

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

“La Factura Negociable y sus Limitaciones a la Libre Circulación”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

ALUMNO

César Luis Correa Zúñiga

ASESORA

Mg. Maria Luisa Gabriela Valdivia Bocanegra

JURADO

Gilberto Mendoza del Maestro (Presidente)

Julio César Guzman Galindo

LIMA – PERÚ

2014



A mi madre por su esfuerzo y apoyo incondicional que me permite alcanzar mis objetivos y a las generaciones futuras de estudiantes de derecho para que cosechen la pasión por el derecho.

INDICE

Introducción

Sección N° 1

La Factura Negociable en la Legislación Peruana

- 1.1 Condiciones Generales
- 1.2 Antecedentes
 - 1.2.1 La Duplicata
 - 1.2.2 Conforme obligatorio uruguayo
 - 1.2.3 La Factura conformada en la Ley N° 26702 – Ley SBS
- 1.3 Los títulos valores y su naturaleza jurídica
- 1.4 Los principios que rigen los títulos valores
 - 1.4.1 Principio de literalidad
 - 1.4.2 Principio de incorporación
 - 1.4.3 Principio de autonomía
 - 1.4.4 Principio de legitimación
 - 1.4.5 Principio de buena fe
- 1.5 La Factura Conformada
 - 1.5.1 Consideraciones Generales
 - 1.5.2 Naturaleza Jurídica
 - 1.5.3 Características de la Factura Conformada
 - 1.5.4 Emisión y circulación de la Factura Conformada
 - 1.5.5 Vencimiento y mérito ejecutivo de la Factura Conformada
- 1.6 La Factura Negociable

- 1.6.1 Naturaleza jurídica de la Factura Negociable
- 1.6.2 Forma de transmisión de la Factura Negociable
- 1.6.3 Contenido de la Factura Negociable
- 1.6.4 Formatos de la Factura Negociable
- 1.6.5 Eficacia Jurídica de la Factura Negociable
 - 1.6.5.1 Emisión y circulación
 - 1.6.5.2 Aceptación
 - 1.6.5.3 Pago
 - 1.6.5.4 Vencimiento
 - 1.6.5.5 Eficacia jurídica de la factura negociable
- 1.6.6 Impugnación y retención dolosa de la Factura Negociable y omisión de información.
- 1.6.7 Mérito Ejecutivo de la Factura Negociable y Acciones Cambiarias
- 1.6.8 Prohibición de Limitación de Transferencia
- 1.6.9 Prevención de lavado de dinero o activos

1.7 Legislación Comparada

- 1.7.1 Colombia
- 1.7.2 Argentina
- 1.7.3 Bolivia

Sección N° 2

Los Derechos Irrenunciables en el Ordenamiento Jurídico Peruano

- 2.1 Antecedentes
- 2.2 Noción Jurídica de Irrenunciabilidad
 - 2.2.1 El derecho laboral y el principio de irrenunciabilidad
 - 2.2.2 Los principios constitucionales de la relación laboral
 - 2.2.2.1 Principio Protector
 - 2.2.2.2 Principio de Continuidad
 - 2.2.2.3 Principio de Primacía de la Realidad
 - 2.2.2.4 Principio de igualdad y no discriminación
- 2.3 Teorías respecto a la irrenunciabilidad de derechos laborales
 - 2.3.1 Teoría de la irrenunciabilidad de derechos
 - 2.3.2 Teoría de la Flexibilización Laboral
 - 2.3.3 Teoría de los derechos adquiridos y hechos cumplidos

- 2.4 Remuneraciones irrenunciables y remuneraciones disponibles
 - 2.4.1 Conceptos de remuneración
 - 2.4.2 Beneficios de origen legal y de origen convencional – Convenios Colectivos
 - 2.4.3 Oportunidad de pago de la remuneración
 - 2.4.4 Epilogo

- 2.5 El Contrato Administrativo de Servicios y los Derechos que dé el emanan
 - 2.5.1 El Contrato civil de prestación de servicios
 - 2.5.2 El Contrato de Locación de Servicios
 - 2.5.3 El Contrato de Obra
 - 2.5.4 El Contrato Administrativo
 - 2.5.5 El Contrato de Servicios no Personales

- 2.6 El Principio de irrenunciabilidad de derechos en la interpretación
 - 2.6.1 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
 - 2.6.1.1 Sentencia N° 09-2004-AA-TC
 - 2.6.1.2 Sentencia N° 008-2008-PI/TC
 - 2.6.1.3 Expediente TC 606-2000-AA/TC

- 2.7 Derecho Comparado
 - 2.7.1 Derechos Humanos
 - 2.7.2 Principio de Irrenunciabilidad de Derechos en el Derecho Comparado

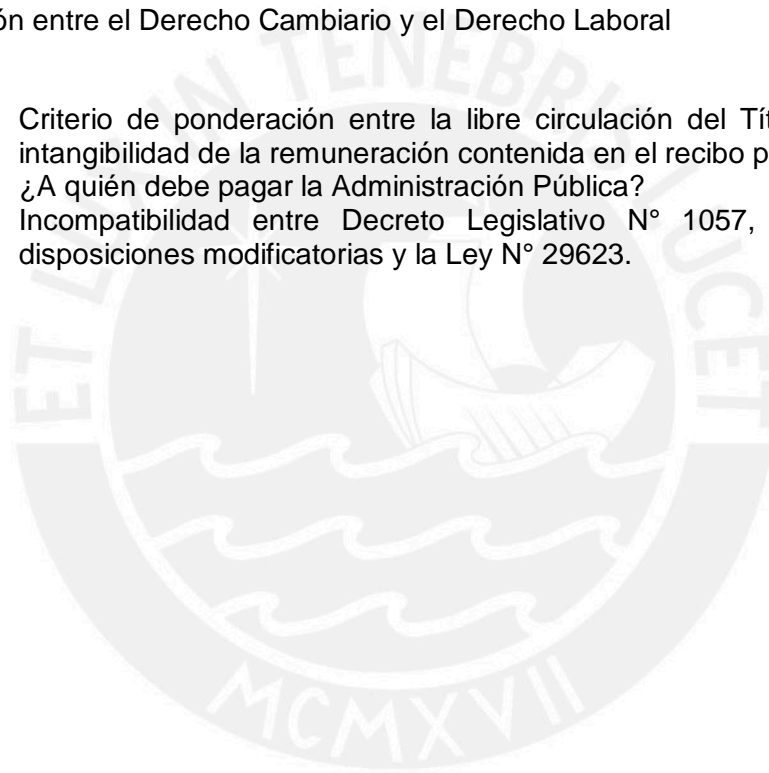
Sección N° 3

Las Limitaciones a la circulación de la Factura Negociable

- 3.1 Consideraciones Generales.

- 3.2 El Decreto Legislativo N° 1057, modificado por Ley N° 29849 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, modificado mediante Decreto Supremo N° 065-2011-PCM.
 - 3.2.1 Antecedentes
 - 3.2.2 El Contrato Administrativo de Servicios como régimen laboral especial
 - 3.2.3 La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00002-2010-AI

- 3.2.4 Modificación del Reglamento CAS – Decreto Supremo N° 065-2011-PCM
 - 3.2.5 La remuneración del trabajador CAS, el pago y otras formas de extinción de obligaciones
- 3.3 Restricción a la circulación de la Factura Negociable cuando es emitida por recibos por honorarios
- 3.3.1 La vocación circulatoria del título valor denominado factura negociable
 - 3.3.2 Pago del título valor factura negociable contenido en recibos por honorarios en las entidades publicas
 - 3.3.3 La cláusula de no negociable en el titulo valor factura negociable
- 3.4 Colisión entre el Derecho Cambiario y el Derecho Laboral
- 3.4.1 Criterio de ponderación entre la libre circulación del Título Valor y la intangibilidad de la remuneración contenida en el recibo por honorarios.
 - 3.4.2 ¿A quién debe pagar la Administración Pública?
 - 3.4.3 Incompatibilidad entre Decreto Legislativo N° 1057, reglamento y disposiciones modificatorias y la Ley N° 29623.



INTRODUCCIÓN

El controvertido régimen laboral especial de la contratación administrativa de servicios y la creación del título valor denominado factura negociable serán los protagonistas en este trabajo de investigación que tiene por objeto demostrar que ambos regímenes son incompatibles entre sí, dado que uno de ellos puede colisionar directamente con los derechos que cautela el otro.

Para tal fin, este trabajo de investigación se sustenta en que la circulación del título valor factura negociable debe restringirse únicamente a facturas o boletas comerciales más no a recibos por honorarios, en el supuesto de que un trabajador contratado bajo el régimen del contrato administrativo de servicios transfiera su recibo por honorarios mediante endoso a un tercero, produciéndose una novación subjetiva de obligación, ya que pasamos de una obligación laboral a una netamente comercial. Sin embargo; cabe precisar que lo que transfiere el trabajador no es solo una suma de dinero sino que esa suma de dinero incorpora su remuneración, la misma que en nuestro ordenamiento ha sido elevada a rango constitucional calificándosele como irrenunciable y estableciéndose ciertas reglas para su disposición.

En ese sentido nos encontramos ante una disyuntiva entre el derecho comercial y el laboral, entre la libre circulación y autonomía de un título valor contra la intangibilidad de la remuneración. Par tal fin, en esta investigación se utilizará diversos métodos, como el metodológico explorativo, ya que al haberse escrito poco sobre el tema es necesario hacer un análisis explorativo detallado. Luego de ello se analizarán ambos supuestos para que una vez expuestos sean confrontados, demostrándose que ambos son incompatibles entre sí en el extremo anteriormente señalado.

En principio, se iniciará con el análisis de la factura negociable en la legislación peruana, señalando los antecedentes de la misma y su naturaleza jurídica. La segunda sección tiene por objeto analizar de manera general la protección de la remuneración en nuestro ordenamiento nacional. Finalmente, se contrastará la incompatibilidad existente que originaría una colisión entre el derecho cambiario y el derecho laboral.

Habiéndose señalado los puntos más importantes que se desarrollarán a lo largo de la investigación, sólo me resta precisar que este análisis es necesario ya que el título valor que hoy es materia de análisis, tal y como está redactado, en la práctica puede servir para que los trabajadores de dicho régimen laboral puedan acceder a financiamiento lo cual es rescatable; sin embargo, mediante ese acceso pueden

vulnerarse derechos laborales que deben revestir toda la protección del Estado. Por tal motivo, es que este tema es por demás interesante y a su vez contrasta dos realidades en nuestro país: las obligaciones comerciales y las laborales.



Sección Nº 1

La Factura Negociable en la Legislación Peruana

La factura negociable, título valor creado mediante Ley Nº 29623 - Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial – señala que el citado título valor es uno a la orden, transmisible vía endoso, cuyo objeto es permitir el acceso a financiamiento a través de facturas comerciales o recibos por honorarios.

Por tal motivo, es necesario conocer cuál fue el objeto de la creación de un nuevo título valor en nuestro ordenamiento jurídico peruano, partiendo de los antecedentes cambiarios que sirvieron de inspiración al legislador para poder elaborar la norma de creación.

1.1. Condiciones Generales

La factura negociable como nuevo título valor creado mediante Ley, de conformidad con el artículo Nº 3 de la Nueva Ley de Títulos Valores – Ley Nº 27287, ha sido incorporada en nuestra legislación cambiaria, originando con ello la entrada de un nuevo título valor que suple al denominado papel billete en el desarrollo de actividades económicas.

Ascarelli en su Teoría General de los títulos de crédito señala:

“La vida económica sería incomprensible sin la densa red de títulos de crédito; a las invenciones técnicas habrían faltado medios jurídicos para su realización social adecuada; las relaciones comerciales tomarían necesariamente otro aspecto. Gracias a los títulos de crédito, el mundo moderno puede movilizar sus propias riquezas; gracias a ellos, el derecho consigue vencer tiempo y espacio, transportando con la mayor facilidad, representados en estos títulos, bienes distantes y materializando en el presente las riquezas futuras.”¹

Por tal motivo, en el país, si bien es cierto la Ley Nº 16587 – Ley de Títulos Valores, regulaba algunos títulos valores como el pagaré, el vale a la orden, el cheque y la letra de cambio, no es sino con la Ley Nº 27287 que se hace la distinción expresa entre valores materializados y valores desmaterializados, siendo a la fecha 24 títulos valores los existentes en el mercado nacional que aparejan consigo mérito ejecutivo con el solo vencimiento de su plazo, salvo que esté sujeto a protesto o a modalidad sustitutoria. Por ello, considero que para ampliar el tráfico comercial en nuestro país, y permitir a personas que por lo general les es difícil acceder a financiamiento, es que se

¹ ASCARELLI, Tulio. Teoría General de los Títulos de Crédito. México, 1947.p. 3.

vio la necesidad de crear este título valor, que viene a paliar dicha deficiencia a efecto de que los proveedores de bienes o prestadores de servicios puedan transferir dichos derechos incorporados en los documentos, permitiendo con tal hecho su negociabilidad, adquiriendo este último la calidad de título valor.

La exposición de motivos de la norma que crea la factura comercial establece que el objetivo de la Ley es promover el financiamiento con la finalidad de formalizar el acceso al crédito de acreedores comerciales, proveedores de bienes y servicios por medio de operaciones de factoring y descuento de facturas. Por tal motivo, es importante analizar la naturaleza jurídica de este nuevo título valor, a efectos de poder compararlo con otros documentos cambiarios que existen en nuestro ordenamiento nacional y determinar si su transmisión no lesiona o conlleva renuncia alguna de derechos patrimoniales que pueden reflejarse en recibos por honorarios, documentos que mediante la creación de dicho título valor han adquirido calidad cambiaria, situación idéntica a la de la factura conformada.

No debemos olvidar que el Derecho mercantil se encuentra en constante cambio dado el avance de la tecnología y el giro vertiginoso que se le otorga a las actividades económicas y financieras en este mundo globalizado. Por ende, en nuestro país, se hace necesario insertar a esta población económicamente activa en el mundo del financiamiento por medio de la factura negociable; sin embargo, habría que analizar si es que la factura negociable cumple con dicho objetivo, o en todo caso que supuestos puede generarse a partir del endoso de un recibo por honorario.

1.2. Antecedentes

En primer lugar, es necesario tener en claro cuáles son los antecedentes de la factura negociable, es decir, los títulos valores que introducen el uso de la factura como medio de pago y que sirvieron de inspiración al legislador para su creación.

Al respecto, sin lugar a dudas, el antecedente inmediato que se viene a la mente es la creación y uso de La Duplicata, título valor utilizado masivamente en Brasil que viene hacer el antecedente del empleo de comprobantes de pago a nivel sudamericano, sin dejar de lado la Factura de Crédito Argentina, la Factura Cambiaria Colombiana o la Factura Cambiaria Boliviana, las mismas que serán analizadas en su oportunidad.

Hernando y Ulises Montoya Alberti, en su obra Comentarios a la Ley de Títulos Valores sostienen que los antecedentes de la factura conformada la encontramos en las legislaciones brasileras, uruguayas e italianas, sobre esta última señala lo siguiente:

“En Italia, el antiguo Código de Comercio Italiano de 1882, en su artículo 44, estableció un título representativo de las mercaderías, concebido a la orden y endosable, que daría lugar a la cambiale tratta. Gerscovich- Lisoprawski, citando a Vivante señala que el stabilito di compra – vendita, usado en ciertas regiones de Italia, es un título a la orden para las transacciones mercantiles de compraventa. El vendedor asume por un precio el compromiso de entregar mercaderías, especialmente géneros alimenticios, y obligaciones accesorias de hacerlo en cierto tiempo y lugar. Es endosable con efectos cambiarios, transmitiendo la propiedad del documento y de los derechos que le son inherentes (...) El consorcio Agrario de Bologna, constituido en 1901 y ligado al Banco Popolare di Bologna, crea la Factura aceptada del consorcio bolognese la que tuvo por finalidad facilitar el crédito a sus socios agricultores, otorgándoles la posibilidad de vender sus mercancías a crédito a través de simples facturas a la orden, las cuales eran aceptadas por estos para luego ser descontadas en la sede central o en las sucursales distribuidas por la Romagna. De este modo es que la factura aceptada y a la orden deviene en título de crédito transmisible por endoso, cuyo contenido literal establece y circunscribe el derecho y las obligaciones respectivas para el deudor y acreedor.”²

En lo que respecta a la legislación brasilera, corresponde detenerse a analizar a La Duplicata.

1.2.1. La Duplicata

Esta modalidad cartular constituye la forma evolucionada de las contas assinadas³, también denominadas cuentas firmadas. Montoya señala lo siguiente:

“(...) En Brasil, La Duplicata es un documento que se emite conjuntamente como un duplicado de la factura comercial. No es una nueva factura comercial, la factura comercial sigue emitiéndose y cumpliendo la función de un comprobante de pago, en tanto que la factura conformada es un título de crédito con garantía propia. Se obliga a los vendedores a facilitar al comprador un duplicado de factura por los géneros vendidos (...)”⁴

Asimismo, al respecto Erika Valdivieso señala lo siguiente:

² MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Títulos Valores. Séptima Edición. Editora Jurídica Grijley. Pp. 606.

³ Según Montoya Manfredi las Contas Assinadas se originan en virtud a que los comerciantes brasileños empezaron a endosar y descontar las duplicatas luego de ser aceptadas por los compradores.

⁴ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Títulos Valores. Séptima Edición. Editora Jurídica Grijley. Pp. 606-607.

“ El antecedente más conocido se encuentra en la duplicata brasilera que debe su nombre a que precisamente se trata de un duplicado de la factura comercial, de tal manera que el mismo formato sirve para dos funciones, como comprobante de pago con efectos tributarios y como título valor representativo de derechos de crédito. En Brasil se utiliza desde 1850 pues se encontraba regulada en el Código de Comercio brasileño, que obligaba a los vendedores en las transacciones celebradas entre comerciantes, a facilitarle al comprador un duplicata de factura con conta dos géneros vendidos. Nótese que se trata de un título valor que además de tener muchos años de vigencia ha sido extraído de la práctica comercial, lo que garantiza su éxito (...).”⁵

Al respecto, el Código de Comercio brasilero de 1850, en su artículo 219 establece que en las ventas entre comerciantes, el vendedor debe presentar al comprador una factura por duplicado en el acto de entrega de las mercaderías y una cuenta de los géneros vendidos, la misma que era firmada por los dos, sin lugar a dudas nos encontramos ante el antecedente de La Duplicata, las llamadas “contas assinadas”

Sin embargo, no es sino hasta el año 1936 en que se sanciona La Ley de Duplicata 187, la misma que desplazó lo señalado en aquel Código de Comercio de 1850, estableciéndose la obligación del vendedor de enviar un duplicado de la factura al comprador en la oportunidad de entrega de los bienes vendidos, la que era firmada por ambos, quedando en poder del vendedor. Para mayor ilustración corresponde citar a Carlos Gilberto Villegas:

“La duplicata brasileña es un típico instrumento negociable de uso doméstico en Brasil. Marcos Satanowsky, expresa que la duplicata del derecho brasileño es un título de crédito, negociable. Por ella el comprador está obligado, bajo sanción de multa, a devolver conformado el duplicado de la factura, en la que se obligará a pagar, a la orden del vendedor, el importe de lo adquirido y en el plazo estipulado (...).”⁶

De lo señalado anteriormente tenemos que la duplicata, título valor a la orden, rápidamente fue utilizada en toda transacción comercial de la época, cuya formalidad constitutiva era que el vendedor de la mercadería debía expedir la factura de venta para presentarla en cobro al comprador, como normalmente ocurre. Sin embargo, la peculiaridad de dicha figura fue que al momento de emitirse la factura comercial, el vendedor emitía una duplica de la misma, denominada duplicata, para que esta pueda circular libremente como “efeito comercial” según la legislación brasileña.

⁵ Erika Valdivieso op 6.

⁶ Villegas, Carlos Gilberto. Títulos Valores y Valores Negociables. Argentina. P 697.

Asimismo, debe señalarse que en el citado título cambiario se consideraba expresamente el saldo o el valor de la mercadería facturada al comprador, debiendo esta ser enviada en un plazo de 30 días siguientes al comprador. Ello con el propósito de que este la acepte, convirtiéndose en el obligado principal de dicha relación jurídica cambiaria, obligándose a devolvérsela al vendedor en el plazo de 10 días de recibida la misma ya sea aceptada o en caso de no ser aceptada, la justificación que motive tal negativa, con lo cual tenemos una primera aproximación del uso de una factura, distinta a la factura comercial, que origina obligaciones tanto del vendedor como del comprador y que tiene vocación circulatoria.

1.2.2 El conforme obligatorio uruguayo

Titulo valor uruguayo de carácter obligatorio para los actos jurídicos de compra venta de mercaderías cuyo pago era a mediano plazo, es decir mayor a 180 días, régimen en sí muy parecido al de La Duplicata brasilera.

Al respecto, Carlos Gilberto Villegas en su libro referido a Títulos Valores reescribe la cita de F. Orione, quien hace referencia a los múltiples proyectos elaborados en el Uruguay tendientes a implementar un régimen legal de La Duplicata que ellos denominaban “conforme obligatorio”. Se trataba de un documento obligatorio para las compraventas mercantiles de mercaderías con plazo de pago superior a ciento ochenta días.⁷

1.2.3 La Factura Conformada en la Ley N° 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

En nuestro país, La Ley N° 26702- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, en adelante la Ley SBS, entró en vigencia el 10 de diciembre de 1996 y con ello incorporó en el ordenamiento nacional cambiario a la factura conformada como instrumento crediticio.

La factura conformada nació en Argentina mediante la Ley 6601 y al igual que el conforme obligatorio, surgió como una copia de la duplicata brasileña. De conformidad a lo señalado por Gómez Gómez:

“La Factura Conformada se aplica a las compraventas de mercaderías donde se concedan plazos mayores de treinta días para el pago de precio mediante la entrega por parte del vendedor, al comprador, de la factura de venta

⁷ Villegas, Carlos Gilberto. Títulos Valores y Valores Negociables. Argentina. P 698-699.

correspondiente acompañada de un “duplicado resumen”. La factura original queda en poder del comprador y el duplicado resumen – que es legalmente “la factura conformada” – con el conforme o firma del comprador, en el del vendedor. Su empleo está permitido cuando el vendedor no recurre a la letra de cambio o a otro documento crediticio.”⁸

Por tanto, la factura conformada nació con la finalidad de agilizar las operaciones comerciales, con la peculiaridad de que el comprador debía firmar la factura resumen, que al ser firmada y emitida por el vendedor, constituía un instrumento crediticio mediante el cual el comprador firmante se obligaba al pago de la mercadería pendiente de plazo en un periodo determinado; es decir, se materializaba la legitimación activa y pasiva de las partes existentes en la relación cambiaria.

En nuestro país, la factura conformada fue incorporada mediante el artículo 237 de la Ley de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley SBS, que a la letra señalaba lo siguiente:

Artículo 237.- FACTURA CONFORMADA.

La factura conformada es un título valor que representa bienes entregados y no pagados, debe ser suscrita por el deudor en señal de conformidad en cuanto a la entrega de los bienes allí precisado, su valor y la fecha de pago de la factura.

La factura conformada es emitida por el acreedor, y puede ser endosada a terceros. Incluye la descripción de los bienes objeto de la transferencia, que quedan afectos a la prenda global y flotante a que se refiere el artículo 231.

La factura conformada apareja ejecución en vía directa contra el deudor, quien queda constituido como depositario de los bienes transferidos por la misma, afectos a la referida prenda. La acción en vía de regreso se regirá por los términos del endoso.⁹

Por lo que la factura conformada estuvo circunscrita a la representación únicamente de bienes y no a la prestación de servicios. Motivo por el cual, desde un primer momento, no gozó de la aprobación del sector económico, de ahí que el legislador peruano a fin de unificar las normas referidas a títulos valores, expidió la Ley N°

⁸ GOMEZ GOMEZ, Alberto. La Factura Cambiaria. Tesis de Grado de Doctor en Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Pontificia Universidad Javeriana

⁹ El artículo 237 de la Ley SBS fue derogado por la Primera Disposición Derogatoria de la Ley N° 27287, publicada el 19-06-2000, derogación que entró en vigencia a partir de los 120 días siguientes desde la publicación de la misma en el Diario Oficial El Peruano, de conformidad con el artículo 278 de la ley en mención.

27287, con lo cual aumentó la utilización de estos documentos cambiarios en nuestro mercado nacional.

1.3 Los títulos valores y su naturaleza jurídica

La clásica distinción entre el derecho civil y el derecho mercantil se origina sin lugar a dudas debido al apartamiento de figuras clásicas del primero cuyo uso entorpecía las relaciones comerciales. Bajo esta pauta, surgió de inmediato la necesidad de buscar una solución al problema, es así como nacen los títulos valores, como documentos crediticios de fácil circulación que permiten la transmisión de derechos patrimoniales, con lo cual se hace posible la transmisión de estos sin necesidad de recurrir a figuras clásicas como la cesión de créditos.

Los hermanos Montoya Manfredi sostienen que los títulos valores hacen posible la circulación de los derechos de crédito en forma simple y segura y que, en efecto, para su transmisión no se requiere el cumplimiento de fórmulas y requisitos complicados como sucede con la cesión de créditos no endosables

Pero en si lo interesante es que los títulos valores, sea cual sea su denominación, representan derechos patrimoniales, ya sea dinero o bienes, con lo que sumado a la circulación de los mismos, hizo atractiva su emisión y utilización.

En cuanto a un término que englobe su denominación, tenemos que señalar que las distintas legislaciones a nivel mundial se han pronunciado al respecto; por ejemplo, en Italia se le conoce como Títulos de Créditos, mientras, que en Argentina por medio de Winizky y Araya se le conoce como Títulos Circulatorios, en Francia como Effects de Comerse o Valores Mobiliarios, mientras que en nuestro país siguiendo la tradición Española y Alemana se les conoce como Títulos Valores.

En cuanto a su naturaleza jurídica muchos autores se han pronunciado al respecto. Para Cesare Vivante citado por Villegas, un título de crédito es el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que en él se menciona.

Para Garrigues en los títulos valores el nacimiento del derecho puede o no ir ligado a la creación del título, pero el ejercicio del derecho va indisolublemente unido a la posesión del título. Esto es consecuencia de que en los títulos valores el derecho y el

título están ligados en una conexión especial, distinta de la propia de los demás documentos relativos a un derecho.

Por tanto, consideramos que el título valor es el documento que contiene una obligación pendiente de cumplimiento ya sea de dar o hacer y deviene de una relación obligacional previa; sin embargo, ambas relaciones son autónomas entre sí. Por tal motivo, es necesario analizar cada uno de los principios cambiarios que rigen a los títulos valores para poder entender la finalidad en cuanto a la emisión de los mismos, debiendo recordar que en nuestra legislación, el artículo 3 de la Ley N° 27287 ha establecido que los títulos valores son creado por ley, norma legal distinta en caso existir autorización emanada de ley o por parte de CONSASEV, SBS, Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

1.4. Los principios que rigen a los títulos Valores

Como toda rama del derecho, el derecho de los títulos valores, o derecho cambiario, no puede ser ajeno al empleo de principios para poder efectuar la interpretación de su articulado. Al respecto el artículo N° 1 de la citada norma señala que los valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales tendrán calidad y efectos de título valor, cuando estén destinados a la circulación, siempre que reúnan los requisitos formales esenciales.

Para efectos de la presente investigación, debemos resaltar las bondades propias de los principios cambiarios, a efecto de marcar distancia con otros tipos de documentos, habiéndose señalado en el artículo 277 de la Ley N° 27287 que los billetes, boletos, contraseñas, fichas, tarjetas de crédito y débito u otros documentos análogos no estén comprendidos como títulos valores por su falta de vocación circulatoria.

Motivo por el cual corresponde analizar los principios cambiarios de literalidad, incorporación, autonomía, legitimación y de buena fe, principios que servirán para sustentar la naturaleza de los títulos valores contenidos en facturas, los cuales son el objeto de la presente investigación.

1.4.1 Principio de literalidad

Lo literal de un documento se circunscribe a lo que el emitente y el emisor manifiestan en el mismo, es decir lo que textual y expresamente se señala en él y sus alcances.

En cuanto a la aparición de este concepto, el profesor Montoya señala lo siguiente:

“La literalidad es un concepto originado en el derecho romano para aplicarse a determinados contratos que estaban fundados en el elemento de la escritura. Esto significa que la forma escrita es decisiva para precisar el contenido del título, su naturaleza y la modalidad del derecho mencionado en el documento, expresa Vivante. Ninguna condición que no resulte del tenor del documento puede hacerse valer mediante él. De este modo, lo que aparece literalmente en el documento, resulta determinante respecto a la situación jurídica del titular.”¹⁰

De lo resaltado, al ser un concepto de arraigo romanista fundado en la escritura, debemos mencionar que nuestra norma regula tanto los títulos materializados, sustentados en soporte papel, como los desmaterializados, los que deben ser anotados en cuenta e inscritos ante una cámara de compensación y liquidación de valores, ante esto, el principio de literalidad es aplicable para ambos casos toda vez que la literalidad en los títulos desmaterializados no se encuentra ausente ya que dicha anotación proviene de la referencia de otros documentos donde consta dicho derecho que tienen vocación circulatoria; sin embargo, para efectos de los presentes, no es materia de análisis los títulos desmaterializados, sino los materializados.

Respecto a la literalidad, Villegas señala lo siguiente:

“La literalidad constituye el límite que establece el obligado por el valor y tiene particular relevancia para determinar si se trata de un valor abstracto o causal. Porque será abstracto si su texto no permite inferir el contrato o relación jurídica que le da origen; y será causal si de su texto surge o se desprende aquel negocio. Y en este último caso, permitirá discernir si estamos o no en presencia de un valor formalmente ajustado a las exigencias prescritas por la ley que lo rige o no, porque en caso afirmativo el valor existiría y en el supuesto negativo no tendría existencia por falta de algún requisito esencial.”¹¹

¹⁰ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Títulos Valores. Séptima Edición. Editora Jurídica Grijley. P. 25

¹¹ Villegas, Carlos Gilberto. Títulos Valores y Valores Negociables. Argentina. P 52

Con lo cual nos encontramos ante una primera característica que distingue a los títulos valores, ante esto, la literalidad es de suma importancia puesto que en caso se demande una pretensión mayor a la que está en el título, el derecho no la desampara; sin embargo, ya no surtirá merito ejecutivo por medio de las acciones cambiarias, sino tendrá que demostrarse por medio de la interposición de la acción causal, la que origina la emisión del título valor ya sea en vía del proceso de conocimiento, abreviado o sumarísimo

1.4.2 Principio de incorporación

El derecho se incorpora en el documento cambiario y adquiere la calidad de título valor, este principio es de suma importancia ya que por medio del título valor puede exigirse la prestación debida. Por tanto, dicho documento tiene la calidad de medio de prueba, la de ser el acreedor de una obligación de contenido patrimonial.

Respecto a este principio, Montoya señala lo siguiente:

“El derecho que deriva del título valor se encuentra como adherido al título, sin el cual ese derecho no puede circular. Por eso, se habla de título valor, o sea el valor, es decir, el derecho unido indisolublemente al documento que lo contiene, sin el cual no puede hacerse valer. Por esto, a la incorporación se le ha llamado también compenetración o inmanencia.”¹²

Por consiguiente, es en el acto de compenetración en el cual la manifestación de voluntad de dos o más agentes surge para dar paso al título valor, y desde ese momento, dicho documento contiene una obligación patrimonial, la misma que puede ponerse en circulación, dicha relación es autónoma e independiente de la que le hubiese dado origen, por ello es necesario referirnos a dicha autonomía.

1.4.3 Principio de autonomía

En la cadena de emisión de un título valor se dan supuestos de participación de diversos agentes, bajo este principio, cada supuesto de participación es independiente el uno del otro.

¹² MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Títulos Valores. Séptima Edición. Editora Jurídica Grijley. P. 23

Respecto a este principio Peña Nossa señala:

“La autonomía significa que la posición jurídica de las partes y los derechos que se transfieren en la serie de relaciones cambiarias generadas por el proceso de circulación de un título valor son independientes entre sí. La autonomía permite que el derecho adquirido sea en muchas ocasiones de superior categoría, como cuando el derecho consignado en un título valor o el título mismo estaban viciados por una causa de nulidad en el momento de transferirse el derecho, el adquirente del mismo lo adquiere totalmente saneado, rompiéndose con el principio del derecho civil en el sentido de que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene, en materia de títulos valores si se puede”.¹³

Lo importante a resaltar es que cada relación cartular es independiente la una de la otra, lo cual incentiva el uso masivo de este medio, la misma que empieza desde la primera transferencia del título valor.

1.4.4. Principio de legitimación

Cuando nos referimos a relaciones comerciales siempre vamos a encontrar dos o más partes, una que es la acreedora y la otra denominada deudora. Arcangeli señala que es legitimado el que tiene la posibilidad de hacer valer el derecho de crédito sobre la base del título, sin que necesite demostrar la real pertinencia del derecho de crédito. Es legitimado el que tiene la posesión conforme a ley de circulación del título, y que es diversa en los títulos nominativos, en los títulos a la orden y en los títulos al portador.

Entonces nos encontramos ante dos tipos de legitimación, la activa y la pasiva. En lo que respecta a la legitimación activa tenemos que varía dependiendo la regla de circulación propia del título valor, en los títulos al portador, el legitimado activo será el tenedor del mismo, en los títulos valores a la orden ya sea por la tenencia y ser la persona indicada en el título o por medio del endoso respectivo, mientras que con los títulos nominativos, basta que figure como titular del derecho así como en el registro respectivo, como vemos la legitimación depende de la regla de circulación del título valor.

¹³ Peña Nossa, Lizandro. Curso de Títulos Valores. Editorial Temis. Bogota. Pp 14-15

Por otro lado, la legitimación pasiva es la que trata de las relaciones con el deudor cambiario, quien cumpliendo con la prestación debida, queda liberado de dicha obligación, sin embargo debemos recordar que un legitimado pasivo pueda ser cualquier persona, desde el obligado principal hasta un garante por medio de fianza o aval.

1.4.5 Principio de buena fe

Respecto a este principio Montoya señala lo siguiente:

“La buena fe significa que el tercero que la invoca para detener la acción del propietario desposeído, no ha incurrido en culpa grave al efectuar la adquisición. Tal es la interpretación del artículo 1994 del código italiano. Así, señala Solís Espinoza, aquel que haya omitido proceder con la debida cautela en la identificación del tradens mediante un documento idóneo, pone de manifiesto una forma de comportamiento omisivo que integra el extremo de la culpa grave. La ley peruana da el mismo valor a la adquisición de buena fe, de acuerdo a la norma que regula la circulación del título (Art 15 LTV).”¹⁴

Bajo este principio, se conectan los principios de legitimación y de incorporación puesto que la posesión de buena fe, hace suponer que es el titular del derecho, al ser una regla general de aplicación.

1.5 La factura conformada

1.5.1 Consideraciones Generales

En esta etapa de la investigación es necesario adentrarnos en el análisis de dos títulos valores que guardan similitud pero se encuentran regulados en distintos cuerpos normativos. Por una parte la Factura conformada se encuentra regulada en la Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287, la misma que será mencionada brevemente, mientras que la Factura negociable se encuentra regulada en la Ley N° 29623.

Ya hemos resaltado la utilidad práctica de la utilización de comprobantes de pago, teniendo en consideración el vasto mercado en el cual se emiten, y que puede ser de

¹⁴ MONTROYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Títulos Valores. Séptima Edición. Editora Jurídica Grijley. P. 30.

gran utilidad para las operaciones comerciales si pueden ser convertidos en documentos cambiarios; sin embargo, es necesario analizar con detenimiento ambos documentos cambiarios regulados por nuestra legislación y que permiten a los tenedores de estos acceder a financiamiento ya sea corto, mediano o largo plazo, reemplazando en muchos casos al soporte papel o también denominado dinero y a los mutuos bancarios con tasas de interés altas.

En el caso de la factura conformada, nuestra Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287 la regula en los artículos 163 al 173. Cabe resaltar que la misma fue modificada el año 2004 por medio de la Ley N° 28203, con lo cual se gestó un cambio significativo de este título valor, teniendo como primer antecedente en nuestra legislación el haber sido incorporado en la Ley N° 26072 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros en su artículo 237.

1.5.2 Naturaleza jurídica

La Ley de Títulos Valores no define a la factura conformada, limitándose únicamente a señalar sus características y contenido, entre otra información complementaria, por tanto es necesario acopiar algunas definiciones señaladas por diversos autores reconocidos.

Al respecto, para el profesor Ulises Montoya Manfredi, la factura de crédito es un título valor de crédito formal que lleva la firma del vendedor y comprador, transmisible por endoso, en la que el endosante es garante del pago, siendo el comprador el obligado principal frente a terceros, sin perjuicio de la garantía del vendedor, y que puede ser avalada.¹⁵

Por otra parte Oswaldo Hundskopf Exebio señala que la factura conformada es un título valor que se origina en la compraventa y, en general, en todo contrato que transfiera la propiedad de bienes o la prestación de servicios, en el que se acuerde el pago diferido del saldo del precio del bien o de la contraprestación del servicio. Estos

¹⁵ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Derecho Comercial Tomo II. Undécima Edición. Editora Jurídica Grijley. P. 238

bienes deben ser mercaderías o bienes objeto de comercio o servicios, que generan la obligación de expedir comprobantes de pago.¹⁶

A su vez Diego Meseguer Guich la define como el documento cambiario originado necesariamente en una compraventa de mercaderías o en otras modalidades contractuales de transferencia de propiedad de bienes (entregadas pero no canceladas), en las que se acuerde el pago diferido del precio, vale decir que sean onerosos, como puede ser el suministro, contrato de obra, entre otros.¹⁷

1.5.3 Características de la factura conformada

Entiéndase por característica lo que constituye lo distintivo o la particularidad de alguien o algo, con lo cual bajo este tópico nos encontramos ante la parte medular y esencial de este título valor, lo que lo distingue de otros.

Sin embargo, hay que resaltar que este título valor ha sufrido una modificación esencial desde su primera aparición en la Ley de Títulos Valores del año 1998, toda vez que la norma originaria establecía una peculiaridad en lo que respecta a la transferencia de propiedad de bienes y esta era de que estos bienes podían ser afectados en prenda, limitándose su aplicación únicamente a la transferencia de bienes y no a la prestación de servicios.

Respecto a la prenda, hoy garantía mobiliaria, el profesor Jorge Avendaño Valdez señala que el Código Civil Peruano la define como el derecho real que surge en el acreedor respecto de la cosa (prenda) como consecuencia del contrato de prenda celebrado distinguiéndose los siguientes caracteres: i) la prenda es accesorio, ii) es mobiliaria, iii) es indivisible y iv) goza del carácter llamado de especialidad).¹⁸ surgiendo como obligación para el comprador la conservación de la prenda y la responsabilidad por pérdida o deterioro de la prenda con lo cual el comprador se convertía en depositario de los bienes adquiridos hasta que cumpla con el pago del monto adeudado señalado en el título valor, lo cual desincentiva el uso masivo de dicho título valor ya que como es lógico es muy difícil encontrar a alguien que quiera asumir tamaña responsabilidad; más aún si existe otras formas de financiamiento,

¹⁶ HUNDSKOPF Exebio, Oswaldo. Guía Rápida de Preguntas y Respuestas de la Ley de Títulos Valores. Cuarta Edición. Editorial Gaceta Jurídica. P 177.

¹⁷ Meseguer Guich, Diego. Manual de Títulos Valores. Estudio Caballero Bustamante. P.90

¹⁸ Avendaño Valdez, Jorge. Derechos Reales. Pp 282-284.

como el caso de préstamos bancarios o el uso de tarjetas de crédito, que no establecen tal formalismo.

Al respecto es importante tomar en cuenta lo señalado por Diego Meseguer:

“Sobre los bienes materia de la operación de venta se constituía un derecho real de prenda, la cual podía ser ejecutada, judicial o extrajudicialmente, en el caso que el deudor no cumpliera con los pagos en las fechas de vencimiento respectivas. Por efecto de la prenda, el comprador (deudor) se convertía legalmente en depositario de los bienes que él había adquirido, pero afectados en garantía a favor del vendedor (acreedor), asumiendo la obligación de conservarlos en su patrimonio, con la finalidad que respondiesen por la deuda en caso de incumplimiento de los pagos y, de ser el caso, sustituirlos con bienes de la misma naturaleza, clase, especie, calidad y valor (o entregar en valor su dinero), ante el solo requerimiento del vendedor o del tenedor en caso de endoso, caso contrario al amparo de lo previsto en el artículo 190 del Código Penal, se tipificaría el delito de apropiación ilícita”.¹⁹

Bajo este punto de vista, consideramos que al momento de redactar la norma se sustentó más las ventajas de la factura conformada desde el punto de vista del acreedor cambiario y no respecto del deudor, con lo cual se dejó de lado la característica determinante de un título valor la cual se circunscribe a la circulación o aptitud circulatoria, toda vez que consideramos que si bien es cierto el título factura conformada redactado de esa forma tenía aptitud circulatoria, en la práctica comercial era un título destinado al fracaso pues no incentivaba para nada su uso en vista de tamaña responsabilidad, con lo cual se perdió una brillante oportunidad de extender su uso a la práctica común.

Por otra parte, con la variación realizada mediante la Ley N° 28203, se amplió el espectro de utilización para la prestación de servicios; sin embargo, tal cual está redactada la norma, no se establece un plazo para que se deje constancia de la conformidad del bien o del servicio, lo cual se advierte y será desarrollado más adelante.

¹⁹ Meseguer Guich, Diego. Manual de Títulos Valores. Estudio Caballero Bustamante. PP.91-92

Cabe resaltar que esta norma tiene por objeto promover el financiamiento a través de la factura negociable, objeto que lamentablemente consideró no se ha cumplido. Sin perjuicio de ello encuentro las siguientes características:

- Se origina en la compraventa u otras modalidades contractuales de transferencia de propiedad de mercaderías, o en la prestación de servicios, en las que se acuerde el pago diferido del precio o de la contraprestación del servicio.

En esta definición observamos en todo su esplendor la patrimonialidad de la factura conformada acorde a lo previsto en el numeral 1.1 del artículo 1 de la Ley de Títulos Valores cuando resalta que los valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales, circunscrito a dos actos de comercio tales como la transferencia de propiedad de mercaderías (bienes muebles) y la prestación de servicios. Bajo este punto, en ambas relaciones comerciales, el proveedor o prestador del servicio está en la obligación de emitir comprobante de pago ya sea factura, boleta o recibo por honorario, con lo cual se resalta otra característica de este título valor la cual se plasma en el uso de los comprobantes de pago, en principio, para dar paso al nacimiento de un documento cambiario previa manifestación de voluntad de las partes.

- El objeto de la compra venta u otras relaciones contractuales antes referidas debe ser mercaderías o bienes objeto de comercio o servicios, que generan la obligación de expedir comprobantes de pago.

En este punto se menciona que la razón de ser del acto de comercio se circunscribe a mercaderías o bienes que pueden ser vendidos o servicios que generan la obligación de emitir comprobantes de pago, como la prestación de servicios de un profesional.

- Los bienes o mercaderías pueden ser fungibles o no, identificables o no.

Respecto a esta característica es apropiado citar a Ricardo Papaño, Claudio Kiper, Gregorio Dillon, Jorge Causse quienes señalan lo siguiente:

“Cosas fungibles y no fungibles. Son de la primera clase aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y que pueden

sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad. Cuando no cumplen tales condiciones, las cosas no son fungibles.²⁰

Por tanto, consideramos que dicha característica está circunscrita a bienes muebles (bienes y mercaderías) los cuales pueden ser bienes sustituibles o no sustituibles, en general enmarca toda clase de bienes muebles.

- La conformidad puesta por el comprador o adquirente del bien o usuario del servicio en el texto del título, demuestra por si sola y sin admitirse prueba en contrario, que este recibió la mercadería o bienes o servicios, descritos en la factura conformada a su total satisfacción.
- Desde su conformidad, representa el crédito consistente en el saldo del precio señalado en el mismo título.

En este punto entra a tallar la importancia del principio de literalidad, como manifestación de voluntad de ambas partes, sobre todo de la parte deudora que tiene que prestar su conformidad respecto a los bienes muebles recibidos o los servicios que le han sido prestados; sin embargo, se distorsiona el asunto toda vez que la norma no ha establecido un plazo para señalar dicha conformidad, a diferencia de la factura negociable. Asimismo, es dificultoso establecer la conformidad respecto a un servicio que todavía no ha sido prestado, como en el caso del servicio de asistencia legal que requiere de un tiempo prolongado, lo cual dejaría al margen a un grupo importante de prestadores de servicio, limitándose únicamente a aquellos servicios de rápido cumplimiento o a la terminación del mismo, lo cual no ayuda mucho a la difusión de la factura conformada.

Sin perjuicio de ello consideramos que a partir de la puesta de la conformidad de dicho título valor se da inicio al documento cambiario en la cual el deudor pasa a ser el obligado principal de la relación cartular. Al respecto Diego Meseguer señala:

“La conformidad puesta por el comprador o deudor (expresada a través de su firma) en el texto del título demuestra por si sola y sin admitirse prueba en contrario jure et de jure, que este recibió la mercadería o bienes o servicios descritos en la factura conformada a su total satisfacción. Desde esta

²⁰ Papaño, Ricardo J, Kiper, Claudio M, Dillon, Gregorio A y Causse, Jorge R. Derecho Civil Derechos Reales Tomo 1. 2da Edición actualizada y ampliada. P 7

conformidad del comprador, este título valor representa el crédito consistente en el saldo del precio señalado en el mismo título y bienes descritos en el mismo documento, a favor del tenedor (vendedor o los subsiguientes endosatarios). Solo una vez que la factura conformada cuenta con la conformidad, esta puede ser objeto de transmisión (principalmente a través del endoso).²¹

El tema de la conformidad es una característica importante de la factura conformada puesto que en ella se plasma la obligatoriedad y reconocimiento de la relación cartular y debe ser analizada separadamente.

- La factura conformada es un título valor a la orden transmisible por endoso

En este punto debemos señalar que la ley de circulación de este título valor, al ser un título valor a la orden, se realizara mediante endoso. Al respecto Oswaldo Hundskopf señala:

“Título valor a la orden es aquel que se caracteriza por llevar inserta la cláusula a la orden, en la cual se señala el nombre del tomador o beneficiario del título valor. Debe tenerse presente que esta es la nota característica de los títulos valores a la orden, en tal grado que, de no poseer esta cláusula, el título no podría ser considerado como uno a la orden (...) El endoso es la forma de transmisión propia de los títulos valores a la orden, que consiste en una declaración contenida en el mismo título suscrita por su actual tenedor (llamado endosante), tendente a transmitirlo a otra persona (denominado endosatario). Mediante el endoso, el endosante transfiere íntegramente los derechos derivados del título valor, por lo que no sería posible que mediante endoso se transfiera parcialmente el título. Asimismo, el endoso no puede estar sujeto a condiciones, plazos o cargo alguno, por ello es que se señala que el endoso no está sujeto a modalidad alguna”.²²

Al ser transferido vía endoso puede adoptar la forma de endoso en propiedad, procuración, fideicomiso y garantía, en caso no se señale, el endoso es entendido como en propiedad, con lo cual se cumple con la característica de aptitud circulatoria de dicho título valor.

²¹ Meseguer Guich, Diego. Manual de Títulos Valores. Estudio Caballero Bustamante.P.91

²² HUNDSKOPF Exebio, Oswaldo. Guía Rápida de Preguntas y Respuestas de la Ley de Títulos Valores.Cuarta Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Pp 41-46.

Finalmente, para la emisión de la factura conformada se podrá utilizar una copia adicional del respectivo comprobante de pago denominado factura o boleta de venta y deberá llevar la denominación del título y la leyenda copia no válida para efectos tributarios.

Es en este punto que el título valor se diferencia del comprobante de pago, sin bien es cierto se inspira en este debido a la obligatoriedad de emisión del comprobante de pago, el título valor no se inserta en el documento comprobante de pago sino utiliza este como modelo para emitir una copia adicional, que contiene los datos de los anteriores, sin embargo se distingue en que en dicho documento se incorporara el derecho crediticio, y tendrá efectos cambiarios una vez el deudor incorpore su conformidad, el mismo que puede circular libremente.

Es con esto que existe una diferencia sustancial entre documento comprobante de pago y título valor, mientras que el primer es un documento de emisión obligatoria, salvo la excepción plasmada en la ley de comprobante de pagos y su reglamento, el título valor es un documento de emisión facultativa; sin embargo, este último toma el modelo del primero, se inspira en él, para poder tener autonomía y generar una relación cambiaria, y con ello el dinamismo propio del derecho cambiario como un documento que cobra vida a diferencia del comprobante de pago que solo sirve para probar la existencia de una relación comercial.

1.5.4 Emisión y circulación de la factura conformada

En cuanto a la emisión de la factura conformada, tenemos que para el caso de este título valor, el emisor únicamente será el vendedor de la mercadería o el prestador del servicio, es decir aquel sujeto que tenga por conveniente otorgar la facilidad de pago a su deudor a cambio de la suscripción de un documento suficiente, autónomo y literal que faculte el ejercicio de una acción cambiaria en caso exista incumplimiento en cuanto al pago respecto del mismo, con lo cual el emisor viene hacer el primer acreedor cambiario, beneficiario original, quien perderá dicha condición una vez transfiera el derecho mediante la ley de circulación propia del título valor.

Por tanto, el acto de emisión de la factura conformada está compuesto por los siguientes elementos:

- Manifestación de voluntad de emitir del título valor
- Concurrencia de un vendedor / proveedor - prestador

En cuanto a la manifestación de voluntad, el profesor Fernando Vidal Ramírez la define de la siguiente forma:

“La manifestación de voluntad consiste en dar a conocer, por cualquier medio que la exteriorice, la voluntad interna. Se trata de un comportamiento que recurre a la expresión verbal o a la expresión escrita, y aun a cualquier otro medio expresivo, que puede ir desde la expresión mímica hasta una conducta concreta, siempre que denote la voluntad del sujeto. Manifestar la voluntad es pues exteriorizarla por cualquier medio. De ahí, que el ámbito de la manifestación sea muy amplio y su concepto de cabida a cualquier otra manera de exteriorizar la voluntad, incluyendo la declaración.”²³

En los títulos valores, la manifestación de voluntad está ligada siempre a la literalidad toda vez que citando al profesor Hundskopf la expresión de literalidad de los títulos valores significa que para determinar el contenido y alcances del título valor solamente podrá recurrirse a lo que se haya expresado en el título mismo o en una hoja adherida a este.²⁴

La literalidad nos lleva a señalar que es necesario que exista físicamente el manifiesto de querer obligarse cambiariamente respecto a los alcances señalados en el documento.

Por tanto, el vendedor/prestador conforme lo resalta el inciso c) del artículo 164 de la Ley N° 27287 consigna en el título valor su nombre, documento oficial de identidad, domicilio y firma, con lo cual se convierte oficialmente en el emitente del título valor y futuro acreedor cambiario en caso el comprador otorgue su conformidad, caso contrario se convertiría automáticamente en el obligado principal – deudor de la relación cambiaria en caso el título se transfiera.

En este caso consideramos que la emisión de la factura conformada conforme la redacción de la norma se perfeccionaría con el cumplimiento de los requisitos

²³ Vidal Ramírez, Fernando. El Acto Jurídico. Novena Edición. P 100.

²⁴ Hundskopf Exebio, Oswaldo. Guía Rápida de Preguntas y Respuestas de la Ley de Títulos Valores. Editorial Gaceta Jurídica. P. 19

previstos en el artículo 164 y 165 de la Ley de Títulos Valores, dentro de los cuales ya no se señala el otorgamiento de la conformidad del comprador, por lo cual resulta lógico inferir que ya no es necesario contar con la conformidad del comprador, por lo que es suficiente que se consignen los datos del transferente o prestador para perfeccionarse la emisión de la factura conformada, más aún si la norma en el artículo 167 señala que si no obra la conformidad del comprador, el emitente asume la calidad de obligado principal en caso circule el título, con lo cual refuerza dicha interpretación; lo cual desincentiva el uso de dicho documento toda vez que no existe norma expresa que establezca un plazo para el otorgamiento de la conformidad ni consecuencia jurídica respecto a la negativa en caso de no otorgar la misma, con lo que, si bien es cierto el título valor habría sido emitido, de nada servirá puesto que no podrá circular, salvo que el emitente quiera ser el obligado principal de dicha obligación, con lo cual se distorsionaría el uso del mismo.

En lo que respecta a la segunda condición de la emisión, la Ley de Títulos Valores se refiere al termino vendedor, transferente o el prestador de servicios el mismo que está en la obligación de expedir comprobantes de pago, por tanto nos encontramos ante el supuesto de concurrencia de una persona sea natural o jurídica debidamente constituida para tal fin y que cuenta con un registro único o simplificado de contribuyente y que está habilitado para ejercer dicha actividad en el caso de vendedor o transferente o una persona natural o jurídica registrado para prestar servicios profesionales mediante la prestación de servicios.

Por tanto concluimos señalando que la factura conformada es emitida únicamente por un vendedor transferente o prestador de servicio, debidamente constituido para tal fin quien manifieste su voluntad mediante el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 164 y 165 de la Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287, no siendo necesario la concurrencia del comprador puesto que la actual legislación no obliga ni impone una consecuencia jurídica al pronunciamiento de la conformidad, a diferencia de otras legislaciones como hemos señalado anteriormente.

En cuanto a la circulación de la factura conformada el inciso e) del artículo 163 establece que es un título valor a la orden, transmisible por endoso.

Los títulos a la orden responden a una de las leyes de circulación de dicho documento. Al respecto es oportuno citar los siguientes conceptos.

Para Celestino R. Araya el título de crédito es a la orden cuando esta creado a nombre de determinada persona, con la facultad – cláusula a la orden escrita en el documento o implícita en su forma (...) El medio característico, propio para la circulación de los títulos a la orden, es el endoso, que unido a la tradición, transmite la propiedad del documento y la titularidad de los derechos incorporados, con el efecto de autonomía.

25

Ahora bien y teniendo en consideración las opiniones glosadas precedentemente, en las cuales se hace mención al endoso, respecto a dicho término Piero Da Giau Roose señala que el endoso es la forma de transmisión de los títulos valores a la orden. Es un acto jurídico unilateral, cartular, formal y abstracto. El significado del término endoso proviene del idioma francés y su tradición equivale a los términos en torso, de allí la palabra endoso.²⁶

Ahora bien, una vez definido los títulos valores a la orden y el endoso debemos señalar que el numeral 26.2 del artículo 26 de la Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287 establece que la cláusula a la orden puede ser omitida en los casos de títulos valores que solo se emitan de este modo, como en el caso de la factura conformada.

Respecto a su transferencia, la factura conformada se rige por lo señalado en la Parte General de la Ley de Títulos Valores. Por tanto, el emisor puede circular libremente dicho título valor a un tercero que recibirá el nombre de tenedor o beneficiario, quien se convertirá en el nuevo acreedor cambiario por medio del endoso, debiendo constar dicho acto ya sea en el reverso del respectivo título o en hoja adherida a este y reunirá los siguientes requisitos:

- a) nombre del endosatario, a falta de este se entenderá que es un endoso en blanco
- b) clase de endoso, a falta de esta indicación se entenderá que es en propiedad.
- c) Fecha de endoso, a falta de esta indicación presume que ha sido efectuado con posterioridad a la fecha que tuviera el endoso anterior
- d) Nombre, numero de documento oficial de identidad y firma del endosante (quien transfiere el título manifestación de voluntad y requisito esencial que no puede faltar)

²⁵ Araya. Celestino R. Títulos Circulatorios. Editorial Astrea. Pp 127-218.

²⁶ Da Giau Roose, Piero Augusto. Didáctica Aplicada a la parte general de los títulos valores en la NLTV N° 27287. Perú Libro Editores. P 103.

De todos los requisitos señalados para el endoso de los títulos valores a la orden el único que es esencial es el señalado en el numeral d) toda vez que mediante esta formalidad el endosante, quien puede ser el beneficiario original u otro beneficiario endosatario manifiesta su voluntad de transferirlo físicamente, salvo exista pacto de truncamiento siempre y cuando se traten de empresas bancarias que reemplazan la entrega por otra forma electrónica u análoga que acredite dicha actuación.

Asimismo debemos señalar que cabe la posibilidad de que el título valor no sea transferido bajo endoso sino bajo cesión de derechos, pudiendo el emisor o cualquier tenedor al amparo de lo previsto en el artículo 43° de la Ley de Títulos Valores la cláusula de no negociable, así como el endoso realizado con posterioridad al protesto o formalidad sustitutoria. Al respecto el profesor Hundskopf señala:

“Por otro lado, si un título valor a la orden es transferido mediante una vía distinta al endoso – vale decir, mediante cesión de derechos o de alguna otra forma, esto conllevará a que el adquirente, si bien es cierto asume todos los derechos que represente el título valor quedará expuesto a todas las excepciones personales y medio de defensa que el deudor pueda haber ejercitado en contra del transferente. En este caso, de igual modo a lo que sucede en el caso del endoso sin pacto de truncamiento, el transferente no endosante de un título valor a la orden se encuentra obligado a entregar el título valor al adquirente”.²⁷

El endoso de la factura conformada puede realizarse de la siguiente forma: i) endoso en propiedad, ii) endoso en fideicomiso, iii) endoso en procuración y iv) endoso en garantía.

Respecto al endoso en propiedad o también llamado endoso pleno o endoso absoluto, es mediante el cual se transfiere todos los derechos señalados en el título valor, que al igual que el derecho real de propiedad, teniendo en cuenta que el título valor es un bien mueble, otorga a su propietarios las facultades de usar, disponer, enajenar y reivindicar el título valor, en caso no se haya mencionado en la factura negociable la clase de endoso, legalmente la Ley de Títulos Valores infiere que se trata de un endoso en propiedad, bastando en todo caso que se inserte literalmente en el título valor señalado ya sea en el reverso o en hoja adherida a este.

²⁷ Hundskopf Exebio, Oswaldo. Guía Rápida de Preguntas y Respuestas de la Ley de Títulos Valores. Editorial Gaceta Jurídica. P. 42

En cuanto al endoso en fideicomiso, el sujeto que endosa el título traspasa el dominio del mismo, entendido como un dominio fiduciario que consiste en la administración del bien por un tiempo, quien podrá ejercer los derechos que dé el título deriven, inclusive el pago del importe convenido; sin embargo, esta clase de endoso únicamente puede ser realizado por empresas del sistema financiero autorizadas para actuar como fiduciarios, debe constar la denominación endoso en fideicomiso en el título valor u hoja adherida.

El endoso en procuración o también llamado endoso en cobranza o canje faculta al tenedor del título endosatario a presentar el título para su aceptación, o conformidad en el caso de la factura conformada, solicitar su reconocimiento, cobrarlo judicial o extrajudicialmente, endosarlo en procuración y protestarlo u obtener la constancia de su incumplimiento, contando inclusive con facultades generales y especiales de orden procesal. Cabe resaltar que esta clase de endoso no transfiere la propiedad del título sino confiere un mandato, debe constar en el título o en hoja adherida como endoso en procuración

Para el caso de la factura conformada, el artículo 168° de la Ley de Títulos Valores establece que el comprador o adquirente del bien o usuario del servicio puede oponer las excepciones personales que le correspondan por vicio oculto o defecto del bien o servicio solo contra el vendedor, transferente o prestador del servicio o su endosatario en procuración, con lo cual en caso dicha mercadería o servicio contenga un vicio oculto o defecto será oponible las excepciones personales como medio de defensa del comprador, quien será el obligado principal de la relación cartular en caso preste su conformidad.

Finalmente el endoso en garantía es idéntica a la de la garantía mobiliaria como en el caso de que el emitente endose en garantía la factura conformada a un tercero, mediando la conformidad del comprador, el tercero tendrá el derecho de cobrarse con el dinero del acto de comercio entre emitente y comprador, dicho endoso para que sea válido debe estar señalado en el título u hoja adherida como endoso en garantía.

1.5.5 Vencimiento y merito ejecutivo de la factura conformada

El artículo 166 de la Ley de Títulos Valores establece que el vencimiento de la factura conformada puede ser señalado: i) a fecha o fechas fijas de vencimiento, ii) a la vista, iii) a cierto plazo o plazos desde su conformidad, iv) a cierto plazo o plazos desde su emisión:

- a) A fecha o fechas fijas.- En este supuesto el título valor debe indicar textualmente la fecha de vencimiento si el pago es único o las fechas de vencimiento si se ha pactado el pago en cuotas o armadas.
- b) A la vista.- Este término y forma de pago conlleva a la única modalidad prevista en la Ley de Títulos Valores para referirnos a un pago único que no es posible acordarlo en cuotas o armadas. La factura conformada puede ser exigida para su cobro en cualquier momento, teniendo en consideración que en la actualidad el artículo 169 establece que el plazo podrá ser mayor a un (01) año, ya sea exigido por el emisor, en caso no haya transferido el título, o cuanto endosatario lo requiera.
- c) A cierto plazo o plazos desde su conformidad.- Para que se perfeccione esta forma de pago, la factura conformada debe de contener la conformidad del comprador de la mercadería o adquirente del servicio, por lo que una vez se suscriba la conformidad del producto o servicio debe considerarse la fecha en que se produce la conformidad, caso contrario la Ley de Títulos Valores a previsto en el numeral 165.3 del artículo 165 que en caso no conste la fecha, la misma se entenderá que fue hecha en la misma fecha de la emisión del título.
- d) A cierto plazo desde su emisión.- Como hemos señalado, la emisión es el acto mediante el cual se da vida al título valor, de acuerdo al numeral b) del artículo 164 de la Ley de Títulos Valores.

En caso de incumplimiento, el título valor al amparo de lo señalado en el Código Procesal Civil, es un título único de ejecución, una vez efectuado el protesto o formalidad sustitutorio u obre cláusula liberatoria de protesto, cuyo tenedor podrá dirigir las acciones cambiarias que a continuación se detallan:

- i) acción directa en la cual el tenedor del título valor puede dirigirse contra el comprador (siempre y cuando haya expresado su conformidad en el título valor) o el emisor del título (el vendedor o prestador del servicio) o en todo

casos sus garantes, sean fiadores o avales, la misma que prescribe a los tres años de vencido el título.

- ii) Acción de regreso en la cual el tenedor del título valor puede exigirle a los demás endosantes, obligados y/o fiadores o avales de estos el cumplimiento de la obligación pendiente de pago, la misma que prescribe al año de vencido el título.
- iii) Finalmente la acción de ulterior regreso que corresponde a aquel que pague en vía de regreso contra los obligados anteriores, la misma que prescribe a los seis meses contados a partir de la fecha de efectuado el pago vía acción de regreso.

1.6 La factura negociable

Es necesario en principio conocer la razón de ser de la creación de un nuevo título valor en nuestro ordenamiento jurídico peruano, partiendo de los antecedentes cambiarios que sirvieron de inspiración al legislador para poder elaborar la norma de creación. Por tanto es apropiado analizar la definición de la naturaleza jurídica de la factura negociable así como sus principales características, que lo diferencian de otros títulos valores, toda vez que Erika J. Valdivieso nos vaticina a modo de conclusión lo siguiente: “ El afán de crear nuevas normas sin un adecuado estudio o conocimiento del ordenamiento jurídico trae como consecuencia que se reciclen instrumentos jurídicos que está probado no funcionan, no necesariamente por falta de técnica jurídica en su estructura, sino porque, como se sabe, el derecho mercantil es un derecho de costumbre.”²⁸

1.6.1. Naturaleza jurídica de la factura negociable

²⁸ Valdivieso López, Erika. El Financiamiento a través de la Factura Negociable o el Nuevo Intento del legislador de superar el fracaso de la factura conformada. En Revista Jurídica del Perú. Tomo 121, marzo 2011.p 373.

En principio, la factura negociable es el instrumento cuya utilización únicamente procede en caso de transacciones comerciales efectuadas a crédito dado que las operaciones consisten en compraventa de mercadería o prestación de servicios.

De lo señalado anteriormente tenemos que, este título valor puede ser representado de las siguientes maneras: i) tercera copia de la factura comercial, ii) tercera copia del recibo por honorario y iii) formatos estandarizados aprobados mediante Resolución SBS N° 6595-2011.

Al respecto, el artículo 3 de la misma Ley no establece la obligación de señalar la causa que origina la emisión; sin embargo, la misma nace en virtud de un contrato de transferencia de bienes (factura comercial) o un contrato de prestación de servicios (recibo por honorarios) con lo cual existiría una relación causal subyacente que da origen a la expedición del título valor. Al respecto, Manuel Alberto Torres Carrasco hace un distinguo entre el título valor causal y del título valor abstracto señalando que los títulos causales son aquellos en los cuales el acto jurídico que les dio origen se encuentra expresado en el propio documento cambiario. Por su parte, los títulos abstractos son los que se desvinculan totalmente del acto jurídico o causa que les dio nacimiento, o sea, prescinden de la fuente que los originó²⁹. Con lo que tenemos que la factura negociable es un título valor causal ya que deriva de un acto jurídico previo.

Por otra parte, la factura negociable es un título valor de carácter nominado dado que ha sido creado mediante Ley N° 29623 – Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial. Nuestro ordenamiento cambiario solo permite la creación de nuevos títulos mediante ley con algunas excepciones señaladas en el artículo 3 de la Nueva Ley de Título Valores, Ley N° 27287.

Este título valor es transmisible mediante endoso e incorpora un derecho crediticio dado que la emisión del título valor obedece a la obligación de pagar una suma de dinero, lo cual viene recogido en el numeral e) del artículo 3 de la Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial – Ley N° 29623, con lo cual se cumpliría el objeto de creación de este título valor ya que lo que pretende la norma es el acceso al financiamiento de los proveedores de bienes o servicios a través de la comercialización de las facturas comerciales y recibos por honorarios.

²⁹ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. “Clasificación de los Títulos Valores” En Tratado de Derecho Mercantil- Tomo II- Títulos Valores- Gaceta Jurídica, Agosto 2004. Pp. 116

Por otro lado, este título valor se diferencia de la factura comercial y del recibo por honorarios como comprobantes de pago, por los efectos tributarios y efectos cambiarios que conlleva. Por su parte, el numeral h del artículo 3 de la Ley N° 29623 establece expresamente que la copia transferible tiene calidad de título valor, no válida para efectos tributarios.

Adicionalmente, existe una presunción de conformidad expresa y tácita. Expresa en el sentido que el adquirente del bien o usuario de los servicios tiene un plazo de ocho (08) días hábiles, contados a partir de la recepción del documento, para aceptar la misma; y tácita en el sentido que vencido dicho plazo, se entiende aceptada. Al respecto según la opinión de la Erika Valdivieso, mediante esta práctica se estaría contraviniendo el principio cambiario de literalidad, con la cual la factura comercial se desnaturaliza desde un primer momento; sin embargo en ese punto considero que el artículo 142 del Código Civil es la respuesta a dicha interrogante al señalar que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley le atribuye tal significado.

1.6.2 Forma de transmisión de la factura negociable

La transmisión de los títulos valores implica un desplazamiento de los derechos contenidos en el título valor a favor de diversas personas que participan en el mismo ya sea como legítimos tenedores o como endosatarios, considerando las diversas formas de transmisión de los títulos valores señaladas en la Ley N° 27287 – Ley de Títulos Valores.

Asimismo, es necesario hacer mención a la diferencia conceptual entre emisión y circulación de los títulos valores. Al respecto, Echevarría citando a Trujillo Calle, señala lo siguiente:

“Veamos cómo la creación, emisión y circulación son fenómenos jurídicos distintos y con connotaciones particulares en cada caso. Así, tenemos que la creación es el acto cambiario por el cual se le da vida jurídica al título valor mediante una redacción formal que recoja los elementos esenciales (generales y particulares) según la clase de documento de que se trate. La emisión es un negocio o acto cambiario para algunos, por medio del cual el creador del título valor hace entrega al beneficiario, legitimándolo para el ejercicio de los derechos en él incorporados”; mientras que la circulación es también un acto cambiario que se produce con la puesta en marcha del título valor hacia

tenedores distintos al beneficiario o tomador, de acuerdo con la ley que le haya impuesto su creador”.³⁰

De lo anterior podemos decir que la creación del título valor se origina al momento en que el sujeto que pretenda celebrar algún acto jurídico llene un documento con los requisitos generales, sobre todo esenciales, dependiendo del título valor escogido para tal fin. Entonces, una vez estructurado nuestro título valor pasaremos a la etapa de emisión que es cuando la manifestación de voluntad propia del sujeto que pretende realizar un acto jurídico transfiere el mismo a un beneficiario, quien podrá transferir dicho derecho a un tercero.

En cuanto al tema que nos ocupa, la propia Ley que crea la factura negociable señala en su artículo 2 lo siguiente:

“La factura negociable es un título valor a la orden transmisible por endoso que se origina en la compraventa u otras modalidades contractuales de transferencia de propiedad de bienes o en la prestación de servicios e incorpora el derecho de crédito respecto del saldo del precio o contraprestación pactada por las partes”³¹.

Por lo tanto, el legislador peruano plasmó en el texto normativo que la factura negociable sea un título valor a la orden transmisible vía endoso, por lo que debe llevar insertada la cláusula “a la orden” caso contrario, el título no podría ser calificado como un título valor a la orden.

En cuanto al endoso es necesario mencionar lo señalado por Montoya en sus Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores quien citando a Messineo señala que el endoso es un negocio jurídico cartular, unilateral y abstracto que contiene una orden de pago que proviene del primer tomador del título, o de un precedente endosatario y que presupone la existencia de un título a la orden, ya creado o circulante³². Entonces, nos encontramos ante un título valor cuyo objeto es circular para servir como medio de pago en las diversas transacciones comerciales pero sobre todo enfocadas al fin de

³⁰ ECHEVARRIA ARELLANO, Juan Manuel. “La Ley de Circulación de los Títulos Valores y sus Efectos Cambiarios” En Tratado de Derecho Mercantil- Tomo II- Títulos Valores- Gaceta Jurídica, Agosto 2004. Pp. 133.

³¹ Artículo 2 de la Ley N° 29623

³² MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores. Perú, Séptima Edición Actualizada abril 2005, Perú, p.170.

dotar de liquidez a corto plazo para los proveedores de bienes y/o servicios y por consiguiente al acceso a financiamiento de adquirentes y usuarios.

En este punto, es apropiado señalar los requisitos propios del endoso los cuales son los siguientes:

- a) Debe constar en el reverso del título valor o en hoja adherida a él-
- a) Nombre del endosatario
- b) Clase de endoso
- c) Fecha de endoso
- d) **Nombre, número de documento oficial de identidad y firma del endosante (requisito esencial).**

Por tal motivo, tenemos que cuando un tenedor de la factura negociable quiera poner en circulación el título valor deberá, en principio, dejar constancia expresamente de algunos requisitos generales y esenciales en el título valor en atención al principio de literalidad³³. Asimismo como señala el Dr. Daniel Echaiz Moreno “La factura negociable es un título valor a la orden que se transmite por endoso, siendo el endosante el proveedor de bienes o servicios que tiene a su favor el saldo del precio o la contraprestación. Mientras que el endosatario podría ser un banco que provea liquidez a aquel endosante.”³⁴

Por lo cual tenemos que el único requisito esencial para poder transferir la factura negociable es el de configurar los datos del endosante que será el sujeto activo de la relación cartular para que, al vencimiento de la obligación, pueda individualizarse al titular de la misma ya sea vía acción directa, de regreso o de ulterior regreso. En todo caso en todo lo demás será de aplicación lo señalado en los artículo 34 y siguientes de la Nueva Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287.

Finalmente, la factura negociable puede transferirse vía endoso tal y como señala el artículo 8 de la Ley N° 29623 ya sea una vez aceptada expresamente por parte del adquirente de los bienes o usuario de los servicios o al haber transcurrido el plazo señalado en el citado artículo, contado a partir de la recepción de la factura comercial

³³ De conformidad a lo señalado por Ulises Montoya Manfredi: Ninguna condición que no resulte del tenor del documento puede hacerse valer mediante él. De este modo lo que aparece literalmente en el documento, resulta determinante respecto a la situación jurídica del titular

³⁴ ECHAIZ MORENO, Daniel. “La factura negociable A propósito de su reciente creación” En Actualidad Jurídica- Gaceta Jurídica, N° 205, Diciembre 2010. Pp. 285- 292.

o del recibo por honorarios, sin que el adquirente de los bienes o usuario de los servicios haya comunicado su impugnación, perfeccionando su circulación.

1.6.3 Contenido de la factura negociable

La factura negociable como nuevo título valor puede estar representada en una factura comercial o en un recibo por honorario de conformidad a lo señalado en el artículo 2 de la Ley N° 29623 que a la letra dice lo siguiente: **Incorpórese a los comprobantes de pago denominados factura comercial y recibos por honorarios una tercera copia, para su transferencia a terceros o su cobro ejecutivo, que se denomina factura negociable** (el resaltado es mío). Al respecto Echáis Moreno señala:

“La factura negociable reposa sobre una factura comercial o un recibo por honorario, por lo que debe distinguirse en cuanto a su contenido los requisitos que debe observar como comprobante de pago y como título valor, de modo que los efectos tributarios se consiguen si se cumple con los requisitos de comprobante de pago y, además con los requisitos de título valor”³⁵.

Por tanto, resulta pertinente analizar cada uno de los requisitos a razón de lo señalado en el artículo 3 de la Ley 29623 que son los siguientes:

- a) **La denominación “Factura Negociable”**.- La denominación factura negociable es de suma importancia pues delimitará las obligaciones por parte del sujeto que emite el título valor. Asimismo, el artículo 4 de la Ley N° 27287 establece que del texto del documento se determinan los alcances y modalidad de los derechos y obligaciones contenidos en el título valor. Por tales motivos, considero que en el documento debe señalarse tal denominación en caso el emisor considere utilizar la factura negociable como medio de pago.

Entonces, una vez señalado el término factura negociable al documento le es de aplicación todo lo señalado en la Ley N° 29623 y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 047-2011-EF y supletoriamente la Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287, en lo que sea compatible.

- b) **Firma y domicilio del proveedor de bienes o servicios a cuya orden se entiende emitida**.- Como ya se señaló líneas atrás, es necesario identificar al

³⁵ ECHAIZ MORENO, Daniel. op.cit. p.289.

sujeto que pone a circular la factura negociable. Para tal efecto, la Ley ha previsto que se considere únicamente la firma y el domicilio de esta persona con el propósito de que se individualice al obligado una vez vencida la obligación a efectos de ejercer las acciones de cobro o las acciones cambiarias propias del título valor.

- c) **Domicilio del adquirente del bien o usuario del servicio a cuya orden se entiende emitida.-** Aquella persona que es la beneficiaria del bien o de la prestación del servicio y a cuya orden se emite, es el obligado principal de la relación cambiaria en caso se dé cumplimiento a lo señalado en el artículo 7 de la Ley N°29623, con el fin de que el titular obtenga la liquidez necesaria para emprender las actividades, lo cual se desprende del espíritu de la norma y del sector al que va dirigido.
- d) **Fecha de vencimiento:-** En cuanto a la fecha de vencimiento del título valor, tenemos que el legislador ha plasmado en la Ley las siguientes cuatro formas: i) a fecha o fechas fijas de vencimiento, ii) a la vista, iii) a cierto plazo o plazos desde su aceptación y iv) a cierto plazo o plazos desde su emisión.
- e) **El monto total o parcial pendiente de pago de cargo del adquirente del bien o usuario del servicio, que es el monto del crédito que la factura negociable representa.-** Este punto es de suma importancia ya que aborda el monto por el cual se obliga la persona que emite el título valor y el derecho de cobro de la persona que recibe dicho título valor. Por tal motivo; y, en virtud al principio de literalidad, es apropiado dejar constancia si es que se transfiere un monto parcial o si es por la totalidad de lo señalado en el instrumento, caso contrario, prima lo señalado en el mismo.
- f) **La fecha de pago del monto señalado en el literal e), que puede ser en forma total o en cuotas. En este último caso deberá indicarse las fechas respectivas de pago de cada cuota.-** En este punto se hace referencia a la fecha en la cual debe cumplirse con el pago de la obligación, ya sea de forma íntegra o en cuotas u armadas.
- g) **La fecha y constancia de recepción de la factura así como de los bienes o servicios prestados.-** Este requisito es acorde a lo señalado en el artículo 7 de la Ley N° 29623 en el supuesto que el adquirente de los bienes debe

aceptar la misma o en todo caso impugnar cualquier información con la que no esté de acuerdo. Así nos encontramos ante un caso que amerita la aceptación expresa y tácita por parte del adquirente de los bienes o del usuario de los servicios.

- h) **Leyenda copia transferible no válida para efectos tributarios.-** En este punto se marca la distinción entre lo que es una factura comercial y la factura negociable ya que por mandato legal contenido en el artículo 3 de la Ley N° 29623, la tercera copia del recibo por honorario y/o de la factura comercial adquiere la calidad de título valor, ya que a diferencia del comprobante de pago que tiene efecto tributario, la factura negociable únicamente tiene efectos cambiarios ya que su fin es la libre circulación para obtener liquidez y beneficiar a personas a las que les era difícil acceder al crédito por diversos motivos, lo cual se pretende hacer con la aparición de esta norma.

1.6.4 Formatos de la factura negociable

En este punto de la investigación es preciso hacer referencia al concepto señalado en el artículo N° 1 de la Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287 que a la letra dice:

“**Título Valor.-** Los valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales tendrán la calidad y los efectos de título valor, cuando estén destinados a la circulación, siempre que reúnan los requisitos formales esenciales, que, por imperio de la ley, le corresponda según su naturaleza. (El resaltado es mío).

De la definición esbozada en el artículo 1° desprendemos dos conceptos de suma importancia. El primero de ellos es el denominado valor materializado que a razón de Torres Carrasco son aquellos que representan derechos incorporados en un título o certificado físico. Son los más tradicionales, entre ellos tenemos la letra de cambio, el cheque, el pagaré, la factura conformada, entre otros”³⁶.

Asimismo, Arbeláez Carbajal y Mejía Valencia opinan lo siguiente:

³⁶ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. “Clasificación de los Títulos Valores” En Tratado de Derecho Mercantil- Tomo II- Títulos Valores- Gaceta Jurídica, Agosto 2004. Pp. 123

“El derecho incorporado en el documento se integra de tal forma que se confunde con él, hasta el punto de que al perderse un título valor también se pierde el derecho en él representado, de la misma manera que aquel que extravía un billete de moneda de curso legal estará perdiendo asimismo el valor en dinero expresado en ese billete.”³⁷

De los considerandos anteriores se desprende que la legislación peruana ha hecho un distingo entre título valor materializado, incorporado en el documento, y título valor desmaterializado. Además, en virtud al principio cambiario de incorporación, Montoya Manfredi señala que el título valor es un documento probatorio, constitutivo y dispositivo que contiene una declaración unilateral de voluntad, de la que deriva una obligación a cargo del que suscribe el título y un derecho a favor del beneficiario del mismo³⁸.

Por lo tanto, una vez incorporado el derecho en el documento, la persona que participe en la circulación del mismo se encontrará sujeta a lo señalado en el mismo de conformidad con el principio de literalidad.

La Nueva Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287 ha señalado en su artículo 4° que el texto del documento determina los alcances y modalidad de los derechos y obligaciones contenidos en el título valor o, en su caso, en hoja adherida ha dicho título. Por lo tanto, el texto del documento debe estar contenido en un formato.

La Ley N° 29623 – Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial tiene por objeto promover el acceso al financiamiento a los proveedores de bienes o servicios a través de la comercialización de facturas comerciales y recibos por honorarios, por lo que su artículo 2° incorpora a los comprobantes de pago denominados factura comercial y recibos por honorarios una tercera copia ya sea para su transferencia a terceros (circulación del título valor) o su cobró ejecutivo (acciones cambiarias).

De conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria Final de La Ley N° 29623, se precisa que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT emitirá las disposiciones para la incorporación de la tercera copia

³⁷ ARBELAEZ CARBAL, Joaquín y Mejía Valencia, Jaime. “Concepto y Clasificación de los Títulos Valores”. Fundamentos de Derecho Comercial y Tributario. Mc Graw Hill, Colombia 1994.Pp83.

³⁸ MONTOYA MANFREDI, Ulises. “Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores”. Editora Jurídica Grijley. P. 23.

en los comprobantes de pago denominados factura comercial y recibos por honorarios. Por tal motivo, con fecha 26 de mayo de 2011 el Superintendente Nacional emite la Resolución de Superintendencia N° 129-2011-SUNAT, modificada mediante Resolución de Superintendencia N° 164-2012-SUNAT y Resolución de Superintendencia N° 339-2013-SUNAT mediante la cual se establecen disposiciones para la incorporación de la factura negociable en la factura y recibo por honorarios a efectos de permitir la negociabilidad de los mismos incorporando el derecho de crédito respecto el saldo o contraprestación pactada por las partes.

El citado dispositivo modificado mediante Resolución de Superintendencia N° 339-2013-SUNAT establece que la incorporación de la factura negociable en la factura y en el recibo por honorarios se realizará mediante la emisión de formatos que se incorporen como último ejemplar a los formatos de facturas y recibos por honorarios impresos y/o importados en imprentas autorizadas debiendo cumplir ciertas condiciones.

Cabe añadir que, de conformidad a lo señalado en el Quinta Disposición Final de la Nueva Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287, la Superintendencia, la CONASEV y la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones están facultadas a aprobar los modelos y formatos estandarizados de los títulos valores que las cámaras y asociaciones gremiales les propongan, observando que reúnan los requisitos formales esenciales que la presente Ley u otras disposiciones establezcan, con excepción de aquellos modelos o formularios cuya aprobación se haya delegado en otra autoridad. De ahí que, la Cámara de Comercio de Lima presentó modelos y formatos estandarizados para su aprobación, la misma que fue autorizada mediante la Resolución de SBS N° 6595-2011.

Por esta razón, a partir de la fecha de entrada en vigencia de la citada resolución de superintendencia mencionada precedentemente, aquella persona que desee emitir el título valor denominado factura negociable podrá utilizar los formatos estandarizados, sin embargo al no ser dichos formatos de uso obligatorio pueden ser adecuados a las disposiciones señaladas en la Ley N° 27287 – Ley de Títulos Valores y en la Ley N° 29623 – Ley que promueve el financiamiento a través de la factura negociable, con lo cual toda persona que desee emitir la factura negociable deberá seguir los siguientes pasos:

- Deberá respetar lo precisado en la Resolución de Superintendencia N° 129-2011-SUNAT y sus modificatorias tal como se ha precisado anteriormente.
- Podrá, a elección, utilizar los formatos estandarizados o en su defecto adecuar los mismos al contenido de la Ley N° 27287 – Ley de Títulos Valores y en la Ley N° 29623 – ley que promueve el financiamiento a través de la factura negociable, respetándose a la vez el contenido que debe tener la factura negociable y el recibo por honorario de acuerdo Reglamento de Comprobantes de Pago aprobado mediante la Resolución de Superintendencia N° 007-99-SUNAT.

Por tanto, todo el sistema integrado de la factura negociable entró en vigencia a partir del 05 de junio de 2011, con lo que, cumplidos los requisitos señalados en los considerandos anteriores, la factura negociable puede entrar en circulación. Sin embargo, es necesario analizar si dicha circulación es irrestricta o si está sujeta a ciertas limitaciones.

1.6.5 Eficacia jurídica de la factura negociable

Se entiende como eficacia jurídica del título valor al acto jurídico por el cual el emitente pone en circulación el mismo con el objeto de realizar diversas actividades económicas y/o comerciales sujetas al contenido literal del documento cartular respecto a derechos y/o obligaciones generadas a las partes.

Por tal motivo, en este punto de la investigación es pertinente abordar el ciclo de vida de la factura negociable desde su emisión, aceptación, fecha de pago de obligación causal y vencimiento del título valor tal como a continuación se señala:

1.6.5.1. Emisión y circulación

Se entiende por emisión del título valor a aquella figura mediante la cual el emisor del título, es decir aquel proveedor de bienes o servicios manifiesta su voluntad de suscribir un título valor, y desde ese momento para el caso de la factura negociable ocupa el lugar de beneficiario original quien puede transferir el derecho crediticio señalado en el título vía endoso, una vez el comprador o adquirente haya insertado su conformidad en el título o en todo caso haya transcurrido el plazo legalmente establecido.

La emisión se diferencia de la circulación en el sentido de que el primero es el acto jurídico previo. Es decir, la circulación es el objeto de todo título valor más la posibilidad de que el título pueda circular depende la emisión del mismo. Al respecto Echevarría Arellano señala:

“Coincidimos con la posición adoptada por Bernardo Trujillo Calle ya que si bien la emisión mueve el título del poder o dominio de su creador al de su beneficiario, con o contra la voluntad de aquel, tal acto de desplazamiento no es estrictamente de circulación. La obligación del suscriptor, en este caso del creador, se hace eficaz cuando entrega el título valor al beneficiario con la intención de hacerlo negociable conforme la ley de circulación. El creador entonces debe tener la intención de que ese título circule idóneamente según el tipo de título valor del que se trate y el hecho de que no circule por alguna circunstancia no le hace perder la condición de tal al documento, así como su validez.”³⁹

Una vez hecho el distingo entre emisión y circulación, corresponde indicar que la Ley N° 29623 ha previsto que en las transacciones de ventas de bienes o prestación de servicios se pueda emitir el título valor denominado factura negociable con el cual una vez que a un tercero se le transfiera el título valor (acto de emisión), este podrá transmitirlo libremente a terceros de acuerdo con la ley de creación del título valor.

El artículo 2 del citado cuerpo legal establece que la factura negociable es un título valor a la orden transmisible vía endoso, por lo cual su ley de circulación se sujetará a lo señalado en la Nueva Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287, pudiendo indicarse dicha transmisión ya sea en el dorso del documento o en hoja adherida al mismo.

1.6.5.2 Aceptación

³⁹ ECHEVARRIA ARELLANO, Juan Manuel. “La Ley de Circulación de los Títulos Valores y sus Efectos Cambiarios” En Tratado de Derecho Mercantil- Tomo II- Títulos Valores- Gaceta Jurídica, Agosto 2004. Pp. 133.

Al respecto, Montoya Manfredi entiende como aceptación al negocio jurídico unilateral, no recepticio, en virtud del cual el girado se obliga a pagar el título de cambio al vencimiento, asumiendo la calidad de obligado principal⁴⁰.

A mi criterio la aceptación corresponde a la manifestación de voluntad, que según la Ley que regula la factura comercial puede ser expresa o tácita, mediante la que una persona acepta la conformidad de lo señalado en el documento obligándose con lo precisado en el mismo y asumiendo la obligación de cumplir el pago del título a la fecha de su vencimiento.

Sin perjuicio de esto y para seguir con el análisis del título en mención, se entiende a la aceptación como aquella figura mediante la cual un sujeto se convierte en el obligado principal de la obligación cambiaria, es decir, el responsable principal en dar cumplimiento a la obligación cambiaria.

En cuanto al tema que nos avoca, la Ley N° 29623 en su artículo 7 establece un procedimiento que a la letra dice lo siguiente:

Artículo 7.- Presunción de conformidad

El adquirente de los bienes o usuario de los servicios que den origen a una factura negociable tiene un plazo de ocho (8) días hábiles, contando a partir de la recepción de la factura comercial o recibo por honorarios, para aceptarla o para impugnar cualquier información consignada en el comprobante de pago o efectuar cualquier reclamo respecto de los bienes adquiridos o servicios prestados.

Tal impugnación debe ser comunicada al proveedor de los bienes o servicios mediante documento escrito en el que conste su fecha de recepción. Vencido dicho plazo, se presume, sin admitir prueba en contrario, la aceptación irrevocable de la Factura Negociable en todos sus términos, así como la conformidad en relación con los bienes o servicios prestados.

Del tenor de la norma, Echaiz señala lo siguiente:

⁴⁰ MONTOYA MANFREDI, Ulises. "Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores". Editora Jurídica Grijley. Pp 518.

“Podría llamar la atención el que la Ley exija “constancia de recepción de la factura, así como de los bienes o servicios prestados” precisamente porque en líneas anteriores aludimos que una marcada diferencia entre la factura negociable y la factura conformada es que está última exige la conformidad del comprador o adquirente, mientras que aquella no lo hace. En efecto, así es, ya que la factura conformada requiere una conformidad expresa, mientras que el artículo 7 de la Ley prevé para la factura negociable una presunción de conformidad que no es más que una presunción legal absoluta (*iure et de iure*), de acuerdo a la cual vencido el plazo de ocho días hábiles, contado a partir de la recepción de la factura comercial o del recibo por honorarios, “se presume, sin admitir prueba en contrario, la aceptación irrevocable de la factura negociable en todos sus términos, así como la conformidad en relación con los bienes o servicios prestados.”⁴¹

Por tal motivo, el legislador peruano ha querido dotar al ordenamiento de un procedimiento de aceptación expreso y tácito de la siguiente manera:

- a) Aceptación expresa en el sentido que el adquirente de los bienes o servicios tiene un plazo legal perentorio de ocho (08) días hábiles desde la recepción del título valor para elegir entre dos opciones: i) aceptar su contenido, e ii) impugnar cualquier información con la que no esté de acuerdo o efectuar cualquier reclamo respecto a la relación causal que antecede a la emisión del título valor mediante documento escrito en el que debe constar la fecha de recepción del título valor.
- b) Aceptación tácita, una vez vencido el plazo de ocho (08) días hábiles sin que el adquirente de los bienes haya presentado documento escrito en el que conste impugnación o reclamo, entonces, se activa la presunción *iure et de iure* con lo cual se presume la aceptación irrevocable de la factura negociable en todos sus términos, debiendo el proveedor de los bienes o servicios dejar constancia expresa de dicho hecho.

1.6.5.3. Pago

⁴¹ ECHAIZ MORENO, Daniel. “La factura negociable A propósito de su reciente creación” En Actualidad Jurídica- Gaceta Jurídica, N° 205, Diciembre 2010. Pp. 285- 292.

En este punto, es necesario hacer hincapié en varios conceptos previsto tanto en la Ley N° 29623 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 047-2011-EF, sobre todo el procedimiento de pagaduría aplicable a los tenedores de facturas negociables en el sector público de conformidad a lo previsto en la Resolución Directoral N° 002-2011-EF-52.03.

De conformidad a lo señalado por Rosendo Badani, se entiende que:

“El pago de una obligación puede en algunos casos efectuarse con documentos, como pagarés a la orden, letras de cambio, cheques, documentos conforme a los cuales otra persona debe entregar por cuenta de deudor las sumas o valores que representan. No constituyen un verdadero pago en sentido estricto, no pudiendo considerarse extinguida la obligación mientras el acreedor no los haya hecho efectivos. Puede decirse que se trata de un pago hecho con condición suspensiva, cual es la de que el acreedor que asume el rol de mandatario del deudor para cobrar estos documentos, los haga efectivos.”⁴²

Asimismo, Cauvi y. Lazarte señalan lo siguiente respecto al pago con títulos valores:

“La entrega de un título valor que constituye orden o promesa de pago, puede tener dos efectos distintos, que dependen, en exclusiva, del acuerdo de voluntades de las partes. En un primer supuesto, la entrega de un título valor representará solamente el reconocimiento y aceptación de pagar la obligación contenida en él, sin extinguir la obligación causal que dio origen a su entrega. En un segundo supuesto, ante el acuerdo de novación o dación en pago de las partes, la entrega del título valor dará por cancelada la obligación causal, subsistiendo solamente la existencia de la obligación contenida en el título.”

“Estos efectos generados por la entrega de un título valor respecto de la obligación causal que da origen a su entrega, son conocidos en la doctrina como efectos pro solvendo y efectos pro soluto.”⁴³

Me encuentro a favor de la tesis referida al efecto pro solvendo del título valor ya que el objeto de la norma es promover el acceso al financiamiento a los proveedores de

⁴² BADANI CHÁVEZ. Rosendo. “Obligaciones y Contratos” Primera Parte: Obligaciones, Tercer Curso de Derecho Civil, dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Imprenta Atlántida, Lima, Perú s/f Pag.160.

⁴³ CAUVI, Juan Jose y Lazarte, Jorge E. “Los Efectos Pro Solutio y Pro Solvendo de la Entrega de Títulos Valores” En advocatus, Nueva Época, N° 8, julio 2003.

bienes o servicios a través de la comercialización de facturas comerciales y recibos por honorarios a efectos de que estos proveedores puedan obtener liquidez en el corto plazo. Por tal motivo, la simple entrega no extingue la obligación, sino el pago del mismo que conforme señala la norma puede ser en pago único o en armadas.

En cuanto al pago en una sola cuota que se encuentra señalado en el artículo 8 de la Ley N° 29623 queda establecido que el adquirente debe realizar el pago al legítimo tenedor de la factura negociable en la que se encuentre expresamente señalado el endoso de la misma debiendo el tenedor de la factura negociable informar con una anticipación no menor de tres (03) días antes de la fecha de pago.

Asimismo, puede pactarse el pago en cuotas y armadas, como señala el numeral f) del artículo 3 de la Ley N° 29623, en el sentido que debe dejarse constancia expresa de las fechas respectivas de cada cuota. Sin embargo, el artículo 8 de la citada Ley establece que en caso de endoso se comunique al tercero que antes de la emisión se ha realizado pago alguno, analizaremos con profundidad lo pertinente al momento de analizar el vencimiento del título valor.

Cabe señalar que, la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 047-2011-EF – Aprueban Reglamento de la Ley N° 29623 Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial, establece que en el caso de facturas negociables a cargo del Sector Público, el Ministerio de Economía y Finanzas establecerá las disposiciones necesarias a fin de regular el procedimiento de pago lo cual se señala en la Resolución Directoral N° 002-2011-EF-52.03, mediante la cual se establece que para el pago de facturas negociables se utilizará el giro de cheques a nombre del último tenedor del respectivo título valor. Este tenedor deberá acreditar su derecho mediante la presentación de una copia del mismo certificada ya sea por notario público o por el fedatario de la entidad dentro del plazo de tres (03) días antes de la fecha establecida para su pago.

Entonces, existe un procedimiento previo para cobrar el título valor denominado factura negociable tanto para el sector público como para el sector privado, sin embargo es apropiado ahondar en el uso de la factura negociable en el sector público ya que tiene una peculiaridad que la diferencia del uso que se le puede dar en el sector privado.

1.6.5.4. Vencimiento

El vencimiento de la factura negociable es uno de los requisitos formales que debe tener dicho título valor. Asimismo, existe una presunción en la ley que salva el título valor en caso no se señale la fecha de vencimiento puesto que a falta de tal indicación, se entiende que vence a los treinta (30) días calendarios siguientes a la fecha de emisión. Tal presunción gira en torno al objeto del título valor el cual es dotar de financiamiento a personas que por lo general no pueden acceder al crédito en corto plazo.

Respecto a la letra de cambio, el profesor Pérez Vásquez señala lo siguiente:

“De ello se deduce que la indicación del vencimiento es un requisito formal de la letra de cambio, pero no de carácter esencial, puesto que su omisión puede ser suplida con este mecanismo. Si lo fuera, el hecho de no consignar el vencimiento acarrearía que el documento no alcance el carácter de título valor por carecer de un requisito formal esencial, conforme lo establecido en el artículo 1.2. de la NLTV.”⁴⁴

Asimismo, Echaiz Moreno opina lo siguiente:

“Similar a lo previsto en el artículo 121.1 de la Ley de Títulos Valores para la letra de cambio, el vencimiento de la factura negociable puede ser, a la luz del artículo 4 de la Ley: a fecha fija, a la vista, a cierto plazo desde la aceptación y a cierto plazo desde la emisión; la nota diferencial respecto a la letra de cambio es que, en la factura negociable, el vencimiento puede ser, incluso a fechas fijas, a ciertos plazos desde la aceptación y a ciertos plazos desde la emisión puesto que la referida factura podrá contener pago único o pago en armadas.”⁴⁵

En cuanto a fecha o fechas fijas de vencimiento, se podrá entender como fecha fija de vencimiento si se trata de plazo único o en caso de pago en cuotas o armadas se entenderá en fechas fijas y se sancionará la falta de pago de una cuota dando por vencidos todos los plazos facultando al tenedor del título a: i) exigir el pago del monto total del título o ii) exigir las prestaciones pendientes en las fechas de vencimiento de

⁴⁴ PEREZ VASQUEZ, César. “Aceptación, vencimiento y pago de la letra de cambio, el protesto por falta de aceptación, acciones cambiarias, aceptación y pago por intervención” En Tratado de Derecho Mercantil- Tomo II- Títulos Valores- Gaceta Jurídica, Agosto 2004. Pp. 462.

⁴⁵ ECHAIZ MORENO, Daniel. “La factura negociable A propósito de su reciente creación” En Actualidad Jurídica- Gaceta Jurídica, N° 205, Diciembre 2010. Pp. 285- 292.

cualquiera de las siguientes cuotas o en la fecha de la última cuota, en tal caso deberá realizarse la diligencia de protesto previo al inicio de la interposición de demanda en la vía judicial respectiva, salvo se trate de la última cuota o en el caso de pago en una cuota si obra cláusula de liberación de protesto de por medio.

En lo que respecta al vencimiento a la vista se entiende que una factura negociable tiene dicho vencimiento cuando el legítimo tenedor de la misma pueda presentarla para su cobro en cualquier momento dentro.

En cuanto a cierto plazo ya sea desde la aceptación y la emisión, debe tomarse en referencia ya sea la fecha en la cual la factura negociable es aceptada por el adquirente de los bienes de conformidad a lo señalado en el artículo 7 de la Ley N° 29623. En cuanto al plazo desde la emisión debe considerarse el plazo a partir de la cual el emitente del título transfiere la factura negociable a un tercero con el fin de obtener liquidez.

En cuanto al plazo máximo de vencimiento de la factura negociable, consideramos que es de aplicación supletoria el plazo previsto en el artículo 141 de la Ley N° 27287, es decir no puede ser mayor a (01) año, toda vez lo previsto en el artículo 11 de la Ley N° 29623.

Finalmente otro punto controvertido es respecto al aviso de previo de pago efectuado por parte del tenedor, aviso previo de 03 días antes del vencimiento, el Decreto Supremo N° 289-2012-EF ha insertado el numeral 7A al artículo 7 que dicha comunicación debe constar bajo cualquier forma que permita dejar constancia de su recepción, la misma que debe contener en general datos de identificación, entre otros, lo cual resulta polémico puesto que los requisitos esenciales del tenedor son los que se consignan en el endoso, no siendo necesarios ningún otro para su puesta en cobro del título, teniendo que la factura negociables es un título valor a la orden

1.6.6 Impugnación y retención dolosa de la factura negociable y omisión de información.

Al respecto, la norma establece que la impugnación dolosa o la retención indebida de la factura negociable, así como el ocultamiento de dicha información por parte del

emisor origina el pago insoluto de la misma y una indemnización igual al saldo más el interés máximo convencional calculado sobre dicha suma.

En cuanto al emisor, dicho ocultamiento contraviene la manifestación de voluntad del adquirente, más aún lo señalado por la propia norma respecto a la aceptación tácita, por lo que resulta importante se sancione dicha retención y considero que dicha medida si es practicable en la realidad.

1.6.7 Mérito Ejecutivo de la factura negociable y acciones cambiarias

De conformidad con lo señalado en el artículo 18 de la Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287 queda establecido que los títulos valores tienen mérito ejecutivo si reúnen los requisitos formales exigidos. Montoya Manfredi señala:

“El título ejecutivo confiere a su tenedor legítimo una protección especial, inmediata y provisional, que posterga la indagación de las circunstancias que invalidan la fuerza del títulos. Se trata pues, de una acción privilegiada que concede la ley por determinadas motivaciones y que, tratándose de los títulos valores, se concede a favor de quienes figuran en el ámbito formal de dichos títulos.”⁴⁶

El reglamento de la Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial aprobado mediante Decreto Supremo N° 047-2011-EF, establece expresamente en su artículo 7 que la factura negociable tendrá mérito ejecutivo transcurridos los 08 días hábiles aplicables para la presunción de conformidad, salvo que el adquirente de los bienes o servicios haya aceptado expresamente el contenido del comprobante de pago o la calidad de los bienes o servicios. Sin embargo debemos recordar que dicho artículo fue modificado por el Decreto Supremo N° 289-2012-EF, de fecha 23 de diciembre de 2012, conservando tal redacción, insertando la nueva redacción que una vez transcurrido dicho plazo la factura negociable puede ser endosada, sin embargo, en caso el adquirente del bien o servicio puede interponer reclamos por vicios ocultos o defectos, lo cual no desvirtúa la naturaleza del título valor, manteniéndose intacta la relación jurídica entre adquirente y proveedor.

⁴⁶ Montoya Manfredi, Ulises. “Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores”. Editora Jurídica Grijley. P. 103.

Asimismo, el artículo 6 establece los requisitos mínimos para el mérito ejecutivo de la factura negociable:

- Que no se haya consignado la disconformidad del adquirente del bien o usuario de los servicios dentro del plazo de 08 días.
- Que se haya dejado constancia en la factura negociable de la recepción de los bienes o de los servicios prestados.
- El protesto o formalidad sustitutoria.

La Ley de Títulos Valores – ley N° 27287 ha previsto un sinnúmero de alternativas para hacer frente al cobro de un título valor en caso de incumplimiento por la vía judicial por medio de las acciones cambiarias.

La acción cambiaria se encuentra regulada en el artículo 90 de la Nueva Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287 en el sentido que hace distinción a la acción cambiaria directa, de regreso y de ulterior regreso tanto para el obligado principal como para los endosantes y demás personas que participan en la circulación del título valor, debiendo acreditarse la relación cambiaria entre las partes que suscriben el título valor. Por otra parte, la acción causal es la que deriva del acto jurídico previo a la emisión del título valor. Entonces, dichas acciones pueden ejercerse en vía distinta a la del proceso único ejecución en la cual se deberá acreditar el derecho invocado.

Asimismo, Montoya Manfredi señala lo siguiente:

Teóricamente, el tenedor del título puede utilizar:

- a) La acción ejecutiva, si el título no está perjudicado.
- b) El proceso de conocimiento, abreviado o sumarísimo, según el monto del título valor, si el actor quiere que la sentencia tenga el valor de la cosa juzgada, evitando un nuevo pleito sobre la validez de la obligación, que podría interponerse después del juicio ejecutivo.
- c) La acción causal y de enriquecimiento sin causa, que se dan, respectivamente, en razón del negocio jurídico fundamental o subyacente que originó la relación cambiaria; o como derivación del

hecho de haberse enriquecido el demandado a expensas del accionante.”⁴⁷

En cuanto al mérito ejecutivo del título valor, la factura comercial para obtener mérito ejecutivo debe cumplir con todos los requisitos señalados en el artículo 18 de la Nueva Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287 así como lo previsto en el artículo 6 de la Ley N° 29623. Entre uno de los principales requisitos que la ley menciona es la realización del protesto o formalidad sustitutoria. Al respecto, Flores señala lo siguiente:

“Jurídicamente, y según los diversos matices que tiene en la legislación comparada, generalmente el protesto es: a) un acto solemne con intervención del notario, fedatario o funcionario equivalente; b) un acto excepcional; es decir, opera cuando se pone la cláusula “con protesto”, pero dependiendo del tipo de legislación que lo impone como facultativo u obligatorio; c) un medio de prueba, demostrativo del hecho de la presentación y del incumplimiento, d) da seguridad al último tenedor de la letra, ampliando el círculo de personas contra quien dirigir la acción cambiaria”⁴⁸.

Por tal motivo, el protesto constituye un requisito de suma importancia al momento de otorgarle al título valor mérito ejecutivo; sin embargo, cabe la posibilidad de insertar la cláusula de liberación de protesto prevista en el artículo 52 de la Nueva Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287, con lo que no será necesario realizar el protesto y la factura negociable tendrá mérito ejecutivo siempre y cuando cumpla con los demás requisitos previstos.

Por otra parte, el tenedor de la factura negociable cuyo título valor tenga mérito ejecutivo y haya cumplido con los requisitos señalados en el párrafo anterior podrá acceder a la vía especial denominada proceso único de ejecución en la cual no se discute la relación causal sino únicamente la relación cambiaria. Al respecto Echaiz señala lo siguiente:

“El proceso único de ejecución se inicia con la interposición de la demanda, la cual se acompaña el título ejecutivo (artículo 690 – A). El juez dicta el mandato ejecutivo, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada (artículo 690 –

⁴⁷ Montoya Manfredi, Ulises. “Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores”. Editora Jurídica Grijley. Pp 108-109.

⁴⁸ FLORES POLO, Pedro. “El Protesto. Su formalidad y publicidad. Formalidad Sustitutoria del Protesto en los títulos sujetos a protesto y en los títulos no sujetos a protesto” En Tratado de Derecho Mercantil- Tomo II- Títulos Valores- Gaceta Jurídica, Agosto 2004. Pp. 248.

C), pudiendo formularse contradicción, así como también deducirse excepciones procesales o defensas previas (artículo 690-D). Si no se cumple con la obligación contenida en el título valor se procede a la ejecución forzada (artículo 725) con el remate (artículo 728) y la consecuente adjudicación (artículo 744)⁴⁹.

Entonces, una vez cumplidas dichas condiciones, el tenedor del título valor podrá ejercer las acciones ejecutivas que estime convenientes en torno a la protección de los derechos que pretende proteger.

1.6.8 Prohibición de limitación de transferencia de la factura negociable

Este punto es de suma importancia y sirve de fundamento al momento de sustentar mi hipótesis dado que el artículo 2 de la Ley N° 29623 establece expresamente que todo acuerdo, convenio o estipulación que restrinja, limite o prohíba la transferencia de la factura negociable es nula de pleno derecho. Asimismo, el artículo 4 del Reglamento de la Ley aprobado por Decreto Supremo N° 047-2011-EF precisa que en concordancia con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 2 de la Ley, se entenderá que se restringe o limita la transferencia de la factura negociable, cuando el adquirente que haya recibido los bienes o servicios, establezca procedimientos o prácticas cuyo efecto sea impedir o dilatar la recepción de la factura o recibo por honorarios y/o su respectiva constancia. En estos casos, el plazo al que se refiere el artículo 7 de la Ley, comenzará a correr desde la fecha en que el emisor de la factura o recibo por honorarios haya dejado constancia fehacientemente sobre su intento de entrega.

De lo anteriormente señalado se concluye que no se podrá establecer en el título valor cláusula que limite su libre transferencia; y, si en caso se considere, esta se entenderá como no puesta. Asimismo, si bien es cierto, los títulos valores están destinados a la circulación, existe la posibilidad de insertar alguna cláusula que limite su transferencia. En ese sentido, la Ley N° 29623 prohíbe expresamente que se limite la transferencia del título valor castigando inclusive a aquel adquirente que dilate la recepción del título valor.

⁴⁹ ECHAIZ MORENO, Daniel. "La factura negociable A propósito de su reciente creación" En Actualidad Jurídica- Gaceta Jurídica, N° 205, Diciembre 2010. Pp. 285- 292.

En cuanto a la nulidad de la cláusula que estipule limitaciones a la libre circulación de la factura negociable es importante tener presente lo señalado por Valdivieso:

“Nos debemos detener un momento a analizar el alcance de la nulidad prevista por la LNF, toda vez que la LTV establece que puede insertarse la cláusula no negociable en los títulos valores a la orden, lo cual si bien no restringe su capacidad de circulación, varía los efectos respecto a las relaciones del deudor con los terceros. Así, en caso de colocarse la cláusula no negociable en una factura negociable (lo cual se encuentra permitido por la LTV y no expresamente prohibido por la LNF se presentará dos situaciones:

- a) Que en efecto el título valor no circule y la relación cartular se mantenga entre el comprador o usuario y el vendedor o prestador del servicio, con lo cual esta no pasaría de ser una mera relación obligacional, desnaturalizando el carácter de la factura negociable pues no cumpliría con su finalidad de ser un instrumento que permita el financiamiento de la micro y pequeña empresa.
- b) Qué, aún con la cláusula el título valor circule, con lo cual dicha transmisión tendría los efectos de una cesión de derechos, es decir, la posibilidad de que el deudor oponga todas las relaciones derivadas de sus relaciones personales contra el acreedor, circunstancia que haría que la factura negociable perdiera cualquier atractivo para la entidad financiera que estuviera dispuesta a utilizarla como instrumento de financiamiento.”⁵⁰

En conclusión, es importante analizar algunos artículos de la Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287 toda vez que el reglamento de la Ley N° 29623 establece expresamente en su artículo 11 que en todo lo no previsto, será de aplicación supletoria la Ley de Títulos Valores y el Código Civil.

El artículo 1 de la Ley de Títulos Valores establece que los valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales tendrán la calidad de título valor cuando estén destinados a la circulación. Asimismo, líneas más abajo el citado artículo señala que las cláusulas que restrinjan o limitan su circulación o el hecho de no haber circulado no afectan su calidad de título valor, sin embargo el artículo 43 de dicha Ley

⁵⁰ VALDIVIEZO LOPEZ, Erika. “El financiamiento a través de la factura negociable o el nuevo intento del legislador de superar el fracaso de la factura conformada” En Revista Jurídica del Perú. Tomo 121, Marzo 2011. Pp. 353-373.

prevé la posibilidad de que el emisor o cualquier tenedor pueda insertar en los títulos valores a la orden una cláusula de no negociable, que conforme Echevarría Arellano dicha cláusula es entendida como:

“Esta cláusula que surte efectos desde la fecha de su anotación en el título valor, no tiene como finalidad evitar que se transfiera el título valor a la orden, sino que como consecuencia de su transferencia, se desprenden efectos propios de la cesión de derechos y no los inherentes a un endoso. Ello conlleva a que quien la incorpore se liberará de toda responsabilidad cambiaria frente a los sucesivos tenedores del título valor, no siendo responsable cambiario.”⁵¹

Siguiendo a los citados autores, esta cláusula no limita la transferencia del título valor sino hace que el título valor sea transferido bajo la forma y efectos de la cesión de derechos. Es decir que el obligado puede oponer todas las excepciones personales que crea conveniente, con lo cual se desincentivará la utilización de este título valor contraviniéndose su objeto de creación, la circulación del título, a efectos de promover el acceso al financiamiento a los proveedores de bienes o servicios a través de la comercialización de la factura negociable; sin embargo, esta cláusula no limita la transferencia del título valor sino varía su forma de circulación.

En cuanto al problema de la limitación de circulación del título valor, la ley es clara al castigar toda estipulación que limite la libre transferencia, castigándola con nulidad. Asimismo, resulta interesante la disposición contenida en el reglamento que establece que en caso el adquirente trate de dilatar la recepción del título valor, el emisor debe dejar constancia del intento de entrega, con lo cual no habría forma de limitar la circulación del título valor. Queda claro que la factura negociable no puede ser objeto de limitación a su transferencia, más si puede insertársele cláusula de no negociabilidad, con lo cual únicamente el título valor surtiría efectos de cesión de derechos desnaturalizando el objeto de su creación de la factura negociable.

1.6.9 Prevención de lavado de dinero o activos

En este punto la norma establece una obligación para los adquirentes de factura negociables, quienes deberán adoptar medidas, metodologías y procedimiento orientados a evitar que las operaciones en las que intervenga, puedan ser utilizadas

⁵¹ ECHEVARRIA ARELLANO, Juan Manuel. “La Ley de Circulación de los Títulos Valores y sus Efectos Cambiarios” En Tratado de Derecho Mercantil- Tomo II- Títulos Valores- Gaceta Jurídica, Agosto 2004. Pp. 133.

para realización de actividades delictivas, debiendo comunicar a las autoridades competentes sobre cualquier operación sospechosa.

Lo criticable de este punto, es que si bien es interesante que se combata estas prácticas delictivas, la pregunta es: ¿ Ese no es el rol de la policía, fiscalía o poder judicial? Por qué el proveedor debe cargar con dicha responsabilidad, lo cual por consiguiente elevara los costos del servicio brindado, el mismo que repercutirá al usuario o consumidor, muy criticable tal obligación que esperemos no desincentive el uso del título valor, como paso con el deposito en la factura conformada, con lo cual la norma indirectamente excluiría a empresas que no podrían prestar ese servicio por falta de logística, dejando el camino libre a las grandes empresas o instituciones financieras, por tanto, se requiere de persona que ostente capital para poder proporcionar capital a cambio de las facturas negociables. El reglamento de la Ley puntualiza que dichas obligaciones deben ser cumplidas por adquirentes calificados como sujetos obligados, la pregunta es qué sucede con aquellos sujetos eventuales que se dedican a tal actividad, muy confusa la redacción de la norma en este punto.

1.7 Legislación Comparada

1.7.1 Colombia

Este título valor nace en Colombia en virtud al proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina, es por ello que el trabajo de dicho documento se ve plasmado por vez primera en el Decreto Ley N° 410, Código de Comercio Colombiano, en la cual se consagra, entre otros títulos valores, a la factura cambiaria.

Respecto a la naturaleza jurídica de la factura cambiaria, Alberto Gómez Gómez señala lo siguiente:

“ Por lo anterior hemos de aceptar que la factura cambiaria es un documento formalista que legitima el ejercicio del derecho literal y autónomo que en él se incorpora, de contenido crediticio, originado siempre en un contrato de compraventa de mercaderías o en un contrato de transporte que el vendedor o el transportador, según sea el caso, puede librar voluntariamente para la aceptación del comprador o del remitente, una vez haya hecho entrega real y material de la mercadería objeto de la venta, a este, o efectivamente ejecutado

el contrato de transporte, y que aceptado, presta merito ejecutivo como título valor (...).⁵²

En un primer momento el artículo 772 del Código de Comercio Colombiano estableció el régimen legal de este título valor; sin embargo, mediante la Ley N° 1231 del año 2008 y su reglamento aprobado mediante Decreto 3327 de 2009, se modifican algunos artículos de dicho código de comercio en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la factura cambiaria en la legislación colombiana como título valor.

Al respecto, se establece mediante la citada norma que la factura cambiaria es un título valor que el vendedor o prestador de un servicios puede librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario, así como la imposibilidad de librar facturas que no corresponda a bienes entregados o a servicios efectivamente prestados mediante un contrato, la misma que será emitida en una original y dos copias, la original para el emisor y las copias una para el emisor para fines contables y la otra para el comprador.

Para que surta efectos cambiarios, el comprador debe manifestar su conformidad mediante un acto que la ley denomina aceptación, la misma que inclusive puede darse tácitamente para lo cual bastara que transcurra el plazo de 10 días sin que el comprador manifieste su voluntad, lo que se denomina como presunción de aceptación, una vez dada esta, se considerará frente a terceros de buena fe exenta de culpa.

Como todo título valor debe contener requisitos esenciales tales como fecha de vencimiento, sino será pagada en 30 días, estado del pago del precio y fecha del recibo de la factura, sino no tendrá merito cambiario.

Asimismo existe la prohibición legal expresa tipificada como delito si se transfiere o endose más de dos originales de una misma factura, asimismo, se busca que las empresas que brindan el servicio de compra de cartera con descuento deban verificar su procedencia para combatir el lavado de activos.

Finalmente, a modo de corolario es apropiado citar lo señalado por Erika Valdivieso respecto a la factura cambiaria colombiana:

⁵² Gomez Gomez, Alberto. La Factura Cambiaria en Colombia. Tesis de Grado Pontificia Universidad Javeriana. P 25.

“(…) Modifica el Código de Comercio y a través de la cual se pretende obtener un mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario. En este sentido, la factura cambiaria, como se llama, se concibe como un título valor que el vendedor o prestados del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. Entre sus características destacan que i) es un título valor a la orden, negociable por endoso, ii) no puede emitirse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud a un contrato verbal o escrito, iii) debe ser aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, siendo el efecto de ello la protección al tercer adquirente de buena fe frente a las vicisitudes del contrato que le dio origen, iv) sólo puede negociarse una vez aceptada.”⁵³

Como vemos, la factura cambiaria colombiana tiene mucha similitud a la factura negociable peruana, sobre todo respecto al sector a quien está dirigida, y que viene a modificar el código comercial colombiano.

1.7.2. Legislación Argentina

Antes de la entrada en vigencia de alguna norma, en argentina se habían elaborado proyectos de leyes que tenían por objeto la creación de un título valor mediante factura, sin embargo no está hasta el Decreto Ley N° 6.601/63, modificado posteriormente mediante la Ley N° 24.064 que se instaura el régimen de la factura conformada en argentina.

Posteriormente se emite la Ley N° 24.760, de fecha 9 de enero de 1997, que modifica el código de comercio argentino incorporando la regulación de la factura de crédito, la cual tenía como peculiaridad el carácter de obligatoriedad de la emisión de dicho título valor, sin embargo fue modificado por la Ley N° 24.989 que elimino la característica de obligatoriedad, la misma que fue restituida finalmente mediante El Decreto 1387/2001, y de ahí muchas otras veces modificada no tan sustancialmente.

El artículo N° 1 del régimen que instaura la factura de crédito establece que es un título valor, precisándose que en todo contrato en que alguna de las partes está obligada a emitir factura o documento equivalente debe emitirse obligatoriamente el título valor

⁵³ Valdivieso López, Erika. El Financiamiento a través de la Factura Negociable o el Nuevo Intento del legislador de superar el fracaso de la factura conformada. En Revista Jurídica del Perú. Tomo 121, marzo 2011.p 358

denominado factura de crédito siempre cuando exista contrato de compraventa, contrato de locación de cosas muebles, contrato de servicios de obra, ambas partes domiciliadas en territorio argentino salvo existencia de un convenio internacional y se convenga entre las partes un plazo para el pago superior a 30 días a partir de la fecha de emisión.

Debe contener cuanto menos la denominación, lugar y fecha de emisión, numeración, fecha vencimiento, lugar de pago, identificación de las partes, importe a pagar, identificación del número de la factura o documento, anticipo en caso haber, firma vendedor, firma comprador, efecto irrevocable. Dicho título valor puede ser sustituido por el título denominado cobranza bancaria de factura de crédito emitido por entidad bancaria.

En cuanto a la aceptación, existen supuestos en los cuales el comprador o locatario está exonerado de aceptar tales como daño a la mercadería, vicios defectos, divergencias en los plazos, no correspondencia con los servicios contratados o bienes, vicios formales.

La regla general es que emitida la factura, la aceptación es pura y simple y efectuarse en el plazo de 30 días, en caso aconteciese una de las causales anteriormente señaladas, se entenderá como una aceptación incompleta, es decir como no aceptación para todos los fines, debiendo rechazarse dentro del plazo señalado previamente.

Finalmente, la factura de crédito, al ser un título a la orden, es transmitida vía endoso.

A modo de conclusión, teniendo en cuenta la naturaleza formal de dicho título, respecto a la factura de crédito Villegas señala lo siguiente:

“La factura de crédito, como la cambial es un título valor absolutamente formal cuya existencia requiere de la confluencia de una serie de elementos que deben concurrir para que la declaración que se vuelque en el documento tenga virtualidad jurídica. Si alguno de esos elementos falta y esa falta no está dispensada por ley, el documento no llega a ser factura de crédito y la declaración cartular resulta ineficaz”⁵⁴

⁵⁴ Villegas, Carlos Gilberto. Títulos Valores y Valores Negociables. Editorial la Ley. P 715.

1.7.3 Legislación Boliviana

La factura cambiaria boliviana se encuentra regulada en la actualidad en el Decreto Ley N° 14379 capítulo V, específicamente del artículo 717 al 723.

Al respecto debemos señalar que la citada norma lo define como un título valor que en la compraventa de mercaderías a plazo, el vendedor puede librar y entregar o remitir al comprador para que este la devuelva aceptada. Asimismo, como en las demás legislaciones, no puede librarse factura que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

Respecto a los requisitos formales esenciales, debe contener cuanto menos bajo consecuencia de perder efectos cambiarios la denominación, el número de orden del título, nombre y dirección del comprador, nombre mercadería y constancia de entrega, precio unitario y valor total, similitud a los efectos de la letra de cambio (si se pactasen número de cuotas debe contener la siguiente información: I) número de cuotas, ii) fecha de vencimiento de cada una, iii) cantidad a pagar en cada cuota).

Finalmente, la no devolución de las facturas en el plazo 05 días, se entiende como falta de aceptación. Al respecto, puede darse el caso de negativa de aceptación justificada en caso se produzca avería, extravío o robo de mercaderías, defectos o vicios en cantidad o calidad de la mercaderías, no contengan el negocio jurídico convenido y omisión de requisitos de validez.

Sección Nº 2

Los derechos Irrenunciables en el ordenamiento jurídico peruano

En este capítulo se hará referencia a la irrenunciabilidad de derechos laborales, principio que se encuentra plasmado en la Constitución Política. Al respecto, Plá Rodríguez señala que la noción de irrenunciabilidad alude a la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas conocidas por el derecho laboral en beneficio común.⁵⁵

En este punto es necesario hacer mención a lo señalado en el artículo 26 de la Constitución Política del Perú que en su segundo párrafo señala el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, es decir, el legislador peruano ha elevado a rango constitucional la irrenunciabilidad de derechos con la finalidad de resaltar y defender los intereses de los trabajadores frente a supuestos en los cuales el empleador pueda desconocerlos.

Entonces resulta pertinente analizar la presente sección desde la óptica de irrenunciabilidad de derechos laborales, en general, y luego dirigirnos hacia lo específico, es decir hacia la prohibición de irrenunciabilidad de derechos laborales analizando el tema de la remuneración laboral, la cual viene recogida a lo largo de normas de carácter protectoras que favorecen al trabajador y en la norma suprema como lo es la Constitución Política del Perú.

2.1. Antecedentes:

Coloquialmente, se entiende por irrenunciabilidad de derechos laborales al derecho que tienen los trabajadores de no renunciar a lo reconocido en las normas y convenios colectivos de trabajo.

En ese sentido, en el derecho laboral se prevé que la relación laboral es una relación asimétrica, eso quiere decir que dicha relación existe una desigualdad entre partes. Por lo tanto, se da preferencia a la protección del trabajador, la parte más débil de la relación laboral, en contraposición al empleador, la parte fuerte en dicha relación.

⁵⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p.118.

Al respecto Toyama señala lo siguiente:

“El principio de irrenunciabilidad de derechos se fundamenta en el carácter protector del Derecho Laboral en la medida que presume la nulidad de todo acto del trabajador que disponga de un derecho reconocido en una norma imperativa. Dada la desigualdad que caracteriza a las partes laborales, a diferencia del Derecho Civil, el ordenamiento laboral no confiere validez a todos los actos de disponibilidad del trabajador. La imposibilidad de lograr un equilibrio en la negociación entre empleador – trabajador genera que este último no cuente con la misma capacidad de disposición de sus derechos.”⁵⁶

La irrenunciabilidad de derechos nace producto de las transformaciones sociales y revoluciones respecto a la vulneración de derechos por parte de los empleadores frente a la clase trabajadora. Por tal motivo, se impuso dicho criterio que dio como resultado la intervención directa del Estado a efectos de proteger a la clase trabajadora y dotarla con un predominio positivista que ampara tal potestad de irrenunciabilidad volviéndose un emisor de normas que garantice y haga respetar los derechos a favor de los trabajadores.

De un acercamiento inicial tenemos que nuestra Carta Magna, tanto la del año 1979 así como de 1993, ha elevado este derecho a rango constitucional recogiendo el mismo en el numeral 26.2 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú. Por tal motivo se protege al trabajador a efectos de que no renuncie a los derechos laborales que por ley le corresponden, sancionando con nulidad tal renuncia, en consecuencia, desconociendo la renuncia a pesar que opere la manifestación de voluntad del trabajador.

Ahora bien, históricamente la sociedad romana, específicamente la Roma clásica era una sociedad esclavista y, por ende, la prestación de trabajo era forzosa por medio de esclavos, los mismos que se encargaban de la obtención de bienes y prestación de servicios para saciar las necesidades de dicho colectivo.

En la etapa feudal, que se caracteriza en el sentido de que el trabajo era efectuado por los trabajadores a cambio de una protección por parte de los señores feudales. Esta etapa es graficada por Palomeque López y Álvarez de la Rosa de la siguiente manera:

⁵⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Principios de la relación laboral” En la Constitución Comentada análisis artículo por artículo. Editorial Gaceta Jurídica, Tomo I, Diciembre 2005. Pp. 548-558.

“El sistema feudal o señorial comprendía [...] las relaciones de dependencia y servicio de los campesinos establecidos en los dominios de los señores [...] que asumían por su parte una correlativa obligación de protección y sostenimiento de aquellos. El trabajo que llevaba a cabo el siervo era forzoso o no libre, en cuanto impuesto y exigido por el señor [...] al que respaldaba su propio poder jurisdiccional y militar.⁵⁷

Posteriormente, pasamos de una sociedad esclavista a una sociedad capitalista en la cual los obreros son denominados como clase proletaria frente al capitalista o empresario, es así como surge la revolución burguesa mediante el cual la burguesía se convierte en la clase social dominante deviniendo, a consecuencia de ello, la Revolución Francesa de 1789, que dio como resultado la aparición del liberalismo y posteriormente del capitalismo estructurado por medio de la revolución industrial.

Como mencione anteriormente, el derecho a la irrenunciabilidad de derechos laborales fue elevado a rango constitucional; sin embargo, desde la Constitución Política del Perú de 1920 se esboza la preocupación del Estado por los derechos de los trabajadores señalándose en dicha carta magna que nadie podría ser obligado a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución, pero no es sino hasta la Constitución Política del Perú de 1979 mediante la cual se eleva el derecho de irrenunciabilidad de derechos laborales a rango constitucional, específicamente mediante el artículo 57°, que deja sentado que los derechos reconocidos de los trabajadores son irrenunciables. Finalmente mediante el artículo 26 de la Constitución Política de 1993 se reafirma tal principio.

Hoy en día, ubicados en pleno siglo XXI, es necesario reivindicar la lucha de aquellos grupos humanos que hicieron posible que se respete este principio de irrenunciabilidad de derechos laborales; sin embargo, es importante que la carta magna eleve dicho derecho a instancia constitucional, como sucede en la actualidad, toda vez que con ello dicho derecho-principio se posiciona en la cúspide del ordenamiento laboral en beneficio de los trabajadores y, por tal motivo el trabajador afectado puede recurrir a la vía judicial para reparar la vulneración a dicho principio de manera rápida y oportuna.

Por otra parte, la Ley Procesal del Trabajo del año 1996 – Ley N° 26636, norma derogada por la Primera Disposición Derogatoria de la Ley N° 29497, estableció por vez primera en su artículo III que todo juez debe velar por el respeto del carácter irrenunciable de los derechos contenidos por la Constitución y la Ley, eso quiere decir

⁵⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Jorge. “Derecho del trabajo”. Editorial Universitaria Ramón Areces, Décimoséptima. Pp. 43.

que al reconocerse en vía jurisdiccional este principio se refuerza la tutela de la defensa del trabajador, lo cual, a la par de la protección constitucional, dota de seguridad jurídica la defensa del principio laboral conocido como irrenunciabilidad de derechos laborales en la vía jurisdiccional de las relaciones privadas así como en la pública siempre que la ley de creación lo permita.

Sin embargo, como menciona Toyama, en la actualidad nos encontramos ante una nueva figura que ha sido denominada como “la huida del Derecho de Trabajo” simplificándola de la siguiente manera:

“Se aprecia en el Derecho Laboral un proceso de deslaborización en las relaciones contractuales por una serie de motivos concurrentes, un reconocimiento a la voluntad constitutiva de las partes en la determinación de sus relaciones jurídicas y una progresiva sustitución de normas imperativas mínimas heterónomas por otras dispositivas a título individual o colectivo.”⁵⁸

Esta huida ha originado que ciertos derechos laborales de carácter irrenunciables puedan, en apariencia, perder tal condición. Por tal motivo, es menester de este análisis el estudio de la protección de los derechos.

2.2. Noción jurídica de irrenunciabilidad:

Queda entendido como irrenunciabilidad la prohibición legalmente impuesta por el legislador de renunciar a algo que legalmente corresponde, específicamente en el campo laboral; por lo que este análisis que se efectúa se fundamenta en ciertos componentes debiendo a su vez abarcar su contraparte, es decir la posibilidad de disposición en algunos supuestos, sin que se vulnere tal principio.

2.2.1. El Derecho laboral y el principio de irrenunciabilidad

El Derecho laboral como rama del Derecho, se asienta en la lucha de clases por el reconocimiento de los derechos laborales que doten de seguridad jurídica a los trabajadores y por consiguiente a sus familiares. No obstante, esta rama del Derecho nace o se desprende del Derecho civil; por ende, adquiere autonomía propia teniendo como fuente de origen las relaciones privadas, con ello no se pretende desconocer su autonomía respecto del Derecho Civil, al contrario, se pretende señalar que lo que se regula en el Derecho Laboral no es tan solo una relación de contenido privado sino mucho más, protegiéndose la defensa de la relación laboral, ya sea por parte del trabajador y también por parte del empleador, más aún cuando existen trabajadores

⁵⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: norma, jurisprudencia y realidad” En *Ius et veritas*. Numero 22 Junio 2001. P. 164.

que laboran en entidades del sector público bajo regímenes especiales como el de los contratos administrativos de servicios.

Asimismo, corresponde hacer un distingo entre la potestad de autodeterminación propia del derecho civil mediante la cual las personas pueden contratar libremente – libertad de contratación, y plasmar las cláusulas que estimen pertinentes – libertad contractual, a diferencia del ordenamiento laboral que ha previsto una limitación más a esta autodeterminación que considere el respeto del principio de irrenunciabilidad en materia laboral. Sin embargo, no hay que desconocer que nuestra actual legislación laboral ha previsto que las reglas del Código Civil sean aplicadas supletoriamente, con la condición de que las instituciones laborales no sean desnaturalizadas.

En ese sentido, existe una semejanza prevista de un tope legal el cual sustenta la razón de ser del principio de irrenunciabilidad de derechos y dota de seguridad las relaciones laborales ya que toda renuncia de los derechos laborales conlleva a la nulidad de la misma. Por tal motivo, no puede existir negociación que conlleve a una reducción de los derechos laborales.

Entonces, este principio es el pilar de protección que el ordenamiento laboral reconoce al trabajador todo ello en virtud a la asimetría existente en las relaciones laborales, ya que sin esta protección especial, el empleador al ser la parte poderosa en la relación laboral, podría privar de algunos beneficios al trabajador, los cuales, legalmente le corresponden.

Al respecto es necesario mencionar lo señalado por Ferro Delgado:

“La irrenunciabilidad opera respecto de los derechos de los cuales el trabajador es titular. Esos derechos pueden tener por fuente a la ley o al convenio colectivo. En ambos casos operara el principio, pero solo respecto de aquellos derechos de naturaleza indisponible por el trabajador. A su vez, el convenio colectivo no podrá contener renuncia a beneficios de carácter legal, pero podrá renunciar a derechos provenientes de convenios colectivos previos.”⁵⁹

En este punto es necesario recalcar que existen dos ámbitos de aplicación de este principio: i) en lo que respecta a los actos del empleador que infringen las normas con rango de ley; y, ii) los actos previstos en los convenios colectivos, sin embargo, al ser

⁵⁹ FERRO DELGADO, Víctor. “El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional” Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -200. Pp 112-113., Jorge.

el convenio colectivo de trabajo ley entre las partes, debe dotársele de igual protección a ambos supuestos.

En cuanto a la forma en que se expresa la renuncia, es oportuno señalar que la misma puede ser expresa y tácita ya que el simple hecho de que por ejemplo el trabajador no deposite el monto por Compensación por Tiempo de Servicios en el plazo previsto en la ley, no significa que el empleador esté exonerado de hacerlo, esto quiere decir que tal renuncia ya sea por miedo u omisión, no significa que el trabajador haya renunciado a su derecho laboral sino que el empleador deba de todas maneras cumplir con su obligación.

Nos encontramos ante un acto prohibido por la legislación laboral carente de eficacia jurídica, con lo cual queda invalidado el acto de renuncia y el empleador está en la obligación de cumplir con el mismo. Al respecto Toyama nos ilustra con un ejemplo:

“En definitiva, los casos de renuncia se producen porque el trabajador voluntariamente prescinde de un derecho. Todo acto ajeno a la voluntad del trabajador que suponga la disposición de un derecho no importa una transgresión al principio de irrenunciabilidad de derechos. No puede, pues, alegarse la doctrina de los actos propios para enervar los efectos de la irrenunciabilidad porque el acto de disposición del trabajador no generará efectos jurídicos.”⁶⁰

Por tanto, la irrenunciabilidad de derechos laborales protege a aquellos derechos contenidos en normas de carácter imperativo y negociaciones colectivas de trabajo que sean a favor de los trabajadores.

2.2.2. Los principios constitucionales de la relación laboral

En este punto es importante analizar algunos principios constitucionales – laborales ligados al principio de irrenunciabilidad de derechos cuya incorporación es importante a efectos de interpretar la naturaleza de la figura bajo comentario.

En principio, debemos señalar que los principios laborales son aquellas directrices que inspiran e interpretan el contenido de las normas laborales; es decir, son los pilares del Derecho Laboral calificadas como reglas que permiten la protección del fin supremo que les avoca, es decir, la relación laboral.

⁶⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: norma, jurisprudencia y realidad” En *Ius et veritas*. Numero 22 Junio 2001. P. 167.

La doctrina tanto nacional como internacional ha delimitado una serie de principios cambiantes de conformidad a la región en la cual se desenvuelven las actividades humanas. Sin embargo, los principios que serán materia de este análisis son los siguientes: principio protector, principio de continuidad, principio de buena fe, principio de igualdad y no discriminación.

2.2.2.1. Principio protector

La protección del trabajador, su bienestar individual y de su familia, el reconocimiento expreso de los derechos inherentes a él y el ánimo de proteccionismo laboral del cual se encuentra investido nuestro ordenamiento nos anima a darle cabida a este principio laboral y resumirlo como aquel que contempla a todos los restantes por el rol que cumple.

Al respecto, este principio debe ser visto desde la óptica del indubio pro operario, aplicación de la norma más beneficiosa al trabajador.

En primer lugar, mediante el indubio pro operario nos encontramos ante un principio que presume que en caso de duda, opera a favor del trabajador la aplicación de la norma laboral más beneficiosa. Esta pauta denota que cuando el juez tenga duda respecto a la aplicación de una norma laboral, privilegia la misma en beneficio del trabajador, todo ello por la llamada protección que recibe por parte del Estado en virtud a la naturaleza de las relaciones laborales.

Asimismo, respecto a la aplicación de norma más beneficiosa, el profesor Neves Mujica señala:

“Antes queremos formular una precisión respecto del supuesto en que opera el principio de la norma más favorable. Ya hemos dicho que, conforme a lo posición doctrinaria en que nos inscribimos, tal supuesto es el de conflicto. Sin embargo, hay otra tesis en doctrina que extiende la utilización del principio no solo al caso de regulación simultánea e incompatible de un hecho por dos normas, sino también al de establecimiento de un piso por una norma que otra mejora.”⁶¹

En suma, lo que propugna este principio protector es que la interpretación de la norma laboral sea beneficiosa al trabajador y jamás al empleador puesto que este al tener ya un poder de dirección frente al trabajador, se encuentra en una posición de ventaja respecto al trabajador y es lo que el Derecho Laboral trata de equiparar por medio de

⁶¹ NEVES MUJICA, Javier. “El principio de la norma más favorable” Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -200. P. 63.

estos principios también la tutela efectiva de los derechos de los trabajadores legalmente reconocidos; siempre que se trate de un derecho laboral que pueda verse afectado en caso de no mediar certeza.

2.2.2.2. Principio de continuidad

Este principio es de suma importancia hoy en día ya que del concepto de deslaborización del derecho del trabajo, podemos implementar el concepto de “derecho laboral en apariencia”; sin embargo, en algunas relaciones laborales, como el caso de la contratación administrativa de servicios, no se aplica del todo tal principio.

El principio de continuidad está ligado y va de la mano con la estabilidad laboral, es decir, la permanencia de trabajador en su puesto de trabajo y el de no ser despedido sino en virtud de causal justa tipificada en la ley. Dentro del análisis de este principio de continuidad deben reconocerse dos tipos de estabilidad, la estabilidad de entrada y la estabilidad de salida.

De conformidad con lo señalado precedentemente, nos encontramos ante la estabilidad laboral en sus dos vertientes: de entrada y de salida, ambas se encuentran recogidas en la Constitución Política del Perú. Por consiguiente, mediante este principio lo que se busca es la protección del trabajador otorgándosele todas las garantías para el acceso al trabajo y la garantía de estabilidad laboral, a no ser que concurran elementos externos que hagan imposible la continuación del vínculo.

2.2.2.3. Principio de primacía de la realidad

El principio de primacía de la realidad se sustenta en la primacía de los hechos dentro de la relación laboral, esto quiere decir que lo que se protege con este principio es que en las relaciones laborales contractuales debe primar el respeto de todos los derechos inherentes a una relación laboral, caso contrario, nos encontraríamos ante una desnaturalización del vínculo laboral, por lo que debe sancionarse con nulidad los actos aparentes contrarios al deber y espíritu de la norma.

Este principio es entendido de la siguiente manera:

“El tema de la veracidad o primacía de la realidad es un instrumento procesal que debe utilizar el magistrado al momento de resolver un conflicto dentro de un proceso. De manera que hablar de un descubrimiento de la verdad o

primacía de la realidad como lo llaman los laboristas, es fundamental en la operatividad del principio.”⁶²

Esto quiere decir que en aplicación del principio de primacía de la realidad, lo que primará son los hechos y no los documentos; es decir, se pretende cautelar el correcto uso legal del contrato de trabajo a efecto que no vulnere los derechos laborales de los trabajadores, y, por ende, estos no se vean desprovistos de los mismos.

2.2.2.4. Principio de igualdad y no discriminación

Este principio es de naturaleza complicada y de por sí compleja puesto que hay que diferenciar entre dos conceptos. Por una parte, la igualdad de derecho propia de todos los seres humanos y por otra parte, la no discriminación.

Al respecto nuestro Tribunal Constitucional señala que existe una excepción a la regla como en el caso de la diferenciación siempre que esté referida a causales objetivas justificadas ya que se parte de que no todas las personas son iguales entre sí puesto que siempre van a existir diferencias notorias sobre todo en países como el nuestro. Sin embargo, lo que si se sanciona son los actos discriminatorios que no están provistos de lógica alguna y que pueden afectar el desempeño de labores por parte del trabajador perjudicado y que es causal de hostigamiento en la relación laboral.

Al respecto y a modo ilustrativo se señala lo siguiente:

“En ese contexto, discriminar se interrelaciona con distinguir y diferenciar. Esos tres conceptos traducen percepciones de situaciones objetivamente existentes, o revelan intenciones diferenciadoras que favorecen o perjudican a sus destinatarios. En el primer caso ellas se fundamentan en el reconocimiento de lo diverso, de lo que resulta de la calidad de ser diferente, distinto. En el segundo caso esas diferenciaciones conducen a dividir lo que conforma un todo unido, separándolo en partes distintas que, incluso, pueden ser o llegar a ser divergente o contradictorias.”⁶³

Finalmente, mediante el convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo suscrito por el Perú y aprobado mediante Decreto Ley N° 17687, se precisa que el

⁶² ROMERO MONTES, Francisco Javier. “El principio de veracidad o primacía de la realidad”. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -200. P. 341.

⁶³ MORGADO VALENZUELA, Emilio. “Reflexiones iniciales acerca de la recepción del principio de no discriminación en el convenio numero 11 sobre la discriminación”. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -200. Pp 341.

estado tiene la obligación de combatir toda actuación tendiente a discriminar o hacer diferenciación basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política que tenga por objeto alterar la igualdad de oportunidades para acceder al empleo.

Este principio, al igual que los otros, es de suma importancia pues sirve como base para dedicarnos al estudio de la irrenunciabilidad de derecho propiamente dicha, partiendo de la existencia de un principio protector que engloba a los principios de primacía de la realidad, de continuidad y de igualdad, que a la vez son mano derecha del principio de irrenunciabilidad de derechos; sin embargo, es importante advertir la naturaleza jurídica de este principio laboral y su utilidad en la vida práctica para que sirva de sustento a la hipótesis que se pretende defender en esta investigación.

2.3 Teorías respecto a la irrenunciabilidad de derechos laborales:

2.3.1. Teoría de la irrenunciabilidad de derechos

Esta teoría es el punto de inicio de esta tercera sub sección. Al respecto es conveniente citar a Arévalo Vela quien manifiesta:

“El principio de irrenunciabilidad tiene una finalidad protectora, busca evitar que el trabajador en su condición de parte débil de la relación de trabajo, por su necesidad de obtener o conservar su empleo, pueda aceptar actos de disposición de sus derechos laborales, burlándose así la protección que las leyes le otorgan; es por ello que sanciona con la nulidad todos los actos del trabajador que impliquen renuncia a sus derechos laborales.”⁶⁴

Esta teoría nos introduce en la finalidad protectora del Estado frente a cualquier renuncia del trabajador que afecte sus derechos laborales reconocidos en la ley y en los convenios colectivos de carácter imperativos. Esta es la misión tutelar del Estado mediante la cual protege al trabajador sancionando con nulidad cualquier tipo de renuncia por parte de este. Por tal motivo, tenemos que este principio constituye el pilar del régimen laboral puesto que de otra forma se podrían producir desigualdades dentro de la relación laboral teniendo como sustento el carácter asimétrico de misma.

Al respecto, Ferro señala:

“Ya ha sido esclarecido que no todos los derechos laborales gozan de la prerrogativa de la irrenunciabilidad. Habrá algunos que admiten actos de disposición, cuya renuncia será sancionada con la nulidad del acto, mientras que otros operaran con carácter de relativa

⁶⁴ AREVALO VELA, Javier. “Derecho Procesal del Trabajo”. Editorial Grijley 2da Edición 2007. pp.17.

imperatividad. Como señala Neves, podrán ser imperativos hacia abajo y dispositivos hacia arriba, limitándose la imperatividad al aspecto indisponible de la norma, pero no así de la parte dispositiva”⁶⁵.

De esta definición, se vislumbra la posibilidad de disponer de algunos derechos laborales. Considero que la irrenunciabilidad de derechos protege a aquellos derechos nacidos de actos normativos como la ley o el convenio colectivo de trabajo de carácter imperativo y por ende de obligatorio cumplimiento; sin embargo, la legislación nacional deja la posibilidad de que en caso un trabajador perciba un derecho por encima del tope mínimo legal fijado en la norma, pueda disponer del mismo hasta el monto mínimo fijado en la norma y con ello no se estaría infringiendo el principio de irrenunciabilidad de derechos, toda vez que el trabajador tiene facultades de disposición.

Es importante señalar que se deja abierta la posibilidad de que tanto trabajador como empleador lleguen a un acuerdo en cuanto a condiciones de trabajo que por diversos motivos puedan ocasionar perjuicio para ambas partes siempre y cuando se respete el carácter imperativo señalado en la norma; y en cuanto a la diferencia, esta puede ser disponible ya sea para mejora del trabajador o para mejora del empleador; sin embargo, lo que por ningún motivo puede permitirse es que el empleador desconozca aquellos derechos laborales señalados por ley o que vulnere la misma. Eso en nuestro ordenamiento nacional vigente está sancionado con nulidad, por lo que de todas formas el empleador tendrá que hacer frente a ello.

En suma, la teoría de la irrenunciabilidad de derechos laborales protege en esencia al trabajador, por lo cual es indispensable que este derecho sea respetado a cabalidad a efectos de evitar arbitrariedades por parte de los empleadores y evitar supuestos en el que los trabajadores no quieran ni puedan denunciar por temor a represalias en su contra ya sea por tener que cuidar su trabajo con el miedo de perderlo, por eso es necesario además que se refuercen las diligencias inspectoras respecto a las reales condiciones de trabajo en los centros de trabajo y se sancionen a aquellos empleadores, tanto públicos como privados que hagan caso omiso de este mandato de jerarquía constitucional.

⁶⁵ FERRO DELGADO, Víctor. “El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional” Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -200. P. 113.

2. 3.2. Teoría de la flexibilización laboral

Luego de analizado el principio de irrenunciabilidad de derechos, es necesario analizar el cambiante panorama global en el cual nos encontramos, en una etapa de constante cambio tecnológico, oferta y demanda, productividad y competitividad, panorama que ha hecho que muchas instituciones laborales de larga tradición hayan quedado casi obsoletas para dar paso a la corriente denominada como flexibilización laboral.

Si bien es cierto, desde su aparición el Derecho laboral se caracterizó por su naturaleza protectora de la parte más débil de la relación laboral, las normas laborales han previsto que la autonomía de la voluntad de las partes no prime en la relaciones laborales sino que únicamente prime el mandato imperativo a favor del trabajador en mucho de los casos. Sin embargo, no se tomó en cuenta que a la par de los derechos laborales señalados en los documentos, los empleadores muchas veces no se dan integro económicamente para cumplir con la integridad de ellos y condicionarlos a desaparecer del mercado, es entonces que empezó a surgir la idea de flexibilidad como sinónimo de eliminación del carácter imperativo de algunas condiciones laborales.

En nuestro país, los cambios más saltantes al respecto están recogidos en distintas normas de contenido laboral como las normas de intermediación laboral y tercerización, Ley 27626 y 29245 respectivamente. Sin embargo; lo que debe ser materia de análisis del contrato administrativo de servicios, dotado de una mistura laboral – administrativa que simplemente encaja en este mundo flexible en el cual nos encontramos inmersos en la actualidad.

Con fecha 28 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1057 mediante el cual se regula el Contrato Administrativo de Servicios, el mismo que tuvo originariamente por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública, señalando a su vez que es un régimen especial de contratación administrativa del sector público, por lo que en un primer orden de ideas tuvimos un contrato administrativo a pesar de que su naturaleza encubría una relación laboral.

En ese sentido, en realidad nos encontrábamos ante un contrato laboral tanto así que encontrábamos a un trabajador que presta servicios personalmente a un empleador, subordinándose a este bajo una jornada semanal de 48 horas como máximo de prestación de servicios de conformidad con lo señalado en el numeral 6.1 del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1057, y una contraprestación por lo servicios realizados, la

misma que se señala expresamente en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, mediante el cual se aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057.

Por tal motivo, tanto la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0002-2010-PI así como el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, han reconocido el vínculo laboral existente en estas relaciones laborales, por lo cual nos encontramos ante un contrato de trabajo investido con todos los derechos inherentes en él y sus trabajadores tienen derecho a percibir los beneficios que dé el deriven, recortados gracias a la flexibilidad laboral, no obstante, de obligatorio cumplimiento al igual que otros regímenes laborales.

Cabe señalar que por medio de la Ley N° 29849 – Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N° 1057, se reconocen textualmente derechos laborales que habían sido desconocidos por el Decreto Legislativo N° 1057 tales como el goce de vacaciones por un periodo de 30 días calendarios.

2. 3.3 Teoría de los derechos adquiridos y cumplidos

La Teoría de los derechos adquiridos propugna que una vez que ha nacido un derecho a favor de un individuo, las normas posteriores que se dicten y modifiquen su esencia no pueden afectarlo, es decir, los efectos que se dicten al momento de la constitución del derecho son los únicos que regirán la vida de este, con lo cual lo único que se busca es proteger la seguridad de los derechos de las personas.

Por otra parte, su contra tesis es la teoría de los hechos cumplidos mediante la cual se establece que cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, es en suma la aplicación temporal de la norma durante su vigencia. Sin embargo, ambas teoría comparten un punto en común, en ambos supuestos se contempla que la norma jurídica debe aplicarse al momento mientras está no sea modificada, pero divergen en el sentido que para una es de aplicación la ultractividad de la norma, para la otra únicamente pretende la aplicación inmediata de la norma.

Nuestra jurisprudencia nacional, emitida por el Tribunal Constitucional ha dado preferencia a la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos tal y como se señala a continuación:

“Por otro lado, respecto a la supuesta contravención de los derechos adquiridos, como ya se ha señalado con meridiana claridad *supra*, el Tribunal

Constitucional ha pronunciado en reiteradas ocasiones que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, consagrada en el artículo 103º de nuestra Carta Magna, por lo que una norma posterior puede modificar una norma anterior que regula un determinado régimen laboral. Así por ejemplo ha señalado que “(...) conforme a la reforma del artículo 103º de la Constitución, la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. En ese sentido, la Constitución consagra la tesis de los hechos cumplidos para la aplicación de las normas.”⁶⁶

Entonces, al privilegiarse la aplicación inmediata de la norma, nuestra legislación peruana favorece la interpretación de la teoría de los hechos cumplidos en tanto que la ultractividad de la norma queda restringida.

2. 4. Remuneraciones irrenunciables y remuneraciones disponibles:

2. 4.1. Concepto de remuneración

La remuneración se encuentra recogida en diversas disposiciones legales. Un primer aproximamiento lo encontramos en el artículo 24º de la Constitución Política del Perú en el cual se señala que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente. Por tal motivo, el Estado reconoce como derecho fundamental del trabajador el acceso a la remuneración como derecho inherente a la relación laboral.

Asimismo, el artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – DS 003-07-TR, modificado por el artículo 13 de la Ley N° 28051, establece lo siguiente:

“Constituye remuneración para todo efecto legal el integro 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.”⁶⁷

En ese sentido respecto debemos hacer el distinguo entre la remuneración en dinero y la remuneración en especie, en cuanto al primer término no cabe duda que el pago de la remuneración por parte del empleador constituye uno de los requisitos esenciales del contrato de trabajo mediante el cual el empleador cumple con abonar una suma de

⁶⁶ STC N.º 01875-2006-PA/TC, Fundamento N.º 28.

⁶⁷ T.U.O de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – DS 003-07-TR

dinero al trabajador ya sea en forma mensual, quincenal o pactada en consecuencia a las labores realizadas durante un determinado lapso de tiempo.

Por otra parte, la remuneración en especie está definida como aquella mediante la cual el trabajador recibe bienes como contraprestación a sus servicios, por lo cual, en este supuesto, nos encontramos ante una entrega de objetos que no consiste en dinero pero sin embargo lo suplen.

Asimismo, existen pagos efectuados por el empleador que únicamente constituyen meras liberalidades. Por tal motivo, ese pago no puede ser considerado como remuneración y no está protegido por el principio de irrenunciabilidad de derechos que defiende los derechos laborales de los trabajadores como la remuneración.

Por consiguiente, queda claro que la remuneración es el pago (contraprestación) que realiza el empleador al trabajador de conformidad a las condiciones de trabajo y al valor de mercado, pudiendo ser este en dinero y/o en especie. Empero, el mismo artículo 24 de la Constitución Política del Perú en su tercer párrafo señala que las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.

Al respecto mediante el Decreto Supremo N° 011-2011-TR ,se incrementó la Remuneración Mínima Vital (RMV) en 75 nuevos soles, es decir, a 675 nuevos soles, remuneración mínima vital que ha sido elevada en virtud a lo señalado en el Decreto Supremo N° 007-2012-TR que la eleva a 750 nuevos soles.

Finalmente, queda contrastado que el límite que tiene todo empleador en cuanto al pago de la remuneración es de obligatorio cumplimiento; en ese sentido, el monto remunerativo puede reducirse hasta dicha suma de dinero sin que se vulnere el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.

2.4.2 Beneficios de origen legal y de origen convencional – Convenios Colectivos

Es necesario señalar los siguientes dos conceptos que nos ayudaran a graficar la situación que se pretende sustentar. Empezando por el concepto esbozado de la Villa Gil quien señala:

“El objeto de la renuncia plantea el decisivo problema de la delimitación entre los derechos que resultan válida o inválidamente renunciables. A tal efecto es básica la distinción entre derechos disponibles y derechos indisponibles del trabajador (...) son derechos laborales disponibles aquellos que derivan de una norma derogable, e incluso ciertos derechos nacidos de normas inderogables;

por el contrario, son derechos indisponibles los que nacen, salvo la excepción antes apuntada, de las normas inderogables.”⁶⁸

Asimismo, al respecto Gonzales Hunt complementa la idea señalando lo siguiente:

“Tenemos que resultaran derechos irrenunciables aquellos provenientes de disposiciones que excluyen por completo la presencia de la autonomía privada (normas de derecho necesario absoluto) o de normas que establecen mínimos a la autonomía privada, debajo de los cuales la intervención de esta queda prohibida (normas de derecho necesario relativo), salvo que tales mínimos sean superiores al piso establecido por norma imperativa que garantizan derechos mínimos.”⁶⁹

Por tal motivo, existen derechos que son irrenunciables per se y otros que al no ser absolutos, dan lugar a que puedan ser modificados y suprimidos sin afectar al principio de irrenunciabilidad de derechos.

Con este preámbulo inicial, es preciso mencionar que en el Perú existen beneficios remunerativos de origen legal, es decir, emanados de normas con rango de ley como el derecho a la remuneración mínima vital, la compensación por tiempo de servicios (CTS), el pago por asignación familiar, etc. Empero, por citar un ejemplo, un trabajador que gana S/. 800 nuevos soles no significa que si el empleador cuestione su trabajo puede reducirle su remuneración a S/. 750 (en la actualidad), puesto que ese es el monto mínimo que todo trabajador debe percibir por las acciones que cumple.

En cuanto a lo señalado existe una controversia muy interesante respecto a si el empleador unilateralmente decide reducir el monto remunerativo dado que con dicha actitud el trabajador podría demandar un acto de hostilidad en su contra equiparable al despido, lo que la doctrina ha sido denominado como despido indirecto.

Considero que lo que se protege como derecho laboral irrenunciable es el correcto uso del derecho laboral tutelado por el Estado y amparado en el ordenamiento legal nacional sin que este infrinja lo señalado en la norma legal como requisito esencial, es decir, el tope mínimo que se protege, ya que en este supuesto no habría una renuncia de derechos sino únicamente un acuerdo de voluntades permitido siempre y cuando

⁶⁸ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. “El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales”. En Revista de Política Social, Instituto de Estudios Políticos Nº 85º, Madrid, 1970. Pp 34 y 36.

⁶⁹ GONZALES HUNT, César. “La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos” Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -200. P. 135.

se respeten los topes mínimos establecidos por el derecho laboral de contenido imperativo. Al respecto Gonzales Hunt señala:

“En cuanto a las remuneraciones y beneficios sociales previstos por el contrato de trabajo que superan los mínimos preestablecidos por las normas legales y el convenio colectivo aplicables, estimamos que no existe razón para sostener que los mismos se encuentren afectados por el principio de irrenunciabilidad de derechos. Esto debido a que, según se ha afirmado, el principio de irrenunciabilidad impide la afectación de derechos nacidos de normas indisponibles y el contrato de trabajo no crea normas jurídicas sino obligaciones.”⁷⁰

Por tal motivo, siempre y cuando exista consenso entre el empleador y trabajador y no se vulneren los elementos esenciales del Derecho de trabajo es posible tal reducción de los beneficios de origen legal que nacen de ley de contenido imperativo y/o de la supresión de beneficios laborales siempre y cuando no sean de obligatorio cumplimiento como las liberalidades efectuadas por el empleador.

En cuanto a los beneficios provenientes del convenio colectivo de trabajo es necesario analizar su naturaleza jurídica. A decir de Gómez Valdez citando a Mario de la Cueva quien señala que el contrato colectivo de trabajo es el convenio que celebran las representaciones profesionales de los trabajadores y de los patronos, o estos aisladamente para fijar sus relaciones mutuas y crear el derecho que regule, durante un cierto tiempo, las prestaciones individuales de servicios.⁷¹

Asimismo, el artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobada mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR ha establecido que la convención colectiva de trabajo tiene como característica primordial que modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador.

Entonces las convecciones colectivas de trabajo se encuentran protegidas por el principio de irrenunciabilidad de derechos, hasta la fecha que termina su vigencia, dado que como se ha señalado líneas atrás, cuando un convenio colectivo de trabajo

⁷⁰ GONZALES HUNT, César. “La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos” Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -200. Pp 143.

⁷¹ GOMEZ VALDEZ, Francisco “Derecho del Trabajo – Relaciones Colectivas de Trabajo. Editorial Sn Marcos. 2005. Pp.371.

es sustituido por otro, pueden modificarse algunas condiciones ya sean en mejora o en desmedro puesto que ahí prima la autonomía de la voluntad de las partes.

En suma, tanto los derechos laborales de origen legal como de origen convencional se encuentran protegidos por el principio de irrenunciabilidad de derechos siempre y cuando se vulnera su contenido esencial y, en caso no se vulnere, es posible su disposición mediante acuerdo suscrito entre empleador y trabajador.

2. 4.3 Oportunidad de pago de la remuneración

El pago de la remuneración constituye uno de los requisitos esenciales del contrato de trabajo dado que mediante el mismo el empleador cumple con la contraprestación por los servicios realizados por el trabajador dentro de un lapso de tiempo que puede ser quincenal, mensual, semanal, etc.

En cuanto al tema que nos ocupa, el artículo 8 del Texto Único de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR establece lo siguiente:

Artículo 8

En las normas legales o convencionales y en general en los instrumentos relativos a remuneraciones, estas podrán ser expresadas por hora efectiva de trabajo.

Para tal efecto, el valor día efectivo de trabajo se obtiene dividiendo la remuneración ordinaria percibida en forma semanal, quincenal o mensual, entre siete, quince o treinta, respectivamente.

Para determinar el valor hora el resultado que se obtenga se dividirá entre el número de horas efectivamente laboradas en la jornada ordinaria o convencional a la cual se encuentre sujeto el trabajador.

Asimismo, el empleador podrá pactar con el trabajador que perciba una remuneración mensual no menor a dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, una remuneración integral computada por período anual, que comprenda todos los beneficios legales y convencionales aplicables a la empresa, con excepción de la participación en las utilidades.

De lo antes señalado se concluye que nuestro ordenamiento laboral permite que el empleador pueda abonar la remuneración de forma semanal, quincenal o mensual. Sin embargo, el empleador al inicio de la relación laboral deberá señalar expresamente el

momento de pago de la misma, pero, este no podrá modificar dicha condición inicial de trabajo unilateralmente ya que deberá existir un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador respecto a la forma de pago.

Para el caso de los trabajadores contratados bajo el régimen laboral de la contratación administrativa de servicios el artículo 2 de la Ley N° 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos laborales, establece que los trabajadores tienen derecho a percibir una remuneración no menor a la remuneración mínima legalmente establecida.

Gómez hace una precisión más respecto a la fecha de pago:

“La fecha del pago la determina la calificación del trabajador. Si es un obrero, la remuneración se pagará semanalmente. Si es empleado, se pagará al término del mes, pudiendo existir para estos trabajadores un pago parcial durante la quincena, que se saldará al abonarse la remuneración mensual, aunque hay grandes empresas que a los obreros y empleados suelen pagar sus remuneraciones quincenalmente. En tal sentido, al término de la semana o mes trabajado, corresponderá el pago de la remuneración convenida. Si la remuneración es anualizada, las partes pueden establecer el sistema prorrateado (mensual, bimensual, trimestral, etc.) de su pago, de manera tal, que el salario cumpla los fines exigidos por ley.”⁷²

Entonces, tenemos que la fecha de pago puede ser semanal, quincenal y mensual, dependerá del acuerdo derivado del contrato de trabajo suscrito entre el empleador y el trabajador, eso en cuanto al régimen de la actividad privada.

En cuanto al lugar de pago, el mismo debe realizarse en el lugar donde se realiza la labor, empero tenemos que a partir del año 2010, si las empresas optan por el depósito del sueldo vía entidades financieras, los trabajadores tendrán la facultad de elegir libremente la entidad del sistema financiero que estimen pertinente, debiendo indicar previamente el trabajador la entidad de su elección, caso contrario, el empleador tomará esta decisión.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamiento sobre los embargos realizados en cuentas bancarias de remuneraciones y pensiones. Al respecto, Toyama nos ilustra de la siguiente manera:

⁷² GOMEZ VALDEZ, Francisco “Derecho del Trabajo – Relaciones Colectivas de Trabajo. Editorial Sn Marcos. 2005. Pp.536.

El 19 de enero de 2010, el Tribunal Constitucional resolvió el expediente N° 01780-2009-PA/TC, estableciendo los siguientes criterios:

- 1) Para el TC, según el numeral 6) del artículo 648 del Código Procesal Civil, la suma percibida mensualmente como pensión – y se aplica también a la remuneración- tiene la calidad de inembargable hasta el límite de cinco unidades de referencia procesal (5URP). Consecuentemente, cuando la remuneración neta mensual del trabajador sea menor a ese límite, la cuenta bancaria de haberes no puede ser afectada por medida cautelar alguna que pretenda garantizar el cobro de la deuda sobre depósitos de naturaleza intangible.⁷³

Cabe indicar que superado dicho monto la remuneración puede ser embargada hasta una tercera parte. Por tal motivo, existe límite al embargo de las remuneraciones ya que el Estado protege el derecho de todo trabajador a percibir su remuneración dentro de la oportunidad prevista en el contrato, por ende, el trabajador no puede ser desprovisto de ella puesto que tal situación sería considerada nula de pleno derecho.

2.4.4. Epílogo

Luego de analizada la figura de la remuneración laboral, habiendo quedado claro que existen algunas pautas a tomar en cuenta al momento de aplicar la irrenunciabilidad de derechos al respecto.

En primer lugar, en cuanto se trate de situaciones señalada en norma legal imperativa, debe entenderse como de obligatorio cumplimiento en cuanto al derecho establecido en esta y el monto mínimo que corresponde, por tal motivo cualquier vulneración normativa no surtirá efectos jurídicos ya que dicha relación se encuentra amparada bajo el principio de la irrenunciabilidad de derechos.

En segundo lugar, en cuanto a convenios colectivos de trabajo suscritos entre el empleador y su sindicato que originen mejoras para el trabajador se encontrarán vigentes hasta el momento de la culminación del convenio sin que el empleador pueda desconocerlos. Tal es el caso si el empleador pacta la suma de remuneración por encima de la remuneración mínima vital vigente a la fecha de suscripción del convenio, el empleador no podrá reducir unilateralmente tal suma ya que el convenio colectivo

⁷³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Guía Laboral”. Editorial Gaceta Jurídica. 2011. P.174.

de trabajo prima sobre todo acto de dirección arbitrario efectuado por parte del empleador.

En cuanto a la facultad unilateral que tiene el empleador de efectuar modificaciones al contrato de trabajo, la misma se encuentra consagrada para el caso del contrato administrativo de servicios en el artículo 7 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 0157 aprobado mediante Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, modificado mediante Decreto Supremo N° 065-2011-PCM siempre que medien razones objetivas puede modificarse el lugar, tiempo y modo de la prestación del servicio.

Entonces, tenemos que el trabajador no puede renunciar a sus derechos laborales propiamente establecidos en las leyes que cubren el ordenamiento laboral vigente así como en los preceptos señalados en la Constitución Política del Perú. Por tal motivo ningún trabajador puede trabajar gratis ni tampoco por debajo de la remuneración mínima vital.

2.5. El contrato administrativo de servicios y los derechos que dé el emanan:

Mediante Resolución N° 1 del expediente N° 00002-2010-PI-TC, el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM y la Ley N° 29849, ha quedado establecido que el contrato administrativo de servicios es un régimen especial de contratación laboral para el sector público. Por tal motivo, los trabajadores sujetos a dicho régimen deberán de gozar de los derechos laborales inherentes al régimen laboral especial en el cual se encuentren inmersos.

De esta precisión inicial, cabe precisar cuáles son las diferencias con otros tipos contractuales.

2.5.1. El contrato civil de prestación de servicios

Los contratos civiles se encuentran regulados por el Código Civil de 1984, en el libro de Contratos, mediante el cual se señala que la prestación de servicios o los resultados derivados de estas sean proporcionados por dos partes denominados prestador y comitente. Asimismo, la prestación de servicios se sub clasifica en: locación de servicios, el contrato de obra, el mandato, el depósito y el secuestro.

2.5. 2. El contrato de locación de servicios

El artículo 1764 del Código Civil señala expresamente que la relación contractual tiene por objeto la prestación del servicio por parte de un sujeto denominado prestador, sin estar este subordinado a otro sujeto llamado comitente, a cambio de una retribución,

por lo que en este supuesto no existe subordinación, careciendo de uno de los elementos determinantes del contrato de trabajo.

Esta forma de contratación civil difiere con la contratación administrativa de servicios, en el sentido de que no existe subordinación ni tampoco una jornada máxima laboral pues quien se obliga frente al comitente tiene la obligación de prestar sus servicios únicamente de conformidad a la profesión o actividad que realiza, sin estar subordinado directamente al comitente, de lo contrario, estaríamos ante una desnaturalización del contrato de locación de servicios que en aplicación al principio de primacía de la realidad, devendría en un relación laboral. Entonces el elemento que distingue un contrato del otro es la subordinación.

2.5.3 El contrato de obra

Por medio del contrato de obra, una de las partes denominada contratista se obliga con el comitente a realizar una obra específica a cambio de una retribución, por lo que lo primero que debemos distinguir es que mediante este contrato lo que se obliga una de las partes es a la entrega de un resultado, a diferencia de la locación de servicios en la cual únicamente se obligaba una de las partes a la prestación del servicio contratado, sin embargo en este supuesto el contratista queda sujeto a la culminación de la obra bajo sanción de resolución del contrato.

2.5.4 El contrato administrativo

Conforme a lo señalado previamente, este contrato es una forma de contratación por medio de la cual el Estado, en uso de sus facultades sujetas a la disposición presupuestaria, puede contratar con un tercero o con alguna otra entidad estatal a efectos de satisfacer necesidades de índole pública.

Ruiz Eldregde Rivera establece lo siguiente:

“Los elementos esenciales del Contrato Administrativo, los cuales son: los sujetos, la competencia y capacidad, el objeto, la causa, la finalidad, la forma y el elemento moral, sumados a que obligatoriamente una de las partes es el Estado y que la finalidad para la que se contrata es la prestación de un servicio o de una obra para satisfacer necesidades públicas, sin existir subordinación alguna que afecte a los contratistas o prestadores, nos encontramos ante una modalidad contractual del sector público que se asemeja a la contratación civil

pero con propios matices como he definido previamente, por lo que corresponde distinguirlo del contrato de trabajo propiamente dicho.”⁷⁴

2.5.5. Contrato de servicios no personales

Modalidad de contratación del Estado por medio de la cual una persona se obligaba a prestar un servicio al empleador, a cambio de una retribución sin que exista subordinación.

Al respecto, Elmer Huamán Estrada en sus Comentarios al Contrato Administrativo de Servicios señala que la naturaleza jurídica de los SNP, a la luz de la normativa fundacional, era la de ser contratos civiles de locación de servicios. Este tipo de contratos se caracterizaba por la autonomía del locador respecto al que se beneficia de la prestación de servicios. De este modo, el Estado, luego de celebrar estos contratos, en ningún modo podría ejercer las facultades propias de la subordinación laboral; por el contrario, el locador era totalmente autónomo para cumplir con su obligación civil, encontrándose la entidad estatal contratante obligada solo a pagar una retribución por el servicio pactado.⁷⁵

Por tal motivo, se crea el contrato administrativo de servicios, como un nuevo régimen laboral creado únicamente para paliar las diferencias existentes, sin embargo a la fecha, si bien es cierto ha reconocido algunos derechos a los trabajadores, no ha sido del todo beneficioso para los mismos.

Los derechos de los trabajadores sujetos al contrato administrativo de servicios.

De conformidad con lo mencionado precedentemente, el contrato administrativo de servicios, si bien es cierto nació como una forma de contratación administrativa, la propia realidad de dichos contratos ha originado que el mismo haya sido considerado como una forma especial laboral de la administración pública, reconociéndoseles a los trabajadores de dicho régimen los siguientes beneficios laborales de acuerdo a la modificación prevista por medio del artículo 2° de la Ley N° 29849 que modifica el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1057 de la siguiente manera:

- Percibir una remuneración no menor a la remuneración mínima legalmente establecida.

⁷⁴ RUIZ ELDREGDE RIVERA, Manuel. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Gaceta Jurídica. P. 201.

⁷⁵ HUAMAN ESTRADA, Elmer. El Contrato Administrativo de Servicios. Comentarios a un controvertido régimen de contratación de personal del Estado. En Actualidad Laboral. Primera Edición 2010. Pp.237.

- Jornada máxima de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales. Cuando labore en una entidad en la que existe una jornada de trabajo reducida establecida para los trabajadores sujetos a los regímenes laborales generales, le será aplicable tal jornada especial.
- Descanso semanal obligatorio de veinticuatro (24) horas consecutivas como mínimo.
- Un tiempo de refrigerio, que no forma parte de la jornada de trabajo.
- Aguinaldo por Fiestas Patrias y Navidad, conforme a los montos establecidos en las leyes anuales de presupuesto del sector público.
- Vacaciones remuneradas de treinta (30) días naturales.
- Licencias con goce de haber por maternidad, paternidad, y otras licencias a las que tienen derecho los trabajadores de los regímenes laborales generales.
- Gozar de los derechos a que hace referencia la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- A la libertad sindical, ejercitada conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, y normas reglamentarias.
- A afiliarse a un régimen de pensiones, pudiendo elegir entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones, y cuando corresponda, afiliarse al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.
- Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD. La contribución para la afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD tiene como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado.
- Recibir al término del contrato un certificado de trabajo.

Cabe indicar que mediante dicha norma se señala que la entidad está obligada a entregar boletas de pago a los trabajadores sujetos a dicho régimen; sin embargo se prevé textualmente que para efectos tributarios se calificarán dichas rentas como de cuarta categoría.

En cuanto a la irrenunciabilidad de derechos laborales, conforme hemos precisado al momento de analizar tal punto, los trabajadores contratados bajo dicho régimen laboral no podrán renunciar a sus derechos reconocidos en la Ley y en el Reglamento como derechos mínimos bajo los topes examinados con anterioridad que se señalan en el cuerpo normativo que regula el contrato administrativo de servicios, dado que en caso se vulneren tales mínimos, se estaría renunciando a los derechos propios de los trabajadores.

El régimen del contrato administrativo de servicios es propio del Perú, y podemos compararlo con regímenes existentes como el régimen de la actividad privada y el régimen de Bases de la Carrera Administrativa. Este tercer nuevo régimen trae consigo encubierta una relación laboral por lo que en principio al trabajador que estuviese sujeto a dicho régimen debería corresponderle el goce de todos los derechos laborales vigentes; sin embargo, debido a la flexibilización del derecho laboral, el legislador optó por confinar en dicho régimen a los trabajadores contratados por el Estado que están fuera del régimen de bases de la carrera administrativa, con lo cual supuso la formalización y mejoramiento de las condiciones iniciales, que a la fecha no ha ocurrido a pesar de las constantes modificaciones normativas respecto a dicha regulación.

Finalmente, en cuanto al monto remunerativo, la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM señala que ninguna entidad pública puede suscribir un contrato administrativo de servicios por un monto menor al de la remuneración mínima vital.

2.6. El principio de irrenunciabilidad de derechos en la interpretación constitucional:

2.6.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

A efectos de resaltar con algunos ejemplos la vulneración al principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, corresponderá el análisis de algunos pronunciamientos emitidos por el Poder Judicial así como por el Tribunal Constitucional que a continuación se señalan:

2.6.1.1. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 09-2004-AA-TC

Mediante la citada resolución el señor Roberto Castillo Melgar interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa debido a que su empleador efectuó una rebaja de nivel, categoría y remuneración en contra del citado trabajador.

Al respecto, el tercer fundamento de la citada resolución señala que al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N° 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador.

Sin embargo, el Tribunal declara improcedente la acción de amparo constitucional en virtud a que al ser esta una vía sumarísima, no está sujeta a instancia probatoria en el extremo que el demandado asegura que existe un convenio de reducción de remuneración, el mismo al que fue compelido a firmar, por lo que requiere una vía idónea para la probanza de ese hecho, entonces deja la puerta abierta para que el empleador y el trabajador puedan pactar la disminución de la remuneración mediante convenio expreso.

2.6.1.2. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 008-2005-PI/TC

Se interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público – Ley N° 28175 por vulnerar los artículos 26, 28 y 40 de la Constitución Política del Perú.

Al respecto la citada resolución hace una apreciación muy interesante en lo que respecta a la aplicación del artículo 26° de la Constitución, debe existir una relación laboral y que el trabajador no podrá renunciar o disponer, cualquiera sea el motivo, de los derechos y libertades que la Constitución y leyes vigentes al momento de la relación laboral le reconocen.

Por tal motivo, los derechos laborales reconocidos por la Constitución Política del Perú y las leyes laborales vigentes tiene carácter de irrenunciables y cuya protección queda en manos del Estado y en caso de renuncia la misma no surtirá efectos jurídicos.

2.6.1.3. Expediente del Tribunal Constitucional N° 606-2000-AA/TC

El señor Norberto Monzón Escobedo y otros interponen recurso extraordinario contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad en lo que respecta a la disposición que suspende la bonificación diferencial por trabajo en zona urbano – marginal equivalente al 30% de las remuneraciones totales así como el cobro indebido del citado beneficios.

Al respecto, el Quinto fundamento de la citada Resolución ha señalado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26° inciso 2), que las remuneraciones de los trabajadores son irrenunciables e intangibles y solo se podrán afectar las planillas de pago por orden judicial o por un descuento aceptado por el trabajador.

En suma, cabe añadir que únicamente se podrá suspender el pago de la remuneración cuando exista una orden judicial o cuando el trabajador haya aceptado tal descuento, siempre que el mismo sea expreso ya que nos es posible inferir tal actitud.

Casación N° 476-2005

Mención aparte, esta sentencia casatoria fue publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 05 de enero de 2007, interpuesta por la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal contra una sentencia de vista que confirmó la sentencia de grado que dispuso el pago de una suma de dinero a favor de un trabajador.

Al respecto, la misma Resolución en su artículo Quinto señala lo siguiente:

“Que entonces la aplicación del inciso segundo del artículo veintiséis de la Constitución Política del Estado que consagra el principio de irrenunciabilidad de derechos requiere de la concurrencia de dos presupuestos ineludibles: a) la existencia de una relación de trabajo; y b) la existencia de una norma constitucional o legal que en forma taxativa establezca determinados derechos y beneficios sociales que tengan como fuente dicha relación”⁷⁶.

En lo que respecta a la resolución, la materia analizada es la desnaturalización del contrato de locación de servicio, señalándose que si ese contrato es suscrito bajo el

⁷⁶ Casación N° 476-2005 pública en el Diario Oficial El Peruano con fecha 05 de enero de 2007.

amparo de las normas civiles vigentes, pero en la realidad el trabajador contratado cumple con los requisitos esenciales de la relación laboral por principio de primacía de la realidad se estaría distorsionando el Derecho Laboral, y habiéndose vulnerado el derecho a la irrenunciabilidad de derechos laborales corresponde indemnizar al trabajador por despido arbitrario ordenándose que la citada resolución constituye precedente de observancia obligatoria conforme a los alcances esgrimidos.

Por tanto, el Tribunal Constitucional así como el Poder Judicial han reconocido la vigencia e interpretación del principio de irrenunciabilidad de derechos como derecho mínimo de todo trabajador para hacer frente a las condiciones adversas que les puede plantear el empleador en determinado momento.

2.7. Derecho Comparado:

2.7.1. Derechos Humanos

A nivel internacional, el principio de irrenunciabilidad de derechos cobra vital importancia debido a que el mismo se encuentra señalado en diversos convenios y declaraciones que han sido suscritas por diversos países, generándose con estos fenómenos de masificación positivista del citado principio.

Entre los principales instrumentos normativos en los cuales se protege la correcta aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos tenemos los siguientes:

En primer lugar, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 encontramos dos artículos de suma importancia como son el artículo 29 y 30 sobre el cual se ha señalado que debe prevalecer el principio de legalidad sobre el ejercicio de los derechos, es decir, la persona humana solamente se encontrará sujeta a los límites señalados expresamente por ley, debiendo respetarse la misma.

Por otra parte, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos señala que el Estado no podrá regular contra los derechos de la persona de corte fundamental, sin poder hacer renunciables ciertos derechos, con lo cual nos encontramos ante una regla prohibitiva del Estado a favor de los ciudadanos en general.

Asimismo, el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo del 01 de julio de 1949, ha dejado sentado dos artículos que son de suma importancia. Por una parte el artículo 5 del citado cuerpo normativo ha establecido que el salario se deberá pagar directamente al trabajador o interesado a menos que la legislación nacional, convenio colectivo o laudo arbitral establezcan otra forma de pago o que el trabajador acepte una forma de pago diferente. Seguidamente, el artículo 6 establece que debe

prohibirse que se limite en alguna forma la libertad del trabajador de disponer de su salario.

De una interpretación de los citados artículos entiendo que en principio el trabajador tiene todo el derecho a que se le pague directamente salvo acepte otra forma de pago diferente, una vez efectuado dicho pago el empleador no puede limitar de manera alguna que el empleador limite la disposición de su trabajo.

Entonces, queda vislumbrada una preocupación rotunda a través de diversos dispositivos normativos que una vez ratificados por el país, ingresan a su ordenamiento nacional y son de obligatorio cumplimiento debiendo salvaguardar los derechos ahí contenidos y el espíritu de la norma laboral para protección de los intereses de los trabajadores.

2.7.2. El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales en el derecho comparado

En este punto, cabe hacer mención a las distintas Constituciones Políticas en las cuales el legislador ha decidido elevar a rango constitucional el derecho de irrenunciabilidad de derechos, con lo cual lo que ha hecho es reforzar los derechos de los trabajadores e iniciar una corriente de constitucionalización de este derecho laboral. Ha decir de Ugarte Cataldo citando a Guastini:

“La constitucionalización del derecho- algo así como el desembarco de la constitución en todos los rincones del derechos- importa un cambio de paradigma respecto del antiguo Estado legal del derecho, un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.”⁷⁷

Sin perjuicio a lo antes señalado, considero que si bien es cierto resulta redundante que se constitucionalicen ciertos derechos laborales, debemos tener en cuenta que en países como los latinoamericanos en los cuales se ha visto el mayor despliegue de los derechos de los trabajadores, muchas veces el propio empleador no tiende a respetar dichos derechos laborales, por eso es pertinente elevarlos a nivel constitucional para proteger su estricto cumplimiento de los mismos.

⁷⁷ UGARTE CATALDO. Jose Luis. “La Constitucionalización del derechos del trabajo: La tutela de los derechos fundamentales”. En Revista Latinoamericana de Derecho Social Nº 7, Julio – Diciembre 2008. pp 249-273.

Al respecto, a nivel de derecho comparado tenemos las siguientes menciones respecto al principio de irrenunciabilidad de derechos:

La Constitución Política de Colombia del año 1991 ha recogido el principio de irrenunciabilidad de derechos en su artículo 53 como uno de los principios fundamentales en las normas laborales, lo cual dista de lo señalado en nuestra Carta Magna; sin embargo, como hemos analizado a lo largo de este capítulo, esa definición en suma es la esencia del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.

Asimismo, la Constitución de México de 1917 ha establecido en su artículo 123 similar cláusula señalándose expresamente que las que constituyan renuncia hecha por el obrero de las indemnizaciones por accidentes de trabajo y demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor de obrero serán entendidas como condiciones nulas.

Finalmente, si bien es cierto casi todas las legislaciones en el mundo reconocen el principio de irrenunciabilidad de derechos como uno de los pilares fundamentales del Derecho del trabajo, corresponde señalar que en la región no existe precedente alguno parecido al contrato administrativo de servicios del Perú,, por lo que habiéndose analizado el alcance de dicho principio tanto a nivel nacional como internacional, corresponderá señalar y sustentar su incompatibilidad con la factura negociable.

Sección Nº 3

Las limitaciones a la circulación de la factura negociable

3.1. Consideraciones Generales:

En este punto de la investigación, el objeto es el análisis del contrato administrativo de servicios como régimen especial laboral de la administración pública mediante el cual la entidad estatal contrata los servicios de un profesional a cambio de una remuneración, la misma que goza de toda protección legal, cuya irrenunciabilidad es nula de pleno derecho.

Asimismo corresponde precisar que con la modificación producida por medio de la Ley Nº 29849, el Estado está en la obligación de proporcionar la boleta de pago al trabajador; sin embargo, cabe señalar que para efectos tributarios los trabajadores contratados bajo el régimen CAS se encuentran dentro del régimen de cuarta categoría.

Respecto a la obligación del empleador de otorgar boletas de pago y la del trabajador de emitir recibo por honorarios cabe precisar que por medio de la Resolución de Superintendencia Nº 286-2012-SUNAT, se modificó el numeral 1.5 del artículo 7 del Reglamento de Comprobantes de Pago aprobado por Resolución de Superintendencia Nº 007-99-SUNAT, en el extremo que se exceptúa de la obligación de emitir comprobantes de pago por los ingresos que provengan de los servicios prestados bajo el régimen especial de la contratación administrativa de servicios, con lo cual dicha norma únicamente exceptúa de la obligación de emitir el comprobante de pago, más no prohíbe su emisión, pudiendo el trabajador contratado bajo dicho régimen emitir su recibo por honorarios a efectos de acceder al financiamiento por medio de la factura negociable, más aún si para efectos tributarios se encuentra obligado a pagar renta de cuarta categoría, teniendo en cuenta que la propia Ley que regula la factura negociable establece la posibilidad de poner en circulación como título valor al recibo por honorarios. Motivo por el cual corresponde analizar tal perspectiva ante una eventual decisión adoptada por el trabajador.

Por tanto, el título valor denominado factura negociable tal y como se ha desarrollado precedentemente, es un título valor materializado que se encuentra incorporado a una factura comercial o a un recibo por honorarios. Entonces es posible que un trabajador contratado bajo el régimen del contrato administrativo de servicios, pueda emitir

recibos por honorarios, el mismo que podría endosar a un tercero, pudiendo este recurrir a la administración una vez llegada la fecha del vencimiento de dicha obligación, de ser así, la interrogante versa sobre si el trabajador podría disponer de su remuneración antes de efectuado el pago a efectos de que el tenedor del título proceda a su cobro o si es necesario excluir a los trabajadores contratados bajo dicho régimen con el fin de que no endosen sus recibos por honorarios, con lo cual nos encontraríamos ante una limitación a la circulación del título valor factura negociable, de ser así, se discute la regla que prohíbe la limitación de la circulación de la factura negociable.

En ese sentido, habiendo quedado señalada la disyuntiva entre el derecho comercial y el derecho laboral respecto a la problemática planteada considero que lo que debe primar es la protección de los derechos de las personas como sujetos de derechos en una sociedad como la de hoy respetándose su derecho a la remuneración pero sobre todo a la igualdad de trato y de oportunidades; sin embargo, dicha hipótesis podría colisionar con el título valor denominado factura negociable, por lo que lo más correcto sería limitar la transferencia del título valor, ya que si bien es cierto sería una forma de acceso a financiamiento para trabajador CAS, existirían supuestos en los cuales se contraviene la protección de carácter constitucional de la remuneración, convirtiendo en la práctica la obligación derivada de un contrato de trabajo en una derivada de una relación contractual.

Es en este punto que se propone una serie de soluciones al problema ya que en la actualidad ambos supuestos no podrían coexistir en ese caso específico dado que tal como señala Oswaldo Hundskopf: "Todo título valor, para ser tal, debe estar destinado a la circulación. Esto significa que son emitidos para que puedan ser transferidos libremente, o sea de persona a persona"⁷⁸, lo cual no podría suceder en el supuesto que un trabajador CAS quiera endosar su recibo por honorario a un tercero ya que con ello estaría endosando su remuneración con lo cual el empleador, en este caso el Estado tendría que cumplir con dicha obligación en lugar de pagar la remuneración como correspondería.

⁷⁸ HUNDSKPOF EXEBIO. Oswaldo. Guía rápida de preguntas y respuestas a la Ley de Títulos Valores. Editorial Gaceta Jurídica. 2000. pp22.

3.2. El Decreto Legislativo N° 1057, modificado por Ley N° 29849 y su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, modificado mediante Decreto Supremo N° 065-2011-PCM.

3.2.1 Antecedentes

Referirnos al contrato administrativo de servicios conlleva obligatoriamente buscar los elementos inspiradores del mismo, que es único en América latina y merece un particular análisis.

A raíz del modelo económico asumido por nuestro país por medio de la Constitución Política del Perú de 1993, el sector público sufrió algunos cambios provocándose “la huida del derecho administrativo”. Sin embargo en mi opinión los antecedentes del contrato administrativo de servicios datan de mucho tiempo atrás. Así acertadamente señala Elmer Huamán Estrada⁷⁹ quien citando a Morales Corrales para quien el antecedente más remoto del contrato administrativo de servicios los constituye la Directiva Nacional N° 02-83-EFC/76.01, la misma que fue aprobada mediante Resolución Directoral N° 116-83-EFC/76.01, de fecha 22 de diciembre de 1983 por la cual se hizo el distinguo entre servicios personales y servicios no personales.

Siguiendo la línea de lo señalado por el citado autor, Potezen indica que la referencia remota de este contrato se encuentra en el Reglamento único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales (RUA), que fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 065-85-PCM, de 19 de junio de 1985.

Para ambos casos, se vislumbra que lo que se regula son los servicios personales o no personales, diferenciándose ambos en el factor de dependencia, elemento esencial del contrato de trabajo, por ende, de toda relación laboral que como vemos, en un inicio los trabajadores sujetos a servicios no personales no gozaban de tal reconocimiento.

Por otra parte, Arias Schreiber señala:

“Siguiendo las reglas de la doctrina y legislación clásica, el Código Civil de 1936 incluía en el rubro genérico de la locación – conducción, tanto el arrendamiento de cosas como la locación de servicios y de obra, legislando separadamente sobre el contrato de trabajo, el depósito y el mandato (...).

⁷⁹ HUAMAN ESTRADA, Elmer. El Contrato Administrativo de Servicios. Comentarios a un controvertido régimen de contratación de personal del Estado. En Actualidad Laboral. Primera Edición 2010. P.236.

El origen de la absorción de la locación – conducción estuvo en la antigüedad y se debió al carácter esclavista que existía en aquél entonces. Señala a este respecto Angulo que cuando surgen las instituciones que han llegado hasta nosotros, tal como ocurría con los esclavos, no había absolutamente ningún inconveniente en colocar en la misma institución jurídica los contratos tales como la locatio conductio operarum (locación de servicios).⁸⁰

En atención a tal origen, el Código Civil Peruano separó la locación – conducción de la prestación de servicios, dotándola de autonomía como contrato típico y que a la fecha se sub-clasifica en 5 modalidades. Una de ellas la locación de servicios entendida como la figura mediante la cual una persona denominada locador, se obliga a prestar servicios a otra denominada comitente, sin estar subordinada a esta a cambio de un retribución pudiendo ser materia de este contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales.

En tal sentido, la administración pública empezó a contratar personal para que presten servicios a cambio de un retribución con lo cual nació la figura de los contratos de servicios no personales caracterizados por la autonomía del locador y la obligación de pago o retribución por los servicios realizados, empero rápidamente esta forma contractual se desvirtuó debido a muchas razones. Así Huamán Estrada señala lo siguiente:

“Lamentablemente, los SNP nunca limitaron su campo de acción a los que la normativa que los regulaba establecía. Al elemento autonomía antes mencionado, se contrapuso, en la realidad, una verdadera subordinación de la persona natural que prestaba el servicio al Estado. Así, las personas contratadas a través de este tipo contractual civil se encontraban sujetos al mismo horario que el personal estatal, recibían órdenes sobre como prestar sus servicios, eran sancionados en caso de incumplimiento y, en general, cumplían con todos aquellos indicios que permitían hablar de una subordinación real. Sin embargo, aquí se observa un desajuste entre contenido contractual de los SNP y la realidad, lo cual generó graves consecuencias.”⁸¹

En suma, tenemos que el surgimiento y expansión del contrato de servicios no personales suscrito entre particulares y el Estado se debió a los problemas de desabastecimiento de servicios por parte del Estado, de modo que para paliar dicho problema, a través de las leyes de presupuesto, se dictaron medidas de racionalidad y

⁸⁰ ARIAS SCHEREIBER, Máx. “Exégesis al Código Civil Peruano de 1984”. Editorial Gaceta Jurídica. P. 715

⁸¹ HUAMAN ESTRADA, Elmer. El Contrato Administrativo de Servicios. Comentarios a un controvertido régimen de contratación de personal del Estado. En Actualidad Laboral. Primera Edición 2010. Pp.237.

austeridad en el gasto fiscal por las cuales se prohibió la creación de plazas para que las faltantes puedan ser suplantadas por personal bajo dicho tipo de contratación. Paulatinamente se fue desnaturalizando este tipo contractual asemejándose más a uno de corte laboral así la jurisprudencia nacional en aplicación al principio de primacía de la realidad, otorgó protección reconociendo su desnaturalización en aquellos supuestos que lo ameritaban.

Como vemos, el camino por el cual se llegó al contrato administrativo de servicios estuvo marcado por una contratación que muchas veces resultó abusiva para el trabajador ya que los contratos de servicios no personales, en algunos supuestos, encubrían verdaderos vínculos laborales, pero por ser contratos civiles, no reconocían al trabajador beneficios laborales, con lo cual el Estado lesionaba los derechos laborales de corte irrenunciable, pudiendo únicamente el trabajador acudir a la vía jurisdiccional para proteger sus derechos.

Al respecto, una primera aproximación al contrato administrativo de servicios se dio el año 2001. Tal y como señala Putriano Rosas⁸² quien hace mención a una Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública, comisión que fuese creada mediante Decreto Supremo N° 004-2001-TR, sin embargo tales fines no rindieron frutos en aquella época sino hasta el año 2008 dada la presión de requisitos para la celebración con Estados Unidos el Tratado de Libre Comercio, por lo que mediante Ley N° 29157, el Congreso de la República otorgó facultades en materia legislativa al Poder Ejecutivo a efecto de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de promoción comercial, entre otras, en el ámbito laboral, producto de ello en junio de 2008 se instauró una nueva modalidad de contratación de personal denominada como contrato administrativo de servicios regulado tanto en el Decreto Legislativo N° 1057 como en su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.

Con tal marco se estableció un nuevo escenario jurídico que dotó de mayor formalidad a la contratación estatal de personal para la prestación de servicios; sin embargo, se instauró una categoría sui generis en nuestro ordenamiento nacional, con pros y contras, en cuyo análisis se hará especial hincapié en el tema remunerativo, elemento esencial de todo contrato laboral.

⁸² PUTRIANO ROSAS, César. "El régimen de contratación administrativa de servicios: de la rigidez del unilateralismo a la deslaboralización". En *Laborem*. Sociedad Peruana del Derecho de Trabajo y la Seguridad Social. N° 9/2009, 2010, p.96.

3.2.2. El Contrato Administrativo de Servicios como régimen laboral especial

Como ya se mencionó en su oportunidad, el Contrato Administrativo de Servicios reemplazó a la contratación por servicios no personales.

Inicialmente la misma norma establecía que dicho contrato constituía una modalidad especial propia del Derecho Administrativo debiendo cumplir la entidad estatal que desee contratar bajo dicho régimen las siguientes formalidades:

- Requerimiento realizado por la dependencia usuaria.
- Existencia de disponibilidad presupuestaria, la misma que tiene que ser establecida por la Oficina de Presupuesto.

Entre las principales características propias de esta nueva clase de contratación tenemos que tiene una duración determinada sujeta a un plazo establecido. Por tal motivo, podemos equiparlo con los contratos modales establecidos en el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – Decreto Legislativo N° 728, que a decir de Gómez Valdez contienen algunas características:

“Los contratos modales son contratos causales – formales. Es causal puesto que para su suscripción el empleador debe consignar en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, vale decir, la razón del contrato, el fin perseguido, su porqué. Es formal, puesto que se requiere que conste necesariamente por escrito, donde deberán detallarse las condiciones de la relación laboral.”⁸³

De la citada definición, podemos extraer que el contrato administrativo de servicios es un contrato causal – formal. Es causal dado que al ser un contrato de plazo determinado, debe señalarse expresamente su plazo de duración y los requerimientos que de antemano el área usuaria debe cubrir. Por otro lado, es formal por que el contrato debe constar por escrito y una vez suscrito el mismo, la entidad deberá ingresarlo al registro de contratos administrativos de servicios de cada entidad y a la planilla electrónica.

Ahora bien, una vez definido el Contrato Administrativo de Servicios, resulta necesario indicar su naturaleza jurídica que a mi criterio se entiende como aquella relación jurídica prevista de los elementos esenciales de toda relación laboral mediante la cual el Estado, por medio de sus entidades públicas, se vincula con terceras personas –

⁸³ GOMEZ VALDEZ, Francisco. Derecho del Trabajo – Relaciones Colectivas de Trabajo. Editorial San Marcos. 2005. P.106.

trabajadores- a efectos de que realicen actividades profesionales a cambio de una remuneración. Ello sirve de base para perfeccionar la relación laboral, por ende, el Estado debe velar por el cumplimiento de los beneficios que ostenta su personal contratado bajo dicho régimen y el contratado a cumplir cabalmente con las obligaciones provenientes del contrato. Tenemos lo siguiente para complementar lo antes señalado:

Es formal, puesto que la celebración del contrato requiere previamente la solicitud del área usuaria y la exigencia de disponibilidad presupuestaria, debiendo la entidad administrativa observar un procedimiento que incluye las siguientes etapas: a) preparatoria, b) convocatoria, c) selección, d) suscripción y registro del contrato, por lo que nos encontramos ante un acto que reúne ciertas formalidades para quedar perfeccionado.

Es oneroso, en razón de que las actividades realizadas por el trabajador contratado bajo este régimen generarán una retribución económica. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento del régimen CAS establece que ninguna entidad pública puede suscribir un contrato administrativo de servicios por un monto menor al de la remuneración mínima vital, con lo cual nos encontramos con una protección al derecho a la remuneración mínima, propia de los contratos de trabajo.

Es personal, dado que el trabajador contratado bajo este régimen laboral tiene que pasar por un proceso de selección previa a la suscripción del contrato, que se ajustara a los términos de referencia expresamente establecidos de conformidad al servicio solicitado. En este supuesto no cabe la delegación ya que el trabajo debe ser realizado por la persona seleccionada para tal fin.

Es bilateral, porque que las partes se obligan entre sí tanto a brindar el servicio por parte del trabajador así como a cumplir con el pago de la remuneración en caso el empleador, surgiendo así derechos entre ambas, obligaciones y responsabilidades que emergen de su real ejecución.

Es subordinado, ya que existe el deber del trabajador de acatar las órdenes del empleador por medio de la realización de funciones para las cuales fue contratado. Asimismo, el trabajador se sujeta a la jornada laboral de la entidad administrativa y a las órdenes emitidas por el funcionario que funge de autoridad dentro del área donde

el trabajador presta sus servicios, configurándose la subordinación por parte del empleador.

Nos encontramos ante una modalidad especial de contratación de la administración pública en cuanto a la forma; sin embargo, el Estado no puede dejar de reconocer la protección del trabajador contratado bajo este régimen ni mucho menos vulnerar los derechos constitucionalmente recogidos, por lo que nos encontramos ante un reto de la administración pública.

En cuanto al contenido del contrato de trabajo, el Decreto Legislativo N° 1057 estableció en un principio que el contratado goza de descanso de 24 horas por semana, que esté obligado a prestar servicios hasta un máximo de 48 horas semanales, y de descanso físico de quince (15) días por año cumplido, afiliación al régimen contributivo de ESSALUD y afiliación opcional/obligatorio a un régimen de pensiones.

En mi opinión, en aquel entonces era claro para todos, más no para el legislador, que nos encontrábamos ante una forma de contratación laboral especial dado que, de un lado se establecía una jornada máxima de trabajo, una prestación personal de servicios y una retribución por los mismos, es más, la Primera Disposición Complementaria Final establece expresamente que ninguna entidad pública podrá suscribir un contrato administrativo de servicios por un monto menor al de la remuneración mínima vital, con lo cual se dota de una protección especial al monto remunerativo.

3.2.3 La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00002-2010-AI

Al respecto el Tribunal Constitucional mediante esta sentencia estableció un precedente muy importante, de obligatorio cumplimiento por parte de la Administración Pública, al reconocer el carácter laboral de la relación que da origen al contrato administrativo de servicios. Asimismo, establece que el régimen de la Contratación Administrativa de Servicios es un régimen especial de contratación del Estado, no equiparable al de la actividad privada ni al de la carrera administrativa, debiéndose dictar normas que permitan proteger los derechos constitucionales de los trabajadores CAS incluidos la negociación colectiva y el derecho de sindicalización y de huelga.

Entre lo más resaltante de la citada resolución tenemos:

- La distinción del contrato administrativo de servicios con los contratos civiles de prestación de servicios, reconociéndole contenido laboral.
- El contrato administrativo de servicios tiene características de un contrato de trabajo cuestionándose la denominación de “contrato administrativo”.
- El régimen legal de contrato administrativo de servicios no es inconstitucional, pudiendo el trabajador contratado bajo dicho régimen ejecutar obras públicas o actividades propias de la administración.

En cuanto a lo primero resulta interesante resaltar que con este pronunciamiento por primera vez en nuestro país en lo que va de la vigencia del contrato administrativo de servicios se estableció el contenido laboral del contrato administrativo de servicios, el mismo que es plasmado expresamente en el fundamento 19 que a continuación cito:

“Por ello, este colegiado concluye expresando que el contenido del contrato regulado en la norma impugnada tiene las características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo, en la medida que prevé aspectos tales como la determinación de la jornada de trabajo (que implica incluso determinar el horario de trabajo, pues de lo contrario sería imposible controlar la jornada semanal), así como los descansos semanales y anual. Cabe considerar también que la denominación dada por el legislador a la norma cuestionada resulta, cuando menos, imprecisa, dado que le pretende conferir un significado distinto al contenido que regula.”⁸⁴

Por tanto, este fue el primer paso por reconocer la protección de los derechos de las personas contratadas bajo el régimen de contratación administrativa de servicio y que a la fecha ha obtenido protección legal por medio de la modificación efectuada al reglamento del contrato administrativo de servicios.

3.2.4. Modificación del Reglamento CAS- Decreto Supremo N° 065-2011-PCM

A raíz de la sentencia recaída en el expediente N° 00002-2010-PI/TC, al haberse establecido que el contrato administrativo de servicios debía entenderse como un régimen especial de contratación laboral para el sector público, era necesaria la modificación a efecto de adaptar lo señalado en la citada resolución emitida por el Tribunal Constitucional. Por ello, con fecha 27 de julio de 2011, en el Diario Oficial El Peruano se publicó el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM mediante el cual se establecen modificaciones al reglamento del contrato administrativo de servicios.

⁸⁴ STC 000002-2010-AI, Fundamento N° 19.

La modificación más importante radica en el reconocimiento de régimen laboral del contrato administrativo de servicios, señalándose además que la misma forma contractual vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera subordinada. Asimismo, se establecen otros derechos laborales como los de sindicalización y derecho de huelga, con lo cual desaparece toda mención respecto al contrato administrativo propiamente para reconocérsele como un régimen laboral especial, considero que especial por lo improvisado del legislador al momento de legislar sobre la materia en un afán de cumplir oportunamente con los requisitos propuestos para la firma del acuerdo de promoción comercial con Estados Unidos; sin embargo, a la fecha se ha conseguido palear un poco la desigualdad que desde el año 2008 eran víctimas los trabajadores contratados bajo dicho régimen, con lo cual queda demostrado fehacientemente que al tratarse de un contrato que origina una relación laboral, los trabajadores gozan de la protección legal y constitucional de sus derechos y beneficios laborales, entre ellos los señalados en los artículos 24 y 26 de la Constitución Política del Perú y que a continuación señaló:

Artículo 24

El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente (...) El pago de la remuneración y de los beneficios sociales tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador (...).

Artículo 26

En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

(...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos contenidos por la constitución y la ley (...).

En ese punto, hacemos la precisión que el contrato administrativo de servicios, como un contrato de trabajo contiene elementos esenciales como la prestación personal de servicios, subordinación u remuneración. Esta última debe ser analizada detenidamente, habiendo quedado establecido que el contrato administrativo de servicios origina una relación laboral, por ende, toda persona contratada bajo dicho régimen goza de toda protección legal respecto de los derechos laborales que de él emanan.

Si bien es cierto que el Decreto Legislativo N° 1057 así como su Reglamento establecen derechos laborales mínimos en comparación a otros regímenes, eso no

significa que este régimen esté desprovisto de los principios o reglas matrices del Derecho Laboral, por lo cual es necesario analizar el supuesto planteado en lo que respecta a la remuneración del trabajador CAS, como elemento esencial de este nuevo tipo de contratación laboral.

3.2.5. La remuneración del trabajador contratado bajo el régimen del contrato administrativo de servicios, el pago y otras formas de extinción de las obligaciones

Ya habiendo quedado definido el contenido laboral del contrato administrativo de servicios, es necesario hacer mención a uno de sus requisitos esenciales, la remuneración. Al respecto, Toyama señala lo siguiente:

“La remuneración no solamente es un elemento esencial del contrato de trabajo sino que constituye un derecho fundamental. Ciertamente, el artículo 24 de la Constitución Política contiene una fórmula de contenido general y de preceptividad o eficacia diferida o programática al señalar que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia bienestar material y espiritual. Sin embargo, de otro lado, representa un interés del Estado en su tratamiento, fija un determinado marco de desarrollo legal y de interpretación judicial y, finalmente, se indica – en el propio artículo – que su cobro tiene prioridad sobre otros adeudos del empleador, reconociendo una remuneración mínima vital”.⁸⁵

Como bien sabemos la remuneración laboral comprende una obligación, en sentido estricto, y la forma de extinción de las obligaciones es mediante el pago de acuerdo a las reglas señaladas en el Código Civil, y para el ámbito laboral se circunscribe a lo pactado en el contrato de trabajo, con lo cual el trabajador no puede exonerar del pago al empleador ya que dicha exoneración se entiende como nula, ni tampoco el pago puede ser por debajo del mínimo legal ni por debajo de lo establecido en el contrato. El pago se realiza de forma íntegra en la fecha pactada en el contrato, no obstante, nuestra legislación nacional recoge en el Código Civil otras formas de extinción de obligaciones tales como la compensación, condenación, consolidación y novación, siendo el pago de la remuneración intangible e irrenunciable.

Nuestro Código Civil de 1984 regula la compensación mediante la cual se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas. En mi opinión si es posible la aplicación de esta forma de extinción de

⁸⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derechos Laborales ante empleadores ideológicos. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009. pp.64.

obligaciones en el ámbito laboral dado que el Reglamento de la Contratación Administrativa de Servicios aprobado mediante Decreto Supremo N° 075-2008-PCM en su artículo 6, ha señalado que en caso el trabajador realice horas extras a las pactadas, la entidad estatal podrá compensar las mismas con descanso físico.

Por otra parte, en cuanto a la condonación entendida como la renuncia al derecho de remuneración, es incompatible de pleno derecho dado las reglas proteccionistas que frente a la irrenunciabilidad de derechos laborales, nuestro ordenamiento ha previsto, por lo que la simple renuncia o el pago parcial de la deuda se entenderán como nula.

En cuanto a la figura de la consolidación es una figura típica interesante en el campo laboral, de por sí es incompatible y de muy difícil suceso en la relación laboral dado que al estar bien definidas las figuras de empleador y trabajador hace muy difícil que recaigan dichas cualidades en la misma persona; sin embargo existe un supuesto en el cual puede darse dicha figura.

También tenemos la novación entendida como la figura mediante la cual se sustituye una obligación por otra, la cual puede ser objetiva y subjetiva. En principio no es compatible con el ordenamiento laboral, sin embargo que sucedería si el trabajador contratado bajo el régimen de contrato administrativo de servicios transfiriere su recibo por honorarios, que contiene el monto de su remuneración a un tercero quien le ofrece liquidez inmediata a cambio del mismo y este conector de las recientes normas emitidas le pide que le endose su recibo por honorarios, transfiriéndole con ello su remuneración. Entonces dada la reciente creación de la factura negociable, con el cual el recibo por honorarios adquiere calidad de título valor. ¿A quién deberá pagar la entidad administrativa, al trabajador que ha transferido su recibo por honorarios, o al tercero quien ha suscrito un título valor?

Esta modalidad planteada podría originar una novación subjetiva de la obligación, toda vez que ante ese supuesto existirían dos acreedores y un deudor, una obligación laboral y la otra comercial, una que se extingue cuando se paga la remuneración, con lo cual corresponde analizar este conflicto laboral – comercial siendo necesario el análisis de esta colisión entre ramas del derecho que conllevaría a distintas consecuencias que serían las siguientes:

- Privándose al trabajador a que endose su recibo por honorarios, con lo cual se estaría limitando la circulación de la factura negociable.
- La eliminación del recibo por honorarios, como soporte materializado, para la emisión del título valor denominado factura negociable, con lo cual el título

valor perdería su función de ser y devendría en innecesario teniendo en cuenta de que existe la factura conformada en nuestro medio.

3.3. Restricción a la circulación de la factura negociable cuando es emitida por recibos honorarios

Que sucedería si un trabajador contratado bajo el régimen del contrato administrativo de servicios que desee acceder a un financiamiento de forma inmediata, transfiere su recibo por honorarios, el mismo que contiene intrínsecamente su remuneración mensual que deberá ser pagada en una fecha cierta que se encuentra señalada en el documento.

Qué relevancia tendría en nuestro ordenamiento nacional dicho acto de transferencia, acaso sería nula de pleno derecho, con lo cual el título valor perdería su eficacia cambiaria, o dicha transferencia sería válida.

3.3.1. La vocación circulatoria del título valor denominado factura negociable

En esta oportunidad no corresponde hacer un análisis de la naturaleza jurídica de la factura negociable ya que el mismo fue realizado en su oportunidad. Por tal motivo, únicamente se hará mención a la vocación circulatoria del título valor.

En principio, Gualtieri y Wizinky hacen una definición de lo que significa la vocación circulatoria de un título valor y de manera general señalan lo siguiente:

“En nuestra opinión, título circulatorio es el documento creado para circular, necesario para ejercer el derecho literal y autónomo expresado en el mismo (...). Cuando un título no tiene la posibilidad de circular con las características propias del derecho cartular, no operan los particulares efectos inherentes a la autonomía y falta la figura del tercero ajeno a la convención ejecutiva, verdadero destinatario de toda construcción cartular”

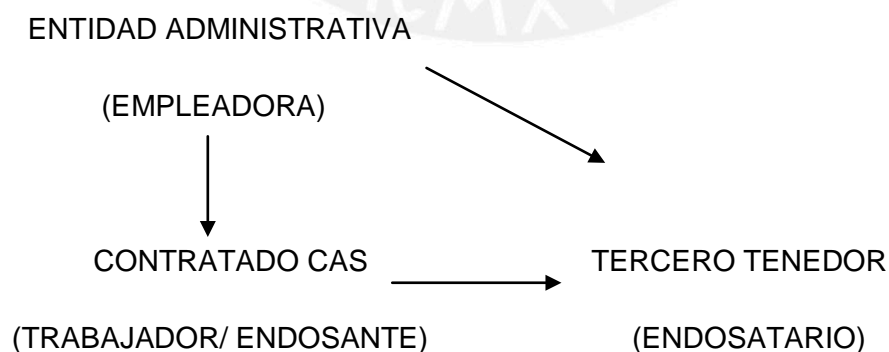
“Cada uno de los sucesivos tenedores del título debe estar en condiciones de poder ejercer el derecho que emerge del mismo, lo que no puede hacer sin encontrarse formalmente investido de ese derecho y legitimado. A este fin es indispensable que en cada pasaje de la circulación se produzca la transferencia formal de la legitimación por parte de cada uno de los poseedores a su poseedor inmediatamente posterior, con arreglo a la ley de circulación del título de que se trate.”⁸⁶

⁸⁶ WINIZKY, Ignacio, GUALTIERI, Giuseppe. Títulos Circulatorios. Sexta Edición. Editorial Abeledo Perrot Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009. Pp.22, 23 y 123.

En mi opinión, todo título valor debe cumplir con una función dependiendo de la utilidad del mismo, la misma que puede ser mediata e inmediata; mediata en el sentido de que la función del título valor es la rápida circulación de la riqueza; mientras que inmediata por la utilidad del título valor para tal fin, tal y como el warrant o certificado de depósito es el título valor que representa mercaderías depositadas en un almacén general de depósito, el título valor denominado factura negociable fue creado con el fin de difundir el financiamiento, formalizando el acceso al crédito de acreedores comerciales proveedores de bienes y también de servicios dado los bajos niveles de bancarización y de crédito comercial en nuestro país en beneficio de cualquier ciudadano.

Entonces, tenemos que el título valor denominado factura negociable es un título valor creado para masificar el acceso al financiamiento de personas que no podían acceder al mismo por las barreras existentes en el mercado financiero, por lo cual el legislador ha previsto sancionar con nulidad cualquier limitación a la transferencia de dicho título valor, con lo que se protege sobre manera la circulación del mismo, quedando claro que el mismo cuenta con una vocación circulatoria elevada que permite que el título circule libremente.

Habiendo quedado establecida la vocación circulatoria del título valor, la misma que queda corroborada conforme al objeto de la Ley N° 29623, corresponde analizar cómo se perfecciona dicha circulación, ya que como hemos señalado, el supuesto planteado se daría en una situación donde no intervienen dos partes, sino tres que puede quedar graficada de la siguiente manera:



En cuanto a la primera relación, la misma ha quedado zanjada habiéndose señalado el vínculo laboral existente entre empleador y trabajador; sin embargo, en cuanto al

negocio jurídico entre el endosante y el endosatario, corresponde analizar cómo deben actuar los sujetos intervinientes a efectos de perfeccionar la circulación cambiaria, partiendo de la premisa señalada en la Ley N° 29623, la misma que al ser un mandato imperativo es de obligatorio cumplimiento y establece la prohibición de limitación de dicho título valor, con lo cual una vez manifestadas las voluntades del endosante y endosatario, el título valor adquiere efectos jurídicos, por ende, es exigible de la forma prevista en la ley.

En ese sentido, la relación entre el trabajador y el tercero se produce en virtud a un contrato que puede ser civil y/o comercial (la relación causal que da origen a la emisión de la factura negociable). En ese supuesto, el artículo 1279 del Código Civil señala que la emisión de títulos valores no produce novación y estamos de acuerdo con ello, sin embargo, la problemática planteada gira entorno a la relación entre trabajador y empleador (obligación laboral) respecto a la del trabajador endosante frente al tercero (relación cambiaria), toda vez que el título valor que se transmite contiene el monto remunerativo del trabajador, con lo cual, lo que se está disponiendo es la remuneración del trabajador cuyo cumplimiento es quincenal o mensual, originándose una novación de obligación en virtud al acto de disposición del trabajador.

Por consiguiente, en lo que respecta a la obligación laboral y la cambiaria existiría una novación subjetiva de obligación toda vez que con la suma de dinero proveniente de la obligación laboral se cumplirá la obligación cambiaria, con lo cual pasamos de un acreedor laboral a uno cambiario en virtud a la emisión del título que contiene el acto de disposición de la remuneración, Por lo tanto, la pregunta a plantearse es si el Estado, el deudor, debe pagar la remuneración al trabajador o pagar al tenedor del título que se le ponga a cobro con lo cual ya no tendría por qué pagar al trabajador, es ahí donde una vez pagado el título valor podría consolidarse ambas obligaciones, la del pago de su remuneración así como la del pago del título valor.

A continuación corresponde analizar la forma de cobro de dicho título valor, ya que la misma contiene un tratamiento diferenciado cuando se trata de un relación pública – privada en la cual no existe una prestación directa de servicios sino una relación tripartita cada una con distintos matices y distintos beneficios, con lo cual es apropiado analizar el resultado final de la circulación del título valor.

3.3.2. Pago del título valor factura negociable contenido en recibo por honorarios en las entidades públicas

La Segunda Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N° 047-2011-EF mediante la cual se aprueba el Reglamento de la Ley N° 29623, Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial, señala que el Ministerio de Economía y Finanzas establecerá las disposiciones necesarias a fin de regular el procedimiento de pago y la conformidad de la venta de bienes o prestación de servicios en las contrataciones de las entidades del sector público.

Por tal motivo, a través de la Resolución Directoral N° 002-2011-EF-52-03, se estableció el procedimiento de pagaduría aplicable a los tenedores de facturas negociables, sin embargo la misma directiva hace mención al concepto de unidad ejecutora, entendida como el nivel descentralizado u operativo en las entidades públicas, que cuenta con un nivel de desconcentración administrativa que tiene las siguientes funciones: a) determina y recauda ingresos; b) contrae compromisos, devenga gastos y ordena pagos con arreglo a la legislación aplicable; c) registra la información generada por las acciones y operaciones realizadas; d) informa sobre el avance y/o cumplimiento de metas; e) recibe y ejecuta desembolsos de operaciones de endeudamiento; y/o f) se encarga de emitir y/o colocar obligaciones de deuda, por lo que nos encontramos ante un concepto presupuestal dado que las entidades del Estado se rigen por leyes presupuestales que rigen para todo el año fiscal.

Ahora bien, en cuanto al cobro de la factura negociable, la citada Directiva señala que se efectúa mediante el giro de cheques a nombre del último tenedor del título valor, con lo cual el legislador ha previsto que cuando se trate del pago de factura negociable por parte de cualquier entidad Estatal, la factura negociable, en cuanto al cobro, será intercambiada por un cheque que de conformidad con Hundskopf se entiende de la siguiente manera:

“El cheque es el instrumento bancario por excelencia, pues su utilización permite a los clientes de los bancos pagar en forma segura las deudas que tengan con otras personas. El esquema es muy sencillo: una persona que emite el cheque, contando para ellos con depósitos disponibles en una empresa del sistema financiero; un banco autorizado que, descontando de la cuenta del emisor, paga la suma de dinero señalada en el título valor; y, otra persona, a quien se le entrega el cheque, que tiene la facultad de cobrar dicho importe. Esto es, el girador o emitente, en vez de pagar con dinero a su acreedor, le entrega un cheque, el mismo que constituye una orden de pago a

cargo del banco, el cual ha contraído de antemano la obligación de pagar los cheques que emita su cliente.”⁸⁷

Lo interesante de este asunto es que con esto existen varias relaciones que a continuación señalo:

a) La primera es **una relación laboral** entre la entidad estatal y el trabajador contratado bajo el régimen de contrato administrativo de servicios.

b) La segunda es una relación a la par de la primera; sin embargo, esta es una **relación cambiaria** entre el trabajador y un tercero a cambio de dinero en efectivo, por el monto de lo señalado en el recibo por honorarios.

c) La tercera relación es mediante la cual la entidad del Estado, a efectos de cumplir con la obligación de pago utiliza el giro de cheques a favor del tenedor, con el fin cumplir con la obligación pendiente de pago.

d) El último tenedor, una vez que ha intercambiado su factura negociable por el cheque, deberá acudir a la institución bancaria a efectos de que proceda al pago del mismo con lo cual se habrá cumplido con dicha obligación.

Habiendo establecido los supuestos señalados, queda claro que la administración pública reemplaza la forma de pago pactada mediante la factura negociable, título valor causal, por un cheque, título valor abstracto, con lo cual existiría un cambio en cuanto al documento cambiario que representa la obligación. Sin embargo; dicho cambio no afecta el derecho inicial reconocido ya sea expresa o tácitamente en los documentos cambiarios, el mismo que nace al momento en que el trabajador endosa su recibo por honorario convirtiéndolo en un título valor, ya que producto de ello y por ficción legal del legislador a efectos de satisfacer el cumplimiento del mismo, la entidad pública gira un nuevo instrumento cambiario.

Habiendo quedado establecida la forma de pago del recibo por honorario en las entidades del Estado, corresponde analizar la posibilidad de insertar la cláusula de negociabilidad en la factura negociable.

⁸⁷ HUNDSKPOF EXEBIO. Oswaldo. “Guía rápida de preguntas y respuestas a la Ley de Títulos Valores”. Editorial Gaceta Jurídica. 2000. P. 165.

3.3.3. La cláusula de no negociable en el título valor factura negociable

En principio, Ulises Montoya Manfredi señala lo siguiente respecto a la cláusula de no negociabilidad:

“La Ley prevé en el artículo 43 la posibilidad de que el emitente o cualquier otro tenedor pueda insertar en el título a la orden la cláusula “no negociable”, “intransferibles”, “no a la orden” u otra equivalente. Esto significa que quien estampo la cláusula no contrae la obligación cartular que deriva del título valor, quedando limitados los efectos de la transmisión a los resultantes de la cesión de derechos en cuanto a dicha persona se refiere.”⁸⁸

Asimismo, Hundskopf señala lo siguiente al respecto:

“Si, es posible que el emisor o cualquier tenedor incluya en un título valor a la orden la cláusula “no negociable”, “intransferible”, “no a la orden”, u otra equivalente, la misma que conllevara que el título valor solo sea transferible en la forma y con los efectos de la cesión de derechos. Es decir, esta cláusula no tiene por finalidad evitar que se transfiera el título valor a la orden, sino otorgar a su transferencia los efectos de la cesión de derechos y no del endoso. Esto significa que quien coloque la cláusula se liberara de toda responsabilidad cambiaria frente a los sucesivos tenedores del título valor, no pudiendo exigírsele que vía acción de regreso pague el importe señalado en el documento cambiario.”⁸⁹

En cuanto a la factura negociable, la propia ley de creación en su artículo 11 establece que en todo lo no previsto en la misma y en tanto no resulten incompatibles con la naturaleza de la factura negociable, son aplicables las disposiciones establecidas en el Código Civil y la Ley N° 27287 – Ley de Títulos Valores, con lo cual la única prohibición sería la de restringir o limitar la transferencia de la factura negociable; sin embargo, considero que la factura negociable al ser un título valor a la orden, está afecto a las cláusulas especiales contenidas en la Ley y una de ellas es la cláusula de no negociable que no restringiría su vocación circulatoria.

De conformidad a lo señalado anteriormente, consideramos que al insertar dicha cláusula que permite la transmisión del título con los efectos de una cesión de derechos se desincentivaría la adquisición de esta por otras personas, lo cual no sería conveniente ya que ninguna otra persona adquiriría tal título valor con dichas

⁸⁸ MONTROYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores. Perú, Séptima Edición Actualizada abril 2005, Perú, p.199.

⁸⁹ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Guía rápida de preguntas y respuestas a la Ley de Títulos Valores”. Editorial Gaceta Jurídica. 2000. Pp 60.

condiciones. Empero, en la actualidad, es posible colocar dicha cláusula en el título valor, con lo cual se originaría un desincentivo para tal título valor.

3. 4. Colisión entre el Derecho Cambiario y el Derecho Laboral

Luego de haber analizado las implicancias del contrato administrativo de servicios que representa al Derecho Laboral, frente a la factura negociable como representante del derecho comercial, debemos concluir que ambos regímenes muestran cierto grado de incompatibilidad cuando se suscita la controversia planteada en esta investigación.

Tenemos que el Estado, en su rol proteccionista, resguarda y vigila el correcto cumplimiento de las normas laborales, que han sido elevadas a rango constitucional, nos encontramos ante una constitucionalización del Derecho laboral que se inició con la Constitución de 1979 en su máxima expresión y en menor medida la constitución de 1993. A decir de Toyama se entiende que:

“La constitución de 1993 sigue reconociendo al principio protector del Derecho Laboral, a través de los artículo 22 y 23, al establecer el derecho al trabajo – al igual que el deber – como una base para el bienestar social y la realización de la persona, así como la indicación del trabajo como objeto de atención prioritaria del Estado. (...) Además, se asegura que dentro de la relación laboral se respetan los derechos constitucionales – específicos e inespecíficos – y se reprime toda forma de trabajo forzoso sin la debida retribución”⁹⁰.

Por otro lado, encontramos la creciente demanda de intercambio de bienes y servicios, con ello la creciente demanda de acceso al crédito o financiamiento, que en un medio como el nuestro, es de difícil acceso para alguna parte de la población. Por tal motivo, se vio conveniente el dictado de normas, específicamente la Ley que promueve el financiamiento a través de la factura negociables mediante la Ley N° 29623, origina la apertura a ese mercado tan ajeno al común ciudadano que requiere financiamiento a corto plazo, y por medio de los Títulos Valores puede lograrse tal fin pues a decir de Da Giau Roose entendemos al título valor como un conjunto de instrumentos, típicos, formales, abstractos y cartulares que, reuniendo los requisitos exigidos por la ley, acreditan e incorporan derechos patrimoniales, agilizando el tráfico comercial y están destinados a la circulación.⁹¹

⁹⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derechos Laborales ante empleadores ideológicos. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009. pp.59.

⁹¹ DA GIAU ROOSE, Piero. Didáctica aplicada a la parte general de los títulos valores en la NLTV N° 27287. PERU LIBRO EDITORES. Primera Edición 2010. Pp.4.

Entonces, dado que ambas ramas cumplen un fin integrador en nuestra sociedad ya que todos los ciudadanos necesitamos trabajar para obtener dinero que nos permita satisfacer necesidades, es necesario dotar al derecho de una herramienta capaz de poder agilizar las transacciones comerciales, eliminando las posibles deficiencias que pueden surgir, con lo cual nos encontramos ante la utilidad de los títulos valores que vienen a cumplir dicho fin.

No obstante, la realidad nos señala que el contrato administrativo de servicios y la factura negociable, en principio no tendrían nada de común; sin embargo, puede darse el supuesto que genere la incompatibilidad materia de análisis, en cuanto al cobro de un derecho transferido de trabajador a tenedor legítimo, con lo cual nos encontramos ante una novación, y posterior consolidación de obligación y ello dificulta aún más la tarea.

En la novación subjetiva nos encontramos ante el cambio de acreedor y de acuerdo a lo señalado en el artículo 1280 del Código Civil, norma supletoria a la Ley que crea la factura negociable, se requiere el asentimiento del deudor; sin embargo, por la particularidad en cuanto a la autonomía del título valor, que sucedería si el Estado, deudor respecto al trabajador que endosa a un tercero su recibo por honorarios no otorga su asentimiento, en este supuesto estaríamos ante una disyuntiva ya que por la autonomía del propio título valor originaria un serio problema al Estado quien debería decidir que obligación cumplir: la cambiaria o la laboral circunstancia que puede generar conflictos, por lo cual lo más conveniente es que el Estado otorgue asentimiento, pague el título luego consolide la obligación laboral, es decir el pago de remuneración siempre que sea factible que el trabajador pueda disponer del íntegro de su remuneración.

En el eventual problema propuesto resulta necesario realizar un test de proporcionalidad al respecto siguiendo las pautas de Robert Alexy.

3.4.1. Criterio de ponderación entre la libre circulación del título valor y la intangibilidad de la remuneración contenida en el recibo por honorarios.

Es apropiado realizar el análisis mediante el test de ponderación entre ambos supuestos que recogen derechos de contenido constitucional. Por un lado tenemos la libre circulación del título valor que emana de la libertad de contratación señalada en el numeral 14) del artículo 2 y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú ya que al momento de que se transfiere el título valor de tenedor en tenedor, dichos sujetos están acordando entre sí la transferencia del título cambiario; mientras que por otro

lado tenemos el derecho a la intangibilidad de la remuneración que se materializa en el objeto de la remuneración y el carácter irrenunciable e indisponible de la misma contenido en los artículos 24 y 26 de la Constitución Política del Perú.

Al respecto Prieto Sanchiz señala lo siguiente:

“La cuestión es que los destinatarios de las normas jurídicas incompatibles no pueden cumplir a la vez las respectivas prescripciones de aquellas pues fácticamente les resultaría imposible. Así, si se cumple la obligación impuesta por una norma, se estaría vulnerando la prohibición señalada en la norma contrapuesta; i o, si se ejerce un derecho establecido en otra norma, se incurriría en un ilícito tipificado por la norma que le es antinómica”⁹²

Respecto a la ponderación, Robert Alexy señalaba que la ley de ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. El primero es definir el grado de la no satisfacción de uno de los principios, el segundo la satisfacción del principio en contrario mientras que el tercero debe definirse la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción del otro.⁹³

El test de proporcionalidad trae consigo ciertos requisitos que son los siguientes: a) fin legítimo, b) Idoneidad o adecuación, c) necesidad y d) proporcionalidad en estricto sensu. En este último supuesto debe identificarse lo siguientes:

- La identidad de la intervención definiendo el grado de insatisfacción o afectación de uno de los principios.
- La importancia de las razones para la intervención, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- La justificación de la intervención.

Finalmente del supuesto señalado tenemos que hay un trabajador que pretende transferir su recibo por honorarios – título valor- a un tercero, en este supuesto nos encontraríamos entre la libertad de contratación que tiene el sujeto en mención y la irrenunciabilidad de derechos laborales dado que con estaría transfiriendo su remuneración por medio de un acto de disposición del trabajador. En este supuesto la intangibilidad de la remuneración se vulneraría gravemente debido a que la remuneración está dada como un requisito de obligatorio cumplimiento en las

⁹² PRIETO SANCHIZ, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Primera Edición. Editorial Trotta, Madrid, 2003, p.175.

⁹³ ALEXY, Robert. La fórmula del peso. En el Principio de Proporcionalidad y la interpretación Constitucional. Quito Ecuador. Primera Edición Diciembre 2008. P. 16.

relaciones laborales, frente a la renuncia a la libre contratación que está revestido de una gravedad leve, por tal motivo en este supuesto se privilegia el derecho a la remuneración del trabajador; y por ende, cualquier transferencia de dicha remuneración, es decir su disposición, debe entenderse nula de pleno derecho.

3.4.2. ¿A quién debe pagar la administración pública, al trabajador contratado bajo el régimen CAS que ha endosado su recibo por honorario, o al tercero legitimado que presenta a cobro dicho título valor conforme lo señalado en la legislación cambiaria analizada?

Habiendo quedado claro lo señalado en el párrafo precedente. En cuanto al punto de colisión existente, tenemos que hacer mención al término pago que en palabras de Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre se entiende de la siguiente manera:

“El pago puede definirse como el medio ideal de extinción de las obligaciones. El pago implica la ejecución de la obligación en las condiciones convenidas en su origen, es decir el cumplimiento dentro de los términos previstos. Pagar es actuar conforme a lo debido. Pagar es llegar al destino natural de toda obligación. Significa la ejecución voluntaria de la misma, en estricto orden a lo convenido o previsto por la ley.”⁹⁴

Como vemos de la definición, el término pago no hace distinción entre si es una obligación civil, cambiaria o laboral. Por tal motivo, al no hacerse distinción alguno corresponde analizar la naturaleza jurídica del pago en el Derecho cambiario y en el Derecho laboral.

En el primer punto, la legislación cambiaria contiene reglas estrictas en lo que respecta al pago del título valor las mismas que se encuentran contempladas en la Ley N° 27287 – Ley de Títulos Valores. Al respecto Montoya Manfredi señala:

“El pago de un título valor, como de toda obligación, es susceptible de dos acepciones: una amplia, en el sentido del cumplimiento directo de la obligación mediante la entrega de la suma de dinero que ella indica; y otra en el sentido de la extinción de la obligación por medios diferentes de del dinero, como la compensación, confusión, prescripción, etc.”⁹⁵

De lo antes señalado podríamos concluir señalando que el pago con títulos valores, al tener una doble acepción, sirve para acreditar el cumplimiento de una obligación, y al

⁹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derechos de las Obligaciones. Palestra Editores. 2008. Pp444.

⁹⁵ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores. Perú, Séptima Edición Actualizada abril 2005, Perú, p.279.

valerse de un instrumento especial para el mismo, se entenderá honrada la obligación al momento en que el tenedor del título valor reciba el íntegro del mismo, con lo cual dicha obligación quedará extinta.

En cuanto al tema concreto de la factura negociable, al momento de analizar la naturaleza jurídica de la misma se llegó a la conclusión de que es un título valor causal, es decir que se origina en virtud a un acto jurídico previo. Por tal motivo, a mi criterio adquiere relevancia jurídica desde el momento en que se celebra el acto jurídico; sin embargo, esta obligación es dotada de fuerza cambiaria recién al momento de la creación y posterior emisión del título, con lo cual estaríamos hablando de una obligación pura o simple conforme a las reglas del código civil, revestida de una protección especial que es establecida por su condición de título valor en cuanto a las potestades para ejecutar dicho título en caso de incumplimiento porque aparece consigo merito ejecutivo siempre y cuando concurren los requisitos previstos.

Por otro lado, en cuanto al pago de la remuneración del trabajador la propia Constitución en su artículo 24 establece que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador. En ese sentido, Toyama señala lo siguiente:

“Sobre este tema, quienes defienden el sistema económico del Derecho, sostienen que el privilegio laboral no puede imponerse sobre garantías reales que son públicas y denotan un comportamiento diligente del acreedor, máxime si las deudas laborales suelen ser ocultas y generarse al cese de la relación laboral. Nosotros al respecto consideramos que el crédito laboral debe ser protegido pues estamos ante acreedores más débiles, con un poder de información reducido y los créditos tienen carácter alimentario y esencial para el trabajador. En tanto no exista un sistema que tutele al personal (...), no resulta posible que el crédito laboral ceda ante uno civil.”⁹⁶

Comparto plenamente la opinión de Toyama en el aspecto que al ser la relación laboral una de corte asimétrico, en la que el empleador tiene ventaja a comparación del trabajador, corresponde al Estado la emisión de pautas para la protección del trabajador y de su remuneración que sirve de sustento para su familia. Por tal motivo, se pondera que la entidad administrativa cumpla con el pago de la remuneración de la forma pactada en el contrato laboral, ya que de otro modo, la entidad administrativa estaría prefiriendo cumplir con una obligación cambiaria, pago del título valor, y con

⁹⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “La Constitución Comentada” Tomo I. Gaceta Jurídica, Primera Edición Diciembre 2005. Pp. 535-536.

ello el empleador ya no tendría la obligación de pagar la remuneración, con lo cual se generaría una vulneración al principio de irrenunciabilidad de derechos, entendiéndose tal disposición como nula, en el sentido que el trabajador estuviese disponiendo de su remuneración, por ende la administración estaría en la obligación de cumplir con el pago de la remuneración a favor del trabajador que endoso su recibo por honorario, debiendo la administración evitar pagar dos veces: pagar al acreedor cambiario (el tercero tenedor del recibo por honorarios como título valor), y pagar al acreedor laboral (trabajador), lo cual conllevaría en dicho supuesto a la figura de pago indebido originando responsabilidad administrativa a quien realice dicho acto, o en todo caso la aceptación de la disposición de un derecho laboral como lo es la remuneración toda vez que el trabajador ha decidido no cobrar su remuneración y destinar la misma al cumplimiento de una obligación de corte comercial.

Lo anteriormente señalado queda sustentado de conformidad a lo previsto en el artículo 51 de la Constitución Política del Perú que muy claramente señala que la Constitución prevalece sobre toda norma legal. Por tal motivo, el hecho que la remuneración tenga prioridad sobre el pago de cualquier otra obligación del empleador y que dicho reconocimiento haya sido elevado a rango constitucional es fundamento suficiente para responder a la pregunta planteada señalando que la administración deberá cumplir con el pago de la obligación laboral.

La Ley de la factura negociable solo establece que el adquirente de los bienes o servicios, en este caso la administración pública, tendrá un plazo de (08) días hábiles para impugnar únicamente lo siguiente:

- Cualquier información consignada en el comprobante de pago
- Efectuar cualquier reclamo de los bienes adquiridos o servicios prestados.

Sin embargo, únicamente la entidad administrativa puede impugnar la factura negociable a transferir en lo que respecta a dichos supuestos más no puede negarse al pago a razón del principio de autonomía cambiaria, el obligado principal debe cumplir con el pago del título valor.

En lo relativo a la autonomía de la relación cartular Da Giau señala:

“Por el principio de autonomía debemos entender que la posición que posee un sujeto cartular es diferente a las de los otros sujetos que participan en la relación cambiaria. Esto significa, que la posición de cada uno de ellos y los

derechos que se derivan y emanan, son independientes entre sí, uno de otro”.⁹⁷

Asimismo los profesores Ricardo Beaumont y Rolando Castellares en forma sucinta señalan que la autonomía es la independencia de la causa de transmisión como la abstracción es la diferencia de la causa de creación, lo cual queda plasmado en la siguiente resolución judicial acaecida en el expediente N° 1131-2005 en la cual queda definido el principio de autonomía de la siguiente manera:

“Por el principio de autonomía se entiende que cada persona que interviene en el título valor resulta vinculada por una relación que se independiza de las demás, es decir, que el derecho cartular queda fijado en cada uno de los sucesivos propietarios en forma originaria, en virtud de una relación real y objetiva, y no como consecuencia de un contrato o un negocio.”⁹⁸

Concluimos entonces señalando que la obligación laboral es distinta a la obligación cambiaria; sin embargo, nuestro ordenamiento constitucional da prioridad al pago de la obligación laboral pero la norma cambiaria resalta que la relación cambiaria es autónoma, por consiguiente también tiene que ser atendida, con lo que la única forma de que el empleador escape a ello sería prohibiendo que los trabajadores contratados bajo el régimen de contrato administrativo de servicios puedan transferir su recibo por honorarios o que el Estado pague el título y posteriormente se consolide la obligación en vista que el trabajador tendría la calidad de acreedor y deudor. En cuanto al análisis de la pregunta efectuada al inicio, habiendo quedado determinado que el pago de la acreencia laboral debe atenderse primordialmente, existe una solución al respecto y que se señala a continuación.

3.4.2. Incompatibilidad existente entre el Decreto Legislativo N° 1057, reglamento y disposiciones modificatorias y la Ley N° 29623 y su necesaria e inmediata modificación legislativa.

De conformidad a lo trabajado, hemos arribado a la conclusión de que en el supuesto planteado en el que el trabajador contratado bajo el régimen CAS a efecto de acceder a financiamiento, transfiera su recibo por honorario, lo que se produciría sería una novación subjetiva de la obligación y en buenas cuentas la administración pasaría a tener que cumplir una obligación laboral a una netamente cambiaria, con lo cual debe primar la primera sobre la segunda según lo analizado. La disposición del íntegro de la

⁹⁷ DA GIAU ROOSE, Piero. Didáctica aplicada a la parte general de los títulos valores en la NLTV N° 27287. PERU LIBRO EDITORES. Primera Edición 2010. Pp.29.

⁹⁸ expediente N° 1131-2005

remuneración atendería directamente a la razón de ser de la remuneración, la misma que goza de protección constitucional, vulnerándose así el principio de irrenunciabilidad de derechos que a decir de Toyama es entendido de la siguiente manera:

“El segundo elemento que podemos analizar se contrae en el reconocimiento de una norma imperativa. Bastará la existencia del derecho para que el acto de disposición del trabajador pueda calificar como irrenunciable, sin que se requiera que el trabajador cuente con los requisitos previstos en la normativa para el goce efectivo del referido derecho (...).⁹⁹

A continuación cito a Toyama, quien en su libro *Derechos Laborales ante empleadores ideológicos* hace una interesante referencia a un extracto del artículo publicado por el Dr. Ricardo Marcenaro señalando lo siguiente:

“La remuneración no solamente es un elemento esencial del contrato de trabajo, sino que constituye un derecho fundamental. Ciertamente el artículo 24 de la Constitución contiene una fórmula de contenido general y de preceptividad o eficacia diferida o programática al señalar que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia bienestar material y espiritual. Sin embargo, de otro lado, representa un interés del Estado en su tratamiento, fija un determinado marco de desarrollo legal y de interpretación judicial, y finalmente, se indica – en el propio artículo que su cobro tiene prioridad sobre otros adeudos del empleador reconociendo una remuneración mínima vital.”¹⁰⁰

Asimismo es importante hacer mención a lo citado por Gómez, quien citando al profesor Lyon Caen hace referencia a la característica del salario con carácter alimenticio de conformidad a lo siguiente:

“El carácter alimenticio del salario ocupa un rol importante para la población en general, la estructura económica de un país, y se sustenta en el hecho de que el trabajador, por las horas de trabajo que significa su jornada laboral, exclusividad en su desempeño, actividades personalísimas, etc., no le es permitido, dentro de una concepción razonable, desarrollar otras actividades

⁹⁹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. En la Constitución Comentada Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Segunda Edición. P.751.

¹⁰⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derechos Laborales ante empleadores ideológicos*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009. pp.64.

ajenas o propias que le posibiliten satisfacer las necesidades materiales y espirituales de su subsistencia.”¹⁰¹

Por tal motivo, la remuneración más que una suma de dinero, es la vía de protección legal que el Estado impone al empleador a efecto de que el mismo cumpla con retribuir el esfuerzo realizado por el trabajador, no solamente como fin económico, sino como fin alimentario y de subsistencia.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de disponer de la remuneración, el Tribunal Constitucional ha evolucionado en dicho aspecto, en lo que respecta a la posibilidad de suscribir acuerdos que afecten el íntegro de la remuneración a favor de terceras personas. En un primer momento, el tribunal Constitucional señaló en el expediente N° 2906-2002-AA/TC que la Constitución protege al trabajador aún respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y los beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia y sobre todo, por amenaza, coacción o violencia, se perjudique.

Por tal motivo, el Tribunal señalaba que dichos acuerdos de rebaja de remuneraciones, por ejemplo, así contengan el consentimiento del trabajador, trasgredían la Constitución dado que afectan la dignidad del trabajador trasgrediendo la irrenunciabilidad de derechos. Sin embargo, posteriormente, el propio Tribunal Constitucional varió dicha postura en el expediente N° 009-2004-AA/TC señalando que los acuerdos de reducción de remuneraciones se reputaran válidos mientras no se afecte normas laborales de contenido mínimo y de carácter imperativo que no trasgredan la Constitución.

Por tal motivo, Toyama concluye en lo siguiente:

“Entonces, para el TC los acuerdos de reducción de remuneraciones son válidos en la medida en que i) no exista un acto de amenaza, violencia o coacción que hubiera viciado la voluntad del trabajador, y ii) el monto de la remuneración luego de la reducción no sea inferior del mínimo legal vigente.”¹⁰²

Asimismo, una vez analizados los elementos señalados precedentemente que han sido recogidos del Derecho laboral, debemos señalar que en el sector público existe la posibilidad de afectar la planilla de los servidores públicos lo cual se encuentra recogido en la Tercera Disposición Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley N°

¹⁰¹ GOMEZ VALDEZ, Francisco “Derecho del Trabajo – Relaciones Individuales de Trabajo. Editorial San Marcos. 2005. Pp.509.

¹⁰² TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derechos Laborales ante empleadores ideológicos. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009. pp.71.

28411 – Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado mediante Decreto Supremo N° 304-2012-EF, norma vigente en la actualidad, en lo que respecta a la planilla única de pago puede ser afectada por: a) Descuentos de Ley, b) Mandato judicial y c) otros conceptos aceptados por el servidor y con visación del Director de la Oficina de Administración, esta última disposición estará vigente hasta la entrada en vigencia de los 03 reglamentos a que hace mención la Ley N° 30057. Asimismo en la citada disposición se establece la prohibición de adelantos con cargo a remuneraciones.

Lo anteriormente señalado, es aplicable a los trabajadores contratados bajo el régimen de contratación administrativo de servicios, por lo cual el trabajador, en principio, podría afectar su remuneración; sin embargo, dicha afectación queda sujeta a la regla de irrenunciabilidad de derechos previéndose que se respeten los derechos laborales mínimos que deben regir en toda relación laboral como lo es la remuneración, elemento esencial del contrato de trabajo.

En caso de acordarse la afectación a la integridad de la remuneración del trabajador, como probaría la entidad administrativa que ha cumplido con la obligación laboral, teniendo en cuenta que no se ha depositado o entregado la suma de dinero al trabajador sino a un tercero que presenta a cobro la factura negociable, por tanto resulta necesario la aplicación de la consolidación de la obligación a efectos de que dicha transferencia proceda válidamente.

Sin embargo, teniendo en cuenta lo señalado en el 3 de la Ley N° 29623 – Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial, los recibos por honorarios, por ser en esencia comprobantes de pago, contienen requisitos obligatorios siendo, uno de ellos el monto total de los honorarios, con lo cual no podemos hablar de una emisión de recibo por honorarios que no se ajuste a la cantidad real que debe percibir el trabajador, por ende, en caso el trabajador opte por transferir su recibo por honorarios como factura negociable, estará transfiriendo la totalidad de su remuneración toda vez que la remuneración en el contrato administrativo de servicios se paga íntegramente por el servicio prestado mensualmente, por ende, no se estaría respetando el tope del mínimo legal, con lo cual dicha transferencia realizada entre trabajador CAS y tercero tenedor es nula de pleno derecho, por más que exista el asentimiento del deudor, o la voluntad de consolidar ambas obligaciones, ya que no es posible disponer del íntegro de la remuneración por los motivos que se han desarrollado en el presente trabajo, por ende la realidad colisiona con lo señalado en el artículo N° 2 de la Ley N° 29623 – Ley que

crea la factura negociable, en el sentido que un trabajador CAS disponga de su remuneración por medio de una factura negociable, con lo que urge un cambio legislativo en dicha norma producto de los supuestos planteados que corroboran la hipótesis de la presente tesis, la circulación de la factura negociable es limitada en ciertos supuestos.

Con lo cual dicha obligación cambiaria no surtiría efectos jurídicos al haber sido esta emitida en contraposición al mandato constitucional, es decir la visible colisión entre una norma legal: la norma cambiaria, y la norma constitucional, con lo cual la factura negociable pierde utilidad práctica en dicho supuesto, existiendo una visible prohibición a la circulación de la misma que merece la atención del legislador y que deja en manifiesto la limitación a la libre circulación de la factura negociable ante tal peligrosa posibilidad.

Finalmente, de conformidad a lo anteriormente señalado y analizado, el segundo párrafo del artículo 2 de la Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial aprobado mediante Ley N° 29623 debe modificarse ya que como hemos visto existe un supuesto en el cual dicha transferencia debe restringirse, limitarse o prohibirse puesto que con ello más que un derecho comercial de carácter crediticio se está transmitiendo un derecho laboral de corte irrenunciable del cual no puede disponerse.

Como vemos, esta tesis tiene por objeto señalar el problema que se origina entre la factura negociable y el régimen especial laboral del contrato administrativo de servicios en lo que respecta a la disposición de la remuneración, ya que como hemos analizado ambos supuestos corren el riesgo de convertirse en incompatibles siempre y cuando se dé la figura planteada, con lo cual dicho título valor no podría circular libremente, desnaturalizando la razón de ser del título valor, la cual es la creación de oportunidades crediticias y el fácil acceso a la misma por esta vía, ya que de lo contrario la emisión de la factura negociable en el supuesto planteado sería insuficiente y atentaría contra el ordenamiento legal establecido originando la colisión entre irrenunciabilidad y libre disposición de la remuneración frente a la autonomía del título valor, debiendo prevalecer la primera en virtud a lo señalado en el artículo 51 de la Constitución Política del Perú.

CONCLUSIONES

Luego de haber desarrollado el tema propuesto, corresponde sacar conclusiones y al respecto señalo lo siguiente.

1. La Factura negociable, como título valor causado, puede materializarse a través de las facturas de venta y los recibos por honorarios, por lo que teniendo que el objeto de la normas es el acceso a financiamiento a través de dicho instrumento cambiario, el propietario de un recibo por honorario puede transferir el derecho patrimonial contenido en el mismo, con lo cual el recibo por honorario circularía como título valor.
2. El contrato administrativo de servicios ha sido considerado tanto jurisprudencialmente así como legislativamente como un régimen laboral propiamente dicho de contenido especial, con lo cual, conforme hemos visto, nada impediría que el trabajador que desee acceso a crédito, pueda endosar su título valor a un tercero, a efecto de obtener financiamiento en corto plazo.
3. De conformidad con lo antes señalado, el contrato administrativo de servicios es un régimen laboral especial pero de la actividad pública, en el contrato administrativo de servicios encontramos dos partes, una el empleador que en este supuesto sería la entidad pública, y el trabajador que tiene que ser una persona natural que presta un servicio a cambio de una remuneración, sin embargo con la figura planteada, el trabajador contratado transferiría su recibo por honorario, que contiene su remuneración a un tercero, con lo cual se estaría creando una relación obligacional cambiaria, produciéndose una novación subjetiva de la obligación, en la cual el Estado pasaría de tener una deuda laboral a tener una deuda comercial, pudiendo posteriormente consolidar la obligación laboral en el sentido de que sea posible dicho acto de disposición por parte del trabajador.
4. En cuanto a la novación subjetiva producida, la Constitución Política del Perú del año 1993 ha elevado a rango constitucional los derechos derivados de la relación laboral, señalando en el artículo 24 que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, con lo cual, en caso se suscite el supuesto planteado, el trabajador debe cumplir con el pago de la remuneración.
5. En cuanto a la disposición de la remuneración, la jurisprudencia nacional peruana ha señalado que puede disponerse de la remuneración siempre y cuando se

respeten los mínimos legales establecidos respecto a la remuneración, sin embargo, en el supuesto planteado no es posible respetar dicho precepto dado que al habersele dotado al recibo por honorarios de contenido cambiario con lo que sumado a que el recibo por honorario como comprobante de pago contiene requisitos mínimos como el de consignar el monto de la remuneración, con lo cual al trasladar el mismo se estaría trasladando con ello todo el íntegro de la remuneración teniendo en consideración la naturaleza jurídica de la remuneración, lo cual colisiona directamente con el precepto constitucional señalado, debiendo el empleador preferir el pago de la remuneración del trabajador contratado bajo el contrato administrativo de servicios y desconociendo la obligación cambiaría por reputarse dicha disposición nula de pleno derecho al haberse dispuesto de un derecho irrenunciable.

6. Conforme a lo señalado en la legislación de la factura negociable – Ley N° 29623, consideramos que la misma debe modificarse en el sentido que únicamente se materialice a través de la factura comercial ya que de otro modo, de producirse el supuesto planteado, dicha factura negociable no podría circular libremente, con lo cual perdería su condición de título valor, originando la colisión entre irrenunciabilidad y libre disposición de la remuneración frente a la autonomía del título valor, debiendo prevalecer la primera en virtud a lo señalado en el artículo 51 de la Constitución Política del Perú.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Mario E y Tosca, Diego
2000 Tratado de derecho de trabajo. Tomo I. Teoría General del Derecho de Trabajo.
- AREVALO VELA, Javier
2007 Derecho Procesal del Trabajo. Segunda Edición. Lima. Editorial Grijley.
- ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max
2006 Exegesis al Código Civil Peruano de 1984. Tomo I. Contratos Parte General. Editorial Gaceta Jurídica.
- ASCARELLI, Tulio
1947 Teoría General de los Títulos de Crédito. Primera Edición. Buenos Aires. DePalma.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge
1985 Derechos Reales Material de Enseñanza para el Estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho.
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando
2000 Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- BENELBAZ, Héctor Angel.
1965 Factura conformada. Su incorporación al Derecho Cambiario Primera Edición. Buenos Aires: De Palma.

DA GIAU ROOSE, Piero

2010 Didáctica aplicada a la Parte General de los Títulos Valores en la NLTV N° 27287. Primera Edición. Perú Libro Editores.

ECHAIZ MORENO, Daniel

2010 La Factura Negociable, a propósito de su reciente creación. Actualidad Jurídica, 2010, Tomo 205.

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique

1970 El Principio de la irrenunciabilidad de derechos laborales. Revista de política social. Madrid. Instituto de Estudios Políticos.

FERRO DELGADO, Víctor

2004 El principio de irrenunciabilidad en la interpretación Constitucional, en los principios del Derecho de Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Lima: Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y Seguridad Social.

GACETA JURIDICA

2005 La Constitución Comentada – Análisis artículo por artículo de la Constitución Política del Perú 1993.

GARCIA BELAUNDE, Domingo

2009 Diccionario de Jurisprudencia Constitucional. Primera Edición. Editorial Grijley

GARCIA MANRIQUE, Álvaro

2010 Como se está aplicando los principios laborales en el Perú – Un enfoque teórico jurisprudencial. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica.

GARRIGUEZ, Joaquín

1979 Curso de Derecho Mercantil. Segunda Reimpresión. México: Editorial Porrúa .S.A

GOMEZ GOMEZ, Alberto

1977 La Factura Cambiaria en Colombia. Tesis de grado para optar el título de Doctor. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconomicas.

GOMEZ VALDEZ, Francisco

2005 Derecho del trabajo – Relaciones colectivas de trabajo. Editorial San Marcos.

2005 Derecho del Trabajo – Relaciones individuales de trabajo. Editorial San Marcos

GUALTEIRI, Giuseppe y WINIZKY, Ignacio

1984 Títulos Circulatorias. Sexta Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires

HERMIDA FERNANDEZ, Ángela María

1991 De la circulación de los títulos valores. Tesis de grado para optar el título de abogado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo

2005 Guía rápida de preguntas y respuestas de la Nueva Ley de Títulos Valores. Editorial Gaceta Jurídica.

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO MERCANTIL

2003 Tratado de Derecho Mercantil. Primera Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

JARAMILLO AGUDELO, Darío

1976 Introducción al Derecho Cambiario. Tesis de Grado para optar el título de Doctor. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.

MESEGUER GUICH, Diego

2005 Manual de Título Valores. Primera Edición. Lima: Estudio Caballero Bustamante.

MONTOYA MANFREDI, Ulises, MONTOYA ALBERTI, Hernando y Ulises

2005 Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores. Séptima Edición. Lima Editorial Grijley

2004 Derecho Comercial Tomo II. Editorial Grijley

NEVES MUJICA, Javier

2004 El principio de la norma más favorable, en los Principios del Derecho de Trabajo en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Lima: Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y Seguridad Social

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario

2008 Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores, Lima 2008

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel

2008 Derecho de Trabajo. Editorial Universitaria Ramón Areces. Décima Séptima Edición.

- PAPAÑO, Ricardo J, Kiper, Claudio M, Dillo, Gregorio A y Causse, Jorge R
2012 Derechos Reales Tomo 1. 2da Edición Actualizada y Ampliada
- PAVONE LA ROSA, Antonio
1982 La Letra de Cambio. Traducción de Osvaldo J. Maffia. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- PLA RODRIGUEZ, Américo
1978 Los principios del derecho de trabajo. Ediciones DePalma. Buenos Aires.
- PEÑA LOZA, Lizandro
1989 Curso de Títulos Valores. Editorial Temis
- PRIETEO SANCHEZ, Luis
2003 Jurídica Constitucional y Derechos Fundamentales. Primera Edición.
- R. ALAYA, Celestino
1989 Títulos Circulatorios. Editorial Astrea Buenos Aires
- ROMERO MONTES, Francisco
2004 El principio de veracidad o primacía de la realidad. En los principios del derecho de trabajo en el derecho peruano, libro homenaje al profesor Américo Pla Rodriguez, Lima Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y Seguridad Social.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge
2005 Principios de la Relación Laboral. Gaceta Jurídica. Lima, 2005 N° 121.
- 2009 Derechos Laborales ante empleadores ideológicos. Derechos Fundamentales e Ideario empresarial. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- 2011 Guía Laboral Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2011.
- VALDIVIEZO LOPEZ, Erika
- 2011 El Financiamiento a través de la Factura Negociable o el nuevo intento del legislador de superar el fracaso de la factura conformada. Revista Jurídica del Perú. Lima 2011 N° 121.
- VIDAL RAMIREZ, Fernando
- 2013 El Acto Jurídico. Novena Edición. Editorial Gaceta Jurídica.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto
- 2004 Títulos Valores y Valores Negociables. Editorial La Ley Buenos Aires.

