

jurídica

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

Nº
703

DECRETOS LEGISLATIVOS

Impacto en las obligaciones tributarias

Págs. 2 y 3 Víctor Zavala Lozano

Págs. 4-5
GARANTISMO PENAL. Montesquieu: un penalista olvidado. **José Ávila H.**

Pág. 6
SUPERVISIÓN. La Ley de Cooperativas: avances en inclusión financiera. **Francisco Montoya**

Pág. 7
EMPLEADORES. Conozca las pautas para la contratación del personal en planilla. **César Puntriano Rosas**

Pág. 8
LAS DECISIONES. Realidad social y argumentación. **Edwin Figueroa Gutarra**



EJECUTIVO APRUEBA NUEVAS REGLAS

Decretos legislativos en materia tributaria



VÍCTOR
ZAVALA LOZANO

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

En uso de las facultades delegadas por el Congreso de la República mediante Ley N° 30823, el Poder Ejecutivo publicó el pasado jueves 2 de agosto, cuatro decretos legislativos en materia tributaria, los mismos que según manifestó el titular del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), Carlos Oliva, en su presentación, se orientan al control de la elusión tributaria y lucha contra la evasión, en especial para verificar que las operaciones con empresas vinculadas se realicen a valor de mercado.

Precios de transferencia

Con el Decreto Legislativo N° 1369 se modifica la Ley del Impuesto a la Renta (LIR) respecto de los servicios en el ámbito de precios de transferencia; elimina la obligación de abonar el monto de la retención en operaciones con sujetos no domiciliados y condiciona la deducción de gastos por operaciones con sujetos no domiciliados.

Dispone que tratándose de servicios entre partes vinculadas, el contribuyente a quien corresponda deducir el gasto o costo por dicho servicio, debe cumplir para dicho efecto con el test de beneficio y proporcionar la documentación e información que le sea solicitada por Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat).

En el caso de servicios de bajo valor añadido, la deducción del costo o gasto por el servicio recibido se determina sobre la base de la suma de los costos y gastos incurridos por el prestador del servicio, así como su margen de ganancia, que no puede exceder del 5% de tales costos y gastos.

En efecto, se dispone que la deducción del costo o gasto por el servicio recibido se determina sobre

la base de la sumatoria de los costos y gastos incurridos por el prestador del servicio, así como su margen de ganancia, el cual, como se ha indicado, no podrá exceder el 5% de tales costos y gastos.

Por otro lado, supedita la deducción como gasto de las regalías y retribuciones por servicios y otros a favor de beneficiarios no domiciliados, al pago efectivo de tales conceptos dentro del plazo de vencimiento de la declaración jurada anual del ejercicio.

Añade que estos costos y gastos que no se deduzcan en el ejercicio al que correspondan, podrán ser deducidos en el ejercicio en que se paguen, aun cuando se encuentren provisionados en un ejercicio anterior. Esta nueva regulación atenta contra los principios contables que permiten deducir el gasto con la sola prestación del servicio.

Por tratarse de cambios en el impuesto a la renta, tributo de periodicidad anual, los cambios sobre precios de transferencia dispuestos por el Decreto Legislativo N° 1369 regirán desde el 1 de enero de 2019.

Uso de comprobantes de pagos electrónicos

Con el Decreto Legislativo N° 1370 se modifica la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales y el Decreto Ley N° 25632, Ley Marco de Comprobantes de Pago. Según el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), 1.7 millones de contribuyentes se beneficiarán con los certificados digitales necesarios para la emisión de comprobantes de pago electrónicos.

En efecto, se autoriza a Sunat –hasta el 30 de junio de 2020– para ejercer funciones de Entidad de Registro o Verificación de Firmas y Certificados Digitales, con el objeto de facilitar a las personas naturales o jurídicas con ingresos netos anuales de hasta 300 UIT (S/ 1'245,000), la obtención de certificados digitales –de manera gratuita–, exclusivamente para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Lo anterior, permitirá que el comprobante de pago electrónico pueda estar representado no solo mediante su impresión sino mediante su representación digital.

La Sunat estima que el nuevo costo de la emisión electrónica será de S/ 0.81 por comprobante, en comparación con el costo de S/ 2.23 por cada emisión de comprobante físico.

Lo regulado en el Decreto Legislativo N° 1370 está vigente desde el pasado 3 de agosto, salvo la autorización a Sunat para emitir certificados digitales, que regirá a los 60 días a partir del 2 de agosto de 2018.

Promoción de los fondos de inversión en bienes raíces

Mediante Decreto Legislativo N° 1371 se modifica la Ley N° 30532, que promueve el desarrollo del mercado de valores, y el Decreto Legislativo N° 1188, que otorgó incentivos para promover los fondos de inversión inmobiliarios.

Las modificaciones tienen por finalidad perfeccionar el tratamiento tributario preferencial aplicable al Fideicomiso de Titulación para Inversión en Renta de Bienes Raíces, el Fondo de Inversión en Renta de Bienes Inmuebles, y los ingresos por servicios obtenidos por el adquirente de facturas negociables. Así, el Decreto



Más precisiones

El Decreto Legislativo N° 1369 que modifica la Ley de Impuesto a la Renta (IR) para servicios en el ámbito de precios de transferencia y operaciones con no domiciliados, tiene como objetivo facilitar la acreditación de la deducción de estas operaciones. Así, en el caso de precios de transferencia, con esta norma se determina las condiciones y límites para la deducibilidad del gasto o costo por servicios en el ámbito de precios, las que solo serán de aplicación para los servicios entre partes vinculadas; mientras que las operaciones con no domiciliados, los contribuyentes solo podrán deducir los gastos por sus operaciones con estas empresas, cuando estos sean pagados.

El Decreto Legislativo N° 1370 que modifica la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales y el Decreto Ley N° 25632, Ley Marco de Comprobantes de Pago, permite que las empresas puedan obtener de manera gratuita los certificados digitales que son necesarios para la emisión de comprobantes de pago electrónicos. De esta manera, se fomentará el uso intensivo y extendido de los comprobantes

de pago electrónicos, con la finalidad de mejorar la trazabilidad electrónica de las operaciones económicas. Además, se facilita el cumplimiento de obligaciones tributarias, así como la detección oportuna de las inconsistencias, atipicidades, omisiones, entre otros, todo ello con el objeto de mejorar el cumplimiento tributario. Si bien se cuenta con 15 entidades de registro o verificación respecto a certificados digitales acreditados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), estas no cuentan con la infraestructura administrativa y tecnológica necesaria y suficiente para recibir solicitudes y entregar certificados digitales de forma masiva en todo el país, lo cual impacta en el costo anual del certificado digital, que ahora tiene una tarifa mínima de US\$ 83 anuales, muy encima de países como Chile donde cuesta US\$ 22 al año.

El Decreto Legislativo N° 1371 modifica la Ley N° 30532, Ley que Promueve el Desarrollo del Mercado de Capitales y el Decreto Legislativo N° 1188, que

otorga incentivos fiscales para promover los fondos de inversión en bienes inmobiliarios. Con esta norma se perfecciona el tratamiento tributario de dos instrumentos financieros relacionados con el sector inmobiliario denominados Fondos de Inversión en Renta de Bienes Inmuebles (FIRBI) y los Fideicomisos de Titulación para Inversión en Renta de Bienes Raíces (FIBRA). Una de las medidas es que se flexibilizan los requisitos exigibles para la aplicación de la tasa de retención definitiva de 5% sobre las rentas de arrendamiento o cesión en uso de bienes inmuebles atribuidas por el FIBRA o el FIRBI (solo se exigirá que el porcentaje de participación sea menor al 20%).

También se precisa que la tasa de retención definitiva del IR de 5% sobre renta bruta será aplicable para las rentas de arrendamiento o cesión en uso de bienes inmuebles, y los ingresos por servicios provenientes de las transferencias de facturas negociables en las que el factor o adquirente asume el riesgo crediticio del deudor cuando la operación es realizada a través de un fondo de inversión, fideicomiso bancario y de titulación.

LA NORMA SOBRE BENEFICIARIO FINAL SIGUE EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN TÉRMINOS DE TRANSPARENCIA Y LAVADO DE ACTIVOS QUE LAS ENTIDADES YA CUMPLEN DENTRO DE LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE, POR EL CUAL CADA VEZ QUE EXISTAN “OFFSHORE”, PIDEN INFORMACIÓN MEDIANTE UNA DECLARACIÓN DEL BENEFICIARIO FINAL.

Legislativo N° 1371 estará vigente a partir del 1 de enero de 2019.

Identificación de beneficiarios finales

Mediante Decreto Legislativo N° 1372 se establece la obligación de las personas jurídicas o entes jurídicos de informar a Sunat la identificación de los beneficiarios finales, considerando como tales a la persona natural que efectiva y finalmente posee o controla personas jurídicas o entes jurídicos; o que posee o controla un cliente en cuyo nombre se realiza una transacción.

La nueva regulación del beneficiario final sigue el estándar internacional en términos de transparencia y lavado de activos que los bancos y las entidades financieras ya cumplen dentro de las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), por el cual cada vez que existan *offshore*, solicitan información mediante una declaración del beneficiario final.

La Sunat establecerá la forma, plazo y condiciones para presentar la declaración de beneficiario final, que tendrá el carácter de declaración jurada informativa.

La falta de entrega de la referida información a Sunat sobre el beneficiario final, tendrá una sanción de 0.6% de los ingresos de la empresa, con un mínimo de S/ 20,750 y un máximo de S/ 207,500.

Por otro lado, se modifica el Código Tributario, en lo relativo a las facultades de fiscalización, obligaciones de los administrados, infracciones y tipos de sanciones, con la finalidad de incorporar en sus alcances esta nueva obligación.

Se establece finalmente que los notarios públicos estarán obligados a requerir de los intervinientes, entre otros, la constancia de presentación de la declaración jurada informativa sobre beneficiario final. Asimismo, en la introducción de las escrituras públicas, los datos de identificación del beneficiario final.

Si bien el Decreto Legislativo N° 1372 está vigente desde el 3 de agosto de 2018; sin embargo, este decreto legislativo debe ser reglamentado en un plazo no mayor de 120 días. ■



**JOSÉ AVILA
HERRERA**

**Magister en Derecho Penal y
Doctor en Filosofía.
Profesor de Filosofía del
Derecho.**

En una ocasión especial (1), el profesor Luigi Ferrajoli señaló acerca de una renovada dimensión cívica y democrática de los estudios penales. Dijo que, entre ciencia penal y filosofía jurídica existe y debe existir una relación esencial para ambas. Porque el Derecho penal, o bien cumple con la exigencia de dotarse de una cimentación axiológica, y por ello filosófico-política, o bien corre el riesgo de quedar reducido a pura técnica de control social y policial. Del mismo modo que, a la inversa, o bien la filosofía jurídica se compromete con los grandes temas de las libertades y de la fundamentación y la crítica ético-política del derecho y de las instituciones existentes, comenzando por las instituciones represivas del Derecho penal y procesal, o bien está condenada a quedar en una estéril evasión académica.

Por lo demás, la relación entre Derecho penal y filosofía jurídica sobre los fundamentos de ese “terrible derecho” que es el derecho de castigar, ha sido siempre muy estrecha, desde los orígenes de la modernidad jurídica. Fue justamente el Derecho penal el terreno en el que, durante los siglos XVII y XVIII, la gran filosofía política del iusnaturalismo racionalista –de Hobbes a Locke, de Thomasius y Pufendorf a Montesquieu y Voltaire, hasta Beccaria, Bentham, Filangieri y Romagnosi– libró sus batallas contra el despotismo represivo e inquisitivo propio del *ancien régime* y fue definiendo los valores de la civilización jurídica moderna y las líneas maestras de Estado de derecho.

Darío Ippolito

En estas líneas, quería comentar el libro de Darío Ippolito (2) titulado *El espíritu del garantismo: Montesquieu y el poder de castigar* (3), con prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Darío Ippolito es profesor de Filosofía del Derecho. Es un jurista a quien no se le debería perder la pista; en él se muestra una vena crítica y suficientemente sustancial como para considerarlo punta de lanza de la siguiente generación de filósofos del Derecho en Italia. Es un colaborador cercano de Luigi Ferrajoli.

La lectura de este erudito libro es una necesidad en tiempos en los que nuestro “sistema jurídico – penal” viene siendo escrutado por la comunidad política en su rol de lucha contra la criminalidad, la delincuencia y la corrupción. El libro tiene una impecable presentación editorial y una pluma muy culta del profesor Darío Ippolito. ¿Qué prohibiciones legales son justificables? ¿A qué fin y con qué medios castigar a los transgresores? ¿Cómo aceptar la responsabilidad personal de una acción criminal? Las respuestas a estas preguntas tienen que ver con la línea de demarcación entre libertad y opresión. Porque desde el ámbito de las prohibiciones, de las reglas del



MONTESQUIEU: UN PENALISTA OLVIDADO

El espíritu del garantismo

A MONTESQUIEU SE DEBE LA CRÍTICA DE LA BARBARIE PUNITIVA MEDIEVAL, Y EN ÉL DESPUNTA UN NUEVO DERECHO PENAL RENOVADO POR LOS PRINCIPIOS DEL LEGALISMO Y LIBERALISMO.

proceso, de las modalidades punitivas depende la posición de la persona frente a la autoridad.

El poder de castigar es un poder trágico, pues protege amenazando y contiene la violencia mediante el uso de la fuerza del Estado. Halla su legitimación en la tutela de la vida, la integridad y la libertad de las personas, que en ausencia de prohibiciones legales y de una potestad sancionadora quedarían a merced de la ley del más fuerte. Pero inquiriendo, imputando, constriñendo y condenando quebranta esa misma inmunidad que guarda. Poder necesario y terrible, su ejercicio siempre puede degenerar en formas opresivas. Invocamos el poder de castigar para defender nuestra seguridad, pero ¿cómo defendernos de él?

En los últimos dos siglos, dice el profesor Ippolito, la filosofía, la ciencia del derecho y la legislación han elevado, en el terreno penal, los muros maestros del Estado de derecho. Desde el constitucionalismo revolucionario de finales del

siglo XVIII hasta las constituciones rígidas de la segunda posguerra, pasando por las codificaciones liberales del ochocientos, las garantías penales y procesales de los derechos fundamentales han entrado a formar parte del derecho positivo.

Montesquieu, padre de la moderna separación de poderes como garantía del principio de legalidad, se revela en esta “relectura” de su obra fundamental: *Del espíritu de las leyes*, como un gran y versado penalista que enseña cómo la libertad ciudadana depende de la bondad de las leyes penales, de la configuración de la esfera de los delitos, de la composición del arsenal de las penas, de la organización jurisdiccional y fiscal, las reglas del proceso penal y el sistema penitenciario.

La lección política de Montesquieu inspiró a otro gran filósofo del Derecho penal: Cesare Beccaria, quien fecundó el debate ilustrado y contribuyó a la laicización, humanización y racionalización del sistema penal. En él cabe reconocer



a un pionero del paradigma del Estado de derecho y de la democracia constitucional como sistema de límites a los poderes salvajes.

Montesquieu es conocido por la doctrina de la separación de poderes que formula en su libro *El espíritu de las leyes*, como aquel “código de la razón y de la libertad” con el que recordó a los hombres que eran libres. Aquella doctrina se consagra como dogma político al ser proclamada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francés: “no hay Constitución si en ella no queda establecida la separación de poderes”.

El interés del libro de Ippolito radica en los aspectos de la obra capital de Montesquieu que rescata y estudia, y que no son sino postulados de un naciente derecho penal liberal, lo que hace de él un precursor de Beccaria. A Montesquieu se debe la crítica de la barbarie punitiva medieval, y en él despunta un nuevo derecho penal renovado

por los principios del legalismo y liberalismo. No olvidemos que en la época de Montesquieu, los ordenamientos jurídicos se caracterizaban por connotaciones confesionales. La ortodoxia de la fe y el conformismo moral con los valores religiosos constituían un componente importante de las pretensiones de obediencia del poder político.

Su argumentación es radical: los hombres no pueden castigar en nombre de Dios, porque no conocen los criterios de su justicia divina. Obviamente esta tesis suscitó escándalo en su época. Fue censurada por las autoridades religiosas y por los juristas tradicionalistas. Sin embargo, al otro lado de la orilla, suscitó entusiasmo. Fue retomada y desarrollada por todos los exponentes del iluminismo (4) penal.

Teórico de la moderación

Cuarenta años después de la publicación de *El espíritu de las leyes*, con la Revolución Francesa,

La influencia del iusnaturalismo

Montesquieu cree en la existencia de relaciones de equidad, anteriores y superiores al Derecho Positivo. Cree que el Derecho Penal debe respetar y reflejar estas relaciones para garantizar la libertad del individuo. El poder de castigar es constitutivamente trágico porque protege amenazando. Contiene la violencia en el doble sentido del verbo: La frena y la incorpora. Invade la misma esfera de inmunidad que presidía. Tiene un doble perfil, que no puede disimular:

debe intimidar para tranquilizar; blandir sus armas para desarmar. Es el poder que invocamos en defensa de nuestra seguridad; pero al mismo tiempo es un peligro para nuestra seguridad. El Derecho Penal debe servir para protegernos de este peligro. A protegernos, entre otras cosas, de la violencia ilegal de los delitos, de la violencia institucional de los aparatos represores: de las prohibiciones ilegítimas, de las acusaciones infundadas, de las condenas arbitrarias, de las penas excesivas.

el principio de laicidad llegó para quedarse en el Derecho Positivo. Montesquieu fue un teórico de la moderación, aunque sus ideas influenciaron a los artífices de la revolución. De esa manera, el camino estaba ya abonado para que Cesare Beccaria asestase el golpe definitivo contra aquel derecho penal cruel y bárbaro con su polémico libro: *De los delitos y las penas*, donde acertó a sintetizar y transmitir con vigor ideas que estaban ya en el ambiente.

Aboga también Montesquieu por la limitación del repertorio de delitos a solo las acciones externas, nunca a las ideas, e igual ocurre con las palabras que no van más allá de la idea. Predica el principio de taxatividad, que pone coto a los intentos de utilización despótica del derecho penal, a la vez que reclama para las normas penales univocidad semántica; sin ella, el hombre ni es libre ni puede sentirse seguro porque la indeterminación semántica de los tipos penales supone un portillo abierto a la utilización arbitraria del derecho penal. Como luego hará Beccaria, se pronuncia en contra de la extrema severidad de las penas advirtiendo de algo que no parece haber calado en la conciencia de los legisladores actuales, empeñados en una correlación simplista según la cual a mayor endurecimiento de las penas, menos delitos; frente a esta creencia, enseñaba Montesquieu que “los castigos más o menos crueles no consiguen que las leyes sean más acatadas”.

Hoy, no menos que en la época de Montesquieu, el Derecho Penal es un campo de tensión. Alrededor de sus instituciones se enfrentan visiones duras e inconciliables. Ideologías de seguridad

contra enfoques liberales; modelos de justicia restaurativa contra incitaciones a la venganza, proyectos de derecho penal mínimo contra recetas populistas o el propio derecho penal del enemigo.

En la actualidad de estos conflictos, la modalidad punitiva característica de los órdenes jurídicos contemporáneos, es decir, la privación de la libertad mediante el encierro carcelario (“los excesos de la famosa prisión preventiva”), surge como cuestión fundamental y dirimente: por un lado, sus apologistas, que sostienen su necesidad y propugnan su uso expansivo; por otro lado, sus críticos que remarcan su ineficacia, denuncian su injusticia, proyectan su superación. En suma, la cárcel está en el centro de un enfrentamiento crucial sobre la civilización del derecho como los suplicios lo estuvieron en la época de Montesquieu, alineados en defensa del orden penal tradicional, levantaron los escudos de la conservación frente a las reclamaciones humanitarias y garantistas del movimiento de las Luces.

Por otro lado, la lectura del libro del profesor Dario Ippolito, nos hace recordar esas ideas de *El espíritu de las leyes*, en la que Montesquieu enseña a mirar al Derecho como fenómeno social, a estudiarlo a partir de su relación con las formas de poder, con la religión, con las costumbres, con la economía, con la geografía.

La idea de libertad de Montesquieu advierte el eco de la doctrina política de Locke. “Libertad” es una palabra polisémica. Puede ser definida en términos de independencia, autonomía, emancipación, poder, participación, ausencia de normas imperativas. Sin embargo, la inteligencia de Montesquieu la conecta a los conceptos de seguridad y de ley, identificándola en la situación jurídica de quien se siente seguro de no poder ser constreñido a hacer lo que la ley no prescribe y a no hacer lo que la ley permite. Esta connotación de la palabra nos transmite una advertencia política: La seguridad a la que debemos aspirar es la “seguridad de la libertad”.

Bienvenido sea este sugestivo y culto trabajo de Dario Ippolito que ilumina un aspecto de la ingente obra de Montesquieu, de sumo interés para la historia del garantismo penal. Nuestros jueces y fiscales deben hacer un esfuerzo por leer y reflexionar sobre este libro. El interés se potencia, si cabe, ante los embates de un inquietante “involucionismo” punitivo actual. ▀

[1] Lección expuesta el 5 de septiembre de 1997, en ocasión del otorgamiento del título de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires. [2] Profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Roma Tres. Pero también enseña Historia de las doctrinas políticas e Historia Moderna en la Universidad de Roma la Sapienza y es profesor invitado en la École Normale Supérieure de Lyon. Entre sus numerosos trabajos destaca los libros de Mario Pagano. El pensamiento giuspolitico di un illuminista y Diritti e potere. Indagini sull'illuminismo penale y en castellano, Itinerarios del garantismo. La filosofía penal de las luces entre el utilitarismo y retribucionismo, y libertad y propiedad en la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli. Finalmente, es editor de la obra de Luigi Ferrajoli: El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal (2018). [3] Editorial Trotta, 2018. Estructuras y procesos. Derecho. Estructuras y procesos. Derecho. [4] El iluminismo es, más que un sistema de ideas o una escuela filosófica, un estado general de opinión en las sociedades inglesa, alemana, francesa o italiana de la época. Una actitud cultural y espiritual de confianza en la razón como medio para solucionar los problemas y desajustes sociales.

PAUTAS PARA TENER A LOS TRABAJADORES EN PLANILLA

Contratación de personal



**CÉSAR
PUNTRIANO
ROSAS**

Abogado. Profesor en Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo de ESAN.

Con lo complejo que se han vuelto las relaciones laborales a partir de los innumerables cambios de criterios de los jueces laborales, es difícil determinar cuál es la manera más segura de contratar trabajadores dentro del marco legal vigente. Así, se hace referencia a “contratación segura” en tanto existe una carencia absoluta de predictibilidad respecto a cómo resolverá un inspector laboral o un juez cuando un trabajador, e inclusive un locador (prestador de servicios independiente), cuestione la manera en que la empresa lo ha contratado.

Respecto a la contratación laboral en el Perú, la legislación vigente data de 1991. En ella no se han producido grandes cambios normativos hasta la actualidad, salvo en lo relativo a la intermediación laboral y la tercerización.

Las modificaciones estructurales provienen de los tribunales laborales que exigen por ejemplo un gran detalle al redactar los contratos temporales, objetan que las empresas otorguen beneficios extralegales a sus practicantes como vales de alimentos, o son radicales al analizar la validez legal de que un independiente preste servicios a una compañía.

Casos de incorporación de personal

Por tanto, cuando las empresas tengan la necesidad de incorporar a una persona en su organización, lo primero que deberán evaluar es si las actividades del trabajador se pueden ejecutar desde su domicilio o desde donde lo desee. Además, es necesario que determinen si el trabajador no estará sujeto a un horario, si podrá tener varios clientes o carecerá de herramientas de trabajo proporcionadas por la empresa, entre otros aspectos que evidencien que su labor es independiente. En caso de que sea así, no se requiere incorporar al prestador de servicios en las planillas.

En cambio, si el puesto puede ser cubierto por un egresado de una universidad o instituto superior que se encuentra en proceso de aprendizaje y que no asume responsabilidades similares a las de cualquier otro trabajador, se le puede contratar como practicante profesional. Esta alternativa tampoco supone una relación laboral.

Otra opción para cubrir una plaza abierta es recurrir a una tercera empresa que legalmente contrate al trabajador y lo destaque en su organización. Este mecanismo se llama intermediación laboral y es posible aplicarlo si se trata de una actividad ocasional, como el reemplazo de un trabajador cuyo vínculo se encuentra suspendido o para labores accesorias al giro de la empresa. En este punto, el trabajador no se halla en la planilla de la compañía, pero sí en la de la intermediadora.

Vínculos indiscutibles

En el caso de que la empresa decidiera contratar a una persona en planilla debido a que su labor es dependiente (no es consultor ni practicante), corresponde evaluar si dicha incorporación se realizará mediante un vínculo indeterminado o temporal. Esta decisión se tomará al considerar primero si la plaza se relaciona con puestos claves para la organización o cargos gerenciales, o si la tarea que se efectuará será permanente, mientras que

lo segundo opera si el papel es transitorio. Al contratar a un trabajador de manera indeterminada, no se requiere celebrar un contrato escrito, pero si darle de alta en su primer día de labores en la planilla electrónica del Registro de Información Laboral de Sunat, T-Registro. En cambio, si es temporal, se necesitará un contrato escrito en el que se detalle la razón objetiva que motiva a la empresa a utilizar un contrato a plazo fijo.

Nuevas actividades

Las causas de contratación temporal son el inicio de nuevas actividades empresariales, el incremento de estas, la reorganización de la empresa, el aumento imprevisible de la demanda de sus productos o servicios, ejecución de un proyecto específico u obra determinada por parte de la compañía.

Estas situaciones permiten incorporar personal temporal hasta por cinco años, salvo en el caso de inicio o incremento de actividades cuyo plazo máximo es de tres años, o de reorganización que es dos años.

Sin embargo, es importante detallar que es usual que el contrato temporal no contemple el plazo máximo previsto por la ley; si no, que se celebren contratos de corta duración de entre tres y seis meses, y que estos se renueven de acuerdo a las necesidades de la empresa. ▀



Los derechos del trabajador

Es importante precisar que los trabajadores temporales tienen los mismos derechos laborales que los permanentes, salvo por la estabilidad laboral que está condicionada al plazo del contrato. Cuando la empresa decide no renovarlo, la legislación no exige un aviso previo por tratarse del transcurso del plazo previamente pactado entre empleador y trabajador.

Otro punto por considerar es si la persona contratada a plazo fijo es una trabajadora gestante, solo no se le renovará el contrato si la causa que ameritó su contratación hubiera desaparecido. No es legalmente viable además exigir una prueba de embarazo a las postulantes, solo informarles la existencia de riesgos laborales, y si califican

reubicarlas. Asimismo, antes de contratar a una persona, las empresas que empleen de 50 a más trabajadores deberán remitir su oferta de empleo mediante la Bolsa de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, con el objetivo de permitir que personas con discapacidad puedan acceder a estos puestos. Frente a este último lineamiento, es importante tener presente que si el puesto supone realizar una actividad altamente calificada o de riesgo, y el postulante discapacitado no puede afrontarlo, es válido no contratarlo. Como se advierte, la regulación en materia de contratación laboral es compleja, pero para evitar contingencias legales esta debe ser cumplida.

A PROPÓSITO DEL PRINCIPIO DE PREVISIÓN DE CONSECUENCIAS

Realidad social y argumentación



EDWIN FIGUEROA GUTARRA

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

El criterio de la realidad social o sociológico, en la clásica definición de Von Savigny (1), exige que la interpretación se realice atendiendo a las circunstancias sociales y económicas del momento. Conforme decía Ortega y Gasset, el Derecho queda reducido a un mero hecho social.

El criterio de la realidad social merece una especial atención, y con esta pauta asume relevancia que el juez pueda ver más allá de su decisión, que pueda contextualizar cuál es el panorama que subyace a la dación de la decisión y cuáles serán las implicancias de su decisión en el contexto social. A esto le denominamos la trascendencia social de la decisión del juez.

El criterio de literalidad

El juez válidamente puede sustentar su posición frente a un problema específico, en el criterio de literalidad, asumiendo la dimensión normativa del caso como una disposición, para referirnos a

La presión mediática

He aquí un grave problema para todo juez en el país: la enorme presión que suelen ejercer, en algunas ocasiones, distintos medios de comunicación respecto de procesos judiciales concretos. El juez, frente a tales vicisitudes, debe mantenerse independiente y rechazar las presiones que se

podrían ejercer en su contra. En modo alguno involucra un criterio sociológico de resolución de conflictos que el decisor racional pueda tener en cuenta que si falla de un modo determinado, la prensa pueda desatar una campaña de desprestigio o manifiesta oposición.

términos de Guastini, (2) y encontraríamos una justificación suficiente en sentido formal para la viabilidad de la medida dispuesta.

Sin embargo, si observamos acuciosamente el criterio de la realidad social, entonces nos percatamos de las posibles consecuencias adversas de una decisión en consideración a qué específicos perjuicios directos puedan extenderse a toda la colectividad. De esa forma, si el juez no observa

las consecuencias sociales de su decisión al dejar de lado bienes jurídicos que conciernen solo al problema, entonces, por cierto, se lesionan otros bienes jurídicos igualmente relevantes.

Desde esa dimensión del problema, el escenario social sí puede constituir una variable por tener en cuenta, y el conflicto producido bien puede implicar una solución distinta a la producida en su momento. En el propio sentido asignado por Guastini, si el juez opta por la aplicación de la norma, es decir, busca un sentido interpretativo distinto, pero acorde con los principios, valores y directrices de la Constitución, entonces asumirá una posición distinta al criterio de literalidad, bajo reglas de razonabilidad y proporcionalidad.

Este enfoque de la realidad social no se agota solamente en la realidad, más si representa un punto de partida relevante. Los factores por dilucidar son múltiples, coadyuvantes respecto a la realidad social, y uno de ellos bien puede válidamente partir del enfoque cualitativo que impulsa el análisis económico del Derecho, elemento que puede servir de base sustantiva para encaminar una relación de coincidencia entre Derecho y Economía.

Sin perjuicio de lo expuesto, ¿debe el juez siempre observar la realidad social en la decisión de los conflictos? No lo creemos así, pues la antípoda o conclusión, por cierto, apagógica respecto de lo enunciado, la constituye que puedan existir factores de presión externa, como ocurre con la prensa cuando esta efectúa lo que la doctrina

denomina juicios paralelos, es decir, cuando la prensa resuelve una cuestión, fuera del escenario judicial y *a priori*, en el sentido que puedan asignar los medios de comunicación. De ese modo, anticipa una condena en concreto sin que antes se hubiese oído al responsable, y sin que hubiera tenido lugar, cuando menos, una actividad probatoria que justifique las bases materiales mínimas establecidas por el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos respecto a garantías judiciales.

A mérito de lo expresado, podemos inferir que existe una estrecha relación entre realidad social y argumentación, en tanto esta última representa el sustento de aquellas decisiones que eventualmente pudieran advertir el peso del denominado principio de previsión de consecuencias, elemento de análisis que bien puede involucrar que el juez, de advertirse consecuencias contrarias mayores a las que exprese el fallo, deba modular los efectos de su decisión, racional y razonablemente, sin excesos, ajustando su decisión a la Constitución Política y la ley.▶

[1] Desde el siglo XIX, Savigny, como propulsor de la Escuela Histórica del Derecho, cuyo logro más acentuado fue su grandiosa sistematización del derecho romano, planteó cuatro criterios orientativos para la solución de los conflictos: gramatical, lógico, histórico y sistemático.

[2] Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Disposición vs Norma*. Lima-Perú-Palestra Editores, 2011. p. 136.

AVANCES EN LA INCLUSIÓN FINANCIERA

Ley de Cooperativas



LAS ENTIDADES QUE SE ENCUENTRAN SUJETAS A ESTA NUEVA REGULACIÓN SERÁN LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO QUE ÚNICAMENTE SE DEDICAN A REALIZAR OPERACIONES CON SUS SOCIOS (COOPAC), PUES LAS QUE CAPTABAN RECURSOS DEL PÚBLICO EN GENERAL SE ENCUENTRAN YA REGULADAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS.

Así pues, la ley ha dispuesto una supervisión acotada bajo un esquema modular de tres niveles, a los cuales se accede dependiendo del monto total de activos con los que cuentan las Coopac en un período de 90 días calendario y con umbrales de hasta 600 UIT (nivel 1), hasta 65,000 UIT (nivel 2) y más de 65,000 UIT (nivel 3). De este modo, según el nivel en que se encuentren las Coopac, estas podrán realizar mayor o menor cantidad de operaciones, según corresponda.

La nueva ley, asimismo, establece que la SBS dicte normas de aplicación a las Coopac en materia prudencial, como son el establecimiento de provisiones, límites y prohibiciones a sus operaciones, estándares de conducta en el mercado, apertura, traslado y cierre de oficinas, patrimonio efectivo, administración de conflictos de intereses, auditoría, entre otras. También ha previsto para las Coopac disposiciones para la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo (Plaft), la constitución de patrimonios de seguro de crédito, libertad de fijación de tasas de interés, entre otros aspectos.

Por otro lado, solo las Coopac inscritas en el Registro Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito No Autorizadas a Captar Recursos del Público podrán realizar las operaciones señaladas en esta nueva ley; de lo contrario, la SBS dispondrá medidas de cierre de oficinas e incautación de documentación, entre otras acciones, a fin de otorgar las herramientas necesarias para combatir la informalidad en este sector. ▀

FRANCISCO MONTOYA

Abogado. Asociado de Lazo, De Romaña & CMB. Universidad de Piura. Con especialidad en derecho corporativo, banca, finanzas y mercado de capitales.

Impacto y vigencia

La Ley N° 30822 impacta tangencialmente en otras regulaciones, tal y como sucede en: i) el caso del Fondo Mivivienda, pues se señala que esta entidad ahora podrá otorgar financiamiento a las Coopac para que estas, a su vez, puedan dar créditos hipotecarios bajo los programas Techo Propio, Mivivienda, entre

otros; con ello, se accederá a los beneficios del Bono del Buen Pagador y Cobertura de Riesgo de Crédito; y ii) la Ley General de Sociedades, dado que los aportes dinerarios para acreditar capital social de una empresa en formación pueden ser depositados en las Coopac. Finalmente, es importante

tener en cuenta que la ley entrará en vigencia el 1 de enero del 2019, salvo por los artículos referidos a temas de Plaft y el Fondo de Seguro de Depósitos Cooperativo, y las disposiciones complementarias finales tercera, cuarta y séptima, que entrarán en vigencia al día siguiente de su publicación.

la formalización de la economía, la prevención del lavado de activos y la protección al ahorrista. Asimismo, la ley impacta de manera tangencial a otras regulaciones distintas a la puramente bancaria. Por ello, vale la pena mencionar brevemente sus puntos más importantes y valorarlos.

Ámbito de aplicación

En primer lugar, las entidades sujetas a esta nueva regulación serán las cooperativas de ahorro y crédito que únicamente se dedican a realizar operaciones con sus socios (Coopac), pues las que captaban recursos del público en general se encuentran ya reguladas por la SBS.

Tras varias semanas de amplio debate y aprobación en el Congreso de la República del proyecto de ley referido a la supervisión de las cooperativas de ahorro y crédito por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), la autógrafa finalmente vio la luz y se publicó la Ley N° 30822.

Se estima que a fines del 2017 existían alrededor de 350 cooperativas de ahorro y crédito. En ese marco, indudablemente, esta norma constituye un avance para la inclusión financiera en el país, la cual involucra una serie de beneficios adicionales en el largo plazo, como