vide sentencia del caso Llanos Huasco, cit., fundamento 9).
- <sup>(15)</sup> En sentido análogo, en el Caso Chávez Zúñiga, sentencia de 15 de octubre de 2002, Exp. N° 410-2002-AA/TC, fundamento 6, párrafo 4.
- <sup>(16)</sup> Sentencia del 11 de julio de 2002, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel.
- <sup>(17)</sup> Sentencia del 13 de marzo de 2003, caso Llanos Huayco, Exp. N° 976-2001-AA/TC.
- <sup>(18)</sup> Entre otras, de la reciente jurisprudencia, puede citarse las sentencias recaídas en los siguientes casos: Caso Pacheco Chávez, del 22 de diciembre de 2000, Exp. N° 713-2000-AA/TC; caso Calderón Díaz, del 23 de octubre de 2001, Exp. N° 101-2000-AA/TC; caso Beltrán Ramos, del 29 de noviembre de 2001, Exp. N° 083-2000-AA/TC; caso Noriega Gárate, del 20 de diciembre de 2001, Exp. N° 902-2000AA/TC; caso Valencia Campoverde, del 19 de junio de 2000, Exp. N° 484-2000-AA/TC; caso Ortega Pilares, del 9 de octubre de 2002, Exp. N° 1074-2001-AA/TC; caso Cárdenas Torres, del 9 de octubre de 2002, Exp. N° 1401-2001-AA/TC, etc.
- <sup>(19)</sup> Caso Cárdenas Torres, del 9 de octubre de 2002, Exp. N° 1401-2001-AA/TC, fundamento 3, cursiva nuestra. En sentido análogo, vide caso Quispe Huamán, del 23 de septiembre de 2003, Exp. 1612-2003-AA/TC, fundamento 5: «[S]i bien el Estatuto de la Asociación no ha establecido un procedimiento disciplinario sancionador, sin embargo, para el Tribunal Constitucional queda claro que el debido proceso –y los derechos que lo conforman, p. ej., el derecho de defensa– rigen la actividad institucional de cualquier persona jurídica».
- <sup>(20)</sup> Sentencia, caso Llanos Huasco, cit., fundamento 8, último párrafo, *in fine*.
- <sup>(21)</sup> Sentencia del 11 de julio de 2002, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel, fundamento 7.
- <sup>(22)</sup> Sentencia, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A., cit., fundamento 7.
- <sup>(23)</sup> Caso Pereyra Gram, Exp. N° 0362-02-HC/TC, sentencia del 18 de abril de 2002.
- <sup>(24)</sup> Caso Mamani Tejada, Exp. N° 481-2000-AA/TC, sentencia del 6 de diciembre de 2001.
- <sup>(25)</sup> Caso Vásquez Pérez, Exp. N° 0260-01-AA/TC, del 20 de agosto de 2002.
- <sup>(26)</sup> Esto explica perfectamente por qué resulta admisible desde el punto de vista constitucional la declaración de nulidad de la constitución de una persona jurídica que tiene como finalidad real (aunque no formal) la de practicar actos contrarios a derechos fundamentales que, ciertamente, encajan perfectamente como contrarios al orden público (art. V, Código Civil de Perú), tal como ha acontecido en la sentencia de 23 de enero de 2002, Exp. 21815-1999, expedida por el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima. El texto de esta importante sentencia puede verse en: <http://www.pucp.edu.pe/unid/facul/Clinica/docs/sentencia-disco.doc>.
- <sup>(27)</sup> Desde luego, en este ámbito, residen también las cláusulas generales de contratación.
- <sup>(28)</sup> Vide MENDOZA ESCALANTE, Mijail, «Potestad normativa privada y control de constitucionalidad», a publicarse en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 3, editada por el Tribunal Constitucional de Perú.
- <sup>(29)</sup> Se trata simplemente de la aplicación del control difuso o concreto de constitucionalidad, pero, ahora, proyectado como control de constitucionalidad al ámbito de una norma privada.
- <sup>(30)</sup> Cfr. el art. 219°, inc. 8, del Código Civil, también en el mismo sentido.
- <sup>(31)</sup> Sobre la concepción de la Constitución como componente del orden público al que alude el citado art. V del Código Civil, en particular, como «orden público material». (Vide MENDOZA ESCALANTE, Mijail, «El control de la constitucionalidad de normas estatutarias», en *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, N° 35, junio, 2002, pp. 43-44. El texto citado es la ponencia que sustentamos en la *VIII Convención Nacional Académica de Derecho*, el 22 de junio de 2000. En la citada sentencia del Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, de 23 de enero de 2002 (Exp. N° 21815-1999), se expresa el mismo concepto: «(...) en el presente las normas de orden público están constituidas por los derechos naturales de la persona humana, esto es la igualdad y a no ser discriminados como tales por cuestiones de raza o condición socioeconómica» (Considerando Decimotercero) (cursiva nuestra).
- <sup>(32)</sup> Caso Llanos Huasco, cit., fundamento 5, último párrafo. Vide también el caso Chávez Zúñiga, sentencia de 15 de octubre de 2002, Exp. N° 410-2002-AA/TC, fundamento 6, párrafo 4.
- <sup>(33)</sup> Vide caso Montori Alfaro, Exp. N° 328-2001-AA/TC, sentencia de 25 de septiembre de 2001 (con voto singular del Magistrado, Dr. Manuel Aguirre Roca), fundamento 2.
- <sup>(34)</sup> Como es sabido, este tipo de procesos carecen de estación probatoria. Cuestión diferente es que la apertura de estos procesos pueden conducir a una absorción de las controversias de derecho privado, especialmente, por el amparo. Sin embargo, esta consecuencia de orden procesal podría ser superada si se introduce el amparo constitucional articulado según el principio de subsidiariedad.



# EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Carolina Canales Cama<sup>(\*)</sup>

## SUMARIO:

I. Presentación. II. Problemas de relevancia constitucional. III. Las sentencias del Tribunal Constitucional. IV. Mecanismos propuestos para la ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional y recomendaciones. V. A modo de conclusión.

## I. PRESENTACIÓN

La Justicia Constitucional requiere ser analizada no sólo desde un plano teórico, sino fundamentalmente desde la práctica del funcionamiento de los Tribunales Constitucionales. Es decir, desde el impacto real de sus sentencias en el ámbito social y de las expectativas de los ciudadanos, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, en tanto garante y supremo intérprete de la Constitución.

Desde la normatividad constitucional peruana, resulta jurídicamente sostenible que el Estado no satisface su deber de garantía de los derechos fundamentales (artículo 44° de la Constitución), a través de la mera declaración de la conculcación de un derecho fundamental por el juez constitucional; sino que se debe ordenar el aparato estatal, dotándolo de los mecanismos necesarios para garantizar el efectivo goce los mismos (artículo 1° de la Constitución), que supone la plena reparación a través del cumplimiento de dicho pronunciamiento.

Mas, desde la normalidad constitucional, el estado actual de la cuestión en materia de ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional, está determinado por un significativo número de incumplimientos. Configurándose una causa actual de vulneración de derechos fundamentales esté representada por la resistencia de instituciones y funcionarios públicos o particulares a ejecutar el fallo dispuesto por el Tribunal Constitucional o por un juez ordinario en un proceso de tutela de derechos fundamentales (en el caso que el Tribunal Cons-

---

<sup>(\*)</sup> Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

titucional no conozca, en última o definitiva instancia, las «resoluciones denegatorias» de hábeas corpus, amparo, corpus data y acción de cumplimiento, conforme al artículo 202º inciso 2 de la Constitución Política<sup>(1)</sup>).

Es este marco constitucional que informa el presente trabajo, el mismo que busca, a partir de un diagnóstico de la problemática de la ejecución de las sentencias constitucionales en el Perú, brindar algunos criterios a fin de encontrar e implementar medidas correctivas de dicha situación.

## II. PROBLEMAS DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

### 2.1. Validez y Eficacia

El Derecho constitucional debe ocuparse del procedimiento mediante el cual se crean las sentencias, verificando que esté autorizado o señalado por las normas jurídicas pertinentes –la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–, y que se cumplan las condiciones que imponen. De esta forma el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, señala que:

«**Artículo 48º.**.-La sentencia expedida por el Pleno se convierte en tal al ser firmada por el número mínimo de Magistrados exigido por la ley. En el caso de la expedida por las Salas, debe contar con tres votos conformes. Sus efectos empiezan a regir desde el día siguiente a su notificación y, en su caso, publicación en el diario oficial «El Peruano».

La parte resolutive de las sentencias en los procesos que declaran fundada, total o parcialmente, la demanda de inconstitucionalidad de una ley, debe ser difundida, además, en dos diarios de circulación nacional.»

Sin embargo, para que el mandato concreto de las sentencia del Tribunal Constitucional exista, es decir, para que sea válido, no basta que deba ser creado «por un acto que es un hecho existente en el tiempo y en el espacio»<sup>(2)</sup> y conforme a las normas relativas a la emisión de sus actos<sup>(3)</sup>, sino que, las normas particulares que constituyen el orden jurídico (tales como, las disposiciones jurídicas contenidas de las sentencias constitucionales) se considerarán válidas si son, en todos los ámbitos, obedecidas y aplicadas, o sea, si tienen eficacia.

Y es que si bien validez y eficacia son conceptos diferenciados en el plano jurídico, pues «la validez significa que la ley debe ser obedecida y aplicada; la eficacia quiere decir que la ley es, en verdad, obedecida y aplicada»<sup>(4)</sup>. Sin embargo, no se puede soslayar, que la eficacia en sí misma es una condición de la validez, y que ambos conceptos se encuentren en una relación de mutua impli-

cancia, pues «al hecho de que una norma jurídica advenga efectiva, debe añadirse el hecho de que es creada por un acto, a fin de que la norma jurídica se mantenga válida»<sup>(6)</sup>.

Por ello, una sentencia del Tribunal Constitucional es una disposición que debe realizarse en razón a su propia validez, que deriva de haber sido creada de conformidad con el texto de la Constitución, así como con los valores y principios que ella consagra. Y ello es una exigencia que compromete a todos los operadores jurídicos y a los particulares, porque de lo contrario la sentencia perdería validez al no haber cobrado efectividad o haber dejado de ser efectiva.

Y es que en materia de la justicia constitucional, los límites entre la creación del Derecho mediante la sentencia y su aplicación efectiva, tienden a adquirir especial dinamismo y fluida implicación.

## ***2.2. Respecto a los supuestos de incumplimiento de las Sentencias del Tribunal Constitucional***

El problema de la ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional, no sólo comporta un debate doctrinal, sino también y sobre todo un problema práctico. Esto es, la capacidad de la Corte o el Tribunal para poder llevar al terreno de los hechos la decisión expuesta en términos concretos en su fallo.

En consecuencia, el incumplimiento de las sentencias constitucionales determina una omisión que debe ser objeto de acción en el marco de la política jurisdiccional del propio Tribunal, encaminada a la defensa efectiva del derecho constitucional conculcado. Se debe garantizar así, que el Tribunal Constitucional sea una instancia dotada del suficiente poder como para lograr que de manera cierta e indudable que sus resoluciones tengan vigencia en el caso concreto, en el marco de las competencias que le corresponden.

Ello, porque cuando el obligado a acatar un fallo lo desconoce, sea un funcionario público o un particular, no sólo viola el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino que se interpone en el libre acceso a la administración de justicia, en cuanto la hace imposible. Frustrando así, uno de los cometidos básicos del orden jurídico, y truncando las posibilidades de llevar a cumplir las finalidades a las cuales está orientado el proceso constitucional tramitado.

Por ello es responsable y debe ser sancionado, pero con su responsabilidad y sanción no queda satisfecho el interés subjetivo de quien ha sido víctima de la violación a sus derechos. Motivo por el cual, adelantamos la necesidad que el sistema previsto en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional deba ser

reglamentado, de forma que propicie una vía dotada de la suficiente eficacia para asegurar que lo deducido en proceso tenga cabal realización.

Es de esta forma que el Tribunal Constitucional en el marco de su autonomía procesal, debe plantearse la necesidad de dar respuestas efectivas a los supuestos de cumplimiento de las ejecutorias de que se trata, las cuales pueden provenir por parte del obligado, pero también incluso de la autoridad responsable o de cualquiera otra que intervenga en la ejecución.

### **2.3. Respecto a la Insuficiente Regulación Legal sobre la materia: Artículo 22º del Código Procesal Constitucional**

El artículo 22º del Código Procesal Constitucional, únicamente se puede interpretar como la norma que desarrolla la actuación de las sentencias constitucionales, pero sin fijar los principios y reglas que deben informar el proceso de ejecución de las mismas.

El legislador ha optado por el cumplimiento específico de la sentencia, es decir, que la ejecución de ésta debe ejecutarse en sus propios términos, al entender que no es conforme a los fines del proceso constitucional formas sustitutivas de ejecución general o pecuniaria. Lo cual resulta discutible dadas las actuales posturas de la dogmática constitucional, e incluso en la configuración de las reparaciones de los principales sistemas regionales de protección internacional de los derechos humanos, donde se entiende que la violación del derecho debe ser reemplazado por el pago de una indemnización -Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>(6)</sup> y la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>(7)</sup>. Pues, si bien la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados (la reparación se realiza, *inter alia*).

Consideramos que, de esta forma, se tutelarían de manera efectiva las frecuentes situaciones de perjuicio irreparable que son presentadas ante la jurisdicción constitucional.

No obstante ello, del referido artículo 22º, a su vez, se puede extraer como principios:

- La prevalencia de la ejecución de una sentencia constitucional sobre la ejecución de un proceso ordinario.

- El instituto de la «actuación de la sentencia impugnada», conforme a la cual cuando se expide una sentencia en primer grado, ésta debe ser ejecutada con prescindencia de que haya sido apelada.

Formulación que consideramos insuficiente, y en esa medida ameritaría el desarrollo de una propuesta sólida, que revista de mayores garantías al proceso de ejecución de sentencias constitucionales.

### III. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El artículo 201º de la Constitución Política señala que «el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución», lo que determina su naturaleza sui generis dentro de la estructura institucional del Estado y su status dentro del orden constitucional.

En virtud de este mandato, pese a su carácter jurisdiccional no se ubica dentro de la estructura y organización del Poder Judicial (por el contrario la Constitución le dispensa un régimen propio en el Título V); que responde, por un lado a la necesidad de otorgarle mayor autonomía e independencia en relación con el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y demás órganos constitucionales que son objeto de control; y por otro, a su peculiar ubicación en el esquema configurado por el principio constitucional de división de poderes que lo ubica como guardián de la Constitución y, eventualmente, vocero del poder constituyente. De todo lo cual, se desprende su naturaleza compleja como auténtico órgano constitucional, órgano judicial y órgano político<sup>(8)</sup>.

La configuración directa por la propia Constitución del Tribunal, marca la impronta del cumplimiento del núcleo básico de sus competencias especializadas (artículo 202 de la Constitución): control de constitucionalidad de las leyes y la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, función constitucional.

De otro lado, al interpretar y aplicar con carácter supremo el Derecho constitucional, es decir, un Derecho de contenido político, incide en la dirección política del Estado<sup>(9)</sup>. Ello, en el sentido de que otorga contenido a los principios configuradores de la unidad política nacional, establece límites y directrices para la acción estatal y, a través de la determinación de sus competencias y del sistema de las relaciones entre ellos en los supuestos de conflicto, función política.

En consecuencia, cabe exigir al juez constitucional una labor creativa, que sea capaz de adaptarse a las nuevas realidades y al devenir histórico maximizando el proyecto constitucional, que busca incentivar el compromiso constitucional de los intérpretes constitucionales. Exigencias materiales que se realizan a tra-



vés de un auténtico proceso judicial, que se debe a los principios del Derecho procesal constitucional, función jurisdiccional. Siendo que el Poder Judicial no es el único órgano encargado de administrar justicia en nombre del pueblo, sino que también lo es el Tribunal Constitucional, que «decide en forma de sentencia, con arreglo a unas normas preestablecidas y siguiendo un procedimiento contradictorio, sobre las pretensiones formuladas en términos de Derecho, que le someten las partes legitimadas para ello por la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional»<sup>(10)</sup>.

De esta definición rescatamos el carácter fundamental de la sentencia constitucional, en el desenvolvimiento de la propia jurisdicción constitucional. Ejercicio que no puede encontrarse exento de postulados dogmáticos, metodológicos y prácticos propios, en el marco del ejercicio de la función de garantizar la Constitución en sentido material.

Por ello, el análisis a realizarse en el presente punto exige no reducir el razonamiento jurídico-constitucional de las sentencias a una concepción positivista – normativista y/o judicialista– que otorga prioridad a la ley sobre las restantes fuentes del mismo, estableciendo de esa manera el imperio de un orden jurídico independiente del valor Justicia<sup>(11)</sup>.

### ***3.1. Naturaleza de las Sentencias del Tribunal Constitucional***

La definición de la naturaleza de las sentencias del Tribunal Constitucional y el problema de sus efectos es de vital importancia, porque «el Tribunal Constitucional se tipifica también por los efectos y el sentido de sus sentencias»<sup>(12)</sup>, y no sólo por su carácter de órgano constitucional y a sus funciones dentro del sistema jurídico-político y el contenido de su jurisdicción constitucional.

El Tribunal se encuentra sometido a una serie de límites. Por ejemplo, si bien es cierto que contra sus sentencias no cabe recurso alguno (artículo 121º del Código Procesal Constitucional), siendo, pues, últimas dentro del ordenamiento interno, esta ultimidad de su poder queda limitada por la carencia de iniciativa del Tribunal, que, por ser eso, es decir, un órgano jurisdiccional, es un poder pasivo o negativo, que sólo actúa por impulso exterior, que sólo habla si se le pregunta y sobre aquello que se le ha preguntado<sup>(13)</sup>.

A éste límite jurídico, derivado de su propia configuración, debemos reconocer una serie de imperativos que provienen de la realidad misma. El Tribunal Constitucional al no ser un ente autárquico - lo que se desprende de su naturaleza de órgano constitucional y órgano jurisdiccional -, sus decisiones están inmersas en un contexto político, económico, cultural y social, muchas veces de importancia decisiva.

Por estas consideraciones, el análisis ha realizarse en este punto «no es solamente un problema procesal, una cuestión jurídico procesal a resolver como una transposición mecánica de los principios y materiales de esta disciplina, sino que nos encontramos ante un problema constitucional que exige reconsiderar de nuevo en base a criterios de derecho material constitucional, los principios sustantivos que deben inspirar la atribución de unos u otros efectos»<sup>(14)</sup>.

Se hace necesario recurrir a los criterios materiales del Derecho constitucional, en el establecimiento de los principios y desarrollo del derecho procesal constitucional por parte del legislador ordinario. En esta tarea el Tribunal Constitucional «podrá rellenar las lagunas que necesariamente habrán de existir e interpretar sus preceptos»<sup>(15)</sup>.

Es en este sentido sustancial, que pasaremos a definir las sentencias como el acto más importante del Tribunal Constitucional y el que mayor problemática plantea. Ello, como parte de la búsqueda constante por superar «las concepciones positivistas del derecho y del proceso que ha llevado a desnaturalizar la vigencia de los derechos fundamentales, en la medida que su validez y eficacia ha quedado a condición de la aplicación de normas procesales autónomas, neutrales y científicas»<sup>(16)</sup>.

El uso del término «sentencia» nos aclara que estamos ante el acto de un verdadero Tribunal; sin soslayar los caracteres propios que las diferencian de las sentencias de los tribunales ordinarios. Éstas especificidades «vienen determinadas por la propia naturaleza del proceso constitucional y, especialmente, por los efectos de las mismas»<sup>(17)</sup>.

Estas características y los principios materiales de los cuales se valen las sentencias constitucionales, no terminan por desnaturalizarlas como un acto declarativo de manifestación de voluntad política, sino que son auténticos actos de cognición de Derecho de carácter generalmente constitutivo.

Y es que la sentencia constitucional debe ser concebida como el resultado de la conexidad de diversos elementos, que le otorgan una triple dimensión: «como acto procesal, como actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del Derecho, y como decisión política, respondiendo a los principios de congruencia, motivación, decisión colegial y eficacia»<sup>(18)</sup>. Y ello, porque se trata del acto propio de un órgano constitucional que tiene funciones de naturaleza, tanto jurisdiccional como política.

Por todo ello, las sentencias deben responder a una serie de imperativos determinados por principios generales y valores, cuyos significados sólo pueden ser especificados en cada caso concreto, a través de las concretizaciones resultantes de la interpretación realizada por el juez constitucional. Y es que «dada

la preeminencia que tiene la interpretación en materia constitucional puede afirmarse -y así lo demuestra la práctica de los tribunales de otros países- que las motivaciones, la ratio o el discurso lógico de la sentencia, tiene con respecto al fallo una mayor importancia que en otras jurisdicciones»<sup>(19)</sup>.

Primero, con respecto a las sentencias que resuelven los procesos de inconstitucionalidad, cabe referir que deben ser interpretaciones creativas en las cuales el Tribunal se arriesgue a juzgar valiéndose directamente de los principios constitucionales<sup>(20)</sup>.

Sólo de este modo, el juez constitucional permite la realización tanto del poder político democrático y del poder jurídico constitucional, en términos de legitimidad jurídica y social. Pues, la propia legitimidad democrática lleva a considerar la Constitución como una norma que delimita todos los poderes - el gobierno y la oposición, los poderes privados y fácticos-, y que exige su realización por un órgano cuyo estatuto asegure su independencia frente a los poderes que aquel tiene que controlar. Con estas características propias, es que el Tribunal Constitucional, en la toma objetiva y equilibrada de sus decisiones, contribuye «a racionalizar el proceso político, a pacificar y resolver los posibles conflictos entre poderes, a proteger y consolidar el propio sistema democrático»<sup>(21)</sup>. Éste órgano, incluso en los procedimientos de elección o designación política de sus miembros goza de una legitimidad democrática que se ve afianzada por la duración temporal de sus mandatos.

En segundo lugar, las sentencias recaídas en los procesos de tutela de urgencia de los derechos fundamentales - cuyas finalidades han sido recogidas en el artículo 1º del Código Procesal Constitucional - cumplen un importante rol educativo para la sociedad, por cuanto los ciudadanos al defender sus derechos participan activamente en la consolidación del Estado Constitucional. Esta función de fortalecimiento de la cultura de derechos humanos, es una responsabilidad que recae tanto en el Poder Judicial, como en el Tribunal Constitucional.

Y es que finalmente, tanto en los procesos de control abstracto como en los procesos de defensa de los derechos o pretensiones subjetivas garantizados por la Constitución, el Tribunal Constitucional, concretiza la defensa del orden constitucional objetivo otorgando una respuesta a situaciones concretas a partir de la necesaria la interpretación de los preceptos constitucionales relacionados, específicamente a través de los principios constitucionales en los que se regula la categoría jurídica o el derecho protegible que se aleguen vulnerados<sup>(22)</sup>. Esta doble dimensión subjetiva-objetiva se convierte en criterio cierto para orientar la interpretación y aplicación de las normas constitucionales por parte de los demás órganos estatales y, particularmente, de los órganos judiciales<sup>(23)</sup>.

Por ello, es que el Tribunal Constitucional en el cumplimiento de sus competencias constitucionales, afirma el principio jurídico de la supremacía jurídica y valorativa de la Constitución, reforzando a su vez el principio político de la soberanía popular, que es la base material que da impulso al proceso de maduración democrático-constitucional. Y a medida que, se pronuncia sobre una serie de aspectos de vital importancia jurídica, política y social, se va demostrando la veracidad de la compatibilidad del sistema democrático y el control jurisdiccional de la constitucionalidad. Hasta el posible afirmar que «este control se ha convertido en una característica o requisito del modo democrático de ejercicio del poder»<sup>(24)</sup>. Y al contribuir a la extensión y profundización de la democracia, el Tribunal Constitucional a su vez permite el fortalecimiento de la dignidad humana, la pluralidad, la participación política, la libertad, la solidaridad y la seguridad jurídica, que constituyen el «contenido fundamental» de la Constitución<sup>(25)</sup>.

### 3.1.1. Efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional

#### a) Cosa Juzgada (*Rechtskraft*)

La afirmación de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia (artículo 204º de la Constitución y artículo 82º del Código Procesal Constitucional).

En los procesos ordinarios, donde la controversia jurídica se da entre partes para un caso concreto, las sentencias recaídas en el mismo no tienen más trascendencia exterior. Lo que determina que en atención a los cometidos que deben cumplir los procesos ordinarios y de sus finalidades esenciales, se de «la reducción de los efectos de la cosa juzgada material a las partes que han intervenido en el proceso, la limitación de la vinculación de las sentencias al caso efectivamente decidido y no más allá»<sup>(26)</sup>.

Sobre el efecto de cosa juzgada formal, que supone la inimpugnabilidad de las sentencias en el sentido de que son firmes y contra ellas no cabe recurso alguno, y que sólo podrán ser aclaradas en determinadas circunstancias (artículo 121º del Código Procesal Constitucional). De lo que se deriva, un primer mandato para el Tribunal Constitucional, la obligación de hacerlas efectivas en sus propios términos.

Sin embargo, el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional genera consecuencias que van más allá de los efectos de la cosa juzgada

formal, toda vez que su observancia es no sólo para las partes del proceso, sino también para los poderes y órganos constitucionales y para los casos futuros similares, debido a lo dispuesto en el fallo de la sentencia - *decisum* - y también a sus fundamentos y consideraciones -*ratio decidendi*-<sup>(27)</sup>. Mandato que tiene especial relevancia en materia de los institutos de la jurisprudencia constitucional (artículo VI del Código Procesal Constitucional) y el precedente constitucional (artículo VII del Código Procesal Constitucional).

En consecuencia, podemos sostener con el Tribunal Constitucional para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de cosa juzgada (no basta con que estén presentes sus elementos formal y material, tal como es definido por el Derecho procesal); tampoco es suficiente que exista un pronunciamiento sobre el fondo, tal como prevé el artículo 6º del Código Procesal Constitucional. Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aún cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada<sup>(28)</sup>.

Ello es así porque lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139º inciso 2, es la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente<sup>(29)</sup>.

Por tanto, frente a las interpretaciones dadas por cierta doctrina procesalista, sostenemos que:

Primero, no puede sostenerse que todas las sentencias expedidas por los jueces adscritos al Poder Judicial son *capitis diminutio*, como consecuencia de un decisionismo jurisprudencial que reposa en un acto de voluntad del Tribunal sobre la fuerza de sus sentencias. Es otro Poder el que otorga dicha eficacia: el Congreso, cuya voluntad legislativa se encuentra contenida en el mandato del precitado artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En segundo lugar, no es que un precedente expedido con posterioridad pueda dejar sin efecto la cosa juzgada; porque no irradia sus efectos retroactivamente. Lo que se encuentra ratificado por el propio Tribunal, en materia de límites a la competencia para emitir precedentes constitucionales:

*El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.*

*Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal Constitucional, al amparo de lo previsto en la parte in fine del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro<sup>(30)</sup>.*

Finalmente, no puede pretenderse someter el proceso constitucional al principio inquisitivo del procesalismo civilista; pues, el Tribunal Constitucional bajo pena de traicionar los fines de la justicia constitucional, no puede ni debe operar con los principios y mecanismos del procedimiento ordinario de la justicia rogada –*da mihi facto dabo tibi ius*–<sup>(31)</sup>.

#### **b) Vinculación a todos los poderes públicos (*Bindungswirkung*)**

Se deriva de que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, estableciendo el sentido constitucional de todo el derecho. Es así que los jueces y Tribunales ordinarios y demás autoridades administrativas se encuentran sometidos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en dos formas. Primero, en la valoración objetiva que realiza sobre la incompatibilidad de una norma legal con los derechos fundamentales demandados. Segundo, en el control abstracto de constitucionalidad, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma legal, como si ha sido desestimada la demanda.

Es así que cualquier acto legislativo o decisión judicial no debe afectar lo resuelto por el Tribunal, sino asegurar que se respete y se ejecute dicho fallo que es lo mismo que asegurar la plena vigencia de la supremacía jurídica constitucional y de la tutela de los derechos fundamentales, que es la tarea propia de la jurisdicción constitucional.

Este efecto de las sentencias constitucionales encuentra su formulación en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301:

*«Primera Disposición General: Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforma a la interpre-*

*tación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad».*

Y es que el Tribunal Constitucional ejerce una importante influencia en el ordenamiento jurídico mediante la exigencia que los efectos de sus sentencias se hagan extensivos, haciéndose posible «la penetración de las reglas constitucionales en la aplicación diaria del derecho por los tribunales ordinarios, que se ven influidos por la doctrina sentada por la jurisprudencia constitucional»<sup>(32)</sup>. Ello no alcanza sólo al fallo de la sentencia, sino también a los fundamentos jurídicos de la misma, es decir, a su *ratio decidendi*.

Mas, no cabe duda que «esta influencia se deja sentir también en el orden político, lo cual contribuye a salvaguardar los equilibrios de poderes, el funcionamiento correcto de las instituciones representativas, y también el respeto mutuo de sus propias competencias ante el Estado central y los entes territoriales»<sup>(33)</sup>.

### **c) Fuerza de Ley (*Gesetskraft*)**

Ello no quiere decir que tengan los mismos efectos que las leyes. Las sentencias constitucionales trascienden la habitual limitación de los mismos a las partes que participaron en el proceso, gozando en algunos casos de efectos frente a todos, eficacia *erga omnes*, particularmente en los supuestos en que se declaran la inconstitucionalidad y nula una norma, en lo que, lógicamente no pueden dejar de aspirar a tener un alcance tan general como ésta.

Se extiende a las sentencias recaídas en los procesos de amparo y de hábeas corpus, si las mismas afectan a una regla de Derecho y por ello deben tener un alcance tan general como el que posee aquella, es decir, en los supuestos en los cuales se puede establecer positivamente un precedente vinculante, según dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>(34)</sup>.

### **3.2.Principios Constitucionales vinculados a la Ejecución de las Sentencias del Tribunal Constitucional**

La ejecución de las sentencias constitucionales está directamente vinculada al modelo de organización de la justicia constitucional de un sistema jurídico determinado, y a las posibilidades, fácticas y jurídicas, de su actuación. Así, en ordenamientos donde el diseño y la organización de la justicia constitucional están debidamente articulados, y donde, además, existe una cultura de respeto a las instituciones democráticas, la ejecución de las sentencias se corresponde con los niveles de eficacia que las normas otorgan a las decisiones del máximo intérprete de la Constitución.



De este modo, el efecto vinculante de las decisiones debe generar mecanismos de actuación autónoma del Tribunal también en fase de ejecución, ya sea a través de los demás entes de la administración, o a través de la propia organización judicial o, en su caso, del propio órgano en fase de ejecución de sus sentencias.

El primer aspecto a tener en cuenta es que los mecanismos de ejecución de las sentencias constitucionales varían, tratándose de los procesos de control abstracto, respecto de los mecanismos que han de ser necesarios en los procesos de tutela de las libertades. Así, mientras que en el control normativo abstracto el problema parece ubicarse en el ámbito de la eficacia (temporal, material, o normativa) de las sentencias estimatorias o desestimatorias; en el caso de la tutela de los derechos, el problema suele presentarse más bien en el plano de los concretos actos dictados por la Corte o el Tribunal, es decir, se trata aquí del cumplimiento, en sus mismos términos, de las obligaciones de hacer o no hacer ordenadas en la sentencia<sup>(35)</sup>.

Asimismo, debe ratificarse que la función del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y encargado de la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, tiene su correlativo indispensable en garantizar el pleno cumplimiento de sus sentencias. Tal como se desprende de una serie de principios y derechos consagrados en la Constitución Política.

### **3.2.1. Principio de Seguridad Jurídica**

Este principio supone un equilibrio que permite promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad, mediante la definitiva terminación de las controversias jurídicas, del material conflictivo que a través de la sentencia debe ser de una vez por todas eliminado.

En concordancia con la función pacificadora del Tribunal Constitucional, que no persigue exclusiva ni principalmente decidir una controversia jurídica concreta para restaurar el orden jurídico conculcado, antes bien busca crear claridad jurídica hacia el futuro, «eliminar el material litigioso e impedir la repetición sucesiva de las mismas controversias»<sup>(36)</sup>.

Y es en la garantía de la ejecución de las sentencias que se logra estos efectos pacificadores del ordenamiento jurídico y de la realidad constitucional, pues sólo puede darse una efectiva reparación de los derechos fundamentales conculcados, mediante la ejecución de las soluciones sustentables a las cuales arribó el Tribunal.

De aquí se desprende el derecho a la cosa juzgada, reconocido en el artículo 139º inciso 13 de la Constitución, la cual «tiene que haber sido arreglada y



conforme con el Derecho para que sea válida, por cuanto la finalidad de la cosa juzgada debe ser siempre asegurar el ordenamiento y la seguridad jurídica legítimos»<sup>(37)</sup>.

Más, a las sentencias constitucionales se les atribuye una eficacia mayor, que la correspondiente a la cosa juzgada en el proceso ordinario, poniéndose de relieve la función pacificadora y ordenadora del Tribunal Constitucional, según la cual, las sentencias que éste expida y queden firmes, son irrecurribles en el orden jurídico interno, de conformidad con el artículo 205º de la Constitución Política del Perú. Pero, al mismo tiempo, constituye cosa juzgada material, impidiendo que la misma controversia constitucional pueda proponerse nuevamente, poniéndose así en cuestión la función pacificadora de restablecer el orden jurídico constitucional asignada a este Tribunal, al mismo tiempo que los principios de seguridad y certeza jurídicas<sup>(38)</sup>.

Sin perjuicio, que a instancia de parte, pueda aceptarse la posibilidad del Tribunal Constitucional de volver a examinar sus propias decisiones jurisdiccionales, cuando el cambio de las circunstancias fácticas y jurídicas así lo determinen.

### **3.2.2. Principio de ejecutoriedad de las resoluciones judiciales**

Este principio adquiere su formulación constitucional en el reconocimiento de la atribución del Presidente de la República de «cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales (artículo 118º inciso 9).

Más, este poder tiene otra dimensión como deber jurídico, que radica en una convicción moral sobre la eficacia de las decisiones de los tribunales, convertida en fuerza política y eficacia jurídica.

Constituye una regla del Estado Constitucional de Derecho y del Principio de División de Poderes que las resoluciones de los tribunales deban ser cumplidas, pues de no ser así el orden jurídico decaería en un espacio de buenas voluntades donde el ejercicio de la función jurisdiccional, propia del Tribunal Constitucional, se reduciría a la mera declaración de opiniones y recomendaciones. No es posible hablar de Estado Constitucional de Derecho cuando no se cumplen las decisiones judiciales en firme o cuando se les atribuye un carácter meramente dispositivo.

Tal como ha señalado en la STC de España en su sentencia 15/1986:

*«el obligado cumplimiento de lo acordado por los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho»*

Y es que este cumplimiento de lo resuelto por los jueces y tribunales es una garantía institucional del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de carácter subjetivo que se deduce del artículo 193º inciso 3 de la Constitución.

Además, la constitucionalización de los derechos fundamentales sólo adquirirá imperio, permitiéndose la vinculación de la normalidad con la normatividad constitucional, a través de resoluciones jurisdiccionales que sean imperativas. Y ello, adquiere mayores exigencias, en el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional, que conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, agotándose la vía interna.

### 3.2.3. *Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*

Al reconocimiento constitucional tanto de los derechos fundamentales de la persona humana, como de los derechos no enumerados del artículo 3 de la Constitución, corresponde la capacidad procesal de vindicarlos, sin la cual cualquier sistema de protección estará irremediamente mitigado y en flagrante desequilibrio procesal.

Ello constituye una garantía mínima del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en el artículo 139º inciso 3 de la Constitución Política, que supone el derecho de obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, es decir, la materialización del derecho de acción, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, evitando las situaciones de indefensión. Y es que el acceso a la justicia, no consiste únicamente en realizar los actos de postulación requeridos para poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, sino en el derecho constitucional fundamental de la exigencia de una justicia rápida y oportuna, sin dilaciones injustificadas, que contenga una eficaz y pronta realización material de sus decisiones.

Por su naturaleza de derecho fundamental, su titularidad corresponde a las personas naturales, tanto peruanos como extranjeros. Y atendiendo a su configuración, es extensible a las personas jurídicas, tanto a las de derecho privado como a las de derecho público.

El contenido esencial de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que supone los distintos ámbitos en los cuales este derecho puede actuarse, está dado por las siguientes garantías, conforme a la distinción realizada por el profesor Montero Aroca, el acceso a la justicia, la existencia de una resolución de fondo fundada en derecho, la motivación de la resolución, la prohibición de la indefensión, la cosa juzgada, la ejecución de lo juzgado, el derecho a los recursos legales<sup>(39)</sup>.

En lo que corresponde al objeto del presente informe, analizaremos el extremo referido a la garantía de la ejecución de las sentencias. Tal como ha sido reconocido por la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia T-554/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

*El sistema jurídico tiene previstos diversos mecanismos para impedir su autodestrucción. Uno de ellos es el derecho fundamental al cumplimiento de las sentencias comprendido en el núcleo esencial del derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas.*

Ante los supuestos de incumplimiento de las sentencias, tanto de los poderes públicos como por los particulares, a quienes el fallo de las sentencias del Tribunal Constitucional les impone un mandato concreto, nos encontramos ante la vulneración de un derecho fundamental que le asiste al justiciable a instar la ejecución de lo juzgado y ser repuesto, así, en el disfrute de los derechos e intereses que le fueron amenazados o vulnerados. Lo contrario llevaría a restarle toda fuerza coercitiva a las normas jurídicas, convirtiendo las decisiones judiciales y la eficacia de los derechos en ellas reconocidos, en formas carentes de contenido.

Es así que, la ejecución de las sentencias, además de ser una exigencia objetiva del sistema jurídico, supone un derecho fundamental de carácter subjetivo, que en conformidad a lo expresado por el Tribunal Constitucional Español en su Sentencia 15/1986:

*Cuya efectividad quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial en favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada o, más en general, éste tuviera carácter meramente dispositivo.*

Es en la etapa de ejecución de las sentencias donde se satisface y asegura el derecho de los ciudadanos a obtener justicia.

#### **IV. MECANISMOS PROPUESTOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y RECOMENDACIONES**

##### **4.1. Órgano del Tribunal Constitucional encargado de la Supervisión del Cumplimiento de sus Sentencias**

Su creación y regulación se haría mediante modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Pues, el propio Tribunal es el encargado de adoptar las medidas suficientes y oportunas para que se de cumplimiento a los fa-

llos en los que impone obligaciones, ya sea al Estado o a los particulares. De esta forma se garantizaría adecuadamente el acceso a la justicia, en concordancia con la exigencia de la observancia de los principios de moralidad, celeridad, eficacia e imparcialidad, consagrados en la Constitución y en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Una experiencia comparada en este sentido la encontramos en el derecho español, en donde el artículo 87 la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a manera de principio jurídico sobre la eficacia vinculante de sus sentencias, establece que todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva. Mas, este principio se ve reforzado en la atribución que otorga dicha Ley al propio Tribunal de competencia en la ejecución de las sentencias, en los siguientes términos:

«**Artículo 92.**-El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución».

Algunas características de este órgano que proponemos, están dadas, primero, por la capital importancia que para el interés público tiene el cumplimiento de las sentencias, lo que obliga al Tribunal Constitucional a adoptar las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales; y segundo, por la naturaleza del procedimiento que regularía.

Éste sería, un procedimiento de cumplimiento voluntario de las sentencias, que luego de notificadas, deberán desplegar plenamente sus efectos, dentro de los plazos razonables que determine el propio Tribunal Constitucional. Pues, la decisión del juez constitucional, mediante la cual ordena ejecutar sus sentencias, tiene varias características propias que la hacen más efectiva, dado su carácter preferente, sumario e inmediato.

Ello deriva de la constatación que el orden jurídico que institucionaliza la Constitución sólo es posible en la medida en que las autoridades o ciudadanos, obligados por una sentencia constitucional, en forma autónoma, independiente, diligente y oportuna, evitándose que se burle el derecho material reconocido al beneficiario de la decisión constitucional.

Sólo ante la reticencia, con carácter subsidiario, se utilizarían los apremios de la vía ejecutiva, la misma que no constituye un procedimiento normal sino excepcional, en la medida que supone el uso de la fuerza pública a fin de hacer cumplir sus determinaciones.

Y es que en determinados supuestos, donde la circunstancia de irreparabilidad del derecho conculcado es eminente, el proceso de ejecución no resulta ser

siempre un medio idóneo para asegurar el cumplimiento de la sentencia judicial y restablecer la violación de los derechos constitucionales que invoca el demandante, en la medida que podría suponer condicionar a determinadas formalidades la propia sentencia, dilatando en el tiempo su eficacia.

De esta forma el supremo intérprete de la Constitución, haciendo prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, resolverá los conflictos jurídicos que se presentan en el medio social, garantizando que sus providencias se materialicen a través de su efectivo cumplimiento.

Son las autoridades públicas las llamadas en primer orden a atender los requerimientos no coercitivos que el Tribunal Constitucional haga para el cumplimiento de sus sentencias. En definitiva, se requiere de la colaboración armónica entre las ramas del poder público, que implica la unidad de acción y esfuerzos y la coordinación de propósitos para cumplir con los fines del Estado.

En ese sentido, el cumplimiento de los fallos constitucionales por la administración resulta ser una exigencia que se deriva de dicha colaboración, y resultaría inadmisibles que ésta al omitir su ejecución pudiera actuar contrariando dichos fines. Siendo que, los derechos o intereses de las personas reconocidos o declarados en una sentencia, no serían efectivos sin la obligación correlativa de la administración de cumplirlas. Ello supone afirmar que, la ejecución de las sentencias es una de las más importantes garantías de la existencia y funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, así, el incumplimiento de esta garantía por parte de uno de los órganos del poder público constituye un grave atentado contra el ordenamiento jurídico, que está inspirado en la idea de asegurar, entre otros, el valor de la justicia que el constituyente estableció como uno de los deberes primordiales del Estado, en los siguientes términos:

«**Artículo 44.-** [...] promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.»

Y en el caso específico de los particulares, es una obligación impuesta por la propia Constitución de manera directa, y que de manera subsidiaria se realiza -en caso de reticencia- a través de la intervención del Poder Judicial. Así:

«**Artículo 38.-** Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.»

El ideal de justicia material que emerge de los principios, valores y derechos constitucionales, requiere una concreción no sólo con el pronunciamiento judicial que declara o constituye el derecho o impone la condena, sino mediante su efectivización o realización material, que se logra mediante el cumplimiento de la sentencia.

Será siempre el Tribunal Constitucional el encargado de evaluar y de adoptar las medidas suficientes y oportunas para dar cumplimiento a los fallos que imponen obligaciones, porque una vez que es debidamente notificada la demandada, a partir de su ejecutoria eran exigibles y debían ser cumplidas las obligaciones contenidas en dicha sentencia, haciendo realidad el principio de acceso a la justicia, en el sentido de que no sólo es importante obtener de esta la actuación favorable a una pretensión sino obtener el cumplimiento material de la sentencia.

#### **4.2. Dotar de mayores garantías al actual Proceso de Ejecución de las Sentencias del Tribunal Constitucional**

El proceso de ejecución supone el uso de la fuerza pública a fin de hacer cumplir sus determinaciones.

Se requiere que la ejecución de las sentencias que causen ejecutoria en que se haya concedido el amparo solicitado, se vea informada por los mismos principios que informan el proceso constitucional establecidos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional –extendiéndolos con criterios de razonabilidad–, con especial relevancia en el caso de los procesos de tutela de derechos fundamentales.

Algunas pautas para la configuración de un proceso de ejecución garantista, plenamente satisfactorio de los fines a los cuales está orientado, es el reforzamiento de un proceso expeditivo y célere, para lo cual, una vez dictada la sentencia, ésta debe ser comunicada por oficio y sin demora alguna a los responsables para su cumplimiento.

Una innovación que consideramos de vital importancia está dada en términos de permitir que el favorecido con la sentencia fundada en los procesos de tutela de derechos fundamentales, se encuentre no sólo legitimado para intervenir en el proceso de ejecución, sino dotarlo de las acciones y los recursos necesarios para garantizar la plena reparación de sus derechos fundamentales conculcados, en la forma como lo establece.

Recurriendo al derecho comparado, es interesante el modelo de proceso de amparo mexicano configurado recientemente en la Ley de Amparo, Reglamen-

taria de los artículos 103º y 107º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente desde el 25 de enero de 2005, que en su Libro Primero Del Amparo en General, Título Primero Reglas Generales, Capítulo XII De La Ejecución de las Sentencias, señala que:

«**Artículo 105.-** Si dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación a las autoridades responsables la ejecutoria no quedare cumplida, cuando la naturaleza del acto lo permita, o no se encontrare en vías de ejecución en la hipótesis contraria, el juez de distrito, la autoridad que colegiado de circuito, si se trata de revisión contra resolución pronunciada en materia de amparo directo requerirán, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, al superior inmediato de la autoridad responsable para que obligue a esta a cumplir sin demora la sentencia; y si la autoridad responsable no tuviere superior, el requerimiento se hará directamente a ella. Cuando el superior inmediato de la autoridad responsable no atendiere el requerimiento, y tuviere, a su vez, superior jerárquico, también se requerirá a este último».

Dicho planteamiento del legislador mexicano, llega más allá en sus consecuencias, pues prevé que en caso la autoridad no obediere la ejecutoria, a pesar de los requerimientos, se deberá remitir el expediente original a la Suprema Corte de Justicia, para procurar su exacto y debido cumplimiento. Ésta instancia, a su vez tiene competencia para determinar, si procediere, que la autoridad responsable quede inmediatamente separada de su cargo y la consignara al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal correspondiente, y si la autoridad responsable que deba ser separada gozare de fuero constitucional, la Suprema Corte solicitará a quien corresponda el desafuero de la expresada autoridad.

Otra alternativa que proponemos está dada, en términos que para atribuir la responsabilidad de la autoridad, es necesario que con respecto del incumplimiento, se pueda diferenciar aquel que resulta excusable del que es inexcusable.

En el primer caso se podría instaurar un procedimiento de cumplimiento sustituto - ello también cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el demandante-.

En el segundo supuesto, de incumplimiento inexcusable, se debería otorgar una oportunidad a la autoridad para que dentro de un plazo fijado cumpla con los términos de la sentencia, y en el supuesto de que ésta insista en el incumpli-

miento se derivan las consecuencias en materia de responsabilidad que establecidas por el legislador en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, que señala que se podrá disponer la destitución del responsable que se niegue a cumplir la sentencia. En este sentido, cabe señalar que en el proyecto del Código Procesal Constitucional, se proponía como medida la detención del responsable. Esta propuesta se fundó en la experiencia del *common law* en el instituto del *Contemp of Court* (Desacato de la Corte), la cual permite la detención de la persona que incumple un mandato judicial hasta por seis meses.

#### **4.3. Desarrollo y complemento de la regulación procesal en la materia a través de la jurisprudencia (*äussere Geschäftsordnung*)**

El otorgar al Tribunal Constitucional la libertad necesaria en el marco de los principios generales regulados por la ley, para que a través de su jurisprudencia pueda perfeccionar el derecho procesal, supone el reconocimiento de una capacidad para «la creación de principios y reglas procesales propias que suponen una complementación judicial de la Ley en el seno de un proceso concreto»<sup>(40)</sup>, ha sido definida y elaborada por la doctrina contemporánea.

Consideramos que constituye una oportuna respuesta acorde con las funciones del Tribunal Constitucional frente a la necesidad de adaptar el proceso constitucional a los requerimientos materiales que lo inspiran y justifican, con la finalidad de atender las exigencias de los particulares que acuden a esta jurisdicción para la tutela de sus derechos fundamentales.

Es así, que esta autoatribución del Tribunal no se realiza «por completo en base al uso del derecho constitucional material, desde cuanto está en sus líneas básicas regulado por la Ley misma, sí, desde luego, le posibilitaría el relleno de las lagunas existentes en la interpretación de las prescripciones procesales legales para el cumplimiento eficaz de las funciones que le están encomendadas»<sup>(41)</sup>. Pues se debe partir del lugar que ocupa el Derecho Procesal Constitucional dentro del ámbito del derecho procesal general, afirmándose la naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional, pero sin que ello suponga negar las singularidades de la jurisdicción constitucional y los principios materiales que la informan, porque de lo contrario caemos en el riesgo que representa un positivismo jurídico procesal basado en la Ley.

La autonomía procesal del Tribunal Constitucional se encuentra plenamente justificada. Por la especial posición de dicho órgano en el sistema jurídico, al cual se le encomienda importantes competencias en la estructura del Estado Constitucional de Derecho, las cuales deben necesariamente cumplirse. Además, por aquellas situaciones procesales que no habiendo sido previstas por el



legislador, podría ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través del uso jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas que son parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto y que deben ser emanados bajo la forma de una sentencia o en la parte formal de una decisión sobre el fondo.

En ese sentido la experiencia del Tribunal Constitucional Alemán, resulta remarcable, pues se le permite, dentro del marco de esas prescripciones legales, desarrollar el procedimiento correspondiente a cada uno de los procesos constitucionales a través de su praxis, así como determinar las particularidades de su funcionamiento interno en un reglamento (*Geschäftsordnung*). El primer extremo, y objeto del presente informe es el que debemos resaltar, supone «el desarrollo de principios procesales, caso por caso, en el curso de un proceso concreto (por ejemplo, sobre plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, retirada, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, derecho por pobre, procedimiento de determinación de costas, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones, etc.)»<sup>(42)</sup>.

Es evidente que el ejercicio de toda potestad requiere del establecimiento de sus límites, lo que se ve enfatizado en el caso del Tribunal Constitucional, para el cual su legitimación está íntimamente relacionada con el pleno cumplimiento de sus funciones dentro de los límites a las mismas<sup>(43)</sup>.

Podemos identificar en calidad de éstos parámetros, en primer lugar, la regulación constitucional y legal en donde se han establecido los principios fundamentales del proceso, es decir, el artículo 200º de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ello en el sentido que la complementación a la cual puede avocarse el Tribunal no supone una ampliación de sus competencias.

En segundo lugar, en el aseguramiento del ejercicio de las funciones de supremo intérprete de la Constitución, el Tribunal puede recurrir a la analogía con las reglas y principios del resto del derecho procesal. Incluso puede también orientarse en la praxis de los Tribunales Constitucionales extranjeros, pues tal como señala el Profesor Haberle, el derecho comparado es el «quinto método» de la interpretación constitucional<sup>(44)</sup>. Más ésta aplicación analógica, no debe realizarse como la mera traslación mecánica de instituciones; lo que sí es perfectamente posible, incluso exigido por las especialidades del Derecho Procesal Constitucional, es una adaptación recreativa.

Entendemos que la ejecución de las sentencias constitucionales forma parte del mismo *iter* procesal, orientado a la realización plena del *status actiois processualis*

de los derechos fundamentales<sup>(45)</sup>, es decir, éste contenido procesal es de aplicación y protección concreta. Porque de lo contrario, no habría forma de garantizar, en la realidad, el respeto y la eficacia de los derechos fundamentales, así como de los principios constitucionales y de los valores superiores que nuestra Constitución incorpora. De ahí que, se haga necesario que sea el propio Tribunal Constitucional, quien pueda desarrollar este ámbito jurisdiccional, en tanto supremo intérprete de la Constitución y configurador de su derecho procesal.

No se trataría de un acto normativo, ni en el origen ni en el contenido material, sino de uno de naturaleza estrictamente judicial, con efectos ad extra. Y para asegurar su eficacia para futuros casos, proponemos que adopte la forma de precedente vinculante, según dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

#### **4.4. Recurrir a la Vía del Proceso de Amparo**

La inobservancia de una decisión jurisdiccional del Tribunal Constitucional, al configurar una violación adicional de un derecho fundamental, acarrearía una nueva demanda de amparo.

Mas ésta opción, en determinadas circunstancias puede determinar supuestos de irreparabilidad del derecho. Pues, la primera sentencia recaída en el proceso de tutela de derechos fundamentales que declara fundada la pretensión constitucional, una vez transcurrido determinado tiempo, perdería sus efectos de reponer las cosas al estado anterior al acto vulnerador.

### **V. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Es misión del Tribunal Constitucional, afirmar la primacía de la Constitución y de los valores que orientan el proceso democrático en libertad, en una labor que propicie la consolidación del Estado Constitucional de Derecho como una institución dependiente del acuerdo y participación de sus ciudadanos, y que se renueva a través de la continua acción humana.

Esta vinculación de la unidad estatal con el entramado socio-político, es encargada al Tribunal Constitucional, para lo cual debe asumir la función de acercar a los ciudadanos el «contenido fundamental» de la Constitución –parte dogmática y orgánica-. Sin embargo, ésta no es una labor meramente declarativa o dispositiva, sino que atraviesa necesariamente por la plena garantía que sus sentencias serán ejecutadas y realizadas. De esta forma se armonizarán los fundamentos jurídicos de las decisiones con la opinión social, y se afianzará la confianza en la justicia constitucional, creándose certeza sobre el respeto de los derechos fundamentales y la defensa del orden constitucional objetivo.

## Eficacia de las Sentencias del Tribunal Constitucional – Carolina Canales Cama

En la configuración actual del sistema de garantías para la ejecución de las sentencias constitucionales, se hace necesario afianzar determinados aspectos desde la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que debe asumir con responsabilidad su rol como supremo intérprete de la Constitución y configurador de su derecho procesal, como paso previo para el futuro desarrollo de un conjunto normativo, sistemático y de regulación de la eficacia de los procesos constitucionales.

Esta iniciativa jurisprudencial del Tribunal Constitucional, constituiría un aporte importante no sólo para el ordenamiento constitucional peruano, sino también para el fortalecimiento del Estado social y democrático de Derecho y la afirmación del derecho procesal constitucional. De ahí la primera responsabilidad que recae en el juez constitucional, de actuar con prudencia y sensatez, en cada caso concreto, pero sentando las bases de criterios y pautas generales para dar solución a las serias distorsiones en que la ejecución de las sentencias constitucionales está subsumida todavía.

---

<sup>(1)</sup> A partir de la interpretación constitucional del término «denegatorio» del artículo 202º inciso 2 de la Constitución, dada en la STC 4853-2004-PA, caso RAC a favor del precedente (fundamentos 28 al 32).

<sup>(2)</sup> KELSEN, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2001, p. 50.

<sup>(3)</sup> Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Resolución Administrativa N° 095-2004P/TC. «Artículo 10º.- El quórum del Pleno del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Pleno del Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de una demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes. De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad. En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver».

<sup>(4)</sup> KELSEN, *Introducción a la teoría pura del derecho*, cit., p. 50.

<sup>(5)</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>(6)</sup> Tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en jurisprudencia constante, es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Así, «el artículo 63º inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos distingue entre la conducta que el Estado responsable de una violación debe observar desde el momento de la sentencia de la Corte y las consecuencias de la actitud del mismo Estado en el pasado, o sea, mientras duró la violación. En cuanto al futuro, el artículo 63º inciso 1 dispone que se ha de garantizar al lesionado el goce del derecho o de la libertad conculcados. Respecto del tiempo pasado, esa prescripción faculta a la Corte a imponer una reparación por las consecuencias de la violación y una justa indemnización» (Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones. Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Serie C N° 15, párr. 46). Así, las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, que en determinados supuestos pueden asumir otras formas sustitutivas, como la indemnización pecuniaria, cuya naturaleza y monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material –pérdida de ingresos, daño emergente como inmaterial –los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Por ejemplo, en lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, la reparación, dada la naturaleza del derecho violado, adquiere fundamentalmente la forma de una indemnización pecuniaria (caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párr. 189; Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C N° 5, párr. 199); y el proyecto de vida, obliga a pagar por los ingresos dejados de percibir por cada una de las víctimas, siendo una especie de lucro cesante, calculado basándose en la edad y el tipo de trabajo desarrollado por la víctima (caso 19, comerciantes vs. Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N° 109).

<sup>(7)</sup> Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en el caso López Ostra vs. España, del 9 de diciembre de 1994, por la vulneración del derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar, derivada de las emanaciones de gases, olores pestilentes y contaminación, de una planta de depuración de aguas y de residuos en mal funcionamiento, se condena a España al pago, en el plazo de tres meses, de 4 millones de pesetas en concepto de perjuicios. Se analiza que los problemas de salud y medioambientales causaron un perjuicio a la demandante, al haberla obligado a modificar su modo de vida, y a padecer la angustia y la ansiedad de ver que la situación perduraba y como se deterioraba el estado de salud de su hija.

## Eficacia de las Sentencias del Tribunal Constitucional – Carolina Canales Cama

- 
- (8) LANDA ARROYO, César, «Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el derecho procesal constitucional», en *Constitución y fuentes del derecho*, Palestra, Lima, 2006, pp. 315 y ss.
- (9) GARCÍA-PELAYO, Manuel, «El 'estatus' del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1981, p. 24.
- (10) *Ibidem*, p. 14.
- (11) LANDA ARROYO, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, 2ª ed., Palestra, Lima, p. 335.
- (12) *Ibidem*, p. 32.
- (13) RODRÍGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, Miguel, «El Tribunal Constitucional Español», en *Tribunales Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional*, UNAM, México D. F., 1994, p. 10.
- (14) BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p. 13.
- (15) BOCANEGRA SIERRA, Raúl, «Sobre el alcance y objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, T. I, p. 512.
- (16) LANDA ARROYO, César, *Teoría del derecho procesal constitucional*, Palestra, Lima, 2003, pp. 193-194.
- (17) ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, (falta el año de la edición), p. 298.
- (18) GARRORENA MORALES, A., «Comentario al artículo 164º», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1999, T. XII.
- (19) GARCÍA-PELAYO, «El 'estatus' del Tribunal Constitucional», cit., p. 33.
- (20) STC Nº 0030-2005-AI, caso Barrera Electoral (fundamentos 50 al 59); en la cual se desarrollan los argumentos sobre la legitimidad constitucional de las sentencias interpretativas, entre ellos: la fuerza normativa de la Constitución (artículos 38º, 45º y 51º) y el deber de concebir al ordenamiento jurídico como una proyección unitaria y armónica de los valores constitucionales (artículo 51º); el principio de separación de poderes (artículo 43º); el principio de corrección funcional y el reconocimiento de que al Parlamento asiste la legitimidad directa del pueblo (artículo 93º de la Constitución); las competencias del Tribunal Constitucional como órgano independiente y autónomo y como intérprete supremo de la Constitución (artículos 201º y 202º de la Constitución y 1º de la LOTC); el deber de la jurisdicción constitucional de actuar «con las limitaciones y las responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen» (artículo 45º).
- (21) RODRÍGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, «El Tribunal Constitucional Español», cit., p. 18.
- (22) ZAGREBELSKY, Gustavo, «¿Derecho Procesal Constitucional?», en *Revista Peruana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº IV, Lima, 2001, pp. 409-415.
- (23) STC Nº 0023-2005-AI, caso Medida Cautelar (fundamentos 8 al 18); donde en relación al proceso de amparo se desarrolla.
- (24) RODRÍGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, «El Tribunal Constitucional Español», cit., p. 18.
- (25) STC Nºs 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI, caso reforma constitucional del régimen pensionario (fundamento 4).
- (26) BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, cit., p. 12.
- (27) STC Nº 0006-2006-PC, caso Poder Judicial y Mincetur (fundamento 40).
- (28) STC Nº 0006-2006-PC, caso Poder Judicial y Mincetur (fundamento 69); así como, STC Nº 48532004-PA, caso RAC a favor del precedente (fundamentos 26 y 27).
- (29) STC Nº 0006-2006-PC, caso Poder Judicial y Mincetur (fundamento 69).
- (30) STC Nº 0024-2003-AI, caso Municipalidad de Lurín.
- (31) VEGA, Pedro de, «Jurisdicción Constitucional y crisis de la Constitución», en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 7, enero-febrero, 1979, p. 95.
- (32) RODRÍGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, «El Tribunal Constitucional Español», cit., p. 18.
- (33) *Loc. cit.*
- (34) STC Nº 0024-2003-AI, caso Municipalidad de Lurín.
- (35) STC Nº 4119-2005-AA, caso Roberto Bryson.
- (36) BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, cit., p. 18.
- (37) LANDA ARROYO, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, cit., p. 201.
- (38) STC Nº 0006-2006-PC, caso Poder Judicial y Mincetur (fundamento 38).
- (39) MONTERO AROCA, Juan, et al., *Derecho Jurisdiccional*, Tirant lo blanch, Valencia, T. I, 2000, pp. 249-255.
- (40) RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia, «La libertad del Tribunal Constitucional Alemán en la configuración de su derecho procesal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, Nº 62, 2001, Lima, p. 129.
- (41) BOCANEGRA SIERRA, «Sobre el alcance objetivo de las Sentencias del Tribunal Constitucional», cit., p. 510.
- (42) RODRÍGUEZ-PATRÓN, «La libertad del Tribunal Constitucional Alemán en la configuración de su derecho procesal», cit., p. 128.
- (43) *Ibidem*, p. 131.
- (44) HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, UNAM, México D. F., 2001.
- (45) HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, PUCP-MDC, Lima, 1997, pp. 289 y ss.



## LAS NORMAS INTERNACIONALES EN ALGUNAS SENTENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA

Edgardo Balbín Torres<sup>(\*)</sup>

### SUMARIO:

I. Una mirada al momento y al escenario. II. Las normas internacionales del trabajo y el ordenamiento jurídico peruano. III. Las normas internacionales del trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. IV. Comentarios finales.

En los últimos años, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido expidiendo sentencias de mucha importancia para las relaciones laborales en el Perú. Estos pronunciamientos han abordado materias cruciales como el derecho de la libertad sindical o los efectos del despido carente de causa justa y han establecido nuevas pautas de lectura para la normativa nacional que, en múltiples ocasiones, han generado controversia en el mundo académico y entre los propios actores sociales. Ha sido especialmente notorio que en los pronunciamientos de mayor relevancia se haya recurrido repetidamente a las normas internacionales del trabajo, la mayor parte de las veces en vinculación con el derecho interno y no en aplicación directa.

Este breve trabajo tiene como objetivo realizar una somera revisión al uso de las normas internacionales en los pronunciamientos más relevantes que en materia laboral ha expedido el Tribunal Constitucional, así como establecer algunas ideas generales sobre el tipo de relación que establecen entre el derecho nacional y la norma internacional. Para ello, el primer apartado ofrece una breve reseña del escenario sociopolítico en el que se expiden esos pronunciamientos; el segundo propone una visión sintética de la relación entre las normas nacionales e internacionales en el ordenamiento jurídico peruano; el tercero detalla el contenido de los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Constitucional con mención a los extremos en los que se hace referencia expresa a las normas internacionales; y, finalmente, se formulan algunos comentarios a dichos pronunciamientos.

---

<sup>(\*)</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de Derecho Laboral en la misma universidad y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

## I. UNA MIRADA AL MOMENTO Y EL ESCENARIO

Sin duda, la revisión de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional bajo una perspectiva jurídica no puede obviar el tiempo y el lugar en el que éstos se expiden, pues, como sucede siempre, son las peculiares y concretas características del entorno sociopolítico las que en buena medida modelan su sentido y explican su contenido.

Es bien conocido que durante la década pasada el régimen autoritario de Fujimori orientó sus medidas hacia la conformación de un nuevo marco normativo laboral meramente instrumental a los objetivos de la política económica. Así, la reforma completa de la normativa sobre relaciones individuales y colectivas de trabajo produjo, entre otras cosas, la ampliación de las modalidades de provisión de mano de obra mediante fórmulas que debilitaban o alteraban la protección laboral típica; la atribución de efectos extintivos al despido carente de causa justa; y, la reconducción del ejercicio de los derechos sindicales a los espacios empresariales fijando limitaciones a la actuación a nivel sectorial u otros niveles superiores<sup>(1)</sup>. El resultado de este proceso flexibilizador, reconocido largamente como una de las más salvajes de la región, fue el severo deterioro de las condiciones laborales y de vida de los trabajadores en el Perú. La tasa de subempleo –especialmente por ingresos– creció a niveles alarmantes y el salario real mantiene los mismos niveles desde su fuerte caída en 1988-1989. Por efecto del despido arbitrario el porcentaje de trabajadores estables se redujo de 61% en 1990 a 23% en 2003 y los temporales o inestables crecieron de 39% en 1990 a 77% en el 2003. Al finalizar el año 1999 sólo 25% de trabajadores tenía un vínculo estable, un 15% tenía contrato a plazo determinado, 11% trabajaba bajo contratos civiles no regidos por la legislación laboral y el 45% lo hacía sin contrato. La tasa de sindicalización se redujo del 20% a poco más del 5% y la cobertura de la negociación decayó del 40% a poco más del 10%<sup>(2)</sup>. En suma, la limitación de las libertades civiles y políticas afectó sensiblemente la efectividad de los derechos laborales fundamentales, frente a lo cual la llegada de un régimen democrático entrada la presente década, generó una gran expectativa de cambio.

No obstante ello, reinstalada la democracia estas expectativas de cambio, en lo que refiere al marco normativo, han tropezado con constantes contramarchas. Aunque algunos dispositivos laborales de importancia se han expedido en los últimos años, éstos no han incidido sobre los aspectos definitorios del modelo normativo laboral y el anteproyecto de Ley General del Trabajo, iniciativa destinada a producir cambios integrales en la legislación, habiendo agotado cuatro años de debate al interior del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, se mantiene aún en trámite parlamentario y no se aprecian visos de

aprobación. Lo notorio, sin embargo, es que la impaciencia acrecienta las demandas, y los indicadores advierten que la violación de derechos laborales y la precarización de las condiciones laborales se mantienen o apenas, en algunos casos, revierte muy lentamente.

La contradicción que encierra la llegada de un régimen democrático y la permanencia de una legislación laboral marcadamente autoritaria (en origen y contenido) ha sido advertida por las organizaciones de trabajadores, que han promovido los pleitos de mayor relevancia ante la jurisdicción ordinaria y constitucional. De este modo, dentro de los límites que le impone la labor de interpretación y control constitucional, el Tribunal Constitucional ha tenido que dar solución a las controversias que se han planteado, enfrentando un marco normativo poco apropiado para la efectividad plena de ciertos derechos fundamentales y un escenario sociopolítico de demandas crecientes. Es posible, por tanto, que muchos de los nuevos y enérgicos criterios establecidos obedezcan a la necesidad de ampliar razonablemente los márgenes interpretativos, de modo tal que el ordenamiento jurídico laboral vigente admita una lectura democrática y democratizadora. Al margen todavía del análisis estrictamente jurídico, quizá todo lo anotado sirva no solo para perfilar el escenario de precariedad y el momento de frustración para los trabajadores en el que se expiden los más importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, sino, además contribuya a poner en evidencia el mensaje político que puede encerrar su contenido<sup>(6)</sup>.

## **II. LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

Como veremos más adelante, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional emplean las normas internacionales del trabajo en la fundamentación de las sentencias, estableciendo relaciones entre éstas y las normas estatales. Pero, antes de llegar a este tema conviene revisar el tipo de relación que en nuestro ordenamiento jurídico se establece entre las normas nacionales e internacionales.

La relación entre las normas nacionales e internacionales es un asunto que admite pocos focos de debate en el ordenamiento jurídico peruano. El ordenamiento nacional reconoce como fuente de derecho a la norma internacional, refiere expresamente una técnica de incorporación de las normas internacionales en el derecho interno, pero no señala específicamente cómo se relacionan las normas internacionales incorporadas con las normas nacionales.

Entre la teoría monista que partiendo de la noción de unidad del orden nacional e internacional postula que la norma internacional se integra al ordenamiento estatal sin necesidad de algún acto expreso de recepción, y la teoría



dualista que basada en la separación de ordenamientos establece que la norma internacional requiere de un acto de recepción o transformación para ser obligatoria en el ordenamiento interno, la Constitución de 1993 opta por la teoría monista. El artículo 55° de la Carta peruana señala que «*los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*», lo que ha sido entendido como la consagración de un sistema de recepción automática de las normas internacionales que hace innecesaria la adopción de un acto posterior de conversión. Lógicamente, la incorporación automática supone la expresión de voluntad por parte del Estado de aprobar el tratado y que el tratado esté en vigor; pero más allá de esas condiciones no es necesario ningún acto estatal interno para que el tratado forme parte del derecho nacional y resulte inmediatamente exigible<sup>(4)</sup>.

Cabe señalar que la propia Constitución prevé tres procedimientos para la aprobación interna de las normas internacionales y su celebración. La elección entre uno y otro depende del contenido de la norma internacional. Así, las normas internacionales sobre derechos humanos, soberanía, dominio o integridad estatal y asunción de obligaciones financieras, requieren la participación del Congreso; las que afecten disposiciones constitucionales deben observar el procedimiento de reforma constitucional; y, las demás requieren solo de aprobación presidencial mediante Decreto Supremo. En cuanto a la entrada en vigor de la norma internacional, el cumplimiento de esta condición depende de las reglas establecidas en el propio texto de la norma internacional (plazo, número de ratificaciones, etc.) y no refiere a la imposición de medidas adicionales impuestas por el propio Estado (por ejemplo, su publicación en el Diario Oficial).

Quizá el tema de la relación que establecen las normas internacionales con las normas nacionales puede resultar un asunto controvertido ya que la Constitución de 1993 no atribuye directamente a los tratados un nivel dentro de la jerarquía normativa.

Algunos autores señalan que el instrumento que expresa la voluntad interna de aprobación de la norma internacional indica un nivel jerárquico dentro del ordenamiento jurídico. De este modo, los tratados aprobados por Resolución Legislativa tendrían rango de ley porque tales resoluciones son expedidas por el poder legislativo, en tanto que los tratados aprobados mediante Decreto Supremo por el Poder Ejecutivo tendrían rango de Reglamento Administrativo<sup>(5)</sup>. Esta postura, sin embargo, atribuye al instrumento destinado a forjar la voluntad interna del Estado una función que a nuestro parecer no tiene pues, como hemos señalado, si dicho instrumento no incorpora el tratado en nuestro ordenamiento, menos aún puede indicarle un nivel en la jerarquía de normas estatales.

Frente a esta postura, existe una opinión mayoritaria a la que nos adherimos y que afirma que si bien no existe norma constitucional que atribuya directamente un nivel jerárquico a las normas internacionales, éste viene referido de forma indirecta cuando el artículo 200º, inciso 4) señala que la Acción de Inconstitucionalidad «*procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo*». La asimilación expresa del tratado como norma con rango de ley implicaría, por tanto, la atribución indirecta de un nivel en la jerarquía normativa, al margen incluso del carácter o jerarquía del instrumento que sirva para su aprobación (por ejemplo, un Decreto Supremo). De este modo, bajo esta postura, todas las normas internacionales tendrían rango de ley<sup>(6)</sup>.

Habría que precisar, además, que teniendo todos los tratados el mismo rango que las leyes, la propia Constitución mediante dos mecanismos diversos atribuye a ciertas normas internacionales, en razón de su contenido, un valor superior al de la ley. Se trata de las normas internacionales sobre derechos humanos.

El primer mecanismo está contenido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria que señala que «*las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*». En este caso, se conforma un criterio de interpretación constitucional que bien puede ser entendido como una asimilación de los tratados sobre derechos humanos ratificados al nivel constitucional pues, como señala Neves, la citada disposición forma un bloque entre las disposiciones constitucionales y los tratados ratificados sobre derecho humanos para fines de interpretación. Por esta razón, el citado autor señala que esa situación equivaldría a una constitucionalización de dichos tratados<sup>(7)</sup>.

El segundo mecanismo está contenido en el artículo 3º de la Constitución que señala que «*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo [sobre derechos fundamentales] no excluye los demás que la Constitución garantiza, 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*». Esta disposición amplía en forma indirecta el contenido de la constitución pues, como apunta Rubio, admite que los derechos de naturaleza análoga a los reconocidos directamente en la Constitución así como los relativos a la dignidad del hombre consagrados en las normas internacionales, hayan o no hayan sido ratificadas, se incluyan dentro de la enumeración de derechos constitucionales<sup>(8)</sup>.

En resumen, bajo nuestra óptica, las normas internacionales sobre derechos humanos cumplirían una doble función respecto de la Constitución: las ratificadas que consagran derechos reconocidos en la Constitución interpretan dichas disposiciones, lo que implica dotarlas de contenido; las ratificadas y no ratificadas que consagran derechos no reconocidos en la Constitución la complementan.

Hasta aquí no hemos analizado ningún supuesto de conflicto, por lo que conviene ahora referirnos a este tema.

Un primer supuesto de conflicto puede presentarse al colisionar una norma internacional y una disposición constitucional o legal. Esto, a su vez puede dar lugar en dos supuestos: cuando la aprobación de una norma internacional quiera realizarse encontrándose vigente una Constitución o una ley que contiene disposiciones contrarias a la norma internacional; y, cuando se altera el contenido de la Constitución o de la ley de modo tal que las nuevas disposiciones nacionales afectan lo establecido en una norma internacional ya incorporada al ordenamiento interno.

En el primer caso, la propia Constitución establece que, de contener disposiciones en conflicto con una norma constitucional, la norma internacional sólo puede ser aprobada bajo el procedimiento de reforma constitucional. Como lo señalan Novak y Salmon, de observarse este procedimiento el resultado será que, como en estricto no se produce una reforma constitucional, la norma internacional se incorporará al ordenamiento interno y regirá en sustitución de la norma constitucional solo respecto de su ámbito de aplicación, siendo efectiva la norma constitucional fuera de este ámbito o recobrando su efectividad al expirar o ser denunciado el tratado<sup>(9)</sup>. En el caso de conflicto con la ley, la aprobación de la norma internacional no supone la derogación de la ley pero tampoco es posible resolver la colisión aplicando el criterio de temporalidad pues se trata de normas que tienen distinto origen. Bajo este supuesto, entonces, debe privilegiarse la efectividad de la norma internacional pues su aprobación implica la voluntad estatal de darle aplicación y produce su incorporación al derecho interno.

A pesar de la orientación clara por la aplicación de la norma internacional una vez incorporada a nuestro ordenamiento, la regla admite una excepción aplicable en caso el conflicto refiera a disposiciones relativas a derechos humanos: si la norma internacional contiene alguna disposición menos favorable que la reconocida en la Constitución o la ley deberá ceder paso a la aplicación de las normas nacionales, pues el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 5º inciso 2) y la Cons-

titución de la Organización Internacional del Trabajo (artículo 19º, inciso 8) establecen que no será admitida restricción o menoscabo de los derechos humanos reconocidos en un país por leyes u otras normas, a pretexto de que el tratado no los reconoce o los reconoce en menor grado<sup>(10)</sup>.

Como puede verse, de las disposiciones constitucionales antes citadas y de lo señalado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, se desprende la regla de aplicación de la norma más favorable.

En el segundo caso, esto es, cuando se altera el contenido de la Constitución o de la ley de modo tal que las nuevas disposiciones nacionales afectan lo establecido en una norma internacional ya incorporada al ordenamiento interno, la aprobación del nuevo texto constitucional debe venir precedida de la denuncia de la norma internacional o de la derogación de la ley. De no producirse ésta deberá aplicarse el tratado pues, como lo señala la Convención de Viena, un Estado no puede invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado<sup>(11)</sup>.

Revisada ya la relación entre las normas nacionales e internacionales pasaremos ahora a reseñar el contenido de tres pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

### **III. LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Al revisar algunos pronunciamientos habría que precisar en primer lugar que ha existido uno notorio aumento en el uso de las normas internacionales del trabajo en la fundamentación de las sentencias del Tribunal Constitucional. Este aumento cuantitativo viene seguido también de un mejor uso de las normas internacionales y en líneas generales puede afirmarse que, de apreciarse sólo referentes genéricos, en los últimos años se observa un uso más frecuente y apropiado de las normas internacionales del trabajo que en ocasiones se vale además de pronunciamientos de los órganos de control, documentación de análisis o incluso objetivos de la organización, como sucede en una reciente sentencia que alude a la noción de trabajo decente<sup>(12)</sup>.

A continuación, reseñamos tres pronunciamientos de gran incidencia.

#### **a. Sentencia dictada en el caso Telefónica (Exp. N° 1124-2001-AA/TC)<sup>(13)</sup>**

El Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú interponen recurso de amparo

constitucional contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., con el objeto de que se abstengan en aplicar un plan de despido masivo cuyo propósito real sería el despido de la totalidad de trabajadores sindicalizados de la empresa. Tal acción, según los demandantes amenazaría y vulneraría los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la legítima defensa, al trabajo, a la ademada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical, a la irrenunciabilidad de derechos, y a la tutela jurisdiccional efectiva de sus afiliados.

*Si bien la demanda inicialmente se sustentaba en la amenaza de despido de los demandantes, una vez iniciado el proceso los despidos sin expresión de causa de numerosos trabajadores se materializaron, tal como lo había advertido el sindicato en su demanda. Por esta razón, los magistrados constitucionales analizaron finalmente ya no la amenaza sino el acto mismo de despido.*

Interpuesto el recurso extraordinario el Tribunal Constitucional estableció los siguientes criterios:

- La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y a los particulares y especialmente en las relaciones privadas entre empleador y trabajador, en las que las potestades empresariales de dirección y organización deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. De este modo, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador durante el transcurso de la relación laboral no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador.
- De acuerdo a lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Sus conceptos, alcances y ámbitos de protección constituyen parámetros que deben contribuir a interpretar un derecho constitucional. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone, debido a que forma parte del ordenamiento peruano.
- El Tribunal Constitucional recalca que el convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, precisa el contenido del derecho y, aunque no hay cita expresa en la sentencia al convenio 98, se reproduce lo señalado en su artículo 1º, numeral 2), que establece que la protección del trabajador contra todo acto que menoscabe la libertad de sindicación comprende a todo acto que tenga por objeto despedirlo o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.

- Las personas que fueron despedidas son miembros del sindicato, lo que lleva a determinar directamente al Tribunal Constitucional que es el criterio de afiliación sindical el que ha determinado la aplicación de la medida de despido. En virtud de tal constatación declara los despidos violatorios del derecho constitucional de libertad sindical, teniendo en cuenta el contenido de éste a partir de lo establecido en los convenios internacionales de la OIT.
- El contenido esencial del derecho constitucional al trabajo implica acceder a un puesto de trabajo y no ser despedido si no existe causa justa. En tal sentido, el artículo 27º de la Constitución contiene un «mandato al legislador» para establecer protección legal adecuada frente al despido arbitrario, que no afecte el contenido esencial del derecho al trabajo.
- El artículo 34º, segundo párrafo, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización «como única reparación», es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional pues admite que el despido incausado o arbitrario surta efecto extintivo.
- Si bien, el artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla la posibilidad de reparación indemnizatoria o restitutoria frente al despido arbitrario, esta norma internacional enuncia mínimos derechos que pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y que pueden implicar el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución, menos aún si su aplicación conlleva al menoscabo del contenido esencial del derecho constitucional. Por ello, la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización. Igual razonamiento sería aplicable para el convenio 158, sobre terminación de la relación de trabajo, que aunque no ratificado y en calidad de Recomendación, prevé también la posibilidad de protección indemnizatoria frente al despido arbitrario.
- Finalmente el Tribunal Constitucional afirma que Telefónica del Perú S.A.A. ha efectuado los despidos valiéndose de un dispositivo inconstitucional, como el artículo 34º, por lo que con miras a garantizar la supremacía de la constitución, tales actos deviene en nulos.

**b. Sentencia recaída en el caso CAPECO (Exp. N° 0261-2003-AA/TC)<sup>(14)</sup>**

Con fecha 04 de enero de 2002, la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) interpone acción de amparo contra el Ministerio de Trabajo y

Promoción Social, solicitando se declare la ilegalidad e inaplicación de diversas resoluciones administrativas mediante las cuales se les impone el nivel de rama de actividad en la negociación colectiva en el sector de construcción civil. Alegan que dichas resoluciones vulneran los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, sus derechos a la negociación colectiva, a la libertad de contratación y a la libertad de asociación, así como la garantía de la cosa juzgada.

El Ministerio y la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú sostienen en defensa de las resoluciones cuestionadas que tienen como propósito hacer efectivo el derecho constitucional de los trabajadores de la construcción civil a la negociación colectiva. Señalan que el nivel de rama de actividad fue el nivel histórico de la negociación en el sector de la construcción, y que este nivel fue afectado por disposiciones estatales inconstitucionales cuya inaplicación se solicita. Agrega el Ministerio que de no fomentar la negociación sectorial en la construcción, el Estado estaría infringiendo el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva, pues la temporalidad de las obras sólo admite negociación en ese nivel.

Tomando en consideración los argumentos expresados por las partes, el Tribunal Constitucional establece lo siguiente:

- El artículo 4º del Convenio 98 constituye un precepto hermenéutico fundamental al cual debe acudir para dar contenido esencial al derecho de negociación colectiva. Este precepto, concordante con la Constitución, indica que el Estado no sólo debe garantizar el derecho sino también que debe promover su desarrollo, lo que implica que promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente y llevar a cabo acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva. En tal sentido, será válido otorgar determinado «plus de tutela» a un sector de actividad cuando ésta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva.
- Dadas las singularidades del régimen laboral de los trabajadores de la construcción (caracterizado por la eventualidad del trabajo y la inexistencia de un lugar fijo y permanente donde se realicen las labores) y con el fin de que la negociación colectiva no se torne en inoperante, es razonable y justificado que el Estado establezca medidas que favorezcan una efectiva negociación. En tal sentido, deben eliminarse del ordenamiento jurídico aquellas normas que sean incompatibles con el objetivo de eficaz fomento de la negociación colectiva en el sector de la construcción civil y, de ser el caso, expedirse normas que sin desconocer que el nivel de negociación debe fi-



jarse por acuerdo mutuo, establezcan como nivel de negociación el de rama de actividad cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo.

- La Tercera Disposición Transitoria y Final de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (actualmente derogada)<sup>(15)</sup>, originó que todas las negociaciones tramitadas a nivel de rama de actividad, de no obtener acuerdo para mantener o variar el nivel de negociación, se recondujesen al nivel de empresa. Ello resulta contradictorio con la obligación constitucional de fomento de la negociación colectiva y con lo señalado en el artículo 4º del Convenio N° 98 de la OIT.
- La Autoridad Administrativa de Trabajo, por tanto, ha actuado bajo los parámetros establecidos por la Constitución y el Convenio N° 98 de la OIT.

**c. Sentencia dictada en el caso Southern (Exp. N° 4635-2004-AA/TC)<sup>(16)</sup>**

Con fecha 17 de octubre de 2003, el secretario general y el secretario de defensa del Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos interponen demanda de amparo contra la Empresa Southern Perú Copper Corporation, con el fin de que se dejen sin efecto las jornadas obligatorias de doce horas diarias de trabajo durante cuatro días seguidos por tres días de descanso (4x3) impuestas en forma unilateral por la demandada. Tal imposición suponía el incumplimiento de la jornada de trabajo de ocho horas diarias establecida por convenio colectivo en la empresa. Consideran los demandantes que estos hechos violan el derecho a la dignidad de la persona y de los trabajadores, a la igualdad ante la ley, al carácter irrenunciable de los derechos laborales y a la fuerza vinculante de la convención colectiva.

La empresa, por su parte, se defiende señalando, entre otras cosas, que el Reglamento de la Ley General de Minería admite tal jornada y que el propio Tribunal Constitucional en sentencia anterior ya se pronunció sobre los sistemas de trabajo de 4 x 2 y 4 x 3, señalando que tienen sustento constitucional y legal.

Interpuesto el recurso extraordinario el Tribunal Constitucional estableció, entre otros, los siguientes criterios:

- El análisis de fondo no debe obviar el contexto en el que se desarrolla el trabajo en el sector minero del Perú, recurriendo para ello, al Informe sobre las Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú elaborado por el Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) del año 2002. Este informe respalda las afirmaciones del Tribunal Constitucional en el sentido de que la minería constituye una actividad de alto riesgo para la



seguridad y salud de los trabajadores, por la soledad que entraña, el déficit alimenticio, las condiciones de salud deficientes y las jornadas extensas reincluso han sido materia de observación por la CEARC<sup>(17)</sup>.

- El Tribunal Constitucional señala que la lectura de las normas nacionales e internacionales determinan que, si bien la jornada de trabajo máxima fijada por la Constitución es de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, el tiempo de trabajo deberá ser fijado razonablemente y de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos, conforme lo dejan entrever la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.
- Aunque es claro que la Constitución reconoce la existencia de jornadas atípicas (que deben sujetarse al parámetro fijado por el literal c) del artículo 2º del Convenio 1), también es cierto que impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, por lo que siendo ésta la norma más protectora, prevalece sobre cualquier disposición que imponga una jornada semanal mayor; por ejemplo, el artículo 4º del Convenio 1 (trabajo en equipos). Agrega el Tribunal Constitucional que, si bien los tratados de derechos humanos constituyen el estándar mínimo de derechos humanos, cuando existan normas internas más protectoras, éstas deben prevalecer puesto que otorgan una mayor protección.
- En base a estas consideraciones, el Tribunal Constitucional señala que, considerando las específicas condiciones laborales de la actividad minera, la jornada razonable de trabajo de los trabajadores mineros no puede ser mayor de ocho horas diarias y las jornadas atípicas no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un periodo de tres semanas, o de un periodo más corto, tal como lo dispone la Constitución y el Convenio 1 de la OIT. En tal sentido, el sistema de turnos de trabajo implementado por la demandada y la norma reglamentaria que lo autoriza resultan incompatibles con la Constitución y con el concepto de trabajo decente adoptado por la Organización Internacional del Trabajo.

#### IV. COMENTARIOS FINALES

Habría que empezar destacando la enorme importancia de los pronunciamientos reseñados bajo la perspectiva de la efectividad de las normas internacionales del trabajo en el ordenamiento interno. La cita constante a las normas internacionales, cada vez a mayor detalle y con elementos complementarios para

su interpretación (jurisprudencia de los órganos de control, informes y estudios), puede jugar un papel fundamental en la difusión de la actividad normativa de la OIT y en el cumplimiento de sus objetivos estratégicos.

Debe reconocerse también que las normas internacionales juegan un muy importante rol al momento de fundamentar sentencias que, como sucedió en los casos de Telefónica o Southern, implicaron un cambio radical en el criterio del máximo intérprete constitucional. Definitivamente, ambas sentencias han generado un precedente de mucha importancia, que es especialmente notorio en el caso de los despidos arbitrarios tratados en el caso Telefónica, pues se ha conformado un muro de contención a despidos carentes de causa justa que reclama una intervención normativa. Las normas internacionales del trabajo, por expresar los términos del consenso mundial y llevar la marca del tripartismo, conforman un mecanismo inmejorable para la legitimación de pronunciamientos que imponen un nuevo sentido interpretativo a temas cruciales. Las sentencias vienen contribuyendo no sólo a despertar el debate académico y político, sino introducen en el debate la necesidad de una reforma normativa consecuente con el nuevo escenario democrático.

Pero debemos reparar también que las sentencias reseñadas dan cuenta del tipo de relación que la jurisdicción constitucional establece entre el ordenamiento nacional e internacional y es sobre este punto que debemos formular otro comentario.

Una primera relación es aquella que permite a las normas internacionales cumplir una función de «interpretación» de los preceptos constitucionales, aquella a la que alude la cuarta disposición transitoria y final del texto constitucional. Sucede con la sentencia del caso Telefónica cuando el Tribunal Constitucional realiza la interpretación del derecho de libertad sindical - sólo enunciado en la Constitución peruana- en base los Convenios 87 y 98, y aunque no hay una definición completa del contenido del derecho (pues al menos se obvia su faceta de actividad), queda clara la orientación a que la norma internacional en vía interpretativa otorgue contenido a las disposiciones constitucionales. Lo mismo ocurre con la sentencia expedida en el caso CAPECO, en tanto con auxilio del Convenio 98 se reconstruye un sistema de fomento de la negociación a nivel de rama en sectores en donde de no negociarse a ese nivel simplemente no habría negociación colectiva.

Una segunda relación, que admite mayor crítica, es la de «conflicto» entre las disposiciones constitucionales y las normas internacionales que las sentencias de los casos Telefónica y Southern plantean. En el caso Telefónica, el Tribunal Constitucional advierte un conflicto entre la norma internacional que establece

la posibilidad de una reparación por el despido carente de causa justa y la Constitución que sólo admitiría la reposición. En el caso Southern, para el Tribunal Constitucional el conflicto se produce entre la norma internacional que admite excepcionalmente jornadas superiores a ocho horas o cuarenta y ocho horas semanales en promedio con la norma constitucional que impone el mismo límite.

En ambos supuestos, el Tribunal Constitucional soluciona el conflicto optando por la norma más favorable. Sin embargo, cabe anotar que el conflicto se plantea únicamente luego de que el Tribunal Constitucional ha interpretado en sentido limitativo la norma constitucional sin recurrir en ese ejercicio hermenéutico a las normas internacionales, tal como lo manda la propia Constitución. Como señala Neves, la situación sería distinta si se hubiese desarrollado la interpretación de las normas constitucionales en base a las internacionales pues quizá nunca se habría apreciado conflicto alguno<sup>(18)</sup>.

Por ejemplo, en el caso de la sentencia recaída en el caso Telefónica los preceptos constitucionales refieren al derecho al trabajo (Artículo 22º) y a la articulación de un sistema legal de protección adecuada contra el despido arbitrario (Artículo 27º), sin asumir - más allá de la mención al carácter «adecuado» de la protección citada por el Tribunal Constitucional - una postura expresa sobre la forma que ésta debe adoptar. Bajo este orden de cosas, el protocolo adicional **a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, bien pudo dotar de contenido a dichos preceptos ratificando el criterio de que forma parte del derecho al trabajo el no ser despido sin causa justa, pero admitiendo además como posible un sistema legal de protección consistente en** una indemnización, la readmisión al empleo o cualquier otra prestación prevista en la legislación interna. En tal caso, la norma internacional no entraba en contradicción con la norma interna resultando inaplicable por ser, como lo señala el Tribunal Constitucional, menos favorable, sino, por el contrario, hubiese resultado plenamente aplicada en desarrollo de su función hermenéutica prevista por el propio texto constitucional. Claro está, como resultado de ello el Tribunal Constitucional pudo considerar constitucional el sistema legal de protección consistente en el pago de una indemnización o fundamentado de manera distinta (no basada en el argumento del conflicto y la aplicación de la norma más favorable) la inconstitucionalidad de tal previsión.

Algo similar sucede con el caso Southern en el que el Tribunal Constitucional advierte un conflicto entre el Convenio 1 que admite excepcionalmente jornadas superiores a ocho horas o cuarenta y ocho horas semanales en promedio, y la norma constitucional que impone el mismo límite máximo. Debe advertirse aquí que el mencionado convenio internacional, en tono muy similar a la Constitu-

Las Normas Internacionales en algunas Sentencias de la Jurisprudencia  
Constitucional Peruana - Edgardo Balbín Torres

ción, también refiere al mismo límite diario y semanal como regla general, aunque prevé excepciones que en el texto constitucional pueden encontrar símil en la mención a las jornadas acumulativas o atípicas. En este caso, bajo nuestra óptica, sin el mínimo menoscabo al sentido protector de su razonamiento, el Tribunal Constitucional pudo dotar de contenido al texto constitucional en base a los preceptos del Convenio 1, incluida la excepción referida a los trabajos organizados en equipos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma del trabajo, admite jornadas de hasta 56 horas semanales.

En efecto, obsérvese que aunque el Convenio admite diversas excepciones al límite máximo establecido como regla general, todas ellas vienen seguidas de un sistema de garantías que salvaguarda de modo óptimo los bienes y valores que el Tribunal Constitucional resalta como de necesaria protección en el texto de su sentencia (salud, alimentación adecuada, disfrute del tiempo libre, etc.). Así, por ejemplo, las jornadas variables al interior de una semana sólo pueden ser fijadas en virtud de leyes, costumbres o convenios excluyéndose la posibilidad de su fijación unilateral por el empleador (Artículo 2º inciso b); o, la jornada excepcional de 56 horas resulta admisible únicamente luego de verificados ciertos factores objetivos y requiere de la comunicación a la Oficina Internacional del Trabajo de una lista de los trabajos clasificados como de funcionamiento necesariamente continuo (Artículo 4º y 7º). El tripartismo, que actúa como principio rector del funcionamiento de la OIT y de su sistema de producción normativa garantiza que los convenios, además de contar con la legitimidad que otorga el respaldo de los actores sociales en el mundo, expresen la síntesis de sus intereses fundamentales con relación a cada materia tratada. De allí, justamente, su importancia como criterio interpretativo prioritario establecida por el propio texto constitucional.

---

<sup>(1)</sup> Puede verse: OIT, Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, OIT, Lima, 2000; FERRO DELGADO, Víctor (coord.), Balance de la reforma laboral peruana, Lima, SPDTSS, 2001; VEGA RUIZ, María Luz, «La reforma laboral en América Latina: 15 años después», OIT, Lima, 2005.

<sup>(2)</sup> Puede consultarse: <http://www.mintra.gob.pe/peel/index.htm>.

<sup>(3)</sup> En múltiples sentencias, el TC formula un diagnóstico del entorno e insta a los demás poderes públicos a adoptar medidas a favor de la efectividad plena de ciertos derechos fundamentales. En la sentencia sobre la Ley Marco del Empleo Público, el TC formula un diagnóstico de la situación del trabajo en la administración pública poniendo en evidencia el caos existente en la administración pública y reflejado en la existencia de múltiples organismos y sistemas de pagos al personal; la dispersión de conceptos remunerativos y no remunerativos, la provisión de personal a través de contratos fraudulentos, supuestamente en régimen de autonomía. Frente a ello el TC reconoce que «corresponde al Congreso de la República la tarea de revertir la situación descrita con carácter prioritario y urgente, a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, sin lo cual no puede haber un adecuado funcionamiento de la administración pública». En el caso Southern, el TC señala que: corresponde, al Estado adoptar medidas para garantizar la vida, salud y seguridad de los trabajadores mineros. A la par de ello indica también que: «no puede dejar de considerar dicha obligación, que también incumbe a los empleadores, para los efectos de la resolución del presente caso». Más adelante señala que «es indispensable desarrollar medidas, a cargo del Estado, de las empresas mineras, de los sindicatos y los propios trabajadores, que permitan prevenir y disminuir, lo más que se pueda, la adquisición de este tipo de enfermedades. Por lo demás, la obligación de prevenir tales enfermedades se encuentra reconocida en el inciso c) del numeral 2 del artículo 12º del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el inciso d) numeral 2 del artículo 10º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales».

## Las Normas Internacionales en algunas Sentencias de la Jurisprudencia Constitucional Peruana – Edgardo Balbín Torres

- 
- (4) NOVAK, Fabián y SALMÓN, Elizabeth, Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos, PUCP-IDEI, Lima, 2002, p. 105.
- (5) RUBIO CORREA, Marcial, Estudio de la Constitución Política de 1993, PUCP; Lima, 1999, p. 133; BERNALES BALLESTEROS, Enrique, La Constitución de 1993. Análisis Comparado, Konrad Adenauer, Lima, 1995, p. 298.
- (6) NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho Laboral, PUCP, Lima, 2004, p. 62; NOVAK/SALMÓN, Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos, cit., p. 114.
- (7) NEVES MUJICA, Introducción al Derecho Laboral, cit., p. 62.
- (8) RUBIO CORREA, Estudio de la Constitución Política de 1993, cit., p. 136.
- (9) NOVAK/SALMÓN, Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos, cit., p. 122.
- (10) NEVES MUJICA, Introducción al Derecho Laboral, cit., p. 134.
- (11) Ídem.
- (12) Como veremos más adelante, en la sentencia Southern se recurre al Informe sobre las Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú elaborado por el ETM para los Países Andinos (2002); a los comentarios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y finalmente se utiliza como parámetro de apreciación de la normativa y la práctica nacional la noción de trabajo decente.
- (13) El texto completo en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-A.html>.
- (14) El texto completo en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00261-2003-AA.html>.
- (15) Esta norma señalaba que «Los trabajadores y las empresas o gremios comprendidos en negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad actualmente en trámite, deberán ratificar o modificar su voluntad de continuar negociando en dicho nivel dentro de los 30 días naturales posteriores a la entrada en vigencia del presente decreto ley. De no haber acuerdo de partes, la negociación colectiva se llevará a cabo a nivel de empresa.
- (16) El texto completo en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04635-2004-AA.html>.
- (17) El TC refiere a la observación individual sobre el Convenio N° 1, Horas de Trabajo (Industria) 1919 (Ratificación 1945), Documento N.º 062002PER001, del año 2002, que señaló estimó que el sistema de trabajo 14 x 7 aplicable en el Perú no es compatible con lo dispuesto en el artículo 2.º del Convenio N° 1 de la OIT, ya que la media de horas de trabajo semanales por un periodo de tres semanas llega a 56 horas por semana y excede el límite prescrito por el artículo 2º, c del citado convenio.
- (18) NEVES MUJICA, Javier, «Sentencia del Tribunal Constitucional: Caso Telefónica», en *Asesoría Laboral*, octubre, Lima, 2002, pp. 15.





## LOS SUCEDÁNEOS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Pedro Donaires Sánchez<sup>(\*)</sup>

### SUMARIO:

I. Introducción. II. ¿Qué son los sucedáneos? III. ¿Cuáles son los sucedáneos?  
IV. El Indicio. V. La Presunción. VI. La Ficción Legal. VII. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

Decía el maestro Sentís Melendo<sup>(1)</sup>, que la prueba plena es la que forma la convicción plena del juzgador, convicción ésta que resulta necesaria para resolver definitivamente. Pero, no siempre es posible contar con la prueba plena. En tal caso ¿dejará el juez de administrar justicia?. No, el juez no puede dejar de sentenciar. Debe agotar todas las posibilidades de la actividad probatoria. Una de esas posibilidades es el uso de los sucedáneos de los medios probatorios.

En nuestro medio, el profesor *Paredes Palacios*<sup>(2)</sup>, parte de la idea de que los medios de prueba son directos e indirectos. Es directo, cuando el medio probatorio muestra al juez el mismo hecho a probar. Es indirecto, cuando muestra un hecho distinto pero proporciona datos o elementos a partir de los cuales el juez formula un argumento –un juicio crítico– para deducir la existencia u ocurrencia de hecho a probar. Los sucedáneos corresponden a estos últimos.

Con la expresión '*non liquet*'<sup>(3)</sup>, el juez romano se excusaba de resolver una determinada controversia. El juez contemporáneo no puede hacer eso; tiene que agotar todos los medios posibles y resolver el conflicto, de lo contrario, dejaría de ser juez.

La sentencia conjuga elementos fácticos y elementos jurídicos. Los jurídicos los debe conocer de antemano: *iura novit curia*; los hechos son proporcionados por las partes; pero, el juez debe fijarlos haciendo uso de los medios probatorios directos y/o indirectos, plenos y/o no plenos.

Lo ideal es que los hechos sean fijados con el concurso de los medios probatorios; pero, si éstos faltan, debe hacerse uso de los sucedáneos.

---

<sup>(\*)</sup> Juez titular del Juzgado Mixto de La Molina. Alumno de la maestría de Derecho Procesal de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



Gracias a los medios probatorios el juzgador encuentra la *verdad* de los hechos y en base a este resultado, adquiere la convicción que servirá de soporte a su decisión. Cuando ello no es posible, debe conformarse con la *certeza* que otorgan los sucedáneos y así alcanzar algún grado de convicción. Haciendo una analogía, el maestro *Sentís Melendo* dice en su citada obra que la *verdad* es como el café que uno toma con satisfacción, mientras que la *certeza* acaso no pase de ser achicoria (que sirve para hacer un brebaje que suple de alguna manera al café).

Los sucedáneos, con los cuales nos consolamos ante la ausencia de los medios probatorios plenos o directos, también son medios probatorios de alguna forma; pues, si no fuese así, no servirían para sustentar una decisión jurisdiccional. De allí la importancia de los medios probatorios y sus sucedáneos.

Al respecto, ha escrito el maestro De Trazegnies Granda<sup>(4)</sup>, destacando la importancia de la prueba como piedra angular del razonamiento jurídico. La prueba, dice, es un aspecto fundamental del Derecho porque es su conexión con la realidad. El Derecho sin pruebas no sería sino una suerte de matemática abstracta o un relato de ficción. La prueba hace terrenal al Derecho, lo hace partícipe del mundo de los hombres. Pero lo hace también justo; porque un Derecho perfectamente coherente e ideal pero aplicado a tientas o sin correlación con la realidad, sería inicuo.

## II. ¿QUÉ SON LOS SUCEDÁNEOS?

Sucedáneo, concepto establecido por Carnelutti<sup>(5)</sup>, diferenciándolo del medio probatorio. Según este autor clásico, fue la doctrina alemana la que elaboró el concepto de sucedáneo de prueba en antítesis con el concepto de medio de prueba. En su opinión, no existe tal antítesis; pues, sostiene, que sólo se trata de dos concepciones de la prueba.

En el *Diccionario Larousse*<sup>(6)</sup>, encontramos lo siguiente: dicese de la sustancia que puede remplazar o sustituir a otra, y que generalmente es de menor calidad.

Para el maestro *Sentís Melendo*<sup>(7)</sup>: «Por sucedáneo de prueba entenderemos aquellas manifestaciones procesales que, a falta de prueba o mediatizando éstas, nos dan la posibilidad de establecer o poner, como base de la sentencia, unos elementos fácticos que no son resultado de una prueba sino, más exactamente, de la ausencia de ésta o de una especial manifestación de ésta.»

En el Código Procesal Civil<sup>(8)</sup>, se plasma lo siguiente:

‘Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, completando o sustituyendo el valor o alcance de éstos’.

De todos estos aportes, a manera de síntesis, concluimos que ‘los sucedáneos son aquellas manifestaciones procesales previstas por la ley o asumidas por el juez para suplir a los medios probatorios y alcanzar la finalidad de éstos.’

### III. ¿CUÁLES SON LOS SUCEDÁNEOS?

El Código Procesal Civil<sup>(9)</sup>, considera que son sucedáneos de los medios probatorios los siguientes:

1. El indicio.
2. La presunción legal y judicial; y,
3. La ficción legal.

El profesor *Paredes Palacios*<sup>(10)</sup>, discrepa con el criterio de considerar al indicio sólo como sucedáneo; para él, es un auténtico medio de prueba. Este mismo autor aporta elementos que permiten agrupar a los sucedáneos básicamente en dos grupos: 1) Las presunciones legales, dentro de las cuáles encajaría perfectamente la ficción legal como una forma de presunción legal; 2) Las presunciones judiciales que a su vez comprenden al indicio como elemento que permite que éstas sean posibles (es difícil imaginar una presunción judicial que prescindiera del indicio).

### IV. EL INDICIO

Para *Carrión Lugo*<sup>(11)</sup>, el indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido que mediante la vía de la inferencia nos lleva al conocimiento de otro hecho desconocido.

El maestro De Trazegnies Granda<sup>(12)</sup>, ensayando una noción actual de prueba indiciaria, primero cita a Cabanellas que define esta prueba como «la resultante de indicios, conjeturas, señales o presunciones más o menos vehementes y decisivas, aceptadas por el juez como conclusión de orden lógico y por derivación o concatenación de los hechos». Esta prueba se denomina también, dice, según este autor, «de indicios, conjetural, circunstancial e indirecta...».

Refiere que este tipo de prueba se conoce en el Derecho anglosajón con el nombre de *circumstantial evidence*, es decir, evidencia (en el sentido de prueba) circunstancial. No es fácil definirla por lo que es, lo que lleva muchas veces a ser definida por lo que no es: la doctrina norteamericana señala que no es una prueba directa proporcionada por un documento o incluso por un testigo que vio u oyó algo. En la prueba circunstancial o indiciaria se trata de un hecho que puede ser utilizado para inferir otro hecho. En la prueba indirecta, se prueba

un hecho pero que no es el que se quiere probar en última instancia sino que se trata de acreditar la existencia del hecho «final» con la prueba de un hecho intermedio. De alguna manera, se trata de probar una cadena de hechos y circunstancias que se proyectan más allá de los límites de lo estrictamente probado, sostiene.

A continuación cita a nuestro Código Procesal Civil que en su artículo 276º define los indicios como: «el acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia».

Luego, concluye que «La prueba indiciaria es, ante todo, una verdadera prueba. Esto significa no solamente que sus resultados deben ser admitidos como válidos por el Derecho sino además –y como condición para lo primero- que es necesario que tenga las características de seriedad, rigor, consistencia, que toda prueba debe tener en el campo del Derecho si se quiere que sea utilizada».

Para el profesor *Paredes Palacios*<sup>(13)</sup>, el indicio es un medio de prueba indirecto.

En la Ley Procesal del Trabajo, encontramos la siguiente norma:

**Artículo 41º.**- Indicios.- Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza o convicción en torno a un hecho relacionado con la controversia. En el proceso laboral, los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.

## V. LA PRESUNCIÓN

«Es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado» (Artículo 277º Código Procesal Civil).

Es el razonamiento que sobre la base de un hecho conocido se conoce otro desconocido (presumido). Así, sus elementos son: 1) Hecho investigado (desconocido); 2) Hecho indicador (conocido); 3) Razonamiento lógico crítico (juicio o inferencia); y, 4) Certeza del hecho investigado (conclusión).

En la siguiente norma: «La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda»<sup>(14)</sup>, si en el proceso judicial se da la rebeldía del demandado (hecho conocido indicador), debe-

mos inferir (razonamiento lógico), que lo alegado por el demandante, por ejemplo, el no pago de los beneficios sociales por parte del empleador demandado (hecho desconocido), es verdad relativamente (conclusión).

Las presunciones previstas en nuestra normatividad procesal son a su vez de dos clases: Presunciones legales y presunciones judiciales (o presunciones simples, *hominis*).

También debe anotarse que en casos especiales, la ley prohíbe hacer uso de la presunción: «Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos» (Artículo 37º Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

### Las presunciones legales

Son las presunciones establecidas por la ley. Ésta, ordena tener por cierto un hecho determinado siempre y cuando otro hecho indicador del primero haya sido suficientemente acreditado en el proceso. El beneficiario de la presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base o supuesto.

Las presunciones legales son de dos clases: Absolutas y relativas.

**Absolutas:** No admiten prueba en contrario (*iuris et de iure*), el juzgador tiene la obligación de aceptar por cierto el hecho presumido en cuanto se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente.

Ejemplo: Que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones de los Registros Públicos (Artículo 2012º del Código Civil). En este caso sólo debe acreditarse la inscripción en dichos registros para presumir que todos los ciudadanos conocen el contenido de la inscripción aún cuando esto sea materialmente imposible. No se puede probar lo contrario por imperio de la ley.

**Relativas:** Admiten prueba en contrario (*iuris tantum*); esto es, por mandato de la ley se presume o se tiene por cierto un determinado hecho una vez que se haya acreditado el antecedente o elemento indicador, sin embargo, la ley admite prueba en contrario:

Ejemplo: «En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado» (Artículo 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral). Pero, se trata de una presunción de valor relativo; pues, el empleador demandado podrá acreditar que se trata de un contrato de vigencia temporal debidamente autorizada; con lo que quedará desvirtuada aquella presunción. Esta presunción origina una inversión de la carga de la prueba.

En la Ley Procesal del Trabajo, el legislador ha dedicado el siguiente artículo a este sucedáneo:

**Artículo 40°.-** Presunciones Legales Relativas.- Se presumen ciertos los datos remunerativos y de tiempo de servicios que contenga la demanda, cuando el demandado:

1. No acompañe a su contestación los documentos exigidos en el artículo 35° (exhibición de libros y planillas).
2. No cumpla con exhibir sus planillas y boletas de pago en caso de hayan sido solicitadas.
3. No haya registrado en planillas ni otorgado boletas de pago al trabajador que acredite su relación laboral.

Por su lado, también el Proyecto de la Ley Procesal del Trabajo<sup>139</sup>, ha previsto esta figura:

#### **SUB CAPÍTULO VI SUCEDÁNEOS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS**

**Artículo 47°.-** Presunciones Legales.- Se presumen ciertos los datos remunerativos y de tiempo de servicios que contenga la demanda, cuando el demandado:

1. No acompañe a su contestación los documentos exigidos tanto en el Numeral 3 del Artículo 21° y el Artículo 41° de la presente Ley.
2. No haya negado de manera expresa lo afirmado por el demandante con respecto a su fecha de ingreso y cese, última remuneración percibida o afirmaciones relacionadas con los beneficios reclamados.
3. No cumpla con exhibir sus planillas y boletas de pago en caso de hayan sido solicitadas.
4. No haya registrado en planillas ni otorgado boletas de pago al trabajador que acredite su relación laboral.
5. En caso que el trabajador acredite su relación laboral, el importe de la remuneración será la percibida por un servidor que realice sus mismas actividades o análogas. De no ser posible, se fijará la remuneración mínima vital vigente a la fecha en que surgió el derecho reclamado.

Sobre el fundamento de las presunciones legales, esto es, sobre las razones o motivos por los que en un sistema jurídico determinado tienen lugar las presunciones legales, el profesor *Paredes Palacios*<sup>(16)</sup>, sostiene que son cuatro: a) la facilitación de la demostración de la condición jurídica de los sujetos de derecho, en especial de la persona física, tanto de manera extraprocesal como al interior del proceso respectivo; en el derecho laboral, dado el carácter protector de éste, facilita la acreditación de la condición de los trabajadores (principio *pro operario*); b) son mecanismos de técnica legislativa necesarias para el funcionamiento del ordenamiento jurídico; en materia laboral, desincentiva las omisiones frecuentes al cumplimiento de requisitos como la inscripción en planillas, medidas de seguridad e higiene, de parte del empleador; c) facilita el trabajo judicial de apreciación de las pruebas visto en su conjunto al inhibir la libre apreciación de las consecuencias que se puedan derivar de ciertos hechos prefigurados por razones de seguridad jurídica, orden público o simple practicidad, d) en la dinámica del proceso, como en los casos anteriores, el instrumento presuntivo resulta idóneo para facilitar la prueba de determinado supuesto de hecho del cual dependen las consecuencias jurídicas esperadas por el beneficiario de la presunción.

### **Las presunciones judiciales**

Presunciones *hominis*. Son las presunciones establecidas por el juzgador mediante el examen de los *indicios* o rasgos sintomáticos recurriendo a las reglas de la lógica y/o de la experiencia. Igual que en el caso anterior, también se necesita de un presupuesto debidamente acreditado a partir del cual, mediante la inferencia, se arribará a una conclusión o convicción sobre el hecho investigado no conocido. A diferencia de la anterior presunción, donde la ley establece la presunción, aquí, ésta es elaborada por el juzgador.

Para la formulación de esta clase de presunciones, resultan indispensables los indicios, es decir, la conjugación con la otra clase de sucedáneos. Los indicios dan lugar a la formación de una presunción por parte del juzgador. Son presunciones que admiten prueba en contrario.

La conducta de las partes en el proceso es un hecho indicador que sirve perfectamente para que el juzgador arribe a ciertas conclusiones sobre hechos investigados respecto de los cuales no hay suficientes medios probatorios plenos o directos. Por ejemplo, la conducta de aquella parte respecto del cual se ha ordenado que rinda declaración de parte en el acto de audiencia, de manera personalísima y no lo hace.

### Las presunciones en el derecho comparado

En un interesante ensayo<sup>(17)</sup>, *García Bueno*, juez cubana, comenta la regulación de las presunciones en algunos países vecinos, partiendo de lo que sucede en su propio país, haciendo notar que las presunciones así como el indicio, están equiparados, al menos legislativamente, a los medios probatorios.

En Cuba, la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, se ocupa de regular lo relativo a las presunciones, desde una proyección eminentemente procesal y en cuya preceptiva se deja bien aclarado el rol que en su depuración juegan las normas sustantivas.

El artículo 351º, en su primer párrafo, plantea: las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba. Por su parte el artículo 353º refuerza el carácter de verdadero medio probatorio que le otorga la propia Ley cubana cuando establece: para que las presunciones no establecidas por la Ley sean apreciables como medios de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya en enlace preciso y directo según las reglas del criterio racional; y en este mismo sentido, la letra del artículo 261º<sup>(18)</sup> que en sexto y último apartado regula, en estricto *numerus clausus*, las presunciones como parte de los medios de prueba.

Parecido a lo anterior, el Código de Procedimiento Civil de Bolivia, no sólo previó las presunciones expresamente como medio legal de prueba<sup>(19)</sup> sino que se amplió el marco jurídico en sentido general al estatuirse que: «Todos los medios legales así como los moralmente legítimos aunque no especificados en este Código, serán hábiles para probar la verdad de los hechos en que se fundare la acción o la defensa» (Artículo 373º). Así, las presunciones no sólo aparecen como medio de prueba, sino también como método o argumento de prueba.

Por su parte el Código de Procedimiento Civil de Costa Rica, cuenta entre los medios de prueba, bajo el mismo numeral que lo hace la referida Ley boliviana, el de presunciones e indicios<sup>(20)</sup>, agregando así a este último bajo un mismo acápite con lo cual deja relacionado ambos términos. Suele plantearse, en esta dirección, que el indicio es uno de los elementos esenciales por el que se constituye una presunción, lo que no significa que se manifieste exclusivamente en las presunciones.

El Código de Procedimiento Civil de Costa Rica, brinda especial espacio a las presunciones y las tipifica bajo la clasificación de: presunciones legales, a las que a su vez distingue en absolutas y relativas y las presunciones humanas. En ambos casos debe acreditarse el hecho base a partir del cual se infiere la presunción.

De otro lado se presenta el Código de Procedimiento Civil de Chile, que acoge las presunciones como medios de prueba<sup>(21)</sup>; incluso, en su artículo 426º, segundo párrafo, prescribe que: «una sola presunción puede constituir prueba plena cuando, a juicio del Tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficiente para formar su convencimiento»<sup>(22)</sup>.

Asimismo, la Ley chilena, al igual que la costarricense, le reserva un espacio a las presunciones dentro de los restantes medios de pruebas, es así que con motivo de la confesión, se dispone en el artículo 398º: «La confesión extrajudicial es sólo base de presunción judicial y no se tomará en cuenta si es puramente verbal, sino en los casos en los que sería admisible la prueba de testigos, (...). La confesión extrajudicial que se haya prestado en presencia de la parte que la invoca o ante el juez incompetente, pero que ejerza jurisdicción, se estimará siempre como presunción grave para acreditar hechos confesados. La misma regla se aplicará a la confesión prestada en otro juicio diverso; pero si éste se ha seguido entre las mismas partes que actualmente litigan, podrá dársele el mérito de prueba completa, habiendo motivos poderosos para estimarlo así».

Por su lado, el Código de Procedimiento Civil de Colombia, dedica su Título decimotercero a la regulación del Régimen Probatorio, al exponer en sus disposiciones generales sobre los medios de pruebas, artículo 175º, en su primer párrafo, dispone: «medios de pruebas: sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez».

De los códigos procesales hasta ahora citados, sólo el de Costa Rica decidió acoger y en un mismo acápite la figura de los indicios junto a la de presunciones, sin embargo la Ley colombiana va más allá al disponer, entre los medios de pruebas, a los indicios y establecer en un precepto subsiguiente denominado «Presunciones establecidas por la ley», que: las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados; el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba al contrario cuando la ley lo autorice.

La Ley costarricense se inclina únicamente por las presunciones legales, entre las que no distinguen expresamente sobre la conocida denominación de *iure et de iure e iuris tantum*, pero si deja fijado que el hecho base habrá de estar «debidamente probado», así como también distingue entre las que admite prueba en contrario y las otras que no.



## VI. LA FICCIÓN LEGAL

Que no es sino una forma de presunción legal que no admite prueba en contrario por mandato de la propia Ley.

Nos dice *Carrión Lugo*<sup>(23)</sup>, que si bien la presunción permite obtener una consecuencia jurídica a partir de un hecho que se tiene por existente o falso, la ficción se funda en un hecho conscientemente inexistente. Cita a *Ihering* que definía las ficciones como mentiras técnicas consagradas por la necesidad del derecho.

Un ejemplo de esta ficción tenemos en el Código Civil, cuando prescribe que son inmuebles las naves y aeronaves<sup>(24)</sup>, pese a que es muy evidente la naturaleza de éstas como muebles.

## VII. CONCLUSIONES

1. Los sucedáneos son manifestaciones procesales previstas por la Ley o asumidas por el juzgador para suplir a los medios probatorios, cuando hay ausencia de éstos o resulten insuficientes.
2. Con los medios probatorios se alcanza la verdad de los hechos, mientras que con los sucedáneos únicamente la certeza sobre los mismos.
3. Son sucedáneos de los medios probatorios: Las presunciones (legales y judiciales), la ficción legal y el indicio.
4. El derecho ha instituido los sucedáneos de los medios probatorios para evitar que el juzgador deje de resolver los conflictos por la insuficiencia o imposibilidad de los medios probatorios (principio pro operario). Esto significa que no debe limitarse la actividad probatoria a la labor de verificación de lo aportado por las partes, sino que el juez también puede encontrarse inmerso en esa actividad.

---

<sup>(1)</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 112.

<sup>(2)</sup> PAREDES PALACIOS, Paul, «Las presunciones como sucedáneos de los medios probatorios», ensayo publicado en VV.AA., *Aportes para la reforma del proceso laboral peruano*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2005, p. 180.

<sup>(3)</sup> Algo así como 'no hay claridad para impartir justicia'.

<sup>(4)</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La teoría de la prueba indiciaria*, Lima, <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>, Fecha de consulta: julio, 2007.

<sup>(5)</sup> Citado por SENTÍS MELENDO, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 115.

<sup>(6)</sup> Edición 1998, impreso en Colombia.

<sup>(7)</sup> SENTÍS MELENDO, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., p. 115.

<sup>(8)</sup> Artículo 275°.

<sup>(9)</sup> Arts. 276° a 283°.

<sup>(10)</sup> PAREDES PALACIOS, «Las presunciones como sucedáneos de los medios probatorios», cit., p. 180.

<sup>(11)</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Lima, Grijley, 2000, T. II, p. 123.

<sup>(12)</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, *La teoría de la prueba indiciaria*, cit.

<sup>(13)</sup> PAREDES PALACIOS, «Las presunciones como sucedáneos de los medios probatorios», cit., p. 180.

<sup>(14)</sup> Art. 24° de la Ley Procesal del Trabajo.

- 
- <sup>(15)</sup> Congreso de la República-Comisión de especialistas encargados de preparar el anteproyecto de modificación integral de la ley procesal de trabajo, la cual estuvo conformada por distinguidos profesores universitarios, entre ellos los doctores: Fernando Elías Mantero, Beatriz Alva Hart, Francisco Gómez Valdez, Francisco Romero Montes y Sandro Núñez Paz. En la Secretaría Técnica se designó a los doctores Julio Haro Carranza y Carlos Zamata Torres. Dicha conformación fue aprobada en la Décimo Sexta Sesión Ordinaria de la Comisión de Trabajo realizada el 15 de marzo de 2005.
- <sup>(16)</sup> PAREDES PALACIOS, «Las presunciones como sucedáneos de los medios probatorios», cit., p. 212.
- <sup>(17)</sup> GARCÍA BUENO, Diansy, Las presunciones como medio probatorio, III Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2006, Matanzas, Cuba. [www.tsp.cu/Archivos/Ponencias/LAS PRESUNCIONES COMO MEDIO PROBATORIO](http://www.tsp.cu/Archivos/Ponencias/LAS PRESUNCIONES COMO MEDIO PROBATORIO). Fecha de consulta: julio 2007.
- <sup>(18)</sup> Artículo 261º.- Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en el proceso son: 1) confesión judicial; 2) documentos y libros; 3) dictamen de peritos; 4) reconocimiento judicial y reproducciones; 5) testigos; 6) presunciones.
- <sup>(19)</sup> Artículo 374º.- (Medios legales de prueba). Son medios legales de pruebas: 1) Los documentos. 2) La confesión. 3) La inspección judicial. 4) El peritaje. 5) La testificación. 6) Las presunciones.
- <sup>(20)</sup> Artículo 318º.-Medios de pruebas. Son medios de pruebas son los siguientes: 1) Declaración de las partes. 2) Declaración de testigos. 3) Documentos e informes. 4) Dictámenes de peritos. 5) Reconocimiento judicial. 6) Medios científicos. 7) Presunciones e indicios.
- <sup>(21)</sup> Artículo 341º.- Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicios son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal de Tribunal; Informes de peritos; y Presunciones.
- <sup>(22)</sup> Debe agregarse que esta Ley, en cuanto a la prueba testimonial, prevé que los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforma a las reglas siguientes (Artículo 384º):
- 1º La declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al artículo 426º.
- 2º La de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario;
- 3º Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas del proceso;
- 4º Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número;
- 5º Cuando los testigos de una y otra parte sean iguales en circunstancias en número, de tal modo que la sana razón no pueda inclinarse a dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán igualmente por no probado el hecho; y
- 6º Cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos de una misma parte, las que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentadas por ésta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas en conformidad a las reglas precedentes.
- <sup>(23)</sup> CARRIÓN LUGO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 123.
- <sup>(24)</sup> Art. 885º, inc. 4.



Se terminó de imprimir en los talleres gráficos  
de Editora Jurídica Grijley <grijley@speedy.com.pe>,  
en el mes de junio de 2008.