

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA N° 4101 - 2011
LIMA**

Lima, doce de abril
del dos mil doce.-

VISTOS; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el Tribunal Unipersonal de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, eleva en consulta la resolución de fojas trescientos diecinueve, su fecha dieciséis de setiembre del dos mil once que confirmando la sentencia de fecha ocho de abril del dos mil once declara fundada en parte la demanda y ordena que la demandada FONDO HIPOTECARIO DE PROMOCIÓN DE LA VIVIENDA – FONDO MI VIVIENDA cumpla con abonar a favor del actor Juan Emiliano Flores del Castillo la suma de diez mil cuatrocientos veintidós con cincuenta y tres/cien nuevos soles (S/.10,422.53); por los conceptos puntualizados en la recurrida; por considerar que el artículo 15.2 de la Ley N° 28254 otorga vigencia retroactiva a la ley, lo que evidencia una seria colisión con lo preceptuado en los artículos 103 y 109 de la Constitución Política del Perú.

SEGUNDO: Que, en principio, la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público, que viene impuesta por la ley, que no es en esencia un recurso, sino un mecanismo procesal a través del cual se impone el deber al órgano jurisdiccional de elevar el expediente al Superior, y a éste efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

TERCERO: Que, en tal sentido tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en la interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control difuso deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema.

CONSULTA N° 4101 - 2011

LIMA

CUARTO: Que, antes de emitir pronunciamiento sobre la consulta, cabe tener en cuenta los siguientes antecedentes: 1. Que según se advierte del contrato de trabajo que corre a fojas treinta y siete, el accionante fue contratado como Jefe de Abastecimiento del Fondo Hipotecario de Promoción de la Vivienda – FONDO MIVIVIENDA, fijándose su remuneración en la suma de cinco mil quinientos con cero cero/cien nuevos soles (S/.5,500.00); 2. conforme se acredita con la carta de la Secretaria Ejecutiva del Fondo Mivivienda de fecha uno de abril del dos mil cuatro y addenda de contrato de la misma fecha (fojas dos y tres), se dispuso a favor del accionante un incremento de un mil con cero cero/cien nuevos soles (S/.1,000.00) en su remuneración, vigente a partir del uno de abril del indicado año; 3. Del mismo modo, con la Carta expedida por la Secretaria Ejecutiva del Fondo Mivivienda de fecha treinta y uno de mayo del dos mil cuatro y segunda adenda de contrato de trabajo, que obran a fojas cuatro y cinco, se verifica que se dispuso un segundo incremento de remuneraciones a favor del actor por otro un mil con cero cero/cien nuevos soles (S/.1,000.00), llegando aquella a la suma de siete mil quinientos con cero cero/cien nuevos soles (S/.7.500.00), incremento que regirá a partir del treinta y uno de mayo del dos mil cuatro, según se explicitó en los documentos antes mencionados; 4. Se aprecia de la boleta de pago de fojas seis correspondiente al mes de junio del dos mil cuatro, que el incremento dispuesto se le pagó al actor normalmente; no obstante, según se aprecia de las boletas de pago correspondientes a los meses de julio a diciembre del dos mil cuatro, el monto de la remuneración cancelada al actor fue de seis mil quinientos con cero cero/cien nuevos soles (S/.6,500.00), es decir sin considerar el aumento acordado; 5. La demandada al contestar la demanda señala que la razón de haber dejado de otorgar el incremento se encontraba en la promulgación de la Ley N° 28254, Ley de Crédito Suplementario para el año fiscal dos mil cuatro que dispuso en su artículo 15 lo siguiente: 15.1 *A partir de la vigencia de la presente Ley, queda prohibida a todas las entidades del gobierno nacional; gobierno regional, sus empresas y*

CONSULTA N° 4101 - 2011

LIMA

*organismos públicos descentralizados; y gobierno local, sus empresas y organismos públicos descentralizados, la aprobación, reajuste y/o incremento de remuneraciones, escalas remunerativas, bonificaciones, asignaciones y beneficios de toda índole, cualquiera que sea su forma, modalidad o fuente de financiamiento, con excepción de los incrementos dispuestos en la presente Ley, así como aquellos que se pudieran originar de la aplicación de la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria y la Décimo Quinta Disposición Final de la Ley N° 28128, y de la aprobación de escalas remunerativas para las entidades que carecen de las mismas. 15.2 La prohibición señalada en el párrafo precedente incluye el incremento de remuneraciones, que pudieren efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las respectivas escalas remunerativas; **así como, aquellos incrementos que dentro de dicho rango, no se hubieren hecho efectivos a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley;** en virtud de lo dispuesto en esta norma, la entidad demandada consideró que en tanto dicha norma había entrado en vigencia el quince de junio del dos mil cuatro, el incremento dispuesto mediante carta y addenda de contrato de fecha treinta y uno de mayo del dos mil cuatro, debía quedar sin efecto, e incluso el pago ya dispuesto de la remuneración del mes de junio del indicado año debía ser sujeto a devolución, por lo cual se aplicó dicha devolución en los meses de octubre y noviembre del dos mil cuatro, a razón de doscientos cincuenta con cero cero/cien nuevos soles (S/.250.00) en cada mes y en el mes de diciembre por una suma de quinientos treinta y tres con treinta y tres/cien nuevos soles (S/.533.33), conforme se advierte de las boletas de pago de fojas diez a doce. 6. la sentencia de primera instancia de fojas doscientos ochenta y cuatro declara fundada en parte la demanda, ordenando que la demandada FONDO HIPTECARIO DE PROMOCIÓN DE LA VIVIENDA – FONDO MIVIVIENDA cumpla con abonar a Juan Emiliano Flores del Castillo la cantidad de diez mil cuatrocientos veintidós con cincuenta y tres/cien nuevos soles (S/.10,422.53); 7. Mediante resolución de vista de fecha dieciséis de setiembre del dos mil once, obrante a folios trescientos*

CONSULTA N° 4101 - 2011

LIMA

diecinueve, que es materia de consulta, el Tribunal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la citada sentencia que declara fundada en parte la demanda al amparo de los artículos 103 y 109 de la Carta Magna.

QUINTO: Al respecto, corresponde analizar si el artículo 15.2 de la Ley N° 28254 colisiona con el principio de irretroactividad de la ley previsto en los artículos 103 y 109 de la Carta Constitucional, teniendo en cuenta que el incremento acordado el treinta y uno de mayo del dos mil cuatro era efectivo en el mes de junio de dicho año.

SEXTO: Antes de emitir pronunciamiento, se deben tomar en cuenta los siguientes dispositivos legales: la Ley N° 27209, Ley de Gestión Presupuestaria, de fecha tres de diciembre del año mil novecientos noventa y nueve que estableció en su artículo 52, respecto al tratamiento de las remuneraciones y bonificaciones del Sector Público que las escalas remunerativas y beneficios de toda índole, así como los reajustes de las remuneraciones y bonificaciones que fueron necesarios dentro de los alcances de la presente ley, se aprueban mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas, a propuesta del Titular del Sector. Es nula toda disposición contraria, bajo responsabilidad. En tal sentido, mediante Decreto Supremo N° 076-2002-EF, de fecha tres de mayo del dos mil dos se aprobó la política remunerativa del Fondo Hipotecario de Promoción de la Vivienda – Fondo Mivivienda, estipulándose en el artículo 3 que la modificación o ajuste de remuneraciones, de bonificaciones, gratificaciones y/o de otros beneficios que se deriven de la aplicación de la presente norma legal deberá realizarse dentro del Gasto Integrado de Personal – GIP – aprobado para el año fiscal dos mil dos, siempre que exista viabilidad financiera que permita su atención sin afectar el cumplimiento de los objetivos y metas programadas para el año fiscal dos mil dos. Mediante la Ley N° 28128 del diecinueve de diciembre del dos mil tres, Ley de Presupuesto del Sector Público año Fiscal dos mil cuatro, se establecieron diversas disposiciones de austeridad, señalándose en el artículo 14 reglas para mantener el

CONSULTA N° 4101 - 2011

LIMA

equilibrio fiscal, entre ellas se dispuso que los pliegos presupuestarios no podrán aprobar disposiciones que incrementen remuneraciones, así como aumentar cualquier tipo de asignaciones, emolumentos, primas, bonificaciones, comisiones, rentas vitalicias, dietas, racionamiento y/o movilidad (o conceptos de similar naturaleza al racionamiento y/o movilidad) y beneficios de toda índole, incluidos los provenientes del Comité de Administración de Asistencia y Estímulo de los Trabajadores (CAFAE), salvo los incrementos y/o reajustes que se aprueben mediante el procedimiento señalado en el artículo 52 de la Ley N° 27209 – Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, siempre y cuando cuenten con los recursos debidamente presupuestados y disponibles para el efecto. En ese orden, resulta claro, que a la fecha en que se otorgaron los incrementos de remuneraciones el uno de abril del dos mil cuatro y el treinta y uno de mayo del mismo año, no existía prohibición o limitación alguna para su otorgamiento. Que, la Ley N° 28254, Ley que autoriza crédito suplementario en el presupuesto del sector público para el año fiscal del dos mil cuatro y en el cual se dispuso la prohibición de aprobar, reajustes y/o incrementos de remuneraciones, escalas remunerativas, bonificaciones, asignaciones y beneficios de toda índole, recién entró en vigencia el quince de junio del dos mil cuatro; en tal sentido corresponde analizar, los alcances de la aplicación de dicha norma en el tiempo a fin de determinar si tal prohibición incluía los incrementos que se otorgaron a favor del actor

SÉPTIMO: De otro lado el artículo 15 de la Ley N° 28254 estableció.- Prohibición de reajuste de remuneraciones y demás beneficios 15.1 A partir de la vigencia de la presente Ley, queda prohibida a todas las entidades del gobierno nacional; gobierno regional, sus empresas y organismos públicos descentralizados; y gobierno local, sus empresas y organismos públicos descentralizados, la aprobación, reajuste y/o incremento de remuneraciones, escalas remunerativas, bonificaciones, asignaciones y beneficios de toda índole, cualquiera que sea su forma, modalidad o fuente de financiamiento, con excepción de los incrementos

CONSULTA N° 4101 - 2011
LIMA

dispuestos en la presente Ley, así como aquellos que se pudieran originar de la aplicación de la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria y la Décimo Quinta Disposición Final de la Ley N° 28128, y de la aprobación de escalas remunerativas para las entidades que carecen de las mismas. 15.2 La prohibición señalada en el párrafo precedente incluye el incremento de remuneraciones, que pudieren efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las respectivas escalas remunerativas; así como, aquellos incrementos que dentro de dicho rango, no se hubieren hecho efectivos a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley.

OCTAVO: Por su parte el artículo 103 de la Carta Magna, en su texto original, establecía: *"Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas. Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho"*. El artículo 109 de dicha Carta Fundamental estipulaba que: *"La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte"*. Asimismo el artículo III del Título Preliminar del Código Civil señala que: La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

NOVENO: La retroactividad de la ley solo es admisible, en nuestro país, en el caso de una norma favorable al reo, según lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución del Estado. En este sentido, las demás normas regulan los hechos producidos durante su vigencia, resultando ineficaces para regular hechos anteriores (...)”¹. "(...) Sobre el particular, este Tribunal debe precisar que nuestro ordenamiento adopta la teoría de

¹ STC N° 0071-2002-AA/TC del 03.11.2004

CONSULTA N° 4101 - 2011
LIMA

los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes”²

DÉCIMO: En ese sentido, conforme a las normas antes señaladas, en nuestro ordenamiento jurídico rige y ha regido la teoría de los hechos cumplidos, con relación a la vigencia de las normas en el tiempo y según la cual, una norma se deroga por otra, y desde la entrada en vigencia de la última, ésta se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Sin embargo, el texto del artículo 15.2 de la Ley N° 28254, supone en la práctica dar vigencia retroactiva a la mencionada ley, por cuando conforme hemos señalado en el considerando precedente, la teoría de los hechos cumplidos aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, establece que la ley rige desde su entrada en vigencia (al día siguiente de su publicación y no antes, artículo 109 de la Constitución), y por consiguiente se debe aplicar a las consecuencias de las relaciones y consecuencias jurídicas existentes; con lo cual, si al momento de disponerse el incremento de remuneraciones (treinta y uno de mayo del dos mil cuatro), según consta a fojas cuatro y cinco), no existía norma que prohibía el otorgamiento de tales incrementos, tal acuerdo o aprobación era legalmente válido, aun cuando su pago (efectivizado) se realice con posterioridad, debiendo precisarse que la prohibición establecida por Ley N° 28254 sólo regiría a partir del quince de junio del dos mil cuatro, tal como lo establece el artículo 15.1 de dicha norma, no pudiendo afectar los incrementos ya acordados antes de su vigencia.

UNDÉCIMO: Que, por tanto, el Colegiado de esta Sala de Derecho Constitucional y Social advierte que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas, de un lado las normas constitucionales (artículos 103 y 109 de la Constitución Política del Estado) que establecen que la ley no tiene efectos retroactivos y vigencia de la ley, y de otro la

² STC 0606-2004-AA/TC del 28.06.2004

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA N° 4101 - 2011

LIMA

norma legal (artículo 15.2 de la ley N° 28254) que prescribe que la prohibición alcanza a los incrementos ya acordados aun no efectivizados; sin que de su interpretación conjunta sea factible obtener una conforme a la Constitución; siendo así, toda vez que, la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la primera y aplicarse preferentemente la segunda; razón por la cual corresponde aprobar la resolución del seis de setiembre del dos mil diez en el extremo materia de consulta.

Por tales fundamentos: **APROBARON** la resolución de fojas trescientos diecinueve, su fecha dieciséis de setiembre del dos mil once, en el extremo que **INAPLICA** el artículo 15.2 de la Ley N° 28254 por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia; en los seguidos por don Juan Emiliano Flores del Castillo contra el Fondo Hipotecario de Promoción de la Vivienda (FONDO MIVIVIENDA), sobre Pago de beneficios sociales; y los devolvieron.- Juez Supremo Ponente: Torres Vega.-

S.S.

VASQUEZ CORTEZ

ACEVEDO MENA

VINATEA MEDINA

TORRES VEGA

CHAVES ZAPATER

Aepr/Cn.

CARMEN ROSA DIAZ ACEVEDO
SECRETARIA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

12 . 2012

12 SET. 2012