Segunda etapa • Año 11

jurídica

Martes 20 de marzo de 2018

Nº 680

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

IMPACTO EMPRESARIAL

Nuevas obligaciones laborales para empleadores

Págs. 2-3 Víctor Zavala Lozano

Págs. 4, 5 y 6 Anna Vilela Espinosa e Irina Valverde del Águila

Pág. 7
SEGURIDAD A LA INVERSIÓN. Por una mayor predictibilidad entre las decisiones administrativas y judiciales. **Raúl Odría Hidalgo**

Pág. 8
RELACIONES JURÍDICAS. Las zonas no exentas de control constitucional y las facultades revisoras del TC. **Edwin Figueroa Gutarra**

NUEVAS OBLIGACIONES FORMALES PARA LOS EMPLEADORES

Prohíben la discriminación remunerativa

VÍCTOR **ZAVALA LOZANO**

Abogado. Gerente legal de la Cámara de Comercio de Lima (CCL). Experto en derecho corporativo.

Como se recordará, el pasado 27 de diciembre se publicó la Ley Nº 30709, que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres en los centros de trabajo, regulando nuevas obligaciones formales que deben ser observadas por los empleadores del país.

Se entendía que esta nueva norma era aplicable a los empleadores y trabajadores de los sectores público y privado; sin embargo, el reciente reglamento aprobado por el Poder Ejecutivo, mediante el D.S Nº 002-2018-TR, al definir el ámbito de la ley dispone: "El presente reglamento es de aplicación a todos los trabajadores y empleadores del régimen laboral de la actividad privada".

En todo caso, esperamos que la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir) debe emitir las disposiciones que permita a la ley que prohíbe la discriminación remunerativa se aplique al sector público; pues, el mandato constitucional que proscribe cualquier discriminación es un derecho de toda persona, sea que labore en el sector público o en el sector privado.

En efecto, el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución Política señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, opinión o de cualquier otra índole.

Categorías y funciones

Con la Ley Nº 30709 se ha dispuesto que el empleador debe establecer los cuadros de categorías, funciones y remuneraciones de sus trabajadores, que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo.

Al respecto, el reglamento ha precisado que todo empleador tiene la facultad de establecer sus políticas remunerativas, fijar los requisitos para la percepción de las mismas o beneficio de cualquier otra índole, o determinar sus montos sin incurrir en discriminación por motivos de sexo.

El cuadro de categorías, funciones y remuneraciones se debe organizar de acuerdo con las necesidades de cada empresa. La política salarial que establezca el empleador puede incluir esquemas de remuneraciones, bandas salariales y otras formas que determine objetiva y razonablemente la empresa. En caso de que el trabajador alegue discriminación por sexo, el empleador deberá acreditar que los puestos de trabajo no son iguales o que no tienen el mismo valor.

Asimismo, se precisa que los pliegos de reclamos y los convenios colectivos deben respetar los criterios establecidos en la ley y en el reglamento; no podrán incurrir en prácticas discriminatorias por razones de sexo.

jurídica | Director: **Ricardo Montero Reyes** | Subdirector: **Omar Swayne Recuenco** | Editora: **María Avalos Cisneros** | Jefe de Edición Gráfica: **Daniel Chang Llerena** | Coordinador: **Paul Herrera Guerra** | Jefe de Diagramación: **Julio Rivadeneyra Usurín**

Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores. Sugerencias y comentarios: mavalos@editoraperu.com.pe

Jurídica es una publicación de **El Peruano**
2008 © Todos los derechos reservados

El reglamento, por otro lado, precisa que debe fijarse un orden y una jerarquía de categorías con base en su valoración y a la necesidad económica de la empresa. La evaluación objetiva de los empleos puede llevarse a cabo mediante cualquier metodología elegida por el empleador, la cual no debe implicar discriminación directa o indirecta por motivo de sexo.

Diferencias salariales

Debe considerarse que la diferenciación salarial no siempre será discriminatoria, de existir causa objetiva y razonable que la justifique. Según la Jurisprudencia Constitucional, toda diferencia remunerativa entre los trabajadores que ocupan un mismo cargo y las mismas funciones no constituyen una discriminación salarial per se.

Según el reglamento aprobado, son criterios objetivos que justifican las diferencias salariales: (I) la antigüedad, (II) el desempeño, (III) la negociación colectiva, (IV) la escasez de mano obra calificada, (V) la experiencia laboral, (VI) el perfil académico, (VII) el costo de vida, (VIII) los antecedentes disciplinarios, (IX) el lugar de trabajo, entre otras.

Igualmente, justifican las diferencias salariales, la jornada reducida o la jornada a tiempo parcial en las que las remuneraciones obviamente son menores.

Obligaciones

El reglamento de la Ley Nº 30709, aprobado por D. S. Nº 002-2018-TR (*El Peruano* 8.3.18), contiene otras disposiciones que los empleadores deben considerar para el cumplimiento de la nueva regulación laboral, entre ellas destacan:

Ascenso laboral.- Reconoce que el derecho al ascenso laboral es una facultad inherente al empleador, que se ejerce observando criterios objetivos y razonables.

Cuadro de categorías y funciones.- Es el mecanismo mediante el cual el empleador evalúa y organiza los puestos de trabajo de acuerdo con los criterios objetivos y a la necesidad económica de la empresa.

Discriminación.- Se considera discriminación a cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, estado civil, y otros que tengan como efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo.

Ley Nº 30709

La Ley Nº 30709, publicada en diciembre pasado, tiene por objeto prohibir la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, mediante la determinación de categorías, funciones y remuneraciones que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo. Esto en concordancia con el mandato constitucional de igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales, así como del lineamiento de idéntico ingreso por trabajo de igual valor indicado en la Ley Nº 28983, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Por tanto, señaló que constituirán actos de hostilidad equiparables al despido la reducción de la categoría y de la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador.

Discriminación remunerativa.- Situación que se produce al establecerse deferencias salariales basadas en el sexo de la persona y sin criterios objetivos y razonables.

Política salarial.- Conjunto de criterios y directrices establecidos por el empleador para la gestión, fijación o reajuste de los diferentes esquemas remunerativos.

Contenido de los cuadros de categorías y funciones.- Como mínimo, se deben indicar los puestos de trabajo incluidos en la categoría, descripción general de las características de los puestos de trabajo, se debe ordenar y jerarquizar las categorías con base en su valoración y las necesidades de la empresa.

Bandas salariales.- El empleador puede establecer sus políticas remunerativas, incluyendo bandas salariales y otras formas, de acuerdo con los criterios que considere pertinentes.

> LA DIFERENCIACIÓN SALARIAL NO SIEMPRE SERÁ DISCRIMINATORIA, DE EXISTIR CAUSA OBJETIVA Y RAZONABLE QUE LA JUSTIFIQUE. SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, TODA DIFERENCIA REMUNERATIVA ENTRE LOS TRABAJADORES QUE OCUPAN UN MISMO CARGO Y LAS MISMAS FUNCIONES NO CONSTITUYEN UNA DISCRIMINACIÓN SALARIAL PER SE.

No renovación de contratos.- No se considerará una práctica contraria a la prohibición de no renovar contratos de trabajo de mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia, en los casos en que desaparezca la causa objetiva que justificó la contratación laboral.

Con la nueva ley, en la práctica, se está extendiendo la protección del despido de mujeres embarazadas de 90 a 360 días, considerando el período de lactancia.

Cuadro de categorías existentes.- El empleador que ya cuente con el cuadro de categorías, funciones y remuneraciones tendrá un plazo hasta el 31 de diciembre de 1818 para adecuarse a lo dispuesto en la nueva ley.

Modelos y formatos.- El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) aprobará en un plazo de 60 días los lineamientos, formatos y demás documentos sobre el cuadro de categorías y funciones en los centros de trabajo, en especial para la aplicación por parte de las micro, pequeñas y medianas empresas.

Infracciones.- El reglamento señala las infracciones a la nueva ley, las que serán sancionadas por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) a partir del 1 de enero de 2019, en casos de incumplimiento.

Sanciones.- Según el reglamento, se considera infracción muy grave no contar con un cuadro de categorías y funciones o con una política salarial y no haber cumplido con informar a los trabajadores acerca de la política salarial de la empresa.

Mypes.- El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo brindará asistencia técnica a las mypes a fin de que puedan implementar sus cuadros de categorías, funciones y remuneraciones.

MEDIDAS LABORALES QUE DEBEN CUMPLIR LAS EMPRESAS

Trabajadoras víctimas de la violencia

Anna
Vilela Espinosa
Abogada laboralista

Irina
Valverde del Águila
Abogada laboralista

La Ley Nº 30364 tiene entre sus objetivos prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en los ámbitos público o privado contra las mujeres por su condición de tales. En este artículo nos abocaremos a tratar los derechos laborales de las trabajadoras víctimas de violencia, tales como el derecho a no sufrir un despido, al cambio de lugar o del horario de trabajo, a la justificación de las inasistencias y tardanzas, entre otras acciones derivadas de los actos de violencia, y a la suspensión de la relación laboral sin goce de haber. Asimismo, las obligaciones que debe cumplir la empresa para garantizar dichos derechos.

Definición

El artículo 5 de la Ley Nº 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (en adelante la Ley), señala que la violencia contra las mujeres es cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado. Se entiende por violencia contra las mujeres:

a. La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual.

b. La que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

c. La que sea perpetrada o tolerada por los agentes del Estado, donde quiera que ocurra.

Una vida libre de violencia

Las mujeres y los integrantes del grupo familiar tienen derecho a una vida libre de violencia, a ser valorados y educados, a estar libres de toda forma de discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación.

Tipos de violencia

Los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se reseñan del siguiente modo:

- **La violencia física:** Es la acción o conducta que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.
- **Violencia psicológica:** Es la acción u omisión tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.
- **Violencia sexual:** Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.
- **Violencia económica o patrimonial:** Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de: 1. La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes. 2. La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales. 3. La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias. 4. La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

Derechos laborales

La Ley Nº 30364 y su Reglamento aprobado por D. S. Nº 009-2016-Mimp señalan cuáles son los derechos laborales de las trabajadoras víctimas de violencia, cuya vulneración supone la transgresión, infracción, quebranto o violación de los mismos, que puede causar un daño o perjuicio a quienes lo sufren, e implica que no se garanticen los mecanismos y canales a través de los cuales los empleadores hagan efectivo el cumplimiento de estos derechos. En tal sentido, se entiende que los derechos laborales de las trabajadoras víctimas de violencia son vulnerados cuando el empleador, o quien lo representa, realiza actos o adopta medidas que limitan el pleno ejercicio de dichos derechos sin justificación suficiente, en forma arbitraria, o sin respeto a su contenido. A continuación analizaremos estos derechos laborales.

LA LEY Nº 30364 Y SU REGLAMENTO APROBADO POR D. S. Nº 009-2016-MIMP SEÑALAN CUÁLES SON LOS DERECHOS LABORALES DE LAS TRABAJADORAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA, CUYA VULNERACIÓN SUPONE LA TRANSGRESIÓN, INFRACCIÓN, QUEBRANTO O VIOLACIÓN DE LOS MISMOS, QUE PUEDE CAUSAR UN DAÑO O PERJUICIO A QUIENES LO SUFREN, E IMPLICA QUE NO SE GARANTICEN LOS MECANISMOS Y CANALES A TRAVÉS DE LOS CUALES LOS EMPLEADORES HAGAN EFECTIVO EL CUMPLIMIENTO DE ESTOS DERECHOS.

Prohibición de despido por causas relacionadas con actos de violencia.

a. Corresponde al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) dictar las medidas específicas para garantizar que ningún trabajador o trabajadora sea despedido por razones relacionadas con actos de violencia regulados en la Ley.

b. En atención a ello, la institución que elabore el certificado médico de acuerdo con los alcances reseñados en el Art. 26º de la Ley/1 prepara a solicitud de la víctima un informe complementario que consigne exclusivamente la información relativa a las consecuencias físicas y psicológicas de la violencia, con el objeto de evitar la revictimización.

Solicitud de cambio de lugar u horario de trabajo.

a. La trabajadora o el trabajador pueden solicitar el cambio del lugar u horario de trabajo por causas relacionadas a actos de violencia previstos en la Ley si resulta necesario para mitigar su ocurrencia o los efectos de la misma, en tanto sea posible y sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría. Dicha solicitud se presenta por escrito al área de recursos humanos o quien haga sus veces y contiene: (i) El nombre de la víctima y su número de documento de identidad; (ii) Razones por las que el cambio de lugar de trabajo permitirá garantizar sus derechos; (iii) Lugar u horario al que desea ser trasladada; y (iv) Copia de la denuncia presentada ante la dependencia policial o ante el Ministerio Público u otros medios probatorios pertinentes.

Pasa a la pág. 6 ☛

b. Una vez presentada la solicitud, el empleador tiene un lapso de dos días hábiles para brindar una respuesta, que de ser negativa debe estar sustentada en elementos objetivos y razonables, los cuales deben ser expuestos en detalle. Ante la negativa, la presunta víctima puede solicitar al Juzgado competente el cambio de lugar u horario de trabajo, como medida de protección.

c. Cuando la violencia provenga del entorno laboral, el cambio del lugar de trabajo constituye una obligación del empleador, siempre que esta haya sido solicitada por la víctima. De no existir otro lugar de trabajo, el empleador adopta medidas para evitar la proximidad entre la presunta persona agresora y la víctima.

Inasistencias y tardanzas en razón de actos de violencia

En cuanto a las inasistencias y tardanzas el empleador debe considerar los siguientes aspectos:

a. Las inasistencias o tardanzas deben ser destinadas a atender asuntos de naturaleza legal, médica o social derivados de los hechos de violencia previstos por la Ley. Dichas inasistencias deben justificarse dentro del término del tercer día de culminada la ausencia más el término de la distancia.

b. Las inasistencias se consideran justificadas hasta el número previsto en la Ley, es decir, 5 días laborables en un período de 30 días calendario o 15 días laborables en un período de 180 días calendario. Deben ser informadas al área de recursos humanos del empleador o quien haga sus veces con un día de antelación, adjuntando una copia simple de la denuncia realizada ante una dependencia policial o el Ministerio Público, de las citaciones o constancias de las demás diligencias que se deriven del proceso de investigación o del proceso judicial u otros medios probatorios pertinentes.

c. La justificación de las tardanzas requiere, además de lo previsto en el literal anterior, un documento o declaración jurada que acredite el motivo.

d. La información de la inasistencia o tardanza y la entrega de los documentos sustentatorios puede hacerse, además de físicamente, por cualquier medio digital que garantice su recepción por parte del empleador.

e. Cuando las características de los hechos de violencia impidan la comunicación previa de la inasistencia o tardanza, la víctima debe subsanar los requerimientos de los literales b) y c) anteriores cuando retorne a su centro de labores.

f. La trabajadora o el trabajador tienen hasta 180 días para compensar las horas no laboradas, excepto cuando la tardanza o inasistencia es por motivos de salud como consecuencia de los actos de violencia o para acudir a citaciones policiales, judiciales u otras, vinculadas con la denuncia de los referidos actos de violencia.

Suspensión de la relación laboral

El juez a cargo del proceso puede, a pedido de la víctima y atendiendo a la gravedad de la situación, conceder hasta un máximo de 5 meses consecutivos de suspensión de la relación laboral sin goce de remuneraciones. La reincorporación del trabajador(a) a su centro de trabajo debe realizarse en las mismas condiciones existentes al momento de la suspensión de la relación laboral.

En el literal b) del Num. 6 del Art. 45º de la Ley se dispone que es responsabilidad del MTPE coordinar con las instancias pertinentes a fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley, en cuanto a derechos laborales del trabajador víctima de violencia.

En tal sentido, mediante R. M. Nº 052-2016-TR del 09.03.16, se aprobó el Protocolo de Actuación frente a la vulneración de los derechos de las trabajadoras y los trabajadores víctimas de violencia.

La fiscalización

La Sunafil conoce de las denuncias de las trabajadoras y trabajadores víctimas de violencia que dan cuenta de la vulneración de sus derechos laborales. La Sunafil, en el ámbito de sus competencias, deberá realizar la inspección que corresponda y de ser pertinente aplicar la sanción correspondientes de acuerdo con la normativa vigente. También fomentará y brindará apoyo para la realización de actividades de promoción de las normas sociolaborales, y prestará orientación y asistencia técnica especializada en su ámbito de competencia.

La violencia contra las mujeres y su impacto en el ámbito laboral productivo

De entre los diferentes tipos de violencia que las instituciones públicas y privadas deben tener en cuenta para garantizar la seguridad y salud ocupacional de sus trabajadoras, la violencia contra las mujeres es la menos conocida y la menos atendida, por ser considerada un problema privado y propio del ámbito personal de quienes la sufren. Es por ello que muchos países han formulado políticas nacionales para combatir la violencia contra las mujeres y/o la seguridad y la salud en el trabajo, que en algunos casos abarcan la violencia en el trabajo. El Perú no se ha quedado atrás. Es así que respecto a este tema el protocolo reseñado señala que los costos económicos para las mujeres son diversos. En este contexto, cita el estudio *Aproximación del costo económico y determinantes de la violencia doméstica en el Perú*/2, que se concentra en los costos asociados a los ingresos laborales de las mujeres que sufren violencia y cómo se reflejan en sus ingresos.

El estudio evalúa las diferencias entre los ingresos laborales de las mujeres víctimas de la violencia, específicamente las consecuencias sobre su ocupación y sobre las horas trabajadas.

Estos indicadores recogen las pérdidas de ingresos atribuibles a la violencia familiar contra la mujer. Por otro lado, según el estudio *Costos empresariales de la violencia contra los mujeres en el Perú*/3 23 de cada 100 trabajadoras remuneradas han sufrido violencia de sus parejas (60%) y exparejas (40%) en el último año, con una incidencia de cuatro ataques en promedio. Considerando solo a la población económicamente activa (PEA) femenina adecuadamente empleada (1 millón 940 mil 889 mujeres), cada año existirían 450,286 trabajadoras, víctimas de la violencia de sus parejas. De acuerdo con los resultados del citado estudio, las consecuencias de la violencia contra la mujer en el entorno empresarial se presentan generalmente en escalada en función de la magnitud del costo que puede significar para la empresa. Entre los principales efectos se pueden identificar el presentismo, el ausentismo y la rotación de personal. El presentismo incluye la disminución en el rendimiento y calidad del trabajo, así como la baja en la productividad laboral; mientras que el ausentismo incluye las tardanzas, faltas injustificadas, los permisos imprevistos y los cambios de turnos. Estas circunstancias podrían devenir en la rotación del personal, lo cual a la larga genera también efectos contraproducentes en las empresas, porque estas situaciones pueden generar el despido o renuncia del personal afectado, lo que a su vez implica asumir los costos por los días improductivos, la contratación de nuevo personal y su entrenamiento.

OIT: La violencia en el mundo del trabajo

De acuerdo con lo que señala la OIT, la violencia en el mundo del trabajo es una amenaza para la dignidad, la seguridad, la salud y el bienestar de todos. Tiene un impacto no solo en los trabajadores y los empleadores, sino también en sus familias, en las comunidades, en las economías y en la sociedad en su conjunto. De hecho, la violencia en el mundo del trabajo se encuentra en el centro de los esfuerzos que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) despliega para promover el derecho de todos los seres humanos a "perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades" (Declaración de Filadelfia, artículo II, apartado a), 1944). El tema ha sido puesto de relieve a escala mundial con la adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que insta a lograr el empleo pleno y productivo y garantizar un trabajo decente para todos los hombres y mujeres, a reducir las desigualdades y a eliminar "todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado" (meta 8.5, objetivo 10 y meta 5.2). El Consejo de Administración de la OIT, en su 325ª reunión (noviembre de 2015), decidió "inscribir en el orden del día de la 107ª reunión (junio de 2018) de la Conferencia un punto sobre "La violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo" con miras a la elaboración de normas y "convocar una reunión tripartita de expertos para brindar orientaciones sobre la base de las cuales el Consejo de Administración examinaría en su 328ª reunión (noviembre de 2016) los preparativos para la primera discusión por la Conferencia de los posibles instrumentos" [OIT, 2015a, párrafo 33,a) y b)]/4.

[1] Art. 26º: Contenido de los certificados médicos e informes Los certificados de salud física y mental que expidan los médicos de los establecimientos públicos de salud de los diferentes sectores e instituciones del Estado y niveles de gobierno, tienen valor probatorio acerca del estado de salud física y mental en los procesos por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Igual valor tienen los certificados expedidos por los centros de salud parroquiales y los establecimientos privados cuyo funcionamiento se encuentre autorizado por el Ministerio de Salud. Los certificados correspondientes de calificación del daño físico y psíquico de la víctima deben ser acordes con los parámetros médico-legales del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público (…); **[2]** Díaz, R. y Miranda,J., (2009). Aproximación del costo económico y determinantes de la violencia doméstica en el Perú. Instituto de Estudios Peruanos IEP, Lima; **[3]** Vara Horna, A. (2013). Los costos empresariales de la violencia contra las mujeres en el Perú. Universidad San Martín de Porres y Deutsche Gesellschaft für lnternationale Zusammenarbeit (GlZ); **[4]** Informe Final: Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo. En: http://www.ilo.org/wcmsp; **[5]** groups/public/---dgreports/--- gender/documents/meetingdocument/wcms_546305.pdf

LA FUERZA DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES

Por una posición **consensuada**

RAÚL
ODRÍA HIDALGO

Abogado. Área Tributaria de Casahierro Abogados S. Civil de R. L. Abogado de la Universidad de Lima. Máster en Derecho Administrativo y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid.

Nuevamente, el Estado ha colocado a la actividad empresarial privada ante una paradoja tributaria. Esto, ante un inusitado contrapunto entre el Tribunal Fiscal (TF) y la Corte Suprema de Justicia (CSJ); en vista de las contrapuestas interpretaciones legales propuestas por ambas instituciones.

Por un lado, mediante la Sentencia de Casación N° 4392-2013, publicada el 30 de octubre del 2015, la CSJ estableció un precedente jurisprudencial en el cual estableció que la presentación de una declaración rectificatoria, por parte del contribuyente, o la emisión de una resolución de determinación, por parte de la administración tributaria, relacionada con una mayor determinación del impuesto a la renta de un ejercicio pasado, con la cual se estaría modificando la base para establecer el coeficiente de los pagos a cuenta del ejercicio siguiente; no podría ser utilizada como sustento para acotar intereses y multas en cabeza de contribuyente, como consecuencia de la presunta determinación de menores pagos a cuenta.

La posición de la CSJ se basa en que, al momento del cumplimiento oportuno de los mencionados pagos a cuenta, el contribuyente utilizó la información que en ese momento consideró correcta para su cálculo, no debiendo aplicarse interés moratorio alguno en una posterior y nueva mayor determinación de los mismos, ya que los pagos a cuenta originales sí fueron realizados dentro de los plazos establecidos y en vista a que dicho incremento de los importes no podría ser previsible de manera alguna.

Pronunciamiento

Por otro lado, mediante la RTF N° 05359-3-2017, la máxima instancia administrativa de carácter tributario ha publicado un criterio de observancia obligatoria en el ámbito administrativo, mediante el cual establece que, en un caso idéntico al ya descrito previamente, sí correspondería la aplicación de intereses moratorios, en vista a que constituía una obligación del contribuyente verificar que la información utilizada para la elaboración de su declaración jurada sea correcta y acorde con la realidad.

Sobre este último pronunciamiento, que resulta de obligatorio cumplimiento para la Sunat y el TF, no se aprecia desarrollo alguno que sustente o justifique los motivos por los cuales se ha alejado del pronunciamiento de la CSJ.

Consideramos que este último aspecto resulta sustantivo en vista a que, de conformidad con la Norma III del Título Preliminar del Código Tributario, los pronunciamientos judiciales constituyen una fuente de derecho tributario; más aún cuando este pronunciamiento ha sido realizado mediante una sentencia casatoria, que se constituye como la última y más importante instancia del Poder Judicial, mediante la cual se busca uniformizar la interpretación y aplicación de las leyes y, en general, la jurisprudencia judicial peruana.

De acuerdo a lo mencionado, simplemente el TF decidió no acoger la interpretación de la aludida sentencia casatoria, encargándose de emitir su interpretación, contraria a la primera, y de hacerlo de manera tal que se convierta de obligatorio cumplimiento en sede administrativa.

Cabe agregar que en este caso, en particular, este "desacato" del pronunciamiento de la CSJ por parte del fisco, ya se realizaba desde mucho antes de la publicación de la resolución del TF, con el argumento, tanto a nivel del procedimiento de fiscalización como a nivel del contencioso tributario, de considerar que este pronunciamiento judicial no se constituía de obligatorio cumplimiento, al no haber sido emitida en el marco de un pleno casatorio.

Más allá de nuestra posición profesional, además de generarse un escenario de inseguridad jurídica, esta clase de controversia entre poderes públicos no hace más que generar en los administrados la obligación de extender su defensa legal hasta la última instancia judicial, mantener una sensación de incertidumbre durante muchos años, después de los cuales se declarará fundada su pretensión y generará una muy importante inversión en dinero y tiempo utilizado por los funcionarios.

Finalmente, la solución no resulta sencilla, pues implicará que la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Fiscal discutan y acuerden una posición consensuada, después de la cual se deje sin efecto alguno de sus pronunciamientos y, lo más importante, se disponga algún mecanismo de protección de los contribuyentes que se plegaron, correctamente, a la posición de la sentencia de la CSJ.

EDWIN
FIGUEROA GUTARRA

Abogado. Doctor en Derecho. Juez Superior D.J. Lambayeque. Profesor de la USMP (filial Chiclayo) y de la Amag.

LAS ZONAS NO EXENTAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Facultades revisoras del TC

Un debate que siempre resulta actual en materia constitucional es hasta dónde pueden llegar las facultades revisoras del Tribunal Constitucional, o, en su caso, de la justicia constitucional que imparte el Poder Judicial, y si en ese sentido, pueden existir zonas exentas de control constitucional, es decir, si se configuran asuntos con relevancia jurídica que no pueda examinar la justicia constitucional.

Conviene preguntarnos, desde la pauta aludida, si los conceptos de autonomía, sea administrativa o jurisdiccional, deben resultar absolutos a tenor de las normas expresas que garantizan ese estatus. Un organismo constitucional autónomo bien puede alegar sobre la tesis de la irrevisabilidad de sus decisiones, que no existe facultad constitucional alguna que pretenda la revisión de sus decisiones, más aún si estas causan estado en la vía administrativa y la norma jurídica garantiza su no revisión.

Sin embargo, ¿cuál tesis asumimos si en ese procedimiento administrativo, por excelencia autónomo, se produce la grave vulneración de un derecho fundamental? ¿Sería pertinente blindar la decisión administrativa aun cuando esta sea en estricto autónoma? La respuesta a esta interrogante, desde la doctrina constitucional, precisamente motiva la tesis de las zonas no exentas de control constitucional (1) y, por cierto, faculta a los jueces constitucionales, en determinados casos, invocando el principio de supremacía normativa de la Constitución (2), a declarar vulneraciones a los derechos fundamentales en los procesos administrativos de órganos constitucionales autónomos.

La cosa juzgada

Igualmente, en cuanto se refiere a las decisiones jurisdiccionales que representan cosa juzgada, el juez constitucional podrá, mediante un proceso de amparo contra resolución judicial, quebrar la investidura de la res iudicata, solo a condición de la existencia de una vulneración constitucional manifiesta (3). Si asumiéramos una tesis positivista, tendríamos que afirmar que la cosa juzgada es irrevisable, que no puede modificarse la santidad de la cosa juzgada. Por el contrario, en el Estado neoconstitucional, la tesis de las zonas no exentas de control es compatible con el efecto de irradiación e impregnación que la doctrina alemana denomina Ausstrahlungswirkung y que, en esencia, transmite el concepto del margen de proyección de la Constitución y sus valores a todas las áreas del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, creemos que no debe haber zonas exentas de control constitucional y ello no le confiere un exceso de facultades al juez constitucional, en la medida en que una zona exenta representaría un estatus de autarquía para determinada figura que pudiera eventualmente acusar signos de no examen.

En propiedad, el efecto de control de los actos habrá de alcanzar a aquellos que gozan de relevancia jurídica y no habrá necesidad de tal control, sobre actos que no impliquen relaciones jurídicas. En esa lógica, no pueden existir actos jurídicos respecto de los cuales se invoque autonomía, pues todo contenido jurídico es susceptible de control constitucional, a efectos de determinar que la juridicidad de ese acto sea a su vez compatible con la Carta Fundamental.

Es pertinente concluir, entonces, que no existen zonas exentas de control constitucional, mas en el mismo orden de ideas y a modo de corolario relevante, hagamos una previsión: diferenciemos la tesis de irrevisabilidad de una cuestión de no modificabilidad, si se nos permite usar esta expresión. En efecto, la irrevisabilidad es una doctrina no admitida en la medida en que corresponde control constitucional sobre todo acto con relevancia jurídica, mas esa revisabilidad de la decisión, de ser el caso, no acarreará la modificación de una resolución que hubiere respetado el debido proceso. Desde esa perspectiva y a modo de ejemplo, si en un proceso penal el juzgador ha sido respetuoso de las reglas del debido proceso, y se han observado las garantías judiciales que prescribe la Convención Americana de Derechos Humanos, ese asunto penal es revisable en la vía constitucional mas no modificable, ello en concordancia con la tesis de no existencia de zonas no exentas de control constitucional.

Por tanto, la tesis de revisabilidad no implica una extensión sin límites. Por el contrario, la misma tesis guarda líneas de concordancia material con el principio de interdicción de la arbitrariedad en un Estado constitucional.

[1] Cfr. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 45-47. **[2]** Vid STC 5854-2005-PA/TC Caso Lizana Puelles **[3]** STC 006-2006-PC/TC Caso Poder Ejecutivo casinos tragamonedas §8. Sobre la cosa juzgada constitucional 69. (…) una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero, desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada.